

UBO

ISSN 0718-2457

Revista
Jurídica de la
Universidad
Bernardo
O'Higgins

Ars
Ars
Bonnet
Bonnet
Aequi
Aequi

Año 6 • Número 2

UBO
Universidad Bernardo O'Higgins

Ars Boni et Aequi es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins

En la Editorial del primer número de la Revista, el ex Decano Sergio Gaete Rojas decía:

“El nombre escogido, “Ars Boni et Aequi”, tomado de la definición de Derecho que nos ofrece Celso en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, no es casualidad.

Por una parte, al recordar que la naturaleza de nuestro objeto de estudio es la “técnica de lo bueno y lo equitativo” hemos pretendido destacar que, si bien los conocimientos específicos de cualquier índole suelen referirse a cuestiones eminentemente “técnicas”, no puede olvidarse jamás que toda actividad humana, y por cierto la actividad jurídica, debe sustentarse en sólidos y omnipresentes valores. Esto último es representativo del pensamiento más profundo con que nuestra Universidad enfrenta su misión educativa.

Por otra parte, con la selección de esta vieja y autorizada cita celsina también hemos querido subrayar la esencial universalidad de la ciencia jurídica. Dicha universalidad -reclamo ineludible de su carácter de ciencia- hace que resulte indispensable el estudio de todos los estadios evolutivos de la experiencia jurídica que se observan a través de la Historia y, asimismo, obliga a la observación de todas las realidades jurídicas y todas las opiniones de los juristas del orbe. Este espíritu netamente científico, exorbitante de las realidades legislativas nacionales, es el que mueve a nuestra Facultad de Derecho.”

Año 6 N° 2, Agosto 2010

ISSN: 0718-2457

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENTE

Jorge Van De Wyngard Moyano

CONSEJEROS

Julio Alvear Téllez (Pontificia Universidad Católica de Chile), Diego Munita Luco (Universidad Bernardo O'Higgins), Carlos Poblete Jiménez (Universidad de Chile), Mónica Rojas Beals (Universidad Bernardo O'Higgins), Juan Andrés Orrego Acuña (Universidad Internacional SEK)

CONSEJO EDITORIAL INTERNACIONAL

Luis Ignacio Savid-Bas (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Dorina Rivera Gallegos (Universidad Privada Norbert Wiener, Perú), Eulogio Pisfil Chavesta (Universidad Nacional de Trujillo, Perú), Dante Figueroa (Universidad de Georgetown y American University, Estados Unidos), Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda (U. Complutense, España); José Díaz Nieva (Universidad San Pablo CEU, España)

COMITÉ DE REDACCIÓN

Regina Díaz Tolosa, Secretaria de Redacción. Viviana Readí Silva, Coordinadora de Redacción. Hugo Llanquilef Ortiz y Miguel Espinoza Gutiérrez, alumnos ayudantes.

Avenida Viel 1497. Santiago-Chile

Fono: (56-2) 4774147- 4774150

Fax: (56-2) 4774141

PAGINA REVISTA: <http://www.ubo.cl/icsyc/actividades-academicas/publicaciones/revista-ars-boni-et-aequi/>

ARS BONI ET AEQUI se encuentra indizada en LATINDEX, Pro Quest, EBSCO y Al-día

E-mail contacto: jwyngard@ubo.cl

IMPRESIÓN-PRODUCCIÓN GENERAL: Gráfica LOM

Índice

Editorial13

ESTUDIOS

Las acciones preventivas por daños cumulativos en el Derecho Internacional Público

SAMUEL FERNÁNDEZ ILLANES.....17

La armonización del Derecho contractual europeo a la luz de las comunicaciones de la comisión sobre Derecho contractual europeo y sobre un Derecho contractual europeo más coherente - Plan de acción

DANIEL CORREA SABAT39

Los fundamentos ideológicos del Derecho Político en el Chile de la Independencia (1810-1830): un caso de vinculación entre el ordenamiento jurídico y la historia de las ideas

CÉSAR DARÍO OCARANZA SANDOVAL Y FRANCISCO JOSÉ OCARANZA BOSIO71

La Teoría de la Imputación Objetiva y la *mise en scène* en relación con el delito de estafa

BLANCA LIRA CORREA.....91

Algunas consideraciones victimodogmáticas en los delitos sexuales

MARÍA ELENA SANTIBÁÑEZ TORRES111

La Incumbencia Probatoria

HUGO MUÑOZ B.....131

De los aspectos generales en torno a la Doctrina de la causa

JOSÉ MAXIMILIANO RIVERA RESTREPO.....155

Algunas consideraciones a la observación sociológica de Niklas Luhmann sobre el Derecho: Teoría de los Sistemas, Sistema de Derecho y Dogmática Jurídica

JOSEFINA TOCORNAL COOPER.....219

La creación de la ciudad: la vieja y la nueva Ilustración

ROBERTO PÉREZ VILLAVICENCIO237

ENSAYOS

¿Se justifica unificar el tratamiento de los contratos civiles y mercantiles?

DIEGO MUNITA LUCO267

La actitud socrática ante la muerte y la urgencia por la pregunta de la inmortalidad del alma en el *Fedón* de Platón

MATÍAS CORREA.....277

La construcción social de la realidad: la posición de Peter L. Berger y Thomas Luckmann

RAÚL YÁÑEZ HENRÍQUEZ.289

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Corte Suprema sobre responsabilidad del proveedor por robos en estacionamientos de locales comerciales

ERIKA MARLEN ISLER SOTO305

SEMBLANZA

***Discipulus Magistro* Juan Arab Nessrallah**

CRISTIÁN RAMÍREZ TAGLE.....319

INSTRUCCIONES A LOS COLABORADORES

I. ACERCA DEL ENVÍO DE LOS ARTÍCULOS, MONOGRAFÍAS, ESTUDIOS, ENSAYOS, CRÓNICAS Y COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

1. Los trabajos que deseen publicarse en la Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, deberán enviarse a la Secretaria de Redacción Sra. Regina Ingrid Díaz Tolosa, o al Presidente del Consejo Editorial, Sr. Jorge Van De Wyngard Moyano, vía electrónica a sus respectivas casillas: reginad@docente.ubo.cl; jwyngard@ubo.cl .
2. El texto electrónico deberá tener sus páginas numeradas y ser completamente legibles, e incluirá una biografía corta de cada uno de los autores (considerando: grados académicos, ocupaciones, cargos actuales y correo electrónico).
3. Los trabajos enviados para su publicación deben ser inéditos y adjuntarse una carta en la que los autores se comprometen a no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. Asimismo, los autores de los artículos informarán si dicho trabajo se publicará como parte de un libro o un texto mayor.
4. Se deberá anteponer al artículo, su título, un resumen del mismo y las palabras clave, al menos en español, y preferentemente también en inglés¹. El resumen del trabajo tendrá no menos de 100 ni más de 150 palabras.
5. Los títulos y subtítulos del artículo deberán ser claros y concisos debidamente relacionados con los contenidos del mismo y sin subrayados de ninguna especie.
6. Aquellos autores cuyos artículos sean publicados recibirán tres ejemplares de la respectiva Revista.
7. El envío de un original al editor supone que el autor cede a la Revista los derechos de reproducción del texto una vez admitido.

¹ En caso de sólo acompañar título y resumen en español, las traducciones al inglés se harán por parte de los editores de la Revista.

II. REVISIÓN, PLAZOS Y PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

Toda colaboración será revisada por el Comité Editorial, quien se reserva el derecho de aceptar o rechazar los artículos recibidos, y de incluirlos en la Revista como Estudio, Ensayo, Crónica o Comentario de Jurisprudencia.

La fecha máxima de entrega para que la colaboración sea susceptible de ser publicada en el número del primer semestre, es el 15 de diciembre; y el 15 de junio, para el número del segundo semestre.

III. ASPECTOS FORMALES DE LOS TRABAJOS DE COLABORACIÓN. NORMAS DE REDACCIÓN Y DE ESTILO DE CITAS.

1. Cada artículo debe estar encabezado por el título del mismo; el nombre del autor con el uso de su apellido o apellidos, según corresponda, y el respectivo nombre, los cuales deben ir en minúscula, salvo las letras iniciales, que deben ir en mayúscula. A pie de página, como cita, deberán incluirse la afiliación institucional del autor y su correo electrónico.
2. El tipo de letra a utilizar en el documento es Times New Roman, tamaño 12, y con un interlineado a espacio y medio.
3. La indicación de las citas, sea de autores o fuentes, se hará siempre en notas a pie de página numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del respectivo artículo irá el listado alfabético de referencias bibliográficas, en su caso, de páginas electrónicas consultadas, de jurisprudencia y legislación referidas.
4. Referencias bibliográficas: Las referencias bibliográficas de tratados, libros, monografías, artículos y documentos electrónicos se recomienda hacerlas conforme con el siguiente modelo, el cual corresponde a las normas NCH1143.OF1999 = ISO 690: 1987 sobre referencias bibliográficas, la que ha sido declarada norma chilena oficial por Resolución n°75 de 1999 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 24 de febrero de 1999; y la norma NCH1143/2. OF2003 que es una homologación de la norma ISO 690-2 y que ha sido declarada norma chilena oficial por Resolución n° 92 de 2003 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 13 de marzo de 2003:

A) *Bibliografía citada.*

La lista se ordena alfabéticamente por su primer elemento, que es el apellido del autor, junto a su año de publicación, entre paréntesis. Si se dictan

dos o más obras de un mismo autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán entre sí, con letras minúsculas a), b), c), etc., a continuación del año y dentro del paréntesis. El o los apellidos del autor se escribirán en versales y el nombre en redonda. En ningún caso podrán ser citadas dos fuentes bibliográficas diferentes en una sola referencia. En esta lista, la referencia de los libros contendrá una indicación del número total de páginas; y la referencia a los artículos de revista y de capítulo de libros hará indicación de los números de página de inicio y final.

Ejemplos:

A) REFERENCIA DE LIBRO.

BENADAVA, Santiago (1989): *Derecho Internacional Público* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 377 p.

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ número de edición (excepto la primera) / (lugar de publicación/editorial)/ paginación (si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

B) REFERENCIA DE TRADUCCIÓN.

AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (Traducc. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial) 434 p.

C) REFERENCIA DE CAPÍTULO DE LIBRO.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", LLANOS MANSILLA, Hugo y Picand ALBÓNICO, Eduardo (coordinadores académicos), *I Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago, Editorial Librotecnia) pp. 145-184.

Elementos: Autor(es) del capítulo o artículo/ (año de publicación): / título del capítulo o artículo, entrecomillado/nombre del autor(es) o del coordinador(es) del libro, cuando éste difiere del autor del capítulo o artículo, seguido del título del libro (en cursiva)/lugar de publicación/editorial/ paginación.

D) *REFERENCIA DE ARTÍCULO DE REVISTA.*

VAN DE WYNGARD, Jorge (2010): “La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros: un análisis constitucional”, *Ars Boni et Aequi* (n° 6): pp. 27-79.

Elementos: Autor(es) del artículo/(fecha): /título del artículo entrecomillado /título de la Revista (en cursiva) /volumen (cuando la Revista lo incluye) / número (anotar entre paréntesis) /paginación (precedida de dos puntos)

E) *REFERENCIA DE DOCUMENTOS EN FORMATO ELECTRÓNICO.*

BASSIOUNI, M. Cherif (2005): “Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea”, AA.VV.: *18 Ensayos Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 67 pp, disponible en: <http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf>, fecha de consulta: 22 mayo 2007.

B) Referencias completas de normas jurídicas citadas.

Se deberá considerar al final del trabajo, en un listado, todas las referencias legales o normativas, bajo el título: Normas jurídicas citadas. Dicho listado se limitará a las normas efectivamente citadas o referidas en el trabajo. En el caso de una ley, se indicará el número de la ley y la denominación oficial si la tiene/el título de la publicación en que aparece oficialmente/ la fecha de la publicación en que aparece oficialmente/ la fecha de publicación (día, mes y año).

Ejemplo:

Ley N° 20.431, establece normas que incentivan la calidad de atención al contribuyente por parte del servicio de impuestos internos. *Diario Oficial*, 30 abril 2010.

C) Referencias completas de jurisprudencia citada.

En caso de comentarios de jurisprudencia de tribunales ordinarios, chilenos o extranjeros, deberán referirse a sentencias ejecutoriadas y contener la referencia exacta del tribunal, partes, fecha de resolución que se comenta y sede de su publicación, si no se incluye el texto de la sentencia en la edición.

Se deberá considerar al final de todo trabajo, un listado de todas las referencias jurisprudenciales. Dicho listado se limitará a las sentencias efectivamente referidas o citadas en el trabajo. Las sentencias se ordenarán cronológicamente y si existen diversas sentencias en el mismo tiempo, se ordenarán alfabéticamente por el nombre de las partes. En este listado final, la cita de las sentencias hará indicación de las partes / del tribunal / fecha (día, mes y año) / y a la sede de edición.

En el listado final las sentencias se indicarán de la siguiente forma:

- a) Nombre de las partes en cursiva (si se trata de sentencia civil), nombre del procesado (si se trata de sentencia penal), nombre del Caso (si se trata de sentencia internacional), nombre por el que se conoce el requerimiento (si se trata de sentencia de Tribunal Constitucional) y el año de la sentencia (entre paréntesis y redonda). Seguido de dos puntos (:) y
- b) La referencia del tribunal que la haya dictado: Corte Suprema, Corte de Apelaciones de XXX, Tribunal Constitucional, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, etc. Enseguida, la fecha, señalando día y año en números arábigos y mes en letras minúsculas. Se sugiere indicar además el tipo de acción y procedimiento correspondiente; y en fin, la identificación de la sede de edición en que se ha sido publicada la sentencia bajo su título completo o abreviado, según el estándar ISO y las indicaciones de volumen, año, secciones y página; o indicación de la base de datos de jurisprudencia de donde se extrajo y su respectivo número identificador. Tratándose de sentencias de Tribunales Constitucionales la cita contendrá el nombre del órgano correspondiente, el número de rol, la fecha de su emisión y el repertorio o base de datos donde se contiene. Respecto de las sentencias emanadas de tribunales internacionales se identificará el órgano jurisdiccional respectivo, el nombre de las partes o caso, fecha del fallo (día, mes y año) y la serie y número del mismo. En caso de que una sentencia haya sido publicada por dos sedes editoriales distintas, el autor deberá citar exclusivamente aquella que utilizó en su trabajo.

Ejemplos:

Tamayo con Atocha (1999): Corte Suprema, 6 abril 1999 (acción de nulidad de concesión minera) en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo 96 (1999), II, sección 7ª, pp. 65-73.

Contra Romo Mena (1994): Corte de Apelaciones de Santiago, 30 septiembre 1994, rol n° 38683-94, *Legal Publishing Chile* 20390.

Requerimiento respecto del Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989 (2000): Tribunal Constitucional, 4 agosto 2000, rol n° 309, disponible en < <http://www.tribunalconstitucional.cl/>>.

Caso Lotus (1927): Corte Permanente de Justicia Internacional, sentencia 7 septiembre 1927, Serie A n° 10.

5. Notas al pie de página: Las notas al pie de página irán numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice, en que se incluirán las referencias o citas abreviadas a obras, normas y jurisprudencia y, sólo excepcionalmente, se admitirán textos de desarrollo. Opcionalmente, las referencias abreviadas se pueden incluir entre paréntesis en el texto principal y no en las notas en pie de página.

A) Referencia abreviada de obras:

En las referencias abreviadas de libros, artículos de revista y demás formatos se señalará en la nota al pie: sólo el primer apellido del autor (en versales), el año (entre paréntesis) y el número o números de la página o de las páginas precisas en que aparece la referencia citada. Se recomienda no efectuar citas de trabajos que no han sido confrontados directamente por el autor, ya sea críticamente o siguiendo sus planteamientos.

Los lectores podrán verificar los datos completos de la referencia en la “bibliografía citada”, al final del trabajo (que se describe más arriba). Ejemplos:

- a) Obras con un autor: MANSON (1978) p. 52.
- b) Obras con dos autores (los apellidos se unen por medio de la conjunción y): FIX-ZAMUDIO y VALENCIA (2003) p. 247.
- c) Si una obra tiene tres, cuatro más autores, se citan todos los autores en la lista de referencias final. En las notas al pie de página se escribe solamente el apellido del primer autor seguido de *et al.*, año de publicación y página respectiva.

Ejemplo: ALESSANDRI *et al.* (1990) p. 20.

-
- d) En el caso que se citen dos o más obras de diferentes autores en una misma referencia, se escriben los apellidos y respectivos años de publicación, separados por un punto y coma dentro de un mismo paréntesis:

“Varios autores (GARCÍA (2007) p. 84; NOGUEIRA (2007) p. 145; CEA (2006) p. 135) concluyeron que...”

B) Referencia abreviada de normas jurídicas:

Se deberá indicar en cada caso el número de la ley y su año. Los lectores podrán verificar los datos completos de la ley señalada en el listado de normas citadas, al final del trabajo.

C) Referencias abreviadas de jurisprudencia:

Las citas al pie de página de jurisprudencia de los tribunales ordinarios deberán indicar el nombre del tribunal, el nombre de las partes (en cursiva) y la fecha. En caso que se trate de sentencias del Tribunal Constitucional llevará el título o número de la norma jurídica que se haya discutido y el rol. Además, se indicará el año de dicha sentencia (entre paréntesis en redondas).

De este modo, los lectores podrán verificar los datos completos de la sentencia en el listado de jurisprudencia citada al final del trabajo.

Ejemplo:

Corte Suprema de Justicia. *Tamaya con Atocha* (1999).

Tribunal Constitucional. *Ley 19.496, rol n° 980* (2008).

6. Citas en el texto: El material que es objeto de cita directamente en el texto del artículo o monografía (palabra por palabra) de otro autor se pondrá entre comillas, señalando al final de las comillas el primer apellido del autor, el año de la obra y la página.

“.....” (GARCÍA, 2007, p. 74).

Si se citan dos o más obras de un determinado autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra, que sigue al primer apellido y el año de la obra.

NOGUEIRA (2007a) y NOGUEIRA (2007b).

EDITORIAL

Resulta especialmente grato para quien ha hecho de la enseñanza del derecho su vocación, el poder prolongar esa labor a las actividades investigativas y de extensión académica, que permiten ir desarrollando y difundiendo la ciencia del derecho.

El desafío de poder publicar una revista especializada en temáticas jurídicas, de una manera sistemática y regular, con contenidos de suficiente calidad y sujetos a normas rigurosas de forma y fondo, representa un estadio avanzado en el desarrollo de la vocación antes mencionada.

Tuve el privilegio de ser convocado en su momento por el entonces Decano de nuestra Facultad, Don Sergio Gaete Rojas, para formar parte del equipo que iniciaría la magna labor de crear una revista jurídica dentro de la Escuela de Derecho de la Universidad Bernardo O'Higgins. Así, participé en el primer número de la revista, editado el año 2005, como miembro de su Comité Editorial.

Posteriormente, bajo el decanato de Luz María Reyes Santelices, se me solicitó asumir un rol más central en la gestación de la publicación, en calidad de Secretario de Redacción, cargo que desempeñé en la publicación de los números dos al seis de nuestra revista. Gracias a la dirección y apoyo constante de la Decana, la revista fue adquiriendo una categoría y relevancia cada vez mayores en todos sus aspectos, hasta posicionarse como una de las revistas jurídicas importantes que se publican en nuestro país.

Ahora, el destino me ha llevado a asumir como Decano de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins, a partir de febrero de este año, y, en esa calidad, a fin de mantener la tradición hasta ahora vigente, he debido asumir como Presidente del Comité Editorial de la revista.

Estas nuevas funciones no me han apartado, sin embargo, de mi compromiso inalterable de proseguir con la labor de mejoramiento continuo de nuestra publicación. Quienes han sido fieles lectores de la misma, podrán apreciar cómo en este número siete, que ahora presentamos, se suman nuevos elementos que evidencian la progresiva incorporación de los más altos estándares de exigencia, propios de las grandes publicaciones de carácter científico.

Prueba de lo anterior son los resúmenes en castellano e inglés al comienzo de los artículos, la estandarización del sistema de citas, los mayores antecedentes de los autores, la mayor cantidad de Estudios que contiene, la cantidad y variedad de nuestros colaboradores, la diversidad de temáticas, la incorporación de nuestra revista a prestigiosas bases de datos internacionales y el progresivo aumento de los integrantes de nuestro comité editorial internacional, sumando esta vez académicos europeos.

Tenemos el firme propósito de convertir a nuestra revista en una de las mejores del país y avanzamos decididamente hacia dicha meta. A estas alturas de nuestro desafío, la incorporación de la Profesora Ingrid Díaz Tolosa como nuestra nueva Secretaria de Redacción resulta de un aporte invaluable, por su trabajo acucioso y sistemático y su valía profesional de excelencia.

El presente número de nuestra revista es el segundo del año 2010, ratificándose así el carácter semestral de la misma. Esa sola circunstancia ya nos coloca en un sitial reservado a unos pocos en el campo de las publicaciones jurídicas en Chile.

Desde esa perspectiva, estamos con las puertas abiertas para recibir colaboraciones académicas de relevancia de parte de toda persona que entienda que a la comunidad del saber concurrirnos todos, especialmente quienes hemos optado por la apasionante y maravillosa tarea de transmitir los conocimientos y el saber a las nuevas generaciones.

Jorge Van de Wyngard Moyano

ESTUDIOS

LAS ACCIONES PREVENTIVAS POR DAÑOS CUMULATIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

SAMUEL FERNÁNDEZ ILLANES*

RESUMEN: Algunos importantes Profesores de Derecho Penal han enunciado la existencia de delitos cumulativos, aunque cada uno de ellos no tenga penalidad, o ésta sea mínima; pero que su acumulación genera responsabilidad, la que debería ser sancionada, en protección de los intereses de las generaciones futuras. Ejemplifican con aquellos delitos contra el medio ambiente, mediante casos de polución paulatina y sistemática. Para ellos, debería existir una responsabilidad no sólo individual sino colectiva, lo que penalmente todavía se discute. Este trabajo aborda dicha tesis, no aceptada unánimemente por el Derecho Penal, pero que sin embargo no constituye novedad para el Derecho Internacional Público, al existir la Seguridad Colectiva en las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad puede aplicar, aun preventivamente, medidas de solución pacífica de controversias de un conflicto eventual y futuro, si amenaza la Paz y Seguridad Internacionales. El punto es analizado, además, en relación a los Crímenes Internacionales y a la Responsabilidad Internacional.

* Abogado, Embajador (r). Magíster (c) en Derecho Constitucional y Derechos Codificados. Profesor de Derecho Internacional Público Universidad Mayor, Universidad Central, Universidad de Las Américas, Universidad Pedro del Valdivia. Profesor de Relaciones Internacionales y de Derecho y Práctica Diplomática de la Academia Diplomática de Chile. Profesor de Negociaciones Internacionales del Magíster en Relaciones Internacionales, Instituto de Ciencia Política, Universidad Católica de Chile. < samuelferi@gmail.com >.

ABSTRACT: Some important Criminal law teachers have enunciated the existence of cumulative crimes, though each of them does not have punishment, or this one is minimal; but that its accumulation generates responsibility, which it should be sanctioned, in protection of the interests of the future generations. They exemplify with those against the Environment, by means of cases of gradual and systematic pollution. For them, a responsibility should exist not only individual, also collective, which still is discussed. This work approaches the above mentioned thesis, not accepted unanimously by the Criminal law, but that nevertheless, it does not constitute an innovation for the Public international law, because the Collective Security exists in the United Nations. The Security Council can apply, still preventively, pacific solution measures for an eventual and future conflict, if it threatens the International Peace and Security. The point is analyzed, in addition, in relation to the International Crimes and to the International Responsibility.

PALABRAS CLAVES: Delitos cumulativos penales – responsabilidad internacional – responsabilidad penal – seguridad colectiva internacional

KEY WORDS: cumulative penal crimes - international responsibility - penal responsibility - collective international security

Diversos autores europeos han abordado, tanto desde el punto de vista del Derecho Penal, como aplicable al Derecho del Medio Ambiente, la teoría de la responsabilidad por daños cumulativos, así como la necesidad de adoptar medidas preventivas al respecto. Es el caso del Profesor Rafael ALCÁCER, en su Cátedra de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. En un artículo publicado en la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*¹, se formula dos preguntas desafiantes: si el Derecho Penal debe estar llamado a proteger los intereses de las generaciones futuras; y si, independientemente de la respuesta dada, puede acomodarse esa protección a las estructuras de imputación esenciales del Derecho Penal, en cuanto a lo protegido, como al ámbito de la imputación.

Ciertamente, reconoce que podría parecer extraño para la doctrina clásica penalizar acciones teniendo como bien jurídico protegido los intereses potenciales futuros. Sin embargo, argumenta: *“en cuanto entorno funcional del que depende el mismo disfrute de los intereses personales, el medio ambiente*

¹ Alcácer (2002).

aparece, indudablemente, como un interés digno de protección ya de cara a las generaciones presentes".² Su respuesta a la primera interrogante es, evidentemente, que el Derecho Penal, en la medida en que protege el bien jurídico medio ambiente, protege de hecho los intereses de las generaciones futuras. Y añade que *"no es preciso siquiera un peligro abstracto y actual para los intereses individuales, sino que bastará con que pueda concluirse una prognosis de la realización futura de conductas similares por terceras personas, y que la suma de ellas alcance poder destructivo del medio ambiente, para que la conducta realizada, en sí insignificante, sea objeto de reproche penal"*.³ Vale decir, a su juicio, estamos frente a estructuras de imputación atípicas, o frente a una *nueva dogmática penal*, como las define. En otras palabras, lo sostenido está en contradicción de algunos principios clásicos del Derecho Penal, como el de proporcionalidad entre el grado de lo injusto y la sanción.

Alude a modo de ejemplo al caso de la contaminación mínima, pero persistente en el tiempo, de las aguas, por menoscabo de las acciones y normas protectoras, lo que llevaría a la contaminación definitiva e irreversible, de dichas aguas. Lo que debería ser penado.

En apoyo señala: *"El fundamento del deber surge, entonces, no debido a la relación negativa de la acción realizada con el bien, sino a una vinculación positiva y previa entre el agente y la institución, vinculación basada en la solidaridad en cuanto expresión de un mundo en común y, por tanto, en el deber de sus miembros de mantener la continuidad sin cambios de la institución"*.⁴

Dos puntos más son abordados en su publicación, y que resumo. El medio ambiente es digno de ser protegido no por tener derechos que la Naturaleza no tiene (si bien hay movimientos ecologistas que lo sostienen), sino para la supervivencia humana; y la manera de hacerlo es mediante los *daños cumulativos*, en protección no de un actor individual, sino colectivo y con una responsabilidad igualmente colectiva. Cita lo dispuesto por las normas españolas del Código Penal que exigen *"perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales"*, que a su juicio no es correcto, porque plantea problemas de aplicación cuantitativos. Por lo que se inclina por la *"tesis de la dependencia, la exigencia de un peligro para la vida o salud de las*

² Idem., p. 2.

³ Idem., p. 9.

⁴ Idem., p. 17.

*personas”, que “permitirá establecer un espectro de distintos grados de riesgo para las mismas”.*⁵

La lectura del Trabajo del Profesor ALCÁCER, así como en línea concordante, la del Profesor Dr. Roland HEFENDEHL, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Dresden (Alemania), en su artículo *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes Jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*,⁶ nos permiten, en buena medida, vincularlos a materias propias del Derecho Internacional Público, y que igualmente, han dado lugar a debates doctrinarios y prácticos.

Pueden ser muchos y variados los factores de conexión entre ambas disciplinas, pero procuraré centrar este trabajo en un punto particular, donde resulta, a mi parecer, mucho más evidente la comparación legal entre: el bien jurídico colectivo, para el Derecho Penal, y la Seguridad Colectiva, para el Derecho Internacional Público. Y para ambos, en uno de sus aspectos principales: los riesgos preventivos futuros.

Para el Profesor ALCÁCER, corresponde al Derecho Penal el proteger, legítimamente, no sólo contra quienes resultan responsables en la comisión de algún ilícito actual penalmente sancionado, sino que también *“los riesgos que adquieren una potencialidad de destrucción masiva, tanto espacial como temporalmente, capaces de afectar a poblaciones enteras, presentes o futuras”*. Lo que citando a Hans JONAS y su obra: *El principio de responsabilidad*, señala que: *“el obrar humano adquiere con ello un alcance causal sin precedentes, orientado a un futuro todavía incierto, pero de tintes catastróficos”*. Unido a lo anterior, estaría en que el riesgo, *“ha adquirido una tendencia expansiva de la atribución de responsabilidad”*, según el Profesor SILVA SÁNCHEZ, también citado por ALCÁCER.⁷

En este punto, y retomando el trabajo de Hans JONAS, a su juicio se debe desarrollar una *ética orientada al futuro* y una *conciencia de solidaridad*. Un punto difícil de extender, como lo reconocen, automáticamente a tales presupuestos, desde la ciencia del Derecho Penal, fundada básicamente, entre otros, en un bien protegido jurídicamente, y en una sanción individual imputable penalmente; y sus reglas de causalidad, culpabilidad y responsabilidad, materia que ALCÁCER analiza desde los llamados *daños cumulativos*, y que para desarrollarla se adentra en el Derecho Penal del Medio Ambiente.

⁵ Idem., p. 6.

⁶ Hefendehl (2001) pp. 147-158.

⁷ Alcácer (2002) p. 7.

Por su parte, el Profesor HEFENDEHL analiza los *delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos colectivos*, y alude igualmente, a los tipos penales que protegen el medio ambiente, entre otros; como también profundiza sobre el concepto de *bien jurídico protegido*. Una vez más, constata que resulta menos difícil referirse a los bienes jurídicos individuales o personales, que a los colectivos o universales desde el punto de vista del Derecho Penal, y que el autor analiza, según la estructura del delito, en tres tipos: delitos de lesión, delitos de peligro concreto, y delitos de peligro abstracto. Concluye, que el Derecho Penal, quizá “*debe ocuparse realmente de riesgos futuros, puesto que una acción típica aislada nunca producirá un atentado real e inmediato contra bienes jurídicos colectivos*”. Una vez más, se refiere a los efectos contaminantes del medio ambiente, que paulatinamente y por acumulación, polucionan causando un grave perjuicio futuro.⁸

El Profesor HEFENDEHL, luego de analizar en lo que es funcional al respecto, señala que el legislador no ha quedado inmóvil en la llamada sociedad de riesgo, y en la necesidad de “*augmentar las barreras de protección a estadios anteriores al de la acción típica*”.

Como estos comentarios no están dirigidos a reproducir las argumentaciones penales de los autores mencionados, permítaseme enfocar estos asuntos desde el punto de vista del Derecho Internacional, aunque sin pretender agotar un tema sumamente vasto y a veces, difícil. Tampoco es mi intención derivarlo al tema del Medio Ambiente, y la razón es práctica, pues el nuevo Derecho Internacional Ambiental se ha plasmado en cerca de mil instrumentos internacionales vigentes y novedosos que están vinculados por áreas específicas de protección y reglamentación, optándose por un enfoque casuístico. Estas áreas son, entre otras, la biodiversidad; la atmósfera; la conservación, protección y desarrollo de los recursos; las sustancias tóxicas peligrosas; y variados asuntos generales, por citar los más esenciales. Como sabemos, además, el Derecho Ambiental está íntimamente relacionado con lo que hagan los seres humanos y obedece a los Principios de Precaución y Protección, siendo el primero de ellos claramente preventivo o anticipativo. Así se ha pactado en los variados acuerdos internacionales vigentes. Eso sí, en la medida en que las partes lo han determinado para los casos particulares que cada acuerdo contempla.

Por lo tanto, procuraré reseñar cómo, para el Derecho Internacional, existe lo que se ha denominado *Seguridad Colectiva*, como respuesta a los

⁸ Hefendehl (2001) p. 1.

riesgos, actuales o potenciales futuros, que la Comunidad Internacional puede enfrentar y que atentan al bien jurídico esencial de nuestros días: La Paz.

EL BIEN JURÍDICO COLECTIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y SUS NUEVAS PROYECCIONES

Se ha definido a la Seguridad Colectiva como un mecanismo institucional de acción conjunta, mediante el cual todos los Estados que lo integran se comprometen a contrarrestar toda agresión que afecta cualquiera de ellos, y que se intente mediante el empleo de la fuerza concertada, en contra del agresor.⁹

Al respecto, y a lo largo del desarrollo progresivo de esta rama del derecho, hay que consignar que el bien jurídico de la paz internacional sólo ha logrado afianzarse como esencial en los últimos años. Por mucho tiempo, el derecho a la guerra se consideró como un atributo de la soberanía de los Estados y una opción legítima de sus autoridades. Es así como todo estudio histórico, por lo general, comprende los principales hechos bélicos de los países. Sus generales victoriosos son venerados y recordados en estatuas y monumentos en mayor medida que sus próceres civiles.

Por su parte, como es sabido, el Derecho de la Guerra fue objeto de largos análisis y reglamentaciones por el Derecho Internacional, distinguiéndose más tardíamente sólo entre guerras justas e injustas. Sólo luego de horrosas experiencias bélicas, se fue afianzando y progresando el Derecho a la Paz. Primero, como uno paralelo al derecho a la guerra, para luego alcanzar la total prioridad actual y desplazar totalmente al anterior. Es decir, en la guerra, la necesidad no elimina las obligaciones y prohibiciones resultantes del Derecho de guerra.

Para ello, el Derecho Internacional debió reglamentar de manera precisa, el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, así como el riesgo de su amenaza. Se pueden citar como señeras la *Convención Drago-Porter* (1907), que prohibió el uso de la fuerza para el cobro de deudas de los países (caso Venezuela); el *Pacto de la Sociedad de las Naciones* (1919), aunque persistió en distinguir las guerras lícitas de las ilícitas, con una breve moratoria de tres meses para declararla; y finalmente, el primer instrumento internacional que proscribió definitivamente el recurso a la guerra: el Pacto de París sobre renuncia a la guerra, o *Pacto Briand-Kellogg* (1928).

⁹ Gamboa y Fernández (2008).

Este Pacto marca un momento fundamental para la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza, ya que obtuvo más adhesiones que la propia Sociedad de las Naciones; y además, afianzó el deber de solucionar pacíficamente las controversias internacionales, como corolario necesario al no uso de la fuerza o de su amenaza, como obligación correlativa.

Dichos instrumentos, entre muchos otros posteriores, por desgracia, no impidieron la Segunda Guerra Mundial ni las conflagraciones que persisten hasta nuestros días. Pero al fin de dicha guerra y con la creación de las Naciones Unidas (1945), se reconoce universalmente la plena vigencia de su Carta como base fundamental sobre la que se asienta el Derecho Internacional moderno. Es precisamente en esta Carta donde se consagra la Seguridad Colectiva.

En consecuencia, la seguridad de los Estados puede ser individual, mediante la legítima defensa; o bien colectiva, sea mediante acuerdos de defensa mutua (ejemplo: la OTAN), o en que la Comunidad Internacional, asociada en la Organización, asume la defensa y protección del o de los Estados amenazados por el riesgo, futuro o potencial, así como actual e inminente, de una agresión interna o externa, o ante una acción bélica, por uno o más Estados, contra uno o más países.

Su objetivo es la seguridad de todos, estén o no directamente involucrados en dicha agresión. El enemigo, igualmente también es común, ante cualquier amenaza, quebrantamiento o agresión de la paz como bien jurídico esencial. Por lo tanto, estamos frente a una evolución significativa, tanto del bien protegido como de la sanción aplicable.

Para comprender mejor esta nueva realidad jurídica, hay que considerar, simultáneamente, las tres áreas del derecho que han evolucionado para hacer realidad la Seguridad Colectiva, y analizar brevemente cada una de ellas y su situación actual: I. La guerra; II. Los crímenes internacionales; y III. La responsabilidad internacional.

I. La guerra

Sus múltiples normas y reglamentaciones siempre formaron parte del Derecho Internacional clásico, pero ahora ha sido restringido como acción excepcional, además de calificarse como Crimen Internacional a quienes la practican ilegítimamente en violación del mismo derecho, los que a su vez son responsables y, por ende, deben ser sancionados. Ciertamente no son las únicas consecuencias, pues cada una de ellas se relaciona entre sí, y también

con otras áreas que igualmente han progresado. En cada caso procuraremos concordarlas someramente.

El Derecho a la Guerra comenzó a discutirse doctrinariamente desde la Edad Media. En el período anterior, no era más que un derecho de los soberanos que ejercían cuando y donde quisieran. Autores como SAN AGUSTÍN (530), Isídoro DE SEVILLA (560 a 636), Santo Tomás DE AQUINO (1225 a 1274), en sus obras principales, la permiten como venganza, por justicia, como castigo, como defensa, como conquista, como evangelización, u otros motivos.

Sólo en la medida en que el Derecho Internacional se desarrolla como disciplina jurídica propia, siguiendo el nacimiento de las Escuelas, como la Iusnaturalista (Francisco DE VITORIA, 1486 a 1546 y su obra *De Iure Belli*, o Francisco DE SUÁREZ, 1548 a 1617, o Domingo DE SOTO, 1553) y de igual manera, abogan por el cumplimiento del derecho de gentes, en tiempos de paz como de guerra (VITORIA), y como miembros de la sociedad universal (SUÁREZ). Por su parte, la Escuela Racionalista (Alberico GENTILI, 1552 a 1608 y su obra *Iure Belli*, Hugo GROCIO, 1583 a 1645 y su obra *Iure Belli Ac Pacis*) y muchos otros, analizan el Derecho a la Guerra y enuncian algunas limitaciones. Eso sí, considerando que la soberanía del Estado y la autodefensa están legitimados por la ley natural.¹⁰

Progresivamente -tanto en el plano mundial en Europa, sus movimientos religiosos y sus conquistas de ultramar- se comienzan a examinar las guerras y sus efectos jurídicos, siendo el momento fundamental las *Conferencias de Paz de Westfalia* (1648), en que se procura acotarla y reglamentarla, así como desarrollar paralelamente la neutralidad.

Sólo en el Siglo XIX y como resultado de la expansión del movimiento codificador de los derechos privados, en todas sus áreas, se extiende también al Derecho Internacional y a uno de sus asuntos esenciales: la paz o la guerra. En este período se multiplican los acuerdos, convenios o tratados, tanto en Europa como de manera especial en el nuevo Continente Americano, emancipado de sus potencias coloniales. Aquí desempeñan un papel señero, los sucesivos Congresos Americanos, primero; y las siguientes Conferencias Panamericanas institucionalizadas, hasta la creación de la actual OEA en 1948.

¹⁰ Juan Antonio Martínez Muñoz. Guerra y Derecho Internacional. Trabajo. Pág.21; y Ninonka Tamara Maureira Santis. Las Normas de Ius-Cogens. Universidad Católica de Concepción. 2008. Pág.4.

No obstante, con un Continente Europeo plagado de enormes conflictos durante todo el Siglo XIX, no es sino hasta la aparición del Derecho Humanitario, con Henry DUNANT y su creación de la Cruz Roja, luego de la masacre de Solferino (1862), que comienza, verdaderamente, la limitación de los medios de combate y, por ende, el recurso a la guerra mediante variados Tratados destinados, principalmente, a morigerar sus efectos crueles e inhumanos, tanto para los soldados combatientes como para las poblaciones civiles involucradas. Toda esta abundante legislación derivó más adelante en las conocidas *Convenciones de Ginebra* sobre: las condiciones de heridos y enfermos de los ejércitos; de los náufragos; de los prisioneros de guerra; y protección de civiles, que tanto han auxiliado tales situaciones, a pesar de sus muchas violaciones.

Fueron fundamentales al respecto las *Conferencias de Paz de La Haya*, de 1898 y 1907, precursoras en muchos campos del derecho, que limitaron, aunque no abolieron, el recurso a la guerra, lo que finalmente consagró el *Pacto Briand-Kellogg*, ya aludido.

Es así como, la Sociedad de las Naciones, como primera organización internacional mundial, procuró sin éxito eliminar institucionalmente las acciones bélicas, si bien se desarrollaron otras disciplinas conexas, como el ya citado derecho humanitario; el recurso a los medios políticos o jurídicos de solución pacífica de controversias, contribuyendo de manera decisiva, la Corte Permanente de Justicia Internacional, creada por la Sociedad y precursora de la actual Corte Internacional de Justicia. Otro tanto, correspondió a la Corte Permanente de Arbitraje Internacional, creada en las Conferencias de Paz de La Haya.

Tales avances, como se señalara, no alcanzaron la proscripción total de la amenaza o del uso de la fuerza, ni al desarrollo integral del concepto de la Seguridad Colectiva, que la Sociedad no pudo poner en práctica, frente a las acciones del nazismo (Austria o los Sudetes), del fascismo (Etiopía), o del imperialismo japonés (en Manchuria en China o las islas del Pacífico). Bien sabemos, que todo ello causó, finalmente, la Segunda Guerra Mundial, ante la inoperancia del Organismo Internacional, que a la postre debió disolverse.

Al menos, y sin olvidar dichas ineficiencias, se sentaron las bases jurídicas para la proscripción definitiva actual, obtenida sólo al término de la Segunda Guerra y la creación de las Naciones Unidas.

EL USO DE LA FUERZA O SU AMENAZA, EN LAS NACIONES UNIDAS

La convicción mundial, luego de la Segunda Guerra, fue el de superar de manera más decidida las diferencias generadas entre Estados que podían desembocar en guerras devastadoras. La nueva organización mundial era el organismo adecuado para ello, en la medida en que superara las evidentes insuficiencias de su antecesora, la Sociedad de las Naciones. Es así como, sobre la nueva dimensión política y jurídica de La Paz, asumieron un lógico protagonismo los temas de seguridad y de defensa.¹¹

En consecuencia, hubo consenso en limitar las acciones unilaterales e individuales de sus Miembros, regulándolas y entregando al organismo, y en particular a su órgano precisamente encargado de la paz y de la seguridad internacional, el Consejo de Seguridad, las responsabilidades e instrumentos legales correspondientes. Así lo determina el Artículo 24 de la Carta, el que señala que los Estados Miembros reconocen que *"el Consejo de Seguridad actúa en nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad"* sobre la base del concepto amplio de la Seguridad Colectiva, entendida como propósito, fin y objetivo permanente para garantizar la protección, defensa y soberanía del territorio de un Estado, así como el mantener la estabilidad de las instituciones que conforman su respectivo sistema político, económico, cultural y social. Todas ellas, doctrinariamente, como obligaciones indelegables de un Estado. Asimismo, hay que destacar que el nuevo Sistema Internacional de post-guerra modificó el concepto de la seguridad individual como un bien público de todo Estado o de sus aliados esporádicos, y se generalizó como una responsabilidad compartida por todos. Otro tanto ocurrió, paralelamente, en campos distintos al de la paz o la guerra, pero igualmente bajo la premisa de la cooperación internacional; como la estabilidad monetaria mundial (y la creación del Fondo Monetario Internacional, FMI); o el comercio internacional, (con la creación del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, GATT, hoy la OMC), por citar un par de ejemplos significativos.¹²

El gran sistema mundial de las Naciones Unidas instaurado en su Carta consagró, entonces, el que la paz y seguridad internacionales es un bien universal cuya preservación no sólo es una obligación de cada Estado, sino que lo es de todos. En consecuencia, los Estados renunciaron al uso individual de la fuerza en supuestos de peligro y, a cambio, obtuvieron la garantía de que la amenaza o el uso de la fuerza de que fueran objeto, sería contestado

¹¹ Luttecke (2003) p. 1.

¹² Luttecke (2003) p. 3.

por la sociedad en su conjunto. Por lo tanto, cualquier amenaza, o quebrantamiento, o agresión contra cualquier Miembro de las Naciones Unidas, se considera que afecta a todos, y que a todos, igualmente, compete prevenirlo o reprimirlo.

En síntesis, pues sería un tema muy largo de analizar con mayor profundidad, los principios rectores contenidos en la Carta, son:¹³

- a) *Fomento de la solución pacífica de las controversias mediante una amplia gama de procedimientos y métodos.* Normalmente son de libre elección de las partes interesadas, a menos que los riesgos potenciales o hechos de fuerza persistan y pongan en peligro la paz y seguridad, situación en que tales procedimientos pueden ser recomendados o impuestos, o estarán a cargo de los órganos específicamente competentes, como el Consejo de Seguridad (métodos políticos o diplomáticos); o se remitirán a la Corte Internacional de Justicia (asuntos jurídicos).
- b) *La aceptación del uso de la fuerza.* Reducido a dos casos: la legítima defensa, individual o colectiva y como derecho inmanente de todos los Estados (Artículo 51 de la Carta), y hasta tanto el Consejo de Seguridad actúe. Y el ejercicio de la Seguridad Colectiva, sólo y exclusivamente cuando así lo resuelva el Consejo de Seguridad (Capítulo VII de la Carta).

Ambos casos son los únicos que la Carta, y en consecuencia el Derecho Internacional actual, autoriza como posibilidades del uso de la fuerza. Y ambos se encuentran pormenorizadamente reglamentados en el propio instrumento.

La legítima defensa colectiva dio lugar a variados Pactos defensivos entre naciones (OTAN, Pacto de Varsovia, etc.), todos ellos en coincidencia con la respectiva etapa en las Relaciones Internacionales del momento, las que han evolucionado históricamente, desde la Guerra Fría, a la Coexistencia Pacífica, la Distensión, la Cooperación Internacional, hasta nuestros días, en que impera la tan mencionada mundialización o globalización.

Menciono lo anterior, pues en lo que nos interesa, el concepto de Seguridad Colectiva, también ha tenido adecuaciones en su operatividad práctica, de conformidad a la respectiva etapa de relación internacional

¹³ Idem., p. 6.

en que le ha correspondido ser utilizado. Todo lo cual ha incidido de manera central en su efectividad y aplicación.

- c) *La aceptación de la posibilidad de conformación de sistemas regionales de seguridad.* Que actúen en conformidad a los principios de las Naciones Unidas. Es el caso del TIAR (1947), o Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (hoy prácticamente en desuso); o del sistema de la OEA y su Carta Democrática; u otros de tipo político, que han establecido asociaciones regionales como el MERCOSUR o el UNASUR, aunque no contemplan la utilización de la fuerza, pero sí sanciones al país de la región que se aparte del sistema democrático.

Para precisar la Seguridad Colectiva, resulta pertinente recordar los propios conceptos elaborados por las Naciones Unidas (Estudio sobre los conceptos de seguridad. Documento A/40/55-1985). En resumen, señala que: *“la seguridad colectiva supone el reconocimiento de que la seguridad es indivisible”*. Entendiendo por ello que: *“La seguridad nacional y la internacional están cada vez más interrelacionadas, poniendo en tela de juicio, así, la noción de que la seguridad es fundamentalmente una función del poder nacional o de la fuerza militar o económica”*. Y añade: *“Sólo cuando las naciones reconocen que la seguridad no es divisible, sea en sus dimensiones militares, económicas, sociales y políticas o en sus aspectos nacionales e internacionales, pueden formular medidas de cooperación necesarias en una época de interdependencia”*. Apuntemos que lo citado fue redactado en 1985, lo que en la era actual globalizada, intensifica su vigencia.

LAS OPERACIONES DE PAZ

Desde finales de los años ochenta, las antiguas operaciones de paz de las décadas previas han sido readecuadas sobre la base de las nuevas condicionantes internacionales, y han posibilitado el que otras organizaciones regionales de seguridad, distintas de la ONU, las efectúen en vista de la evolución de los escenarios político-estratégicos, de las nuevas amenazas a la seguridad (terrorismo y otros crímenes internacionales). Otro tanto respecto a las modalidades de enfrentarlas, las herramientas jurídicas, los recursos políticos, diplomáticos y económicos, y la aplicación de nuevas y más sofisticadas tecnologías. Por lo cual el concepto de seguridad, asimismo, se encuentra en evolución y es preciso que se ajuste a las nuevas realidades, tanto en su formulación como en sus métodos, en referencia a las operaciones de paz.

Debemos mencionar al respecto la llamada Agenda por la Paz de las Naciones Unidas de 1992, la cual se refiere a la diplomacia preventiva y al conjunto de medidas destinadas a evitar posibles controversias; y si las hay,

que deriven en conflictos; y si los hay, se extiendan. Vale decir, todo un sistema de alerta temprana.

En consecuencia y recordando a los Profesores de Derecho Penal citados, y a sus posiciones sobre las responsabilidades actuales proyectadas al futuro, podemos señalar que este punto se encuentra plenamente desarrollado y vigente en el Derecho Internacional, al sancionar y reglamentar el uso de la fuerza, de forma excepcional, no sólo cuando se produce la agresión armada; sino también, de manera preventiva, cuando se está en presencia de posibles *"situaciones susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales"*, en que la Asamblea General *"podrá llamar la atención del Consejo de Seguridad"*, al tenor del artículo 11-3 de la Carta de Naciones Unidas.

De igual manera, la Asamblea General, y salvo que el tema lo esté conociendo el Consejo, (Art. 12), *"podrá recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones, sea cual fuere su origen, que a juicio de la Asamblea puedan perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre naciones, incluso las situaciones resultantes de una violación de las disposiciones de esta Carta que enuncian los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas"*. Vale decir, una amplia competencia para adoptar Resoluciones (sólo recomendaciones sin valor vinculante jurídicamente), y para todo asunto que lo estime pertinente, en violación a la Carta, o al Derecho Internacional, aún antes de que se cometa el ilícito internacional. Lo que la Asamblea General de la Organización, y sus Comisiones, hacen constantemente. Muchas veces, previniendo o llamando la atención sobre potenciales situaciones de conflicto.

Por su parte, el Consejo de Seguridad, cuyas resoluciones sí son vinculantes y obligatorias jurídicamente (Art. 25), cuando actúa en virtud del Capítulo VII de la Carta, relativo a la *Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión*, los más graves contra el bien jurídico esencial protegido. El Consejo puede: determinarlos y hacer recomendaciones, (Art.39); evitar que se agrave, hacer recomendaciones o decidir medidas (soluciones pacíficas), inclusive provisionales o tomar nota (Art. 40); decidir aquellas que no impliquen el uso de la fuerza armada, instar a aplicarlas, (interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otras, así como la ruptura de relaciones diplomáticas, Art.41); ejercer, si las anteriores pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción necesaria para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales (Art. 42), es decir, utilizar la fuerza.

Como puede apreciarse, el Capítulo VII contiene una progresión de medidas que el Consejo puede adoptar, hasta llegar al pleno ejercicio de la seguridad colectiva por medio de la fuerza. Así lo ha decidido el Consejo en variados casos, siendo significativo contra Irak, en la llamada Primera Guerra del Golfo (Resolución 678 de 1990); y en la actual y segunda acción bélica en Irak, cuya procedencia y legalidad son discutibles. Asimismo, la intervención de las fuerzas de la OTAN en Bosnia Herzegovina, basada en las Resoluciones 816 (1993) y 836 (1993), entre otras oportunidades.

De ahí entonces que no sólo las acciones del Organismo se autorizan legalmente para hacer frente a situaciones de fuerza ya producidas, sino de manera particular y preferente pueden referirse a múltiples medidas progresivas preventivas, para evitar y precaver cualquier amenaza a la paz y seguridad internacionales. Una demostración clara de la aplicación del derecho internacional, asimilable a los temas penales analizados, como la *tendencia expansiva de la atribución de responsabilidad* del Profesor SILVA; como también a los llamados *daños cumulativos* del Profesor ALCÁCER; y hasta a los *delitos de peligro abstracto*, del Profesor HEFENDEHL. Y en particular recordando a éste último, cuando afirma, que el derecho penal, quizás, debiera “*ocuparse realmente de riesgos futuros, puesto que una acción típica aislada nunca producirá un atentado real e inmediato contra bienes jurídicos colectivos*”.¹⁴ Situación que, como hemos visto, no es extraña al derecho internacional ni a las competencias de las Naciones Unidas.

II. Los crímenes internacionales

Así como la guerra y el uso de la fuerza o de su amenaza han evolucionado de manera fundamental, la tipificación penal internacional de los crímenes también lo ha hecho sustancialmente. Respecto a las concordancias y diferencias de ambas disciplinas, sabemos que desde el punto de vista del Derecho Penal tiene preeminencia el principio de la territorialidad en materia de jurisdicción del Estado, como una manifestación de su potestad soberana. Asimismo, también es usual de que sea el Juez del lugar donde se cometió el ilícito el competente para conocerlo. Como no son principios absolutos, casi todas las legislaciones extienden su acción a delitos cometidos fuera de su territorio, cuando el Derecho Internacional no establece una norma en contrario.¹⁵ O bien, cuando la legislación interna respectiva determine una regla diferente, de conformidad al Derecho Internacional Privado.

¹⁴ Hefendehl (2002) p. 151.

¹⁵ Salinas (2007) p. 2.

El concepto de extraterritorialidad penal internacional también ha evolucionado, en particular, desde fines de la última guerra mundial, específicamente, desde los Tribunales Internacionales de Nuremberg y Tokio, que se constituyeron ante los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la conflagración. Se caracterizan tales crímenes por ser catalogados como tales, por su especial gravedad y porque afectan a la comunidad internacional en su conjunto y obligan a todos los Estados a prevenir y sancionar su ocurrencia. Se diferencian, entonces, de los simples delitos internacionales, que sólo afectan a la parte agraviada y únicamente ésta tiene competencia para perseguirlos.

Han adquirido la categoría de crímenes internacionales, entre otros: la agresión, el genocidio, la esclavitud, la piratería, la tortura, la trata de blancas, la segregación racial, el terrorismo, el narcotráfico y las violaciones graves a los derechos fundamentales de la persona humana.¹⁶ Prácticamente todos ellos están consagrados en tratados internacionales específicos, de los que son parte la gran mayoría de los Estados. Para quienes no lo son, rigen igualmente, al aplicarse como fuente del derecho internacional, la Costumbre u otras fuentes, según las reglas generales.

De la misma manera, según las normas clásicas comúnmente aceptadas, la responsabilidad penal de crímenes internacionales es individual y abarca a todas las personas que hubieren tenido algún grado de participación en los hechos consumados, intentados o perpetrados, según el Derecho Penal tradicional.

Para no apartarnos del tema central, resulta conveniente examinar si existe una jurisdicción universal, según la evolución del Derecho Internacional. Es decir, entendiendo como aquella jurisdicción de carácter penal basada solamente en la naturaleza del delito, sin consideración al lugar donde se cometió, la nacionalidad del presunto autor o partícipe, ni la nacionalidad de la víctima, o cualquier otro factor de conexión con el Estado jurisdiccional.

Así se procura que tales crímenes no encuentren lugares seguros donde los responsables puedan permanecer impunes. Igualmente, hay que tener presente que el hecho que una determinada conducta tenga el carácter de crimen internacional, no significa que necesariamente esté sujeto al principio de jurisdicción universal, al igual que la prohibición sea *ius cogens*, y engendre una obligación *erga omnes*.¹⁷

¹⁶ Idem., p. 3.

¹⁷ Idem., p. 4.

Esta afirmación, nos obliga a recordar, someramente, al *ius cogens*, y su consagración específica en los artículos 53 y 64 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*. Estas disposiciones lo consagran como existente o emergente, cuando es una norma imperativa de derecho internacional general. Y *“una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”* (Art. 53). Si bien son normas éticas, su especial rango lo adquieren en el derecho positivo, son inderogables, y obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad, como sostiene el actual Juez de la Corte Internacional de Justicia, Antonio CANÇADO TRINDADE.

Tales normas, las más exigentes del derecho actual, aunque reúnan dichos requisitos, según la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, no les dispensa de la obligación de indagar las reglas aplicables de esa materia. Textualmente la Corte señaló: *“El simple hecho de que los Estados declaren su reconocimiento de ciertas reglas, no es suficiente para que el Tribunal las considere como integrantes del Derecho Internacional consuetudinario, y aplicables en tanto tales a esos Estados. El Tribunal debe asegurarse que la existencia de la regla en la opinio iuris de los Estados (el concepto de cumplir una obligación jurídica) está confirmada por la práctica”*. (Corte Internacional de Justicia. *Asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua*. 1985).¹⁸

Y la Corte está en lo correcto, pues el *ius cogens*, para serlo, debe comenzar por cumplir los requisitos de toda costumbre como fuente del derecho internacional consuetudinario. También es necesario puntualizar que no todos los crímenes internacionales, por el hecho de alcanzar esta categoría, tienen automáticamente jurisdicción universal, sino que ésta debe ser reconocida específicamente, de manera convencional. Y muchos de ellos la tienen (piratería marítima, Protocolos de Ginebra como infracciones graves); pero varios la requieren todavía, o han encontrado otra vía, como la constitución de Tribunales Penales Ad-Hoc, por el Consejo de Seguridad (Ex Yugoslavia 1993, o Ruanda 1994).¹⁹

En relación a la jurisdicción universal antes precisada, debemos señalar, muy brevemente, que ello no se ha solucionado completamente con la vigencia de la Corte Penal Internacional (CPI), en La Haya, el 1º de julio de 2002,

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Llanos (2008) p. 11.

que puso en vigor el Estatuto adoptado en Roma en 1998. Hay que puntualizar que la Corte tiene jurisdicción penal individual para varios crímenes internacionales, los más graves (genocidio, lesa humanidad, y de guerra, que el Estatuto define; y de agresión, que no estaba definido y sólo recientemente lo ha hecho, aunque bajo condiciones que postergan su vigencia). Y no tiene jurisdicción universal, salvo para las Partes del Estatuto sobre responsabilidades individuales, y sin efecto retroactivo al pasar a ser Partes. Si bien puede conocer tales crímenes, si un Estado Parte se lo remite; o el Consejo de Seguridad puede decidirlo cuando actúa de conformidad al Capítulo VII de la Carta; o el Fiscal de la Corte ha iniciado una investigación (Artículo 13), o de oficio (Artículo 15). En ningún caso conoce de crímenes potenciales, cumulativos o futuros. Sólo aquellos cometidos.

III. La responsabilidad internacional

Luego de ver someramente *La Guerra y los Crímenes Internacionales*, el tercer ámbito a considerar es la responsabilidad; por cierto, uno de los más difíciles para el Derecho Internacional. Baste recordar que fue de los primeros temas en ser considerados por la *Comisión de Derecho Internacional* (CDI) de las Naciones Unidas, pero por más de 40 años y a pesar de todos los esfuerzos, el *Proyecto de Convención sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Prohibidos por el Derecho Internacional* sólo ha sido aprobado en primera lectura y está sometido, desde el 2001, a consideración de los Estados. No se aprecia, hasta ahora, una voluntad firme de adoptarlo definitivamente. Otro tanto ocurre con el Proyecto de la CDI, por hechos no prohibidos. Esto confirma el que los Estados otorgan mayor prioridad a las normas que establecen sus derechos, que sus deberes correlativos.

No obstante no estar en vigor dichos proyectos de tratados, constituyen las normas aplicables a la responsabilidad por vía del derecho consuetudinario, que constantemente invocan los Estados interesados. En apretada síntesis, son responsables los Estados que cometen una acción u omisión grave, internacionalmente ilícita, que le es atribuible y que cause daño; el que debe ser reparado. Pueden ser responsables los Poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial o Administrativo), pero siempre que la entidad o persona actúe como órgano del Estado según su derecho interno. No hay responsabilidades individuales. Las reparaciones pueden consistir en satisfacciones, indemnizaciones o restituciones. No proceden si hay circunstancias que excluyen la ilicitud (consentimiento, contramedidas, fuerza mayor y caso fortuito, peligro extremo, estado de necesidad del Estado, legítima defensa). La responsabilidad debe acreditarse e invocarse, no opera de pleno derecho, ni autoriza al Estado lesionado, a violar, por su parte, el Derecho Internacional.

En lo que nos interesa, como sería el caso de responsabilidad acumulativa o anticipativa, ésta se ha discutido, aunque en su estado actual ni la teoría ni los proyectos de la CDI la contemplan. Además, y es necesario resaltarlo, los Proyectos no emplean el término *crimen internacional*, sino lo sustituyen por el *violación grave* al Derecho Internacional. Como razones, entre otras, se argumentó el que con la noción de crimen, se criminalizaba a los Estados, y las connotaciones penales debían quedar al margen del derecho sobre responsabilidad, si bien la discusión doctrinaria persiste.²⁰

Resulta interesante plantearse la posibilidad de que exista la responsabilidad internacional anticipativa o cumulativa (según ALCÁCER), cuando existe una violación grave que atenta contra normas de *ius cogens* o normas *erga omnes*, por sus especiales connotaciones e importancia. Como el Proyecto de la CDI (por hechos prohibidos) señala que "*nada excluye la ilicitud de una norma imperativa de derecho internacional general*" (Art. 26), es decir, *ius cogens* y que éste comprende sus más graves violaciones, se podría deducir que la anticipación, prevención o acumulación podría operar. Sería el caso de aquellos crímenes internacionales vistos anteriormente, como por ejemplo, la guerra, que sí puede y debe ser objeto de medidas preventivas según la Carta de Naciones Unidas. Es una idea tentadora.

Sin embargo, desde el punto de vista de la responsabilidad internacional, ésta opera cuando el hecho ilícito grave ha sido causado, no antes. De ahí que quien lo cause está obligado a repararlo íntegramente, y comprende todo daño, tanto material como moral (Art. 31); es decir, el alcance de la responsabilidad está ligado con la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de tal violación. En todo caso, a mi parecer, como el Proyecto alude precisamente a la Carta de Naciones Unidas, o a los procedimientos de solución pacífica de controversias, y éstos sí contemplan las medidas preventivas antes analizadas, podrían contemplarse de manera indirecta aquellas responsabilidades derivadas de no recurrir a tales procedimientos. Eso sí de acuerdo a sus normas propias, pero no en relación a una responsabilidad anticipada. Sólo procederá como tal si el ilícito se ha cometido.

Menciono este punto, pues, en la práctica, los Estados Unidos e Israel han invocado sus respectivos derechos de legítima defensa y de uso de la fuerza preventiva; o sea, antes de ser agredidos por actos que califican de terroristas, lo que siempre ha sido rechazado como violatorio del Derecho Internacional, pues éste, no juzga ni se aplica a las intenciones ni propósitos

²⁰ Cebada (2002) p. 8.

de los Estados, que sólo son responsables con sus obligaciones consecuentes de lo efectivamente obrado, por acción u omisión.

Cuando se ejercen acciones o derechos preventivos, será porque así se ha autorizado, como el caso de los procedimientos de solución pacífica de controversias para precaver un conflicto eventual.

CONCLUSIONES

Las posibilidades penales de anticiparse a los riesgos potenciales cumulativos, enunciados en los trabajos antes mencionados, causan polémicas doctrinales y prácticas. No obstante, ellos no constituyen una novedad o una excepción para el Derecho Internacional Público, si el bien jurídico esencial amenazado es la Paz y Seguridad Internacionales. Claramente los contempla la Carta de las Naciones Unidas y son de competencia de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, en razón de la Seguridad Colectiva, y como medidas preventivas de un conflicto potencial con riesgos futuros.

Pero extenderlos a la prevención anticipada de la comisión de crímenes internacionales no está claro que proceda, ni aún en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aunque existan posiciones divergentes, para cuando actúa el Consejo de Seguridad o el Fiscal, si bien sólo si el crimen se cometió.

Respecto al concepto de responsabilidad internacional, resulta más claro que no hay lugar a invocarla de manera preventiva en caso de responsabilidades futuras, por graves que resulten si se cometieran. Sólo proceden una vez cometidos los hechos o acciones que permiten aplicarla.

En todo caso, nada impide una evolución futura del Derecho Internacional en estas materias.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2002): "La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Artículos. RECPC 04-08 (2002). Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf>, fecha consulta: 15 julio 2010, 30 p.

CEBADA ROMERO, Alicia (2002): "Los conceptos de obligación *erga omnes, ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* n° 4. Disponible en <<http://www.reei.org>>, fecha consulta: 15 julio 2010, 14 p.

GAMBOA SERAZZI, Fernando y FERNÁNDEZ UNDURRAGA, Macarena (2008): *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración* (Santiago, Editorial LexisNexis).

HEFENDEHL, Roland (2001): “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia) (n° 19) pp. 147-158. Disponible en <<http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/56531/54501>>, fecha consulta: 15 julio 2010.

LLANOS MANSILLA, Hugo (2008): “Corte Penal Internacional (CPI)”, *Derecho Noticias* (Santiago, Publicación Universidad Central de Chile, Edición 8 julio 2008).

LUTTECKE BARRIENTOS, Javier (2003): *La Seguridad Internacional y su evolución* (Escuela Superior de Guerra Naval. Revista. Buenos Aires).

MAUREIRA SANTIS, Ninoska Tamara (*sine data*): *Las Normas de Ius-Cogens*. Disponible en <http://congresoconstitucional.cl/upload/69/Ninoska%20Maureira_1252889224.pdf>, fecha consulta: 15 julio 2010.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio (*sine data*): *Guerra y Derecho Internacional*. Disponible en <<http://personal.telefonica.terra.es/web/jamtz/t/Guerra.pdf>>, fecha consulta: 15 julio 2010.

SALINAS BURGOS, Hernán: “El Principio de Jurisdicción Internacional: ¿*Lex Lata* o *Lex Desiderata*?”, *Revista Chilena de Derecho* (vol. 34 n°) pp. 107-134.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONSULTADOS

Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (San Francisco, 26 de junio de 1945).

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969).

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998).

Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53 período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la

Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001.

LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO A LA LUZ DE LAS COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN SOBRE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO Y SOBRE UN DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO MÁS COHERENTE - PLAN DE ACCIÓN

DANIEL CORREA SABAT*

RESUMEN: El autor analiza dos documentos elaborados por la Comisión de las Comunidades Europeas, en aras de explorar los planteamientos sobre una posible armonización del Derecho contractual europeo. Un objetivo permanente de la Unión Europea es perfeccionar su mercado interior, donde la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada; sin embargo, se ha de considerar, que el intercambio de bienes y servicios se rige por contratos, por lo que los problemas relacionados con su celebración y ejecución podrían perturbar el correcto funcionamiento del mismo. Normalmente, los sistemas nacionales instituyen como principio angular del derecho contractual el de la autonomía de la voluntad, pero cada contrato está regulado por normas y decisiones judiciales de un Estado miembro en particular. Por tanto, los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, en principio, no plantean

* Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor (c) en Derecho y Magíster en Estudios Internacionales, Universitat Pompeu Fabra, España. <dicorrea@uc.cl>.

problemas, tanto en cuanto son las partes las que eligen la normativa aplicable al contrato; sin embargo, pueden surgir conflictos entre normas imperativas de un determinado Estado miembro y normas imperativas contradictorias de otra normativa nacional. Estos conflictos, sin duda alguna, pueden influir negativamente en las transacciones transfronterizas, los cuales tenderían a diluirse a medida que avance la discusión acerca de la armonización del Derecho contractual europeo.

ABSTRACT: The author analyzes two documents elaborated by the Commission of the European Communities, in order to explore the debate on a possible harmonization of the European Contractual Law. One of the main aims of the European Union is to improve its internal market, which assures the free movement of goods, people, services and capitals; nevertheless, exchange of goods and services is ruled by contracts, thus there is a risk of malfunction of the market derived from problems with celebration and execution of the agreements. Usually, the national systems establish the autonomy of will as an essential principle of the contractual law, but each agreement is regulated by norms and judicial decisions of a particular State Member. Therefore, the diverse juridical national systems, at first, are not problematic, since the parts are the ones who choose the applicable regulation to the contract; although, conflicts may arise between the imperative norms of a certain State Member and the contradictory imperative norms of another national regulation. These conflicts, undoubtedly, can influence negatively in the cross-border transactions. Above mentioned conflicts might tend to disappear as the discussion of the harmonization of the European Contractual Law progresses.

PALABRAS CLAVES: derecho contractual europeo – armonización de legislación contractual europea – transacciones en el mercado europeo

KEY WORDS: Contractual European Law - harmonization of contractual European legislation - transactions on the European market

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La realización del mercado común¹ en la Unión Europea –hoy, mercado interior²– ha requerido para su consecución de la eliminación de todas las trabas a los intercambios intracomunitarios con vistas a la fusión de los mercados nacionales en un mercado único que funcione en condiciones lo más similares posibles a las de un verdadero mercado interior, lo cual implica un espacio interno sin fronteras y donde la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada.

Para conseguir este objetivo, los tratados constitutivos han concedido poderes a las instituciones comunitarias con el objeto de facilitar el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado interior. Ello ha permitido a la Unión Europea lograr una reducción significativa de todo tipo de impedimentos contra los cuales se enfrentan los agentes económicos a la hora de desarrollar sus negocios dentro de la Comunidad Europea (barreras arancelarias, medidas de efecto equivalente, restricciones cuantitativas, normas discriminatorias, entre otros). Sin embargo, queda mucho por avanzar; todavía no se han alcanzado mercados tan eficaces como podrían ser, lo que redundaría en detrimento de todas las partes interesadas.

En este orden de cosas, es necesario hacer hincapié en un punto fundamental para los efectos del presente estudio, tomando en consideración que el intercambio de bienes y servicios se rige por contratos, los problemas relacionados con la celebración, exégesis y ejecución de los mismos pueden perturbar –y, de hecho, lo hacen– el correcto funcionamiento del mercado interior. Por regla general, los sistemas nacionales de derecho contractual establecen como principio angular el de la autonomía de la voluntad, es decir, las partes son libres para convenir sus propios términos contractuales. Pese a ello, cada contrato está regido por normas y decisiones judiciales de un Estado miembro en particular. Los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, en principio, no plantean problemas, tanto en cuanto son las partes las que eligen la normativa aplicable al contrato; sin embargo, pueden surgir conflictos entre normas imperativas de un determinado Estado miembro y normas imperativas contradictorias de otra normativa nacional. Estos conflictos, sin duda alguna, pueden influir negativamente en las transacciones transfronterizas.

De este modo, a lo largo de los últimos años se ha incrementado el debate sobre la posible armonización del derecho material privado, en particular del

¹ Para una exhaustiva comprensión del concepto, *vid.* BALASSA (1964) pp. 2 y ss.

² Para una revisión de la noción de mercado interior europeo, *vid.* TUGORES (2006) p. 109.

derecho contractual europeo, con miras a facilitar la negociación de contratos en el mercado interior y, así, garantizar de mejor manera las libertades de circulación propias de éste último. Ya a fines de los años 80, el Parlamento Europeo creyó necesario estudiar la armonización de determinados sectores del Derecho privado europeo, puesto que lo juzgó como indispensable para el establecimiento del mercado interior. De esta forma, en 1989 y 1994 elaboró sendas resoluciones para proclamar la oportunidad de efectuar trabajos preparatorios de redacción de un Código Civil europeo común y unitario³. Con todo, no sería hasta su Resolución de 16 de marzo de 2000 sobre el programa de trabajo de la Comisión de las Comunidades Europeas (en adelante, también, denominada la Comisión)⁴ cuando realmente se echa a andar la institucionalidad comunitaria a los efectos de estudiar decididamente una posible armonización del derecho contractual europeo. Mediante esta resolución, el Parlamento Europeo mandata a la Comisión a elaborar un estudio comprehensivo en este ámbito, dada la necesidad esencial de lograr una mayor armonización de la normativa contractual para conseguir verdaderamente un mercado sin fronteras. Ante esto, la Comisión inicia un proceso de consulta y debate sobre los medios para resolver, a nivel europeo, los problemas surgidos de las disconformidades entre los diversos Derechos contractuales nacionales de la Unión Europea. Así, elabora la denominada *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Derecho contractual europeo*, de 11 de julio de 2001⁵ (en adelante, también, la Comunicación). Este punto de inflexión en el trabajo de armonización del derecho contractual europeo encuentra su consumación en la llamada *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un Derecho contractual europeo más coherente-Plan de Acción*, de 12 de febrero de 2003⁶ (en adelante, también, denominado el Plan de Acción), en virtud de la cual la Comisión presenta sus conclusiones al proceso iniciado por la Comunicación, aunque siempre manteniendo el carácter consultivo del mismo.

Es en este contexto, donde se enmarca el objeto de este artículo, esto es, explorar los planteamientos sobre una posible armonización del derecho contractual europeo a la luz de la Comunicación y del Plan de Acción elaborados por la

³ Vid. Resolución del Parlamento Europeo sobre la simplificación, clarificación y codificación del Derecho Comunitario (1989) p. 400; y Resolución del Parlamento Europeo sobre la transparencia del Derecho Comunitario y la necesidad de su codificación (1994) p. 518.

⁴ Resolución del Parlamento Europeo sobre el programa de trabajo de la Comisión de las Comunidades Europeas (2000).

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Derecho contractual europeo (2001).

⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un Derecho contractual europeo más coherente-Plan de Acción (2003).

Comisión. Por consiguiente, el trabajo se dividirá en dos grandes bloques: en primer lugar, un análisis de las ideas fundamentales trazadas por la Comunicación; y, en segundo término, un examen de las principales conclusiones a las cuales llega la Comisión presentes en el Plan de Acción. Para llevar a cabo este estudio, dedicaremos la primera parte del presente trabajo a esbozar el contexto previo que permitió a la Comisión elaborar la Comunicación; luego, reseñaremos el propósito mismo de la Comunicación; a continuación, examinaremos la cuestión de la inexistencia de una armonización sistemática del Derecho contractual europeo y su posible problemática planteada en la Comunicación; consecutivamente, analizaremos las diversas alternativas que la Comunicación propone para armonizar el Derecho contractual europeo; posteriormente, nos referiremos a las reacciones más relevantes de las instituciones europeas y demás grupos de interés frente a la Comunicación, las cuales se han utilizado de base para confeccionar el Plan de Acción; seguidamente, exploraremos los inconvenientes que denota el Plan de Acción respecto a la aplicación uniforme del Derecho comunitario y al correcto funcionamiento del mercado interior; para, finalmente, exponer las medidas propuestas en el Plan de Acción con la finalidad de armonizar el Derecho contractual europeo.

2. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

2.1. Contexto Político e Institucional Previo

Para una cabal comprensión de la Comunicación es necesario describir el contexto político e institucional anterior a su elaboración, el cual permitió que un 11 de julio de 2001 la Comisión adoptara la decisión crucial de abrir el debate a nivel comunitario en torno a la armonización del Derecho contractual europeo.

Puede decirse que la Comunicación es el resultado del accionar de tres fuerzas convergentes⁷: los continuos intentos por parte del Parlamento Europeo de promover el estudio de la posible armonización del Derecho material privado europeo; el arduo trabajo académico que se estaba llevando a cabo en este ámbito; y el impulso proporcionado por el Consejo Europeo en la materia.

Como ya hemos vislumbrado en las Consideraciones Preliminares de este trabajo, la discusión sobre una posible armonización del Derecho contractual europeo comienza a tomar cuerpo, en una fase embrionaria, cuando el Parlamento Europeo adopta las resoluciones de 1989 y 1994. A través de ellas se dejó constancia de que la armonización de determinadas áreas del

⁷ Vid. STAUDENMAYER (2002) pp. 250 y ss.

Derecho privado europeo era un requisito *sine qua non* para el establecimiento y consolidación del mercado interior. A pesar de esta advertencia, ni la Comisión ni el Consejo adoptaron medidas significativas para desarrollar esta idea. Las causas de esta falta de reacción por parte del resto de las instituciones comunitarias, probablemente, tienen su basamento en hechos políticos que sucedieron en Europa en fechas próximas a la adopción de ambas resoluciones y que las superaron dada la envergadura de los acontecimientos. La Resolución del Parlamento Europeo sobre la simplificación, clarificación y codificación del Derecho Comunitario, de 26 de mayo de 1989, salió a la luz sólo unos cuantos meses antes de la caída del Muro de Berlín, en noviembre de ese mismo año. Obviamente, este evento desvió la atención de las instituciones europeas hacia la reunificación de Alemania y sus posibles consecuencias para la integración europea. Lo mismo ocurrió con la Resolución del Parlamento Europeo sobre la transparencia del Derecho Comunitario y la necesidad de su codificación, de 6 de mayo de 1994, época en la cual las instituciones europeas estaban desplegando sus fuerzas para preparar el camino a la ampliación de la unión a la Europa de los 15. Pasará media década para que el Parlamento Europeo decida dar un nuevo impulso en la materia, elaborando en 1999 un estudio preliminar sobre determinadas áreas del Derecho material privado europeo y su necesidad de armonización. Este estudio será la base de la Resolución de 16 de marzo de 2000 sobre el programa de trabajo de la Comisión, fuente inmediata de la Comunicación.

El trabajo académico que se desarrollaba en torno a la cuestión de la armonización del Derecho contractual europeo fue otro de los motores que hicieron que la Comisión se decantara por la adopción de la Comunicación. La razón de ello estribaba en el hecho de que, cualquiera fuese la decisión que finalmente se adoptase sobre el particular, era indispensable que toda iniciativa de armonización del Derecho contractual europeo se basase en un trabajo académico profundo y extenso, que incluyera un análisis comparado de los ordenamientos jurídicos existentes en los diversos Estados miembros de la Unión Europea y contemplare soluciones desarrolladas a partir de modelos fundados en las legislaciones nacionales y los problemas reales ante los cuales se enfrentaban. El ofrecer enmiendas sobre la base de la experiencia legislativa y la casuística judicial de los Estados miembros es algo ampliamente aceptado por la sociedad europea en la búsqueda de ajustes jurídicos a nivel comunitario. Ejemplos del trabajo académico desplegado han

sido los *Principios de Derecho Contractual Europeo*⁸ elaborados por la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo o “Comisión Lando”; la constitución de un grupo de estudios para redactar un Código Civil europeo en 1999; y el proyecto de un Código contractual europeo⁹, sobre la base de la labor realizada por la Academia Europea de Especialistas en Derecho Privado, de la Universidad de Pavia, respecto del cual la misma Comunicación hace referencia.

Finalmente, podemos denotar que el envío dado por el Consejo Europeo fue crucial para la adopción de la Comunicación. En octubre de 1999, el Consejo Europeo de Tampere requirió en sus conclusiones un estudio amplio sobre la necesidad de aproximar la legislación civil de los Estados miembros¹⁰. Hay que tomar en consideración que los progresos en la distintas etapas de la integración europea han sido sopesados y decididos bajo el alero del Consejo Europeo y que los más importantes pasos hacia la plena integración adoptados por él han sido implementados. De esta forma, no se puede desconocer la fuerza vinculante de las conclusiones del Consejo de Tampere de 1999 como factor determinante a la hora de adoptar, por parte de la Comisión, la Comunicación en estudio, toda vez que dichas conclusiones pueden ser consideradas una piedra angular desde el punto de vista político para la concreción del examen de una posible armonización del Derecho contractual europeo.

2.2. Objetivo de la Comunicación

La aproximación comunitaria de determinados ámbitos específicos del Derecho contractual europeo, a la fecha de la Comunicación, abarcaba un número importante de problemas que se solucionaban a través de la adopción de directivas cuando se detectaba una necesidad concreta de armonización. De esta forma, la armonización era sólo sectorial¹¹.

⁸ Vid. LANDO (2000).

⁹ El proyecto contiene un conjunto de normas y soluciones basadas en las leyes de los Estados miembros de la Unión Europea y Suiza, abarcando los siguientes ámbitos: formación, contenido y forma de los contratos; interpretación y efectos contractuales; cumplimiento e incumplimiento de contratos; cesación y extinción, y otras anomalías y recursos contractuales.

¹⁰ Vid. Consejo Europeo de Tampere (1999). Conclusiones de la Presidencia. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm>.

¹¹ Ejemplo de ello es la Directiva 85/374/CEE del Consejo (1985), relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, o la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (2000), por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Frente a este estado de la situación, la Comunicación pretende ampliar el debate sobre la necesidad de una acción comunitaria de mayor alcance en el ámbito del Derecho contractual europeo, en la medida que el planteamiento sectorial podría no resolver todos los problemas que pudieran surgir.

La Comunicación es consciente de que las tradiciones jurídicas de los Estados miembros son diferentes, que no existe un *ius commune* propiamente tal en Europa, pero también lo es de la presencia de normas y conceptos comparables en la mayoría de los ordenamientos de Derecho contractual de los países de la Unión Europea. Además, no se olvida que todo esto se enmarca en un entorno jurídico comunitario, donde el Derecho contractual constituye la principal normativa de regulación de las transacciones dentro del mercado interior.

Por la razón anterior, este instrumento se circunscribe en el ámbito del Derecho contractual, dejando de lado el Derecho de familia, por ejemplo, a pesar de que el Consejo de Tampere haya solicitado una aproximación de la legislación civil, en general. La Comunicación establece expresamente que el Derecho laboral y el Derecho de familia plantean problemas particulares que no están previstos en la misma. Es más, centra su campo de acción, sobre todo, en los contratos de compraventa y en toda clase de contratos de servicios. Incluye, además, las normas en materia de garantías de crédito relativas a bienes muebles, la normativa de enriquecimiento sin causa y la normativa sobre responsabilidad civil vinculada a los contratos. Este ejercicio de restricción lo hace teniendo en consideración la relevancia de estas materias para el contexto económico y transaccional del mercado interior. En relación con lo mismo, cabe hacer mención del fundamento jurídico para realizar una posible armonización del Derecho contractual europeo: el artículo 95 del Tratado de la Comunidad Europea permite una aproximación a materias de Derecho patrimonial y no la aprueba respecto de aquellas materias vinculadas a la libre circulación de personas (donde podemos encuadrar las relaciones de familia y laborales)¹².

¹² El artículo 95 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en la versión dada por el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, y el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997; y modificado por el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001) reza lo siguiente: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo 94 y salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 14. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. / 2. El apartado 1 no se aplicará a las disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas ni a las relativas a los derechos

Ahora bien, una vez delimitado el ámbito de aplicación de la Comunicación, ésta pone sobre la mesa dos grandes cuestiones a ser debatidas tanto por el resto de las instituciones comunitarias como por los grupos de interés de la sociedad europea (consumidores, empresas, organizaciones profesionales, entre otras entidades): por una parte, plantear los posibles problemas que puedan generar las divergencias entre los diversos Derechos contractuales nacionales; y por otra, y en caso que sea necesaria la intervención de la Comunidad Europea, cuál es el curso de acción que debe seguir ésta de conformidad a las distintas opciones que se presentan para el futuro del Derecho contractual europeo.

e intereses de los trabajadores por cuenta ajena. / 3. La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos. En el marco de sus respectivas competencias, el Parlamento Europeo y el Consejo procurarán también alcanzar ese objetivo. / 4. Si, tras la adopción por el Consejo o por la Comisión de una medida de armonización, un Estado miembro estimare necesario mantener disposiciones nacionales, justificadas por alguna de las razones importantes contempladas en el artículo 30 o relacionadas con la protección del medio de trabajo o del medio ambiente, dicho Estado miembro notificará a la Comisión dichas disposiciones así como los motivos de su mantenimiento. / 5. Asimismo, sin perjuicio del apartado 4, si tras la adopción de una medida de armonización por el Consejo o la Comisión, un Estado miembro estimara necesario establecer nuevas disposiciones nacionales basadas en novedades científicas relativas a la protección del medio de trabajo o del medio ambiente y justificadas por un problema específico de dicho Estado miembro surgido con posterioridad a la adopción de la medida de armonización, notificará a la Comisión las disposiciones previstas así como los motivos de su adopción. / 6. La Comisión aprobará o rechazará, en un plazo de seis meses a partir de las notificaciones a que se refieren los apartados 4 y 5, las disposiciones nacionales mencionadas, después de haber comprobado si se trata o no de un medio de discriminación arbitraria o de una restricción encubierta del comercio entre Estados miembros y si constituyen o no un obstáculo para el funcionamiento del mercado interior. Si la Comisión no se hubiera pronunciado en el citado plazo, las disposiciones nacionales a que se refieren los apartados 4 y 5 se considerarán aprobadas. Cuando esté justificado por la complejidad del asunto y no haya riesgos para la salud humana, la Comisión podrá notificar al Estado miembro afectado que el plazo mencionado en este apartado se amplía por un período adicional de hasta seis meses. / 7. Cuando, de conformidad con el apartado 6, se autorice a un Estado miembro a mantener o establecer disposiciones nacionales que se aparten de una medida de armonización, la Comisión estudiará inmediatamente la posibilidad de proponer una adaptación a dicha medida (...)".

2.3. Planteamiento de la Cuestión y Problemática en la Comunicación

Como vimos, la Comunicación parte de un hecho cierto e incontrastable: la armonización del Derecho contractual europeo ha sido únicamente sectorial. La aproximación del legislador comunitario ha sido poco ordenada, basada solamente en la adopción de directivas para regular armónicamente contratos específicos a medida que se han ido generando los problemas. No ha existido una coordinación y sistematización de la normativa contractual en general. De esta manera, la primera cuestión que se formula es si el legislador europeo debe continuar por esta vía o, debido a los problemas que existirían para el mercado interior, es necesario que adopte una aproximación más comprehensiva del Derecho contractual europeo.

Para develar lo anterior, la Comunicación pone de relieve los posibles inconvenientes, para el buen funcionamiento del mercado interior, que conlleva la inexistencia de una armonización del Derecho contractual europeo.

La Comunicación menciona ejemplos de potenciales problemas que puede suscitar una falta de armonización para la debida marcha del mercado interior. Sin embargo, hay uno de ellos al cual le presta especial atención. Establece que la existencia de normas legales nacionales divergentes puede acarrear mayores costes para los agentes económicos a la hora de concluir transacciones que traspasen sus fronteras nacionales (especialmente, costes de información y posibles litigios). Es verdad que para las grandes compañías esto no es un problema real, puesto que los grandes negocios están detallados, en lo que a aspectos jurídicos se refiere, en contratos altamente sofisticados. Sin embargo, esto no es así para las pequeñas y medianas empresas y, en particular, para los consumidores: la necesidad de obtener información y asesoramiento legal sobre la interpretación y aplicación de una ley extranjera es especialmente significativa para la parte cuya normativa nacional no ha sido elegida como ley aplicable al contrato, lo que sucede generalmente cuando esta parte es aquélla económicamente débil en la relación contractual (un consumidor, por ejemplo). Así, para los consumidores y las empresas de menor tamaño, el desconocimiento de otros sistemas de Derecho contractual puede desincentivar la realización de transacciones transfronterizas, lo cual genera un problema no menor para el desenvolvimiento del mercado interior. Algunos autores plantean que, con todo lo anterior, aumenta la incertidumbre por la complejidad de las relaciones jurídico-comerciales y se pueden llegar a reducir los niveles de competencia en el mercado interior¹³.

¹³ El temor a encontrarse con “sorpresas legales” inhibe a las empresas de menor tamaño y a los consumidores a llevar a cabo negociaciones contractuales más allá de las clásicas fronteras

Otro tipo de problema dice relación con la cuestión de la aplicación uniforme del Derecho comunitario, en dos niveles: la aplicación uniforme del Derecho comunitario respecto de sí mismo; y la aplicación uniforme del Derecho comunitario respecto de los Derechos nacionales.

La primera problemática se suscita cuando los instrumentos legislativos comunitarios son inconsistentes. Las razones de la falta de consistencia de las normas comunitarias pueden ser diversas¹⁴. Uno de los motivos puede ser que el rápido desarrollo comercial en diversos ámbitos de la economía ha exigido elaborar contratos innominados cada vez más sofisticados para resolver situaciones no contempladas originalmente por la normativa comunitaria a la época de su adopción. Otra razón de la indicada inconsistencia puede venir dada por los cambios de prioridades en la política comunitaria. Una última causa puede ser la aproximación sectorial que ha hecho el legislador comunitario a la hora de armonizar; por ejemplo, podría suceder en una determinada circunstancia¹⁵ que se aplique simultáneamente la Directiva referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales¹⁶ y la Directiva sobre la adquisición de inmuebles en régimen de tiempo compartido¹⁷.

La segunda problemática aparece cuando la utilización de términos abstractos en el Derecho comunitario da lugar a una aplicación no uniforme de la legislación comunitaria y de la normativa nacional. En la legislación nacional, los términos abstractos, por regla general, están acompañados por dispo-

estatales y dentro del mercado interior. *Vid.* VON BAR-LANDO-SWANN (2002) pp. 194 y 195.

¹⁴ *Vid.* STAUDENMAYER (2002) p. 255.

¹⁵ Tomando en consideración que, hoy en día, dentro de los derechos del propietario de un inmueble a tiempo compartido está presente la prestación de diversos servicios (como mantenimiento del edificio, acceso a zonas recreativas comunes, entre otros), podría ocurrir que también se aplicase la Directiva sobre venta a domicilio, tanto en cuanto esta última considera la prestación de servicios similares. Así, puede suceder que a una misma situación pueda aplicarse una distinta normativa (desde ya el derecho de renuncia que tiene el consumidor en la Directiva sobre venta a domicilio es de 7 días, mientras que en la Directiva sobre la adquisición de inmuebles en régimen de tiempo compartido es de 10 días).

¹⁶ Directiva 85/577/CEE del Consejo (1985) referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

¹⁷ Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (1994) relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.

siciones que definen su sentido y alcance¹⁸. Esto no sucede en la normativa comunitaria: no sólo existen términos abstractos que tienen un uso diverso en las distintas directivas y demás normas sino que, además, no hay disposiciones generales sobre definiciones de conceptos de amplia utilización en el entramado jurídico comunitario. Por ejemplo, la Directiva referente a los paquetes vacacionales contiene una disposición que permite al consumidor exigir una indemnización por el daño causado a raíz del incumplimiento del contrato¹⁹. Ahora bien, la pregunta que aparece de inmediato es si el Estado miembro respectivo, en aplicación de la directiva recién mencionada, debe o no considerar dentro del daño al “daño moral”. De este modo, puede acontecer que esto esté reconocido en un determinado país miembro y en otro no, surgiendo la situación –a todas luces injusta– que dos personas enfrentadas a la misma situación puedan obtener resultados jurídicos muy disímiles dependiendo del Estado donde soliciten la indemnización. En definitiva, la ausencia de una conceptualización uniforme, en el Derecho comunitario, de los términos generales puede significar la concreción de resultados diferentes en las prácticas jurídicas de los Estados miembros. Todo esto se agrava considerando que no existe en Europa una lengua única para definir los términos jurídicos abstractos: no hay una lengua que tenga irrogada la importancia que tenía el latín para el Derecho en su época; lo cual conlleva a que, incluso existiendo un mismo término –como daño moral– en dos países miembros con distinta lengua, la interpretación de dicho concepto pueda ser diversa y, por lo tanto, el efecto jurídico de su aplicación también lo sea²⁰.

¹⁸ Suele suceder que muchos Códigos Civiles presentan un primer capítulo con definiciones generales de términos abstractos como “daño”.

¹⁹ Vid. artículo 5 de la Directiva 90/314/CEE (1990) relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

²⁰ Al respecto *vid.* VON BAR-LANDO-SWANN (2002) pp. 201 y 202. Un ejemplo paradigmático a nivel europeo de resultados divergentes debido al uso de distintas lenguas es la interpretación diversa que hacen del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos está redactado en inglés y francés, y el artículo 8 del mismo trata del derecho a la inviolabilidad del domicilio: el texto en inglés contiene la palabra *home* para referirse a este concepto y el texto en francés utiliza la palabra *domicile* para indicar lo mismo. En el caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Hoechst contra Comisión* (1989), siguiendo el texto en inglés, se plantea que el derecho a la inviolabilidad del domicilio abarca sólo el ámbito de desenvolvimiento de la libertad personal del hombre y no puede por tanto extenderse a los locales empresariales, como lo solicitaba Hoechst. Cosa distinta interpretaría, con posterioridad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Niemietz contra Alemania* (1992), pues termina por sentenciar que la palabra francesa *domicile* tiene una

2.4. Distintas Opciones que la Comunicación Sugiere para Armonizar el Derecho Contractual Europeo

Frente a los problemas –actuales o potenciales– anteriormente examinados, la Comisión propone una serie de opciones o medidas que pueden permitir una armonización general de la normativa comunitaria.

En todo caso, la Comunicación destaca que cualquier medida que adopte una institución comunitaria se debe de enmarcar dentro del principio de subsidiariedad²¹. La familia, los grupos intermedios y el Estado (a nivel de gobierno local, regional o nacional) satisfacen una parte de los fines de la persona, los cuales son complementados por la institucionalidad comunitaria en cuanto medio de realización del bien común en la sociedad europea. La institucionalidad comunitaria es necesaria, pero esto no significa que no respete los espacios autónomos de las diversas entidades familiares, intermedias y estatales, ya que sólo puede intervenir la organización política mayor cuando sea insuficiente o incapaz la actividad de esas organizaciones menores, pero siempre desarrollando una actitud complementaria, supletoria y subsidiaria respecto de ellas. El principio de subsidiariedad en el ámbito comunitario está contemplado en el artículo 5 del Tratado de la Comunidad Europea, y tiene por objeto garantizar que las decisiones se tomen lo más cerca posible del ciudadano, comprobándose constantemente que la acción que vaya a emprenderse a escala comunitaria se justifique en relación con las posibilidades que ofrece el nivel nacional, regional o local. Concretamente, es un principio según el cual la Unión Europea, salvo en sus ámbitos de competencia exclusiva, sólo interviene en la medida en que su acción sea más eficaz que una intervención a nivel nacional, regional o local. Por lo tanto, la necesidad de armonización debe ser contemplada en el supuesto que dichas entidades menores no puedan hacerlo, caso en el cual las autoridades comunitarias tienen la justificación para actuar. Respetando este principio, la Comisión se permite formular las guías de actuación para llevar a cabo el objetivo de la Comunicación.

Además del principio de subsidiariedad, las instituciones comunitarias deben someterse al principio de proporcionalidad²², en virtud del cual nin-

connotación más amplia; por ende, se extendería la protección del derecho a la inviolabilidad al domicilio profesional de una persona, entendiendo que el ámbito de aplicación de un derecho debe de interpretarse de la forma más inclusiva posible. Es así, como vemos que para dos situaciones iguales, y por interpretación de un término en distintos idiomas, el resultado jurídico puede llegar a ser muy desigual.

²¹ Para un extenso desarrollo del principio de subsidiariedad, en general, *vid.* SOTO KLOSS (1996) p. 152 y ss.

²² Al respecto *vid.* SÁNCHEZ (2002) pp. 221-223.

guna de sus acciones puede exceder de lo necesario para lograr los objetivos del Tratado de la Comunidad Europea. Frente a la armonización del Derecho contractual europeo, el principio de proporcionalidad requiere un balance entre las necesidades y objetivos del mercado interior y del “perjuicio” que dicha armonización puede infligir, en especial, a la identidad nacional de los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

Una vez reseñados estos principios que deben inspirar el actuar de las instituciones comunitarias en este ámbito, procederemos a explicar, a grandes rasgos, cada una de las opciones que prevé la Comunicación:

A. DEJAR QUE EL MERCADO RESUELVA LA PROBLEMÁTICA

Esto implica, básicamente, la no intervención por parte de las instituciones comunitarias. La idea es que el mercado podría ser lo suficientemente eficaz para desarrollar sus propias soluciones, como resultado de la libre competencia y la sola actuación de las empresas, consumidores y demás agentes económicos dentro del mercado interior. La progresiva fusión de los mercados europeos nacionales en uno incitaría a los políticos y legisladores nacionales a encontrar soluciones adecuadas a los problemas que se van presentando. Esta opción es lo que podríamos denominar *soft harmonization*, puesto que no requiere una elaboración de normas comunitarias.

Dejar actuar sólo al mercado ha generado ciertas reticencias. Fundamentalmente, se argumenta que no existe evidencia empírica sobre el hecho de que las fuerzas del mercado sean capaces de brindar una regulación consistente en el ámbito del Derecho contractual en lo relativo a la formación, validez e interpretación de los contratos.

B. CREAR PRINCIPIOS COMUNES DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

El establecimiento de principios comunes podría ser de gran utilidad para las partes a la hora de negociar y redactar sus contratos, y para los jueces y árbitros al momento de dictar una sentencia que implique decidir un caso en el cual están involucradas distintas legislaciones nacionales. Estos principios no tendrían una naturaleza jurídica obligatoria, sino que formarían parte de un conjunto de soluciones comunes que constituirían una mera guía opcional para resolver los problemas de armonización. Para alcanzar esto,

la Comisión fomentaría el estudio y la investigación en materia de Derecho comparado por parte de académicos, jueces y otros expertos²³.

Una vez definidas estas directrices, los Estados miembros deberían difundirlas de manera que sean gradualmente aceptadas y utilizadas cada vez con mayor frecuencia, todo lo cual redundaría en una convergencia coherente del Derecho contractual europeo. La Comunicación, incluso, llega a manifestar que, en caso que estos principios llegasen a alcanzar un convencimiento compartido y general de la sociedad europea, aquéllos podrían transformarse en una especie de Derecho consuetudinario de los contratos.

En relación a esta alternativa, la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo y el grupo de estudios para redactar un Código Civil europeo han manifestado que la formulación de principios es un paso fundamental para la armonización del Derecho contractual europeo y, por consiguiente, para la integración europea²⁴. Sostenemos, estando plenamente de acuerdo con ambas entidades a este respecto, que sólo la creación de principios comunes y su generalizada aceptación²⁵, a la luz de un estudio profundo de Derecho comparado, será capaz de hacer visible la existencia de valores legales compartidos por los Estados miembros, desarrollando una terminología común que permita a los juristas y actores económicos desenvolverse con mayor previsibilidad en la celebración de actos jurídicos y negocios más allá de sus fronteras estatales. No creemos aconsejable una unificación codificada del Derecho contractual europeo ni mucho menos²⁶, pero sí una aproximación, mediante estos principios, de las pautas de solución a los mismos problemas que se enfrentan la mayoría de los Derechos contractuales nacionales en Europa. Luego, se logrará la armonización efectiva una vez que se “enseñen” los mencionados principios por parte de las universidades, las academias judiciales, entre otras instituciones. Para ello, es indispensable que las instituciones comunitarias promuevan esta enseñanza.

²³ Sobre el papel del Derecho comparado en la búsqueda de principios comunes *vid. ídem.*, pp. 299-304.

²⁴ *Vid.* VON BAR-LANDO-SWANN (2002) p. 221.

²⁵ Cabe destacar, que ya salió editada la tercera parte de los Principios de Derecho contractual de la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo que recoge una serie de principios elaborados por ella; la que, sin embargo, no ha sido suficientemente difundida para alcanzar una aceptación generalizada por los distintos operadores jurídicos y demás actores interesados, y tener, así, un efecto armonizador concreto. *Vid.* LANDO-BATLLE (2008).

²⁶ Respecto a los argumentos en contra de una unificación codificada del Derecho contractual europeo *vid.* CHAMBOREDON (2000) pp. 82-87.

C. MEJORAR LA CALIDAD DE LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA VIGENTE

El acervo comunitario existente debe ser revisado en profundidad con el objeto de eliminar las inconsistencias, llenar los vacíos legales y adaptarlo al importante desarrollo que ha tenido el comercio intracomunitario. Se trata de trazar puentes entre las normas en vigor para configurar soluciones comunes a problemas iguales.

Mejorar este acervo implica, en primer término, adecuar los instrumentos jurídicos vigentes a los nuevos tiempos. Para ello, la Comisión plantea como norte el realizar una consolidación, codificación y refundición²⁷ de la normativa comunitaria existente. En segundo lugar, se debe revisar cualitativamente la redacción de tales instrumentos, con el fin de lograr una mayor coherencia en la terminología. En tercer y último lugar, se podrían simplificar las disposiciones de la gran cantidad de directivas sobre Derecho contractual europeo²⁸.

En nuestra opinión, esta opción es de mínimos, puesto que, siendo absolutamente necesaria, es parte del deber de hacer una correcta labor legislativa comunitaria. En otras palabras, la presente alternativa, realmente, no debiera ponerse en el debate por parte de la Comisión, sino que simplemente debe llevarse a cabo por el “deber-ser” de una legislación comunitaria a la altura de las exigencias de una integración europea avanzada. Es más, la sociedad europea espera que sus instituciones funcionen y muestra de ello es el requerimiento de que el acervo comunitario existente sea constantemente perfeccionado. Con todo, esta opción no puede ser elegida excluyendo a las demás, tanto en cuanto su adopción aislada traería beneficios limitados sólo

²⁷ Estos tres conceptos son explicitados en el Plan de Acción de la misma Comisión. Así, la *consolidación* consiste en reunir en un mismo texto no vinculante las disposiciones actuales de un determinado instrumento regulador, esto es, las disposiciones originales y aquéllas de los posteriores actos modificatorios. Por su parte, la *codificación* implica adoptar un nuevo instrumento jurídico que reúne en un solo texto, sin cambios con respecto al fondo, un acto antiguo y sus posteriores modificaciones; de manera que el nuevo instrumento sustituye al anterior y lo deroga. Finalmente, la *refundición* significa adoptar un acto jurídico único y nuevo donde se han realizado los cambios de fondo necesarios, se codifican dichos cambios con las normas del acto anterior no modificadas y se deroga éste último. *Vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un Derecho contractual europeo más coherente-Plan de Acción (2003).

²⁸ La Comunicación hace referencia, en este ámbito, al proyecto SLIM o iniciativa de simplificación de la legislación del mercado interior. *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo “Simplificación de la legislación en el mercado interior (SLIM): proyecto piloto” (1997).

a aquellas materias contractuales específicas ya reguladas, dejando de lado una revisión armonizada del Derecho contractual europeo a la luz de un estudio de Derecho comparado de conformidad a lo ya explicado. Lo anterior se explica por una razón muy sencilla: no se pueden extrapolar soluciones específicas a problemas contractuales generales.

D. ADOPTAR UN NUEVO INSTRUMENTO JURÍDICO COMUNITARIO

Una última opción es la adopción de una nueva legislación a nivel comunitario que contenga normas sobre cuestiones generales del Derecho contractual europeo y sobre contratos en particular. Para determinar la viabilidad de esta alternativa es necesario dilucidar dos aspectos: la elección de un determinado instrumento legislativo de Derecho comunitario²⁹; y la naturaleza vinculante de la medida adoptada.

En cuanto al primero de los factores, esto es, determinar el instrumento legislativo que más se adecue a la necesidad de modulación del Derecho contractual europeo, debemos analizar el grado de armonización que se pretende del mismo. Si se opta por una directiva, los Estados miembros tendrían cierto margen de maniobra a la hora de adaptar las disposiciones respectivas; lo cual, desde ya, podría obstaculizar el funcionamiento del mercado interior, en cuanto permanecerían las diferencias al interior de cada país. En caso que se elija un reglamento, se eliminaría la capacidad autónoma del Estado para ajustar la disposición comunitaria a su realidad, pero se alcanzaría un mayor grado de armonización. Por último, sólo se podría seguir la vía de una recomendación si el sistema se decanta por un modelo totalmente optativo.

Con respecto al segundo de los factores, las posibilidades que plantea la Comunicación son tres: un modelo opcional; un modelo automático; y un modelo obligatorio. El modelo opcional consiste en que las partes deben elegir entre la normativa comunitaria y la nacional, de modo que el instrumento jurídico comunitario sólo se aplicará si éste está expresamente³⁰ previsto en el contrato como Derecho aplicable. El modelo automático, por su parte, implica que, salvo estipulación en contrario, el contrato se regirá por el instrumento jurídico comunitario. Y el modelo obligatorio viene a sustituir la normativa nacional en vigor, puesto que la aplicación del mencionado instrumento jurídico comunitario no se puede excluir del contrato.

²⁹ Para una explicación sistemática de los distintos tipos de instrumentos legislativos comunitarios *vid.* DIEZ DE VELASCO (2007) pp. 652-657.

³⁰ Cabe destacar que no se discute la posibilidad de una adopción tácita o presunta del instrumento jurídico comunitario.

En nuestro concepto, para comenzar a debatir sobre la adopción de un posible instrumento jurídico comunitario es menester delinear, en forma preliminar, los principios comunes de Derecho contractual europeo. Incluso, una vez que estos hayan sido ampliamente acogidos, recién podríamos estar en pie para plasmar esto en una norma comunitaria. De lo contrario, estaríamos saltándonos, en un tema tan sensible como este, un paso fundamental para la legitimación de la nueva normativa por parte de la sociedad europea y, específicamente, de los agentes interesados. Si las instituciones europeas pretendiesen embarcarse en una empresa legislativa de largo aliento, es imprescindible tener antes una base de principios que guíen dicha iniciativa. En este contexto, sería prematuro deliberar sobre un instrumento legislativo de Derecho comunitario en concreto y sobre el grado de fuerza vinculante del mismo.

Desde ya la Comunicación, a lo largo de su texto, no se decanta por ninguna de las cuatro opciones, puesto que su carácter eminentemente consultivo le impide tomar partido por una u otra alternativa. La Comunicación esperará el *feedback* del resto de las instituciones comunitarias, del sector empresarial, de las asociaciones de consumidores y del mundo académico para adoptar una medida más concreta sobre el particular, cuestión que terminará por hacer en su Plan de Acción del año 2003, que a continuación pasamos a revisar.

3. EL PLAN DE ACCIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE UN DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO MÁS COHERENTE

3.1. Respuestas a la Comunicación que Sirven de Base para Elaborar el Plan de Acción

El Plan de Acción de la Comisión es el resultado de las diversas reacciones que generó la Comunicación, tanto por parte de algunas instituciones comunitarias como de los grupos de interés.

Las instituciones comunitarias que dieron respuesta a la Comunicación fueron: el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social de la Unión Europea³¹.

El Informe del Consejo sobre la necesidad de aproximar la legislación civil de los Estados miembros, de 16 de diciembre de 2001, no contiene men-

³¹ Vid. Informe del Consejo sobre la necesidad de aproximar la legislación civil de los Estados miembros (2001); Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y comercial de los Estados miembros (2001); y Opinión del Comité Económico y Social (2002).

sajes detallados, aunque presenta una inquietud claramente identificable: la necesidad de que haya una mayor coherencia del acervo comunitario existente. Es interesante, también, la mención que hace del problema de la falta de uniformidad de los términos legislativos y, en consecuencia, del riesgo de causar resultados diversos en la práctica comercial y jurídica.

En contraste con el informe del Consejo, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y comercial de los Estados miembros, de 15 de diciembre de 2001, es más aterrizada y concreta. En primer lugar, menciona que las directivas existentes no exhiben una correcta coordinación entre ellas, lo que hace que su implementación en los Derechos nacionales sea bastante deficiente. De esta manera, y expresamente, la resolución hace un llamado a armonizar el Derecho contractual europeo con el objetivo de facilitar las transacciones transfronterizas dentro del mercado interior. En segundo término, requiere de la Comisión el llevar a cabo un plan de acción con tres fases progresivas para armonizar el Derecho contractual europeo. En el corto plazo, la Comisión debería desarrollar una base de datos que contenga los problemas que presentan las normativas nacionales sobre Derecho contractual y la jurisprudencia en este ámbito. Sobre este sustento, y haciendo un estudio de Derecho comparado, se debe trabajar en el despliegue de conceptos jurídicos y soluciones comunes útiles para todos los Derechos nacionales. En el mediano plazo, la Comisión tendría que publicar lo anterior y todas las instituciones comunitarias estarían obligadas a aplicar los indicados conceptos jurídicos y soluciones comunes en el marco del proceso legislativo comunitario. Y, en el largo plazo, el producto de esta legislación entraría en vigor para que las partes en un contrato pudieran elegir como Derecho aplicable al mismo la normativa nacional o la comunitaria.

A diferencia de las dos posturas anteriores, la Opinión del Comité Económico y Social, de 7 de diciembre de 2002, manifiesta que la mejor opción para armonizar el Derecho contractual europeo es elaborar un texto jurídico comunitario. En cuanto a su naturaleza vinculante, este instrumento jurídico debería adoptar, en una primera etapa, un modelo opcional y, en una segunda etapa, un modelo automático. De acuerdo al Comité Económico y Social, sólo una regulación de este tipo podría reducir los costes de transacción para pequeñas y medianas empresas, y para consumidores.

Por su parte, los grupos de interés aportaron importantes contribuciones en respuesta a las interrogantes de la Comunicación. El resultado de los aportes los sintetiza el propio Plan de Acción: una minoría optó por la primera opción de la Comunicación, es decir, dejar la solución de los problemas sólo a las fuerzas del mercado; un gran apoyo obtuvo la segunda alternativa, esto es, crear principios comunes de Derecho contractual europeo que sean de utilidad tanto para

abogados, como para jueces y árbitros; la gran mayoría se decanta por la tercera opción, que consiste en revisar y mejorar el acervo comunitario existente³²; y un importante número considera que la cuarta alternativa, o sea, elaborar un nuevo instrumento jurídico comunitario, es una cuestión que se debería dejar para más adelante, una vez desarrolladas la segunda y tercera opciones.

3.2. Problemas que Exhibe el Plan de Acción respecto a la Aplicación Uniforme del Derecho Comunitario y al Buen Funcionamiento del Mercado Interior

El Plan de Acción es una segunda fase en los intentos de la Comisión por armonizar el Derecho contractual europeo, luego de la Comunicación emitida el año 2001. El Plan de Acción mantiene el carácter consultivo que tenía la Comunicación, avanzando en el debate sobre los problemas de la aplicación uniforme del Derecho comunitario y las complicaciones que presenta para el mercado interior, aportando finalmente medidas para contrarrestar dichos inconvenientes.

A. APLICACIÓN UNIFORME DEL DERECHO COMUNITARIO

La primera categoría de problemas en la aplicación uniforme del Derecho comunitario dice relación con una cuestión que ya había sido sugerida en la Comunicación: se tratan de manera diversa situaciones idénticas, sin que ello esté justificado de forma pertinente³³. Entre los ejemplos citados, el Plan de Acción menciona las diferentes modalidades del derecho de desistimiento³⁴ en las directivas referentes a la protección de los consumidores en el caso de

³² Es evidente por qué la mayoría de los grupos de interés optaron por esta alternativa: como ya vimos, porque es una opción de mínimos. En nuestra opinión, reiteramos que esta iniciativa ni siquiera debería de haber sido incluida en el debate, ya que, por las razones que ya hemos expuesto, las partes interesadas, obviamente, esperan que el legislador comunitario legisle de buena forma.

³³ Se critica que la legislación en materia de protección de los consumidores, por ejemplo, no garantiza la uniformidad de soluciones en situaciones semejantes, tal como lo exige el mercado interior. Es interesante lo que al respecto señalan VON BAR-SWANN (2003) pp. 618 y 619.

³⁴ Las directivas presentan diferencias en cuanto a los plazos y los métodos de cálculo de los plazos de desistimiento.

contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales³⁵, la venta a distancia³⁶ y la venta a distancia de servicios financieros³⁷.

La segunda categoría de problemas, que también fue mencionada por la Comunicación, viene dada por la utilización de términos jurídicos abstractos en muchas directivas que no los definen o lo hacen de forma vaga³⁸. El inconveniente de que un determinado concepto jurídico esté definido en una directiva y no en otra puede resolverse, en parte, estableciendo si es posible interpretar dicho término comprensivamente para ser aplicado, a través de una exégesis sistemática, en un área determinada del Derecho contractual europeo³⁹.

La tercera categoría de problemas está constituida por las inconsistencias en la aplicación de los instrumentos jurídicos de transposición nacionales, puesto que las directivas contienen términos que son ajenos a la normativa nacional existente. Así, cuando se aplica una directiva sobre una determinada materia, en muchas ocasiones, los legisladores nacionales mantienen a la vez la legislación nacional vigente que versa sobre el mismo ámbito, creando una situación de inseguridad jurídica que no propicia el buen funcionamiento del mercado interior.

B. PROBLEMAS PARA UN CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO INTERIOR

En este orden de cosas, los obstáculos con los cuales se enfrenta el mercado interior se derivan, directa o indirectamente, de las divergencias recién expuestas.

El Plan de Acción, antes de abordar los problemas concretos⁴⁰, que afectan al funcionamiento del mercado interior, distingue entre disposiciones nacionales imperativas y no imperativas. Muchas de las dificultades tienen que ver con las normas imperativas nacionales, que se aplican aun cuando las

³⁵ Directiva 85/577/CEE del Consejo (1985) referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

³⁶ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (1997) relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

³⁷ Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (2002) relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

³⁸ Para un acabado desarrollo de la problemática *vid.* GAMBARO (2003) pp. 771 y ss.

³⁹ *Vid.* STAUDENMAYER (2003) p. 119.

⁴⁰ Debido a la naturaleza de este estudio y con el objeto de no extendernos en demasía, nos referiremos a los principales problemas concretos que aborda el Plan de Acción.

partes hayan elegido otro Derecho aplicable al contrato, produciéndose un conflicto normativo no deseado para el buen desenvolvimiento del mercado interior. Esto no sucede con las normas no imperativas, ya que no se genera conflicto con una adecuada elección de ley aplicable; salvo en aquéllos casos en que la parte débil debe adherirse sin más a lo escogido por la parte económicamente más fuerte. Esta última situación implica, necesariamente, para la parte débil un costo de transacción mayor, debido al requerimiento de asesoría jurídica en la aplicación de la ley extranjera, y una cierta inseguridad jurídica por el desconocimiento de dicha normativa foránea. Esta inseguridad, por ejemplo, puede causar desventajas competitivas para una pequeña empresa que desee adjudicarse la posibilidad de ejecutar un determinado contrato en un país extranjero frente a otra empresa de ese país que pretenda hacer lo mismo, puesto que la primera de ellas deberá incluir en sus cálculos los costes de información y la segunda no tendrá la necesidad de hacerlo.

Lo que acabamos de explicar, nos lleva inmediatamente al primer tipo de problemas concretos: existen cuestiones fundamentales de Derecho contractual que están reguladas de forma diferente, lo que hace aumentar los costes de transacción⁴¹. La única forma de obtener seguridad jurídica es contratar a un abogado que conozca del Derecho aplicable al contrato; no obstante, se considera que para los negocios cotidianos es una solución extremadamente cara.

Otra clase de problemas se refiere a las divergencias de las normativas nacionales en materia de inclusión de las cláusulas tipo de los contratos. En algunos ordenamientos jurídicos es suficiente hacer referencia a las cláusulas tipo, mientras que en otros deben adjuntarse al contrato o firmarse por separado. Entre los Estados miembros hay, también, importantes diferencias con respecto a cuáles cláusulas tipo son consideradas inadmisibles por los tribunales y, por tanto, no válidas. Esta circunstancia genera incertidumbre en las empresas que utilizan este género de cláusulas.

Se presentan, asimismo, problemas relativos al distinto tratamiento que tiene la cesión de créditos en las diversas legislaciones contractuales nacionales. Específicamente, algunos Estados miembros limitan la cesión de créditos futuros; en cambio, otros tienen una normativa más liberal en la materia. Esto podría dar lugar a distorsiones significativas en la competencia, debido a que

⁴¹ Se ha argumentado que la existencia de una diversidad jurídica es, en sí misma, un hecho que provoca una internalización de los costes externos de información jurídica y una inseguridad en el operador económico, desincentivándolo al momento de realizar operaciones transfronterizas. Vid. Sánchez (2002) pp. 154-156.

la cesión de créditos es un instrumento de gran importancia a la hora de financiar las exportaciones.

En el ámbito de los servicios financieros, se pone de manifiesto que las empresas no pueden ofrecer servicios financieros en el extranjero porque sus productos están concebidos de conformidad a los requisitos jurídicos locales, o bien porque la necesidad de cumplir otros requerimientos contemplados en otros ordenamientos jurídicos les supondría un coste excesivo, generándose nuevas distorsiones para la competencia.

Por último, en el contexto de la protección a los consumidores, existen grandes diferencias entre una legislación nacional y otra, lo que crea obstáculos para los negocios transfronterizos de consumo dentro del mercado interior. Se culpa de ello al principio de armonización mínima en el que se basan las directivas europeas sobre el particular, lo que permite a los Estados miembros mantener normas más favorables para los consumidores que las previstas en la normativa comunitaria⁴². Así, las empresas continúan teniendo dificultades para desarrollar estrategias de comercialización que puedan utilizarse en todo el mercado interior, ya que las normas adoptadas por los países que van más allá de la armonización mínima prescrita por la legislación comunitaria son inevitablemente diferentes.

3.3. Medidas Propuestas en el Plan de Acción

Las medidas propuestas por la Comisión en el Plan de Acción son una combinación de las distintas opciones que originalmente preveía la Comunicación. Básicamente, el Plan de Acción invita a perseguir la segunda y tercera opciones que sugería la Comunicación, es decir, la creación de principios comunes de Derecho contractual europeo y la mejora de la calidad de la legislación comunitaria vigente, respectivamente. El Plan de Acción considera, para una reflexión de largo plazo, la cuarta opción de la Comunicación, esto es, la elaboración de un nuevo instrumento jurídico comunitario siguiendo, eso sí, un modelo opcional. Pasaremos, entonces, a analizar, las medidas propuestas:

A. MEJORAR LA CALIDAD DEL ACERVO COMUNITARIO, EXISTENTE Y FUTURO, EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CONTRACTUAL

Luego de que la Comisión recibió las distintas reacciones a la Comunicación, concluye en el Plan de Acción que la Unión Europea puede

⁴² Vid. Staudenmayer (2003) pp. 121 y 122.

seguir manteniendo un enfoque sectorial. No obstante, las respuestas hicieron, también, hincapié en la necesidad de aumentar la coherencia del acervo existente sobre Derecho contractual y evitar nuevas incoherencias en el futuro. Así, el objetivo que se propone en el Plan de Acción es alcanzar un acervo comunitario en materia de Derecho contractual europeo con un alto grado de coherencia tanto en su formulación como en su puesta en práctica. A través de un acervo comunitario mejorado se facilitaría el buen funcionamiento de las transacciones transfronterizas dentro del mercado interior. Para cumplir con esta meta, el Plan de Acción expone que se puede proceder en dos etapas sucesivas: la primera de ellas es el establecimiento del denominado *Marco Común de Referencia*; y la segunda es la puesta en práctica de este marco.

La primera etapa consiste en formular el Marco Común de Referencia, el que debe contener unos principios y términos jurídicos comunes⁴³ aplicables al ámbito del Derecho contractual europeo. Es un texto que será accesible a todo público y traducido en los distintos idiomas de la Unión Europea, y que ayudará a las instituciones comunitarias a garantizar una mayor coherencia del acervo existente y futuro en la materia. En plena concordancia con el Plan de Acción, sostenemos que si el Marco Común de Referencia llega a ser aceptado generalizadamente como el sistema de Derecho contractual europeo que mejor responde a los requerimientos de los agentes económicos, es probable que sea admitido también como criterio de referencia por los poderes legislativos de los Estados miembros de la Unión Europea, lo cual implicaría una reducción de las divergencias entre los diversos Derechos contractuales nacionales.

El Plan de Acción establece que el Marco Común de Referencia debe contemplar, por una parte, principios acerca de la celebración, validez, interpretación y ejecución de los contratos y, por la otra, las mejores soluciones posibles con respecto a la terminología. Con este sustrato la Comisión persigue tres objetivos: a) utilizar el Marco Común de Referencia cuando se revise el acervo existente y se propongan nuevas medidas; b) que el Marco Común de Referencia pueda llegar a ser un instrumento para la mayor convergencia entre los Derechos contractuales de los Estados miembros; y c) basar en el Marco Común de Referencia las reflexiones sobre la posibilidad de formular un nuevo instrumento jurídico comunitario facultativo⁴⁴.

⁴³ La necesidad de que existan términos jurídicos comunes está ampliamente desarrollada por Pozzo (2003) pp. 754-767.

⁴⁴ Vid. Von Bar-Swann (2003) p. 597.

Una vez establecido el Marco Común de Referencia, se pasa a la segunda etapa sugerida en el Plan de Acción: que este marco sea utilizado por la Comisión para revisar el acervo existente y apuntar nuevas propuestas, y por el legislador comunitario para mantener elevados niveles de calidad y coherencia a lo largo del proceso legislativo. La coherencia de la legislación comunitaria debe asegurarse a la luz de los problemas identificados, lo cual significa: a) eliminar las incoherencias identificadas en el Derecho contractual europeo; b) analizar la calidad de la formulación normativa; c) simplificar y clarificar la legislación existente⁴⁵; d) adecuar la normativa existente a la evolución de las prácticas comerciales; y e) llenar las lagunas del acervo comunitario que han planteado problemas en la aplicación del mismo.

B. PROMOVER LA ELABORACIÓN DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES TIPO

De acuerdo con el Plan de Acción, la presencia de cláusulas contractuales tipo en el ámbito europeo podría facilitar, en gran medida, las transacciones transfronterizas y ayudarían a evitar algunos de los problemas con los cuales se enfrenta el mercado interior. La idea de la Comisión es promover proyectos de las partes interesadas en crear cláusulas contractuales tipo aplicables de forma generalizada en la Unión Europea. Si estas cláusulas llegasen a utilizarse a gran escala podrían resolver muchos de los inconvenientes ya mencionados para el correcto funcionamiento del mercado interior.

La Comisión pretende promover la confección de estas cláusulas a través de dos vías: facilitando el intercambio de información sobre las distintas iniciativas; y proponiendo directivas sobre la utilización de dichas cláusulas. Para suscitar la producción de cláusulas tipo es conveniente, en primer lugar, preparar una lista de las iniciativas existentes, la cual estaría disponible para las partes interesadas que deseen elaborar nuevas cláusulas y requieran información para no cometer las mismas faltas de los demás y aprovechar sus éxitos⁴⁶. Y, en segundo término, la Comisión proyecta publicar directrices con el fin de recordar a las personas, empresas y organizaciones interesadas que deben respetarse determinados límites jurídicos para no sobrepasar las normas comunitarias ni la política general de la Unión Europea.

⁴⁵ Cuando sea necesario deberá considerarse la posibilidad de consolidar, codificar y refundir los instrumentos jurídicos existentes, de conformidad a los conceptos que vimos anteriormente sobre el particular.

⁴⁶ La Comisión tendrá a disposición de las partes interesadas una página web para los efectos de intercambiar información.

Promover la producción de cláusulas contractuales tipo, en nuestro concepto, es una medida muy beneficiosa para agilizar la negociación de contratos transfronterizos dentro del mercado interior. Las partes interesadas tenderán a recurrir a estas cláusulas con el fin de estandarizar sus relaciones jurídicas, disminuir los costes de transacción e instituir, de este modo, un trato contractual caracterizado por una mayor certidumbre, eficiencia y claridad.

C. REFLEXIONAR SOBRE LA OPORTUNIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS NO SECTORIALES, SINO HORIZONTALES, COMO UN INSTRUMENTO FACULTATIVO DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

La existencia de un instrumento facultativo de Derecho contractual europeo podría proveer a las partes de un contrato un cuerpo independiente de normas para ser elegido como Derecho aplicable a tal contrato. Este instrumento ofrecería tanto a la parte económicamente fuerte como a la débil una solución aceptable y adecuada, sin que sea necesario aplicar el Derecho nacional de una de las partes. Con el paso del tiempo, los operadores económicos se familiarizarían con estas reglas, facilitando la participación activa de las pequeñas y medianas empresas, y de los consumidores en el mercado interior. Por tanto, un instrumento de estas características favorecería considerablemente el comercio transfronterizo de bienes y servicios.

Ahora bien, esta aproximación genera numerosas cuestiones que deben resolverse antes de elaborar el instrumento.

En cuanto a la elección de un determinado instrumento legislativo de Derecho comunitario, se podrían prever normas en materia de Derecho contractual europeo consagradas en un reglamento o recomendación⁴⁷, que no sustituirían a los Derechos nacionales, sino que coexistirían con ellos. Lo que queda despejado es que no se debería elegir una directiva como instrumento legislativo, puesto que ésta, por definición, obliga a los Estados miembros a alcanzar el resultado que persigue, debiendo integrar, con cierta autonomía, reglas comunitarias en sus ordenamientos jurídicos nacionales, cuestión que no cuadra con la idea de un cuerpo independiente de normas a nivel comunitario que exista en paralelo a las legislaciones contractuales nacionales.

En lo referente a su naturaleza vinculante, el Plan de Acción opta por un modelo opcional, es decir, las partes recurrirían al nuevo instrumento expresamente si éste respondiera mejor a sus necesidades económicas y jurídicas. Con esto, se estaría garantizando un principio fundamental del Derecho

⁴⁷ No se ha llegado a un consenso respecto a si el instrumento legislativo de Derecho comunitario debe ser un reglamento o una recomendación.

contractual europeo: la libertad contractual⁴⁸. Se respetaría la autonomía de la voluntad contractual en dos sentidos: por el hecho de que las partes podrían elegir entre adoptar este instrumento o la ley nacional aplicable; y debido a que las partes tendrían el poder de modificar las reglas respectivas del instrumento. Debemos poner de relieve, en nuestro concepto, que un modelo automático, también, respetaría el principio de la libertad contractual, ya que las partes siguen manteniendo la autonomía para elegir cualquier otro Derecho aplicable al contrato⁴⁹. Sin embargo, de todas formas, nos decantamos por un modelo opcional por el hecho de que, en un principio y en aras de advertir cómo funciona el nuevo instrumento, es mejor que las partes sólo se rijan por él si lo manifiestan abiertamente y, en caso de silencio, no se encuentren con la "sorpresa" de que ya no les es aplicable un determinado Derecho nacional sino una norma jurídica comunitaria todavía desconocida en la práctica. En este orden de cosas, se plantea que sólo un número limitado de disposiciones del instrumento serían imperativas, como aquéllas referidas a la protección del consumidor, de manera que si las partes lo eligen no podrían sustraerse de estas normas.

Otra cuestión que se plantea es si el instrumento jurídico de Derecho comunitario debería cubrir todo el ámbito de aplicación del Marco Común de Referencia o solamente elementos de éste; y si debería incluir únicamente normas generales relativas a los contratos o, además, contrato específicos. Aun cuando, el Plan de Acción no da respuesta a este asunto, sí deja en claro que la Comisión tomará en consideración el contenido del Marco Común de Referencia para reflexionar acerca de este tema.

Con todo, en nuestra opinión, si se llegase a elaborar un instrumento jurídico como el descrito, su éxito dependerá de la aceptación que tenga por parte de los futuros usuarios, a sabiendas que seguirá un modelo opcional. Y para lograr dicha acogida deberá, sin lugar a dudas, ostentar una gran calidad legislativa y soluciones a los problemas prácticos que hemos ido develando a lo largo de este estudio.

4. REFLEXIONES FINALES

El debate sobre la armonización del Derecho contractual europeo a la luz de la Comunicación y el Plan de Acción debe ser visto dentro de un contexto de largo plazo. La Comunicación de la Comisión en el 2001 echó

⁴⁸ Para un desarrollo interesante del principio general de libertad contractual *vid.* VIAL (2000) pp. 51-55.

⁴⁹ Nuestra visión es confirmada por VON BAR-SWANN (2003) p. 610.

a andar un proceso con dos características: su necesaria prolongación en el tiempo; y su focalización en una discusión permanente y abierta a todos los grupos de interés. El Plan de Acción de 2003 ha sido la continuación de dicho proceso, todavía en desarrollo. Con independencia del resultado final al cual se pueda llegar en la discusión acerca de la armonización del Derecho contractual europeo, el proceso debería seguir en la línea de extender la participación a los agentes económicos, académicos, abogados, jueces y demás interesados para que, de esta forma, exista una amplia garantía de que las eventuales soluciones que puedan surgir se correspondan a los más variados problemas prácticos y, en definitiva, sean aceptadas por el conjunto de aquella sociedad europea que las aplicará a diario en el mercado interior.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BALASSA, B. (1964): *Teoría de la integración económica* (México, Utema).
- CHAMBOREDON, A. (2000): "The Debate on a European Civil Code: For an Open Texture", *The Harmonisation of European Private Law* (Oxford, Hart Publishing) pp. 63-99.
- DIEZ DE VELASCO, M. (2007): *Las Organizaciones Internacionales* (14ª edición reimpresa, Madrid, Tecnos).
- GAMBARO, A. (2003): "The Plan d'Action of the European Commission – A Comment", *European Review of Private Law* (vol. 6): pp. 768-781.
- HESSELINK, M. (2004): "The European Commission's Action Plan: Towards a More Coherent European Contract Law?", *European Review of Private Law* (vol. 4): pp. 397-419.
- LANDO, O., BATLLE, A. (2008): *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte III: (Los Trabajos de la "Comisión de Derecho Contractual Europeo")* (Madrid, Colegios Notariales de España).
- LANDO, O., BEALE, H. (2000): *Principles of European Contract Law. Parts I and II* (La Haya, Kluwer).
- POZZO, B. (2003): "Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology", *European Review of Private Law* (vol. 6): pp. 754-767.
- SÁNCHEZ, S. (2002): *Derecho privado europeo* (Granada, Comares).

SOTO KLOSS, E. (1996): *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

STAUDENMAYER, D. (2002): "The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?", *European Review of Private Law* (vol. 2): pp. 249-260.

_____ (2003): "The Commission Action Plan on European Contract Law", *European Review of Private Law* (vol. 2): pp. 113-127.

TUGORES, J. (2006): *Economía Internacional. Globalización e Integración Regional* (Madrid, Mc Graw Hill).

VERENA, A. (2008): "Conference 'CFR and Existing EC Contract Law', Münster, 10–11 December 2007", *European Review of Private Law* (vol. 2): pp. 375-380.

VIAL, V. (2000): *Teoría General del Acto Jurídico. Actos Jurídicos y Personas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

VON BAR, C., LANDO, O., SWANN, S. (2002): "Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code", *European Review of Private Law* (vol. 2): pp. 183-248.

VON BAR, C., SWANN, S. (2003): "Response to the Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law", *European Review of Private Law* (vol. 5): pp. 595-622.

JURISPRUDENCIA CITADA

Hoechst contra Comisión (1989): Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 21 de septiembre de 1989.

Niemietz contra Alemania (1992): Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de diciembre de 1992.

NORMAS CITADAS

Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

Directiva 85/577/CEE del Consejo, 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Resolución del Parlamento Europeo sobre la simplificación, clarificación y codificación del Derecho Comunitario, de 26 de mayo de 1989 (DOCE C 158).

Resolución del Parlamento Europeo sobre la transparencia del Derecho Comunitario y la necesidad de su codificación, de 6 de mayo de 1994 (DOCE C 205).

Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo "Simplificación de la legislación en el mercado interior (SLIM): proyecto piloto", de 10 de abril de 1997 (DOCE A 108).

Resolución del Parlamento Europeo sobre el programa de trabajo de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 16 de marzo de 2000 (DOCE C 377).

Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y comercial de los Estados miembros, de 15 de diciembre de 2001 (DOCE C 140).

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en la versión dada por el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, y el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997; y modificado por el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001).

OTRAS REFERENCIAS

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Derecho contractual europeo, de 11 de julio de 2001 (DOCE C 255).

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un Derecho contractual europeo más coherente-Plan de Acción, 12 de febrero de 2003 (DOCE A 5-0256).

Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999. Conclusiones de la Presidencia. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm>, fecha consulta: 23 de junio de 2010.

Informe del Consejo de la Unión Europea sobre la necesidad de aproximar la legislación civil de los Estados miembros, 16 de diciembre de 2001.

Opinión del Comité Económico y Social de la Unión Europea, 7 de diciembre de 2002 (DOCE C 241).

LOS FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS DEL DERECHO POLÍTICO EN EL CHILE DE LA INDEPENDENCIA (1810-1830): UN CASO DE VINCULACIÓN ENTRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA HISTORIA DE LAS IDEAS

CÉSAR DARÍO OCARANZA SANDOVAL*
FRANCISCO JOSÉ OCARANZA BOSIO**

RESUMEN: Los autores consultan fuentes de las disciplinas del Derecho y de la Historia con el fin de desentrañar la configuración del Derecho Político, durante los primeros años del siglo XIX. La necesidad de organizar a la naciente República, de dotarla de instituciones jurídicas capaces de regular en forma eficiente y eficaz y los requerimientos sociales, económicos y culturales, conformaron un Derecho Político basado en ideas de raíz liberal.

ABSTRACT: The authors consult Legal and Historical sources in order to uncover the configuration of the Constitutional Law during the first years of the 19th century. The need to organize the Republic, to provide it with juridical institutions capable of regulating in efficient

* Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins.

** Licenciado en Historia de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de la Facultad de Ciencias Humanas y Educación de la Universidad Bernardo O'Higgins.

and effective form, and the social, economic and cultural requirements, configurate a Constitutional Law based on liberal ideas.

PALABRAS CLAVES: Derecho Político – fundamentos ideológicos – ideas liberales – República

KEY WORDS: Constitutional Law – ideological foundations – liberal ideas – Republic

INTRODUCCIÓN

Durante los primeros años del siglo XIX, la necesidad de organizar a la naciente República, de dotarla de instituciones jurídicas capaces de regular en forma eficiente y eficaz y los requerimientos sociales, económicos y culturales, articularon la configuración de un Derecho Político.

La conformación de éste se relaciona directamente con las ideas de raíz liberal, las cuales nutrieron y llenaron de contenido y finalidad al aparato institucional que estaba por nacer. El objetivo de este trabajo es contribuir al desentrañamiento de este fenómeno desde una perspectiva integradora y dialogante, entre las disciplinas del Derecho y de la Historia.

Para la elaboración del presente artículo han sido consultadas fuentes alusivas a ambas ramas del conocimiento con el fin aumentar las perspectivas de trabajo, así como de profundizar adecuadamente en cada uno de los temas tratados. Además, se han utilizado una cantidad importante de fuentes originarias de la época estudiada.

EL CONTENIDO DEL DERECHO POLÍTICO CHILENO DURANTE LAS PRIMERAS DÉCADAS DEL SIGLO XIX

A lo largo de las primeras tres décadas del siglo XIX, período en el que paulatinamente se discutió en los salones, luchó en el campo de batalla, y finalmente, se aceptó el movimiento emancipador, el naciente Estado de Chile se vio obligado a tomar una serie de decisiones en todo orden de cosas.

En la conformación de instituciones socio-jurídicas, el debate y selección de ideas jugaron un papel preponderante.¹ Especial énfasis se les dio a

¹ Respecto a las relaciones entre la Historia de las Ideas y el Derecho Político, *vid.* LUCAS (2001) pp. 210-218.

las que decían relación con el encuentro de la felicidad individual y colectiva, y también, las que aludían a la virtud ciudadana.

Tanto los legisladores, como los publicistas (periodistas de la época) e intelectuales, contribuyeron en la estructuración de un panorama institucional novedoso. La adquisición de consensos no fue ni tan rápida ni tan sencilla como podríamos estar tentados de creer, sino más bien el fruto de una maduración creciente, que de todas formas no se verificó completamente durante el período reseñado.

La convicción en torno a la conformación de ciertas instituciones político-jurídicas y estructuras particulares pudo deberse en buena medida al carácter elitista del fenómeno. De hecho, y a pesar de las pequeñas diferencias de opinión, las reflexiones y decisiones fueron tomadas por un pequeño grupo de cúpula, el que compartía una serie de características: homogeneidad racial, ideológica y cultural, tendencia al orden, sentido de la moderación y capacidad de asimilación al cambio.²

Pese a que la adquisición de una conciencia independentista no constituyó un fenómeno inmediato en la sociedad chilena,³ podemos afirmar que a partir de la jura del Acta de la Independencia, el 12 de febrero de 1818, esta aspiración se transformó en la idea central que inspiró la búsqueda y constitución de un nuevo orden político e institucional. El texto mencionado declaraba en forma tajante y abierta que: *“el territorio de Chile y sus islas adyacentes, forman, de hecho y por derecho, un Estado libre, independiente y soberano, y quedan para siempre separados de la Monarquía de España y de otra cualquiera dominación, con plena aptitud de adoptar la forma de Gobierno que más convenga a sus intereses”*.⁴

Entre los años 1822 y 1828, las tres Cartas Fundamentales que rigieron en el país, hicieron referencias explícitas a su carácter independiente.⁵ La

² HEISE (1810/1833) pp. 108-110; AMUNÁTEGUI (1946) p. 47.

³ EYZAGUIRRE (1991) pp. 93-146; JOCELYN-HOLT (1999) pp. 160-166.

⁴ VALENCIA (1986) p. 14.

⁵ Constitución Política 1822, art. 2º: *“La Nación Chilena es libre e independiente de la monarquía española, y de cualquier otra potencia extranjera: pertenecerá sólo a sí misma, y jamás a ninguna persona o familia”*; Constitución Política 1823, art. 2º: *“Chile es nación independiente de la Monarquía española y de cualquier otra potencia”*; Constitución Política 1828: *“Artículo Primero. La Nación chilena es la reunión política de todos los chilenos naturales y legales. Es libre e independiente de todo poder extranjero”*; Con anterioridad, el Reglamento Constitucional 1812 aludía en forma implícita a la emancipación

información es del todo relevante, ya que la convicción mantenida en torno a un ideal de este calibre, iluminó el resto de los principios teóricos que conformaron la institucionalidad de la República de Chile.

Algún tiempo antes de constituirse la Primera Junta de Gobierno, el 18 de septiembre de 1810, circulaba por el país un escrito titulado *Catecismo Político Cristiano*. El texto en cuestión, de autor desconocido, pero firmado bajo el patriótico seudónimo de José Amor de la Patria, se enmarcaba en la órbita de los pasquines y folletos de tipo doctrinario que circularon por España y América desde principios del siglo XIX.

En términos formales, la obra se estructura a través de una serie de preguntas y de respuestas, las cuales siguen un modelo de creación de conocimiento de tipo socrático: ante cada cuestionamiento se sucede una respuesta, la cual reconfigura una nueva pregunta, hasta finalmente plantearse el punto principal buscado por el autor.

Una de sus interrogantes centrales dice relación con los tipos de gobierno existentes. El autor reconoce cuatro: el Gobierno Supremo de Dios en relación a todo lo creado, y los otros tres de tipo humano e imperfecto, la Monarquía, la Tiranía y la República. A través del desarrollo de las inquietudes planteadas, Amor de la Patria se permitió hacer gala de un adecuado conocimiento tanto de la teoría política clásica, así como de las novedades instaladas por el pensamiento de raigambre ilustrado.

El análisis no es accidental ni inocuo, si pensamos en la intención fundamental que motivaba la producción de este tipo de textos: generar un estado de opinión respecto de alguna situación de relevancia pública, tal como la forma de organización estatal más adecuada a las necesidades del período.

Al preguntarse por la legitimidad de un pueblo para deponer a un monarca, toda vez que éste se hubiera alejado de la búsqueda de la felicidad común, se da pie para el desarrollo del argumento central de la obra. Mediante un ejercicio de lógica, inspirado en el pensamiento escolástico, y exacerbado por la filosofía de la Ilustración, José AMOR DE LA PATRIA supedita la autoridad y potestad de los reyes, a la voluntad conforme del soberano, en este caso, la comunidad toda. Sin grandes rodeos, el Catecismo concluirá proponiendo la implementación de un sistema republicano, en tanto éste se consideraba el

del país, al declarar en su art. 5º: “Ningún decreto, providencia u orden, que emane de cualquiera autoridad o tribunales de fuera del territorio de Chile, tendrá afecto alguno; y los que intentaren darles valor, serán castigados como reos de Estado”.

más apto para la consecución de la felicidad humana: *“El gobierno republicano, el democrático en que manda el pueblo por medio de sus representantes o diputados que elige, es el único que conserva la dignidad y majestad del pueblo, es el que más se acerca, y el que menos se aparta a los hombres de la primitiva igualdad en que los ha creado Dios Omnipotente, es el menos expuesto a los horrores del despotismo y de la arbitrariedad, es el más suave, el más moderado, el más libre y es, por consiguiente, el mejor para hacer felices a los vivientes racionales”*.⁶

La aceptación plena del ideal republicano no fue inmediata. El proceso emancipador, fruto de la coyuntura internacional, implicó una etapa de reflexión y discusión en torno al ideal de gobierno que más conviniera para el naciente Estado. De hecho, el texto del decreto de 15 de diciembre de 1810, por medio del cual se convocó al Primer Congreso Nacional fue bastante claro a este respecto: *“Los representantes de todas las provincias y partidos deben reunirse en esta capital para acordar el sistema que más conviene a su régimen y seguridad y prosperidad durante la ausencia del Rey”*.⁷

Si bien es cierto que publicistas de la época, como Camilo Henríquez, se encargaron de difundir una idea contraria al ordenamiento monárquico, en tanto lo consideraban un sistema que adolecía de vicios de origen, además de poseer una tendencia propias a degenerar en un régimen despótico,⁸ no podemos olvidar que este proceso de aceptación fue desarrollándose en forma paulatina, hasta transformarse en un ideal mayoritario.

En términos literales, la Constitución Política de 1823 fue el primer texto constitucional que utilizó la palabra República para dirigirse al país: *“Art. 1º El Estado de Chile es uno e indivisible; la representación nacional es solidariamente por toda la República”*. Ahora bien, qué se esperaba de un gobierno republicano: que fuere *“recto, liberal, y laborioso que proteja la agricultura, las artes, las ciencias y el comercio”*,⁹ o sea, que mediante la estructura brindada por sí mismo permitiera a los hombres desarrollarse en plenitud, para el completo goce de sus posibilidades.

El sistema republicano se basaba en la idea de Soberanía de la Nación. El Acta del Cabildo Abierto de 1810 atribuía al pueblo la responsabilidad de acordar el tipo de organización institucional que más conviniera a las

⁶ AMOR DE LA PATRIA (1969) pp. 8-9.

⁷ LETELIER (varios años de edición) Tomo I. p. 9.

⁸ HENRÍQUEZ (1976) pp. 49-75.

⁹ *El Tizón Republicano*. 7 de abril de 1823.

necesidades del momento: *“penetrado el Muy Ilustre Señor Presidente [de la Real Audiencia] de los propios conocimientos, y a ejemplo de lo que hizo el Señor Gobernador de Cádiz, depositó toda su autoridad en el pueblo para que acordase el gobierno más digno de su confianza y más a propósito a la observancia de las leyes”*.¹⁰

Juan EGAÑA, uno de los pocos y más preclaros teóricos del período en cuestión, autor de una serie de documentos de índole jurídico y político, sintonizaba con el principio de soberanía nacional. De acuerdo a sus palabras: *“La soberanía de la república reside plenaria y radicalmente en el cuerpo de los ciudadanos”*.¹¹

Diez años más tarde, se encargó de reafirmar su posición en la Constitución de 1823, al declarar que: *“La soberanía reside esencialmente en la Nación, y el ejercicio de ella en sus representantes”*.¹² Este enunciado no sólo daba cuenta del reconocimiento referido al concepto, sino además, de la forma en que debía materializarse: a través de la representación ejercida por aquellos individuos encomendados por el pueblo soberano.

Si bien es dable pensar en que la confusión puede haber primado al momento de comprender la relación del principio de soberanía y su relación con el ejercicio de la misma, la prensa se encargaría de cumplir, a este respecto, una labor formativa y aclarativa, la que al menos era conocida, y presumimos debatida, al interior del círculo social gobernante. Nótese la explicación aparecida en la prensa hacia el año 1823: *“En los gobiernos constitucionales no se reconoce más soberanía que la originaria y radical que reside en la nación; pero se engañan mucho los que creen que esta soberanía pasa a sus representantes; porque ni los diputados del congreso, ni la persona en quien por elección haya recaído la suprema magistratura, gozan de la soberanía, sino solo de aquella parte del poder que la nación les ha delegado por el acta constitucional y que deben ejercer con independencia, puesto que en aquella parte representan la supremacía nacional”*.¹³

¹⁰ VALENCIA (1986) p. 4. El historiador HEISE (1996) p. 31, afirma que: *“la soberanía del pueblo llegó a ser el concepto político de mayor trascendencia y de mayor contenido jurídico. Comprendía la igualdad y la libertad de los hombres y de los pueblos. Con ello la soberanía se transformó en el principal soporte de todos los principios jurídicos fundamentales”*.

¹¹ *Sesiones de los Cuerpos Legislativos*, T. I, p. 214.

¹² Artículo 3°.

¹³ *El Liberal*, n° 10, 3 octubre 1823.

Al mismo tiempo, fue consagrándose legalmente la noción de Estado de Derecho, en virtud del cual la autoridad y el ejercicio de sus funciones debían someterse a lo dispuesto en la ley. La Constitución Política de 1828 fue explícita a este respecto al establecer que: “*En [la Nación chilena] reside esencialmente la soberanía, y el ejercicio de ésta en los poderes supremos con arreglo a las leyes*”.¹⁴

En este caso, nuevamente encontramos en la prensa un ejemplo de comprensión y difusión del principio planteado: *[El gobernante es] “un ciudadano en quien la nación ha depositado el poder supremo para gobernarla según las leyes; si llegase a infringirlas, será [considerado] un delincuente digno del mayor castigo*”.¹⁵

Para que el sistema republicano tuviera éxito debía descansar sobre un modelo de organización normativa adecuado, que hiciera las veces de una estructura capaz de brindar el debido sustento a los principios de índole teórico. En este contexto apareció como opción el constitucionalismo, aquella antigua disciplina jurídica procedente desde la antigüedad, pero ahora revestida de valores y principios liberales de raigambre ilustrada.

Luego de que el Congreso Nacional de 1811 se lo ordenara, Juan EGAÑA redactó un proyecto de Constitución, el que pese a no entrar en vigencia, presentó una justificación del por qué los chilenos debían darse un texto jurídico-político de tales características. El argumento estuvo fuertemente marcado por la necesidad y por la imposición de la realidad (la acefalía del gobierno legítimo), acompañada del derecho a la felicidad propio del hombre.¹⁶

Entre los años 1811 y 1828 se dictaron nueve documentos legales de tipo constitucional propiamente tal, o bien, que hicieron las veces de ellos.¹⁷ Los gobernantes del período tendieron a poner entre lo más alto de su con-

¹⁴ Artículo 1°.

¹⁵ *El Mercurio de Valparaíso. Periódico mercantil y político*, N. 2. T. 2, 30 agosto 1828.

¹⁶ EGAÑA (1813).

¹⁷ 1. Reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisoria de Chile (1811); 2. Reglamento constitucional provisoria. Sancionado en 26 de octubre de 1812; 3. Reglamento para el gobierno provisoria. Sancionado en 17 de marzo de 1814; 4. Plan de Hacienda y de Administración Pública (1817); 5. Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile (1818); 6. Constitución Política del Estado de Chile. Sancionada y promulgada en 30 de octubre de 1822; 7. Reglamento Orgánico y Acta de Unión del Pueblo de Chile. Acordado por los Plenipotenciarios de la República en 30 de marzo de 1823; 8. Constitución Política del Estado de Chile. Promulgada en 29 de diciembre de

sideración a las Constituciones, debido al papel que consideraban estaban llamadas a cumplir: fijar las bases esenciales del ordenamiento republicano, el que bien administrado debía proporcionar las condiciones individuales y sociales adecuadas para la consecución del máximo desarrollo.

En forma algo inocente, durante la apertura del Congreso de 1826, el Director Supremo Ramón Freire, cifraba sus esperanzas para el desarrollo del país en la elaboración de una nueva Constitución, mientras clamaba: “*¡Una constitución! Este es el grito universal del pueblo chileno, el colmo de sus deseos, la base en que se asientan todas mis esperanzas*”.¹⁸ De la misma manera, es posible constatar como, a través de la prensa se expresaban opiniones consonantes con la recién citada: “*El pueblo que carece de carta constitucional ignora sus derechos, y deberes políticos, y sirve sin libertad, y sin patria*”.¹⁹

El período en estudio destacó por la confianza que los hombres depositaron en las leyes escritas. En este sentido, se consideraba que un sistema normativo, que se basara y a la vez fuera capaz de reflejar las ideas en boga, sería capaz por su sola acción, de formar ciudadanos rectos y prudentes.²⁰ “*El más augusto atributo de este poder [soberanía nacional], decía Camilo Henríquez en 1811, es la facultad de establecer las leyes fundamentales, que forman la constitución del Estado*”.²¹

En múltiples ocasiones, el legislador pasó por alto el nivel cultural y la realidad social de los chilenos de su propia época, instaurando, algunas veces forzosamente, principios incomprensibles, desde su complejidad conceptual, o bien, forzando la implementación de sistemas y prácticas que poco y nada tenían que ver con la trayectoria nacional.²²

1823; 9. Constitución Política de la República de Chile. Promulgada el 8 de agosto de 1828. Consúltese por el texto de cada una de estas obras en VALENCIA (1986) pp. 40-171.

¹⁸ *Sesiones de los Cuerpos Legislativos*, T. XII, p. 48.

¹⁹ *El Patriota Chileno*, n° 21, 3 julio 1826.

²⁰ VILLALOBOS (1992) p. 439.

²¹ HENRÍQUEZ (1976) p. 69.

²² El historiador EDWARDS (1936) p. 35, es un escéptico a la hora de considerar el real aporte práctico que estos textos legales prestaron hasta la promulgación de la Constitución de 1833. “*Esos discursos y teorías ni favorecieron ni evitaron el desorden, eran hojas de papel escrito y nada más: nunca se aplicaron ni era posible aplicarlas. La incapacidad de los caudillos, los odios que dividían a la clase dirigente, la indisciplina militar, he allí los obstáculos que se oponían al establecimiento de un régimen estable y ordenado. De las instituciones escritas nadie hacía caso ni a nadie estorbaron en consecuencia*”.

De hecho, luego de los fracasos de la Constitución moralista de 1823 y del experimento federalista de José Miguel Infante de 1826, surgieron voces que llamaban a conciliar la legislación y la realidad social. A través de la prensa se dejaba ver la importancia concedida a las leyes, pero sometidas a las verdaderas necesidades de cada sociedad, en franca crítica al sistema implantado hasta ese momento en el país: “¿Qué nos falta para ser felices? Muy poco: buenas leyes, y hombres capaces de hacerlas ejecutar [...]. Digo que no hay LL. porque no me atrevo a dar este nombre a las especies de monstruos que ha producido el cerebro desorganizador de los actuales representantes de la nación; es pues necesario como lo he dicho otras veces, hacerlas y aplicarlas a las costumbres, a la educación y a las necesidades del Estado”.²³

Haciéndose eco de la lógica que inspiraba la teoría constitucional en boga, las Constituciones Políticas chilenas se preocuparon por integrar los principios que le eran sustanciales: orgánicos (división de órganos y de funciones estatales) y dogmáticos (declaración de derechos fundamentales). En 1789, la Asamblea Nacional de París declaró que: “Toda sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”.²⁴

El Congreso de 1811 declaró la importancia del principio de división de órganos y funciones estatales, en tanto éste permitía la especialización de cada uno de ellos, evitaba la confusión de potestades, y limitaba su actuar al circunscribirlo sólo a lo efectivamente permitido por la ley.²⁵ Los ilustrados del período cifraban una desmedida confianza, alrededor de los beneficios que reportaría a la sociedad completa y al individuo, la implementación efectiva de la división de poderes. En este sentido, las palabras de la prensa son elocuentes al decir que: “El sistema administrativo sobre leyes liberales y justas, la noble igualdad delante de ellas y el freno a las magistraturas, para que no abusen del poder, son las que hacen felices a las naciones”.²⁶ Además de ello, su ratificación podía considerarse la base “para conservar la libertad de los pueblos”.²⁷

Los diversos instrumentos constitucionales expresaron ya de manera bastante clara la organización y funcionamiento de cada uno de los órganos es-

²³ *El Verdadero Liberal*, n° 10, 13 febrero 1827.

²⁴ ASAMBLEA NACIONAL DE PARÍS (1789) p. 65.

²⁵ Reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisoria de Chile (1811), VALENCIA (1986) p. 40.

²⁶ *El Avisador Chileno*, n° 5, 11 agosto 1824.

²⁷ HENRÍQUEZ (1976b) p. 24.

tatales.²⁸ A este respecto, la Constitución de 1828 declaraba que: “*El ejercicio de la soberanía, delegado por la Nación en las autoridades que ella constituye, se divide en tres poderes, que son: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, los cuales se ejercerán separadamente, no debiendo reunirse en ningún caso.*”²⁹

Existía la idea de que la comisión eficiente y eficaz de cada uno de los organismos constitutivos del Estado, pasaba por la independencia de los mismos en su actuar: “*La independencia es el carácter esencial de todo poder y la expresión de poder dependiente es tan absurda como la de triángulo circular [...]. Todo magistrado subalterno que depende de otro en el ejercicio de sus funciones carece de poder, y no tiene más que autoridad [...]. Si se establece la subordinación de los demás poderes a uno solo, o que es lo mismo la supremacía de un poder sobre los demás, no quedará otro que el dominante, y los demás se reducirán a la clase de simples autoridades.*”³⁰

La idea de alcanzar el máximo bienestar de la sociedad y la felicidad de la nación, no sólo se sustentaba en un adecuado funcionamiento de los órganos estatales, sino que además requería explicitar un catálogo de derechos fundamentales, entre los que destacaron la seguridad individual y el debido proceso,³¹ la propiedad privada³² -que se consideraba “*lo primero en todo Estado*”,³³ además de anterior a la escrituración de la ley³⁴-, la igualdad esencial del ser humano, y la libertad personal. Las ilusiones de los publicistas concordaban perfectamente con esta idea. Hacia el año 1827, un periódico señalaba que “*no seremos verdaderamente libres sino cuando sepamos positivamente lo que la ley nos permite y lo que nos prohíbe.*”³⁵

²⁸ Reglamento Constitucional 1812, arts. 3, 7, 17. Constitución Política 1818, Tít. III. De la potestad legislativa; Tít. IV. Del poder ejecutivo; Tít. V. De la autoridad judicial. Constitución Política 1822, arts. 12, 13. Constitución Política 1823, Tít. III. Del poder Ejecutivo; Tít. VI. Del Senado; Tít. VII. De la formación de las leyes; Tít. XII. Del Poder Judicial.

²⁹ Capítulo V, *De la división de poderes*, Art. 22.

³⁰ *El Liberal*, N. 9, 26 septiembre 1823.

³¹ Reglamento Constitucional 1812, arts. 15-23. Constitución Política 1818, arts. 1-4, Tít. I., Cap. 1°. Constitución Política 1822, arts. 198-229. Constitución Política 1823, arts. 116-142. Constitución Política 1828, arts. 10-20.

³² Reglamento Constitucional 1812, art. 16. Constitución Política 1818, arts. 1, 5, 9. Constitución Política 1822, arts. 115, 216, 221. Constitución Política 1823, arts. 117, 142. Constitución Política 1828, arts. 10, 16, 17.

³³ Sesiones de los Cuerpos Legislativos, T. X., 19 enero 1825, p. 299.

³⁴ *El Liberal*, N. 3, 15 agosto 1823.

³⁵ *El Verdadero Liberal*, N. 12, 20 febrero 1827.

El derecho de igualdad de los seres humanos se circunscribía, ciertamente, a la conformidad ante la ley,³⁶ no escondiéndose por ello las diferencias actuales y potenciales, existentes entre los diversos individuos, debido a consideraciones personalísimas. En este último sentido, la opinión de la prensa del período es clara al señalar que: *“son meramente ideales las pretensiones de otra igualdad que la que disfrutamos ante la ley. Sin duda que la perfección del pacto social consiste en destruir el efecto de aquellas diferencias; pero es preciso confesar que [...] siempre habrá hombres de talento, esfuerzo y virtud en medio de otros que carezcan enteramente de estas cualidades”*.³⁷

Se tenía la idea de que la comprensión y difusión del principio de la igualdad, entendida de acuerdo a los criterios señalados, se encontraba en directa relación con el nivel de ilustración ostentado por los pueblos. Nótese estas palabras expresadas en 1827: *“Un país donde han penetrado las luces, el primer principio que se difundiese con rapidez; el primer sentimiento que se apodera del corazón de los ciudadanos, es el de la igualdad: las clases numerosas que han vivido en la opresión, la abrazan con entusiasmo, y antes sacrificarán su existencia que volver a perder un derecho a que no es posible renunciar. El rico y el pobre, el sabio y el idiota, el sacerdote y el paisano, todos se verán colocados con distinción según sus méritos”*.³⁸

El concepto de libertad individual, el que se encontraba necesariamente enmarcado dentro de un contexto social, contemplaba la realización de cualquier acto que no contraviniera los dictados de la ley y de la moral.³⁹ Esta idea de libertad civil fue correctamente definida por un medio hacia 1826, al definirla como aquella facultad de *“obrar y hacer libremente todo aquello que no perjudique a otro”*.⁴⁰

Por medio de una ley de 24 de julio de 1823 se decretó la abolición de la esclavitud en Chile, declarando absolutamente libres a todos quienes hasta la fecha hubieran sido esclavos, además de todo individuo que en el futuro naciere dentro del territorio chileno, y a todo aquel que aún manteniendo

³⁶ Reglamento Constitucional 1812, art. 24. Constitución Política 1818, art. 1. Constitución Política 1822, arts. 6, 7. Constitución Política 1823, arts. 7, 8. Constitución Política 1828, arts. 11, 125, 126.

³⁷ *El Apagador*, N. 1, 3 junio 1823.

³⁸ *El Mercurio de Valparaíso. Periódico mercantil y político*, N. 26, 7 diciembre 1827.

³⁹ Reglamento Constitucional 1812, art. 23. Constitución Política 1818, arts. 1, 10, 11. Constitución Política 1822, arts. 221, 223, 224, 225. Constitución Política 1823, arts. 118, 262. Constitución Política 1828, arts. 4, 11, 18.

⁴⁰ *Registro Público*, N. 4, 21 abril 1826.

la condición de esclavitud, pisare su suelo.⁴¹ Creemos que en esta iniciativa legal se encuentra expresada buena parte del espíritu humanista ilustrado, receptor de la doctrina de los derechos fundamentales.

Poco tiempo después, la Constitución Política de 1823 reafirmó esta disposición, al declarar que: *“En Chile no hay esclavos: el que pise su territorio por un día natural será libre. El que tenga este comercio no puede habitar aquí más de un mes, ni naturalizarse jamás”*.⁴²

A pesar de todo esto, aparecieron algunas voces disonantes que se encargaron de criticar la pertinencia de esta medida, en especial, debido a lo que se consideraba una intromisión al derecho de propiedad: *“Entre atacar el sagrado derecho de propiedad y consultar el alivio de nuestros semejantes, sólo había el arbitrio que el Congreso adoptó en 811: esta fue el de la libertad de vientres. [...] ¿cómo es que se entregan al desenfreno, a la laserie, al hambre, y a la holgazanería una multitud de semejantes nuestros sacándolos de una esclavitud aparente para entregarlos a la verdadera de los vicios y la mendicidad? Los esclavos en Chile son tratados benignamente por sus amos, son alimentados, vestidos y educados, y cuando no les agrada mudan de dominio, que por su muy corto valor, lo encuentran con facilidad”*.⁴³

La conformación de un sistema de instituciones públicas en Chile, estuvo desde un inicio íntimamente relacionado con la constitución de un individuo dotado de los conocimientos teóricos y de una actitud práctica que lo facultaran para la consecución de los ideales y objetivos trazados. En este sentido, la educación de la ciudadanía sería la herramienta maestra mediante la cual modelar un nuevo orden de la realidad. El fomento de la instrucción por medio de instituciones estatales, significaba por sí mismo un avance de la ideología liberal, pero a su vez, un método efectivo de consolidación y difusión del conjunto de la ideología. Hacia 1823 se consideraba que la educación dirigida al pueblo debía ser *“uno de los principales deberes del pacto social”*.⁴⁴

Los principios constitutivos del nuevo ordenamiento socio-institucional representaban una verdadera moneda de dos caras. Por un lado se potencia-

⁴¹ Ley de Libertad de los Esclavos (24 de julio de 1823), *Boletín de las Leyes y de las Órdenes y Decretos del Gobierno*, T. I, L. I, Boletín N. 13, p. 87.

⁴² Artículo 8°.

⁴³ *El Tizón Republicano*, N. 15, 23 junio 1823.

⁴⁴ *Sesiones de los Cuerpos Legislativos*, T. VIII. Informe de la Comisión de Educación, evacuado el 15 octubre 1823, p. 316.

ban y difundían por diversos medios una importante variedad de beneficios y derechos ciudadanos, lo que al mismo tiempo representaba un desafío y un riesgo en la consolidación del nuevo Estado, ya que la aparición de cualquier novedad se encargaba de mostrar constantemente el nivel de desinformación y la falta de experiencia por parte de la hombres del período. Un exceso de libertad podía fácilmente acarrear desorden en el plano privado y familiar, así como desgobierno en el estatal.

Teniendo esto presente, el grupo de ilustrados chilenos de la época, consideró en alta estima el papel tocante a la formación intelectual y valórica: *“En vano experimentará un pueblo ignorante los sucesos más favorables; jamás sabrá aprovecharlos”*.⁴⁵ Citado por un periódico nacional, el intelectual español de tendencia liberal, José María Blanco White señalaba que: *“Sin alumbrar los entendimientos, afinar el gusto y elevar el tono general de la opinión pública, en vano se hacen constituciones y se publican leyes [...] Donde el entendimiento esté en cadenas, ninguna reforma puede prosperar”*.⁴⁶

Juan EGAÑA fue el más enconado promotor de la “virtud” como valor constitutivo para la sociedad, pero el sistema escogido por él para inculcarla, fue demasiado complicado para tener éxito, por lo que no pasó de ser una mera declaración de intenciones. En la Constitución de 1823, obra de su autoría, presentó una serie de disposiciones, que bajo el título de “Moralidad Nacional”,⁴⁷ buscaba regular el comportamiento más íntimo de los ciudadanos, además de modelarlos en un determinado sentido. De esta se manera estableció que: *“En la legislación del Estado, se formará el código moral que detalle los deberes del ciudadano en todas las épocas de su edad y en todos los estados de la vida social, formándole hábitos, ejercicios, deberes, instrucciones públicas, ritualidades y placeres que transformen las leyes en costumbres y las costumbres en virtudes cívicas y morales”*.⁴⁸

Pese a no ser definido, el significado del término *virtud* adquiriría sentido y fijaba sus alcances gracias a un catálogo encargado de señalar las *virtudes principales*, o sea, una serie de actuaciones de tipo práctico, entre las que cabe destacar el soporte a la educación, el fiel cumplimiento del deber, los actos de heroísmo, la buena reputación, el valor militar, la magnanimidad respecto al prójimo, y la defensa al oprimido.⁴⁹

⁴⁵ *El Tizón Republicano*, 7 abril 1823.

⁴⁶ *El Liberal*, N. 26, 17 agosto 1824.

⁴⁷ Comprendido en el Título XXII. *Moralidad Nacional*, artículos 249-261.

⁴⁸ Artículo 249.

⁴⁹ Artículo 250.

El correcto cumplimiento de éstas, daba pie para ser nombrado *benemérito*, cuestión que otorgaba un reconocimiento para el aludido, a la vez que se proyectaba en su familia (art. 252). El hecho de incluir al círculo íntimo del homenajeador, debía actuar como un estímulo y ejemplo para el resto de la sociedad, la cual no cabe duda, encontraría en ello un importante acicate.

El sistema de EGAÑA estaba infundido por un importante contenido moderno y liberal, el que tenía por objetivo educar, formar, y perfeccionar los hábitos individuales y sociales, y por ende concretar un nuevo tipo de sociedad.⁵⁰ Además de esto, el hecho de establecer un catálogo de actitudes a través de las cuales una persona pudiera aumentar su calidad moral, estaba acorde con el espíritu de confianza irrestricta en la ley. Egaña fue claro el plantear que: *“La moralidad es la base de todas las garantías; sin virtudes no hay costumbres, ni sin éstas libertad”*.⁵¹

Con independencia de los buenos deseos de esta iniciativa, las posibilidades de aplicación real del código moral fueron desde un inicio, sumamente escasas. Del mismo, la sola idea de distinguir a ciudadanos como beneméritos hacía reaccionar a algunos que consideraban que una República reconocía *“el mérito y [...] la virtud, no con condecoraciones exteriores sino con la inestimable corona cívica del aprecio y veneración de sus conciudadanos”*.⁵²

El 10 de agosto de 1813 se fundó el Instituto Nacional, centro de formación que aglutinaba en su seno a las anteriores iniciativas educacionales existentes en el país: el Convictorio Carolino, la Universidad de San Felipe, la Academia de San Luis, el Seminario Eclesiástico, y otras escuelas menores de Santiago.⁵³ Posteriormente, el 16 de enero de 1829 se abrió el Liceo de Chile, iniciativa dirigida por el intelectual y activista español José Joaquín de Mora, y poco después, el 16 de marzo del mismo año, el Colegio de Chile dirigido por Juan Francisco Meneses.⁵⁴

La educación sistemática y organizada entregada por los diversos centros de formación, debía tener como uno de sus principios rectores la preparación de buenos ciudadanos. Así, era común escuchar frases como la siguiente: *“La estabilidad de los gobiernos populares depende enteramente de la ilustración*

⁵⁰ JOCELYN-HOLT (1999) pp. 266-267.

⁵¹ *Sesiones de los Cuerpos Legislativos*, T. VIII., *Exposición a la Comisión Constituyente*, de 24 de noviembre de 1823, pp. 462 y 463.

⁵² *El Tizón Republicano*, N. 3, 10 mayo 1823.

⁵³ FELIÚ (1950), AMUNÁTEGUI (1889).

⁵⁴ DE ÁVILA (1982).

del pueblo, y su moral se gradúa por el interés que se toma por la educación, y el fomento que se da a ella".⁵⁵ Junto a esto, se consideraba a la educación, el agente capaz de frenar el despotismo y el mal gobierno: "*¿Quién constituye a los tiranos? La ignorancia, la superstición y vicios de los pueblos*".⁵⁶

Una nueva República debía crecer y desarrollarse al mismo tiempo que un nuevo modelo de hombre. Éste debía estar preparado para comprender su nuevo entorno, además de ser capaz de afrontar las nuevas exigencias que la sociedad requería de él. Así se desprende de las *Ordenanzas de Fundación del Instituto Nacional de Chile*: "*La educación es la base cardinal de las sociedades humanas. Sin ella no hay opinión, espíritu público, ni hombres que constituyan el estado. La naturaleza y el ente social tienen leyes, sin cuyo conocimiento no se desarrollan los beneficios de aquella, ni se cubren las necesidades de éste. Es preciso analizarlos para no dispendiar el bien, y reducir los males a los menos posibles, y éste es el grande objeto de la enseñanza*".⁵⁷

Para hacer realidad este desafío es que se planteó la necesidad de estudiarse un "*catecismo político, en que se comprenda los elementos de la sociedad en que viven, y los beneficios que reciben de ella. [...] Debería este catecismo comprender la Constitución del Estado, los derechos y obligaciones del ciudadano, la definición de las leyes, la utilidad de su observancia, los prejuicios de su quebrantamiento*".⁵⁸

En el mismo tenor pretendió operar el Liceo de Chile, motivado por la formación de individuos cultos, capaces de tomar las riendas de aparato estatal: "*[Los estudiantes] No sólo compondrán discursos escritos sobre puntos de moral, de gusto y de historia, sino que discutirán entre sí cuestiones de derecho y de política aprovechándose a veces de las ocasiones que le suministren los trabajos de la legislatura nacional. Esta práctica común en las universidades inglesas ha sido el semillero de muchos grandes oradores y eminentes hombres públicos*".⁵⁹

⁵⁵ *El Mercurio de Valparaíso. Periódico mercantil y político*, N. 27, 12 diciembre 1827.

⁵⁶ *El Mercurio de Valparaíso. Periódico mercantil y político*, N. 2. T. 2, 30 agosto 1828.

⁵⁷ Ordenanzas del Instituto Nacional, Literario, Económico, Civil y Eclesiástico del estado. Citado por Serrano (1996) p. 256, n. 22.

⁵⁸ *El Liberal*, N. 3, 15 agosto 1823.

⁵⁹ *Sesiones de los Cuerpos Legislativos*, T. XVI, 11 noviembre 1828, *Plan de estudios del Liceo de Chile con algunos pormenores sobre su ejecución y sobre la disciplina del establecimiento*, p. 412.

CONCLUSIONES

El período conocido como la Independencia de Chile (1810-1830) es riquísimo en debate de ideas. La necesidad de configurar un ordenamiento novedoso debido a la fuerza de los acontecimientos, hizo necesaria la implementación de instituciones socio-jurídicas capaces de articular la satisfacción y alcance de los objetivos esenciales de los individuos y del colectivo.

En este sentido, la comprensión de la realidad material o institucional, pasa necesariamente por el reconocimiento de las ideas fundamentales, recogidas y asimiladas por la clase ilustrada-gobernante, que dieron origen paulatino al cuerpo organizacional del país.

El Derecho está íntimamente ligado a su ineludible realidad histórica, y por ende una completa comprensión del mismo debe pasar por el prisma de la disciplina historiográfica, la cual ofrece atender diversos ejes propios de su quehacer: la realidad temporal, y su relación con el espacio y la cultura.

En momentos como el actual, en que somos abrumados por la información, la configuración de equipos multidisciplinarios de trabajo se torna una necesidad imperiosa, cada vez que exista motivación por el desarrollo de labores de producción académica.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

I. Fuentes Primarias

A) *TEXTOS CONSTITUCIONALES (CONSULTADOS EN VALENCIA AVARIA, LUIS (COMPILADOR) (1986): ANALES DE LA REPÚBLICA (SANTIAGO, EDITORIAL ANDRÉS BELLO) TOMO I).*

Reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisoria de Chile (1811). pp. 40-42.

Reglamento constitucional provisorio. Sancionado en 26 de octubre de 1812. pp. 43-51.

Reglamento para el gobierno provisorio. Sancionado en 17 de marzo de 1814. pp. 51-53.

Plan de Hacienda y de Administración Pública (1817). pp. 54-63.

Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile (1818). pp. 64-80.

Constitución Política del Estado de Chile. Sancionada y promulgada en 30 de octubre de 1822. pp. 83-106.

Reglamento Orgánico y Acta de Unión del Pueblo de Chile. Acordado por los Plenipotenciarios de la República en 30 de marzo de 1823. pp. 109-115.

Constitución Política del Estado de Chile. Promulgada en 29 de diciembre de 1823. pp. 115-150.

Constitución Política de la República de Chile. Promulgada en 8 de agosto de 1828". pp. 150-171.

B) *DISCUSIÓN LEGISLATIVA Y LEYES*

Ley de Libertad de los Esclavos (24 de julio de 1823). *Boletín de las Leyes y de las Órdenes y Decretos del Gobierno* (1845, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, Tomo I, Libro I, Boletín n° 13) p. 87.

LETÉLIER, Valentín (compilador) (varios años de edición): *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de la República de Chile. 1811 a 1845*. Tomos I a XVIII.

C) *PROCLAMAS*

Acta de Proclamación de la Independencia de Chile (1 de enero de 1818). VALENCIA AVARIA, Luis (compilador) VALENCIA AVARIA, Luis (compilador) (1986): I *Anales de la República* (Santiago, Editorial Andrés Bello) pp. 13-15.

AMOR DE LA PATRIA, José (1969): *Catecismo Político Cristiano. Dispuesto para la instrucción de la juventud de los pueblos de América Meridional* (Buenos Aires, Editorial Francisco de Aguirre).

ASAMBLEA NACIONAL DE PARÍS (1789): "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789)", ROLLE, Claudio *et. al* (año), *La Revolución Francesa en sus Documentos* (n° de edición, Ciudad de edición, editorial) pp. 63-65.

EGAÑA, Juan (1813): *Proyecto de una Constitución para el Estado de Chile: le precede el proyecto de Declaración de los Derechos del Pueblo de Chile* (Santiago, Imprenta del Gobierno).

HENRÍQUEZ, Camilo (1976a): "Oración pronunciada por el Diputado Camilo Henríquez en la inauguración del Primer Congreso Nacional. 4 de julio de 1811", *Páginas de la Independencia Nacional* (Santiago, Editorial del Pacífico) pp. 49-75.

_____ (1976b): "Proclama de Quirino Lemachez", *Páginas de la Independencia Nacional* (Santiago, Editorial del Pacífico) pp. 15-26.

D) PERIÓDICOS

El Apagador.

El Avisador Chileno.

El Correo de Arauco.

El Liberal.

El Mercurio de Valparaíso. Periódico mercantil y político.

El Patriota Chileno.

El Tizón Republicano.

El Verdadero Liberal.

La Aurora de Chile.

Miscelánea Política y Literaria.

Registro Público.

II. Fuentes Secundarias

A) TEXTOS JURÍDICOS

D'ORS, Álvaro. (1989): *Una Introducción al estudio del Derecho* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

FERNÁNDEZ CONCHA, Rafael (1888): *Filosofía del Derecho o Derecho Natural* (Barcelona, Católica).

LOEWENSTEIN, Karl (1976): *Teoría de la Constitución* (Barcelona, Ariel)

LUCAS VERDÚ, Pablo (2001): *Curso de Derecho Político* (Madrid, Editorial Tecnos) Tomo I.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional. Principios, Estado y Gobierno* (Santiago, Editorial Jurídica) Tomo I.

SQUELLA, Agustín (2000): *Introducción al Derecho* (Santiago, Editorial Jurídica).

VALENCIA AVARIA, Luis (compilador) (1986): *Anales de la República* (Santiago, Editorial Andrés Bello) Tomo I.

B) TEXTOS HISTORIOGRÁFICOS

AMUNÁTEGUI SOLAR, Domingo (1946): *La Democracia en Chile. Teatro Político* (Santiago, Universidad de Chile).

_____ (1889): *Los primeros años del Instituto Nacional (1813-1835)* (Santiago, Imprenta Cervantes).

COLLIER, Simon (1977): *Ideas y política de la Independencia chilena. 1808-1833* (Santiago, Editorial Andrés Bello).

COLLIER, Simon y SATER, William (1999): *Historia de Chile. 1808-1994* (Madrid, Cambridge University Press).

DE ÁVILA MÁRTEL, Alamiro (1982): *Mora y Bello en Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile).

DONOSO, Ricardo (1946): *Las ideas políticas en Chile* (México, Fondo de Cultura Económica).

EDWARDS, Alberto (1936): *La Fronda Aristocrática en Chile* (Santiago, Editorial Ercilla).

EYZAGUIRRE, Jaime (1991): *Ideario y ruta de la emancipación chilena* (Santiago, Editorial Universitaria).

FELIÚ CRUZ, Guillermo (1950): *La fundación del Instituto Nacional* (Santiago, Cultura).

HEISE GONZÁLEZ, Julio (1996): *150 años de evolución institucional* (Santiago, Editorial Andrés Bello).

_____ (1978): *Años de formación y aprendizaje políticos. 1810/1833* (Santiago, Editorial Universitaria).

JOCELYN-HOLT LETELIER, Alfredo (1999): *La Independencia de Chile. Tradición, modernización y mito* (Santiago, Editorial Planeta/Ariel).

SERRANO, Sol (1990): "La Revolución Francesa y la formación del sistema nacional de educación en Chile", KREBS, Ricardo y GAZMURI, Cristián (editores). *La Revolución Francesa y Chile* (Santiago, Editorial Universitaria) pp. 247-276.

VILLALOBOS, Sergio et. al. (1992): *III Historia de Chile. Independencia, República (hasta 1860)* (Santiago, Editorial Universitaria).

LAS TEORÍAS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LA *MISE EN SCÈNE* EN RELACIÓN CON EL DELITO DE ESTAFA*

BLANCA LIRA CORREA**

RESUMEN: Este trabajo expone los problemas que presenta el delito de estafa en Chile, básicamente en lo que dice relación con uno de sus elementos: el engaño. Para esto, la autora, expone dos teorías que actualmente se disputan sus lineamientos, siendo una de ellas la teoría de la *mise en scène*, prácticamente la única que se ha aceptado históricamente por nuestra jurisprudencia. La otra teoría que se expone es la de la *imputación objetiva* y su aplicación en el elemento del engaño requerido en la estafa. Esta teoría, sólo últimamente, ha sido planteada por una parte de la doctrina nacional, como una vía de solución a los problemas que presenta el engaño en la estafa. La autora concluye cuál de estas teorías resulta más conveniente, a efectos de dar una solución más justa para las partes que se ven involucradas en el delito de estafa.

ABSTRACT: This paper outlines the issues about the swindle in Chile, mainly regarding one of its elements: deception or trick. In order to achieve this, we will discuss two currently competing theories in its

* El texto de este artículo corresponde a una versión revisada de la monografía presentada para aprobar el *Curso de Teoría General del Delito*, dictado por el Dr. Álvaro FERNÁNDEZ DÍAZ, dentro del Programa de Doctorado en Derecho impartido por la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el segundo semestre académico del año 2008.

** Abogado, Magíster en Ciencia Jurídica y Candidata a Doctor Pontificia Universidad Católica de Chile. Jueza del Tribunal Eclesiástico Interdiocesano de Santiago. <blanca_lira_c@hotmail.com>.

guidelines. One of them is the *mise en scène* theory, practically the only one that historically has been accepted by our jurisprudence. The other theory we will discuss, is the one that refers to the *objective imputation* and its application in the required element of deception or trick in swindle. This theory, only recently, has been raised, by part of the legal community, as a way to solve the problems of deception or trick in swindle. The paper is oriented to finally, conclude by the authoress, which one of these theories is more convenient, in order to give a fairer outcome for the parties involved in swindle.

PALABRAS CLAVES: Estafa – *mise en scène* – imputación objetiva – engaño – ardid

KEY WORDS: Swindle – *mise en scène* – objective imputation – deception – trick

I. ESTAFA

El nombre del delito de estafa o *estelionato* como lo denomina CARRARA, surgió en el Derecho Romano derivado del estelión o salamandra, animal cuyos colores varían ante los rayos del sol –como alusión a los camuflajes que el autor del delito debe emplear para su realización– y se aplicaba a todos los delitos cometidos en perjuicio de la propiedad o patrimonio ajeno.

El delito de estafa se encontraba contemplado en el derecho español en la *VII Partidas de Alfonso el Sabio*, en donde se estimó que este delito no podía ser definido, sino que se optó por ejemplificar sus formas.

El arquetipo de *Las Partidas*, plasmado posteriormente en Código Penal español de 1848, fue el que sirvió de modelo inspirador para nuestro legislador, quien no lo definió, estableciendo un sistema casuístico para su delineamiento. El Código Penal chileno trata el delito de estafa, en el párrafo 8 del título IX, bajo el epígrafe “*estafas y otros engaños*”, constituyendo la estafa una especie dentro del género más amplio denominado engaños, cuya figura básica la constituye el artículo 468 del Código Penal, la que debe entenderse en relación con el artículo 473 de dicho Código que establece una figura residual de la estafa. De la lectura de estos artículos sólo se puede extraer como exigencia, para que concurra la estafa, la existencia de un engaño y un perjuicio, pero nada se dice sobre el elemento de error y el acto de disposición

patrimonial que realiza la víctima, y que es quizá la nota más característica de la estafa.¹

Su tipo consiste en *“configurar un despojo injusto de la propiedad ajena, que no es ni verdadero hurto, ni verdadero abuso de confianza, ni verdadera falsedad, pero que participa del hurto, porque ataca injustamente la propiedad ajena; del abuso de confianza, porque se abusa de la buena fe de otros, y de la falsedad, porque a ella se llega mediante engaños y mentiras. La criminalidad de la estafa está toda en los antecedentes, en los artificios para engañar; por esto el engaño constituye la verdadera esencia de este delito”*².

Se distinguen entonces en relación con la estafa, cuatro situaciones diferentes: la estafa propiamente tal, los engaños semejantes a ésta (468 Código Penal); los engaños que no se hallan expresados en los artículos anteriores (473 Código Penal), y aquellos que constituyen estafas especiales como sucede, por ejemplo, en los delitos regulados en el artículo 469 n° 1 y 2 del Código Penal.

Las estafas *“serían los fraudes que se cometen mediante alguno de los engaños expresados en el párrafo en cuestión, en tanto que los “otros engaños” serían los fraudes perpetrados mediante el empleo de otro engaño no expresamente descrito en el resto del párrafo”*³. ETCHEBERRY afirma que el rasgo común entre las distintas hipótesis señaladas en el artículo 468 que describe la estafa, y los otros engaños, radica en el *ardid* o *maquinación*: *“los engaños del 468 son casos en los que se refuerzan las afirmaciones engañosas mediante el despliegue externo de falsas apariencias: lo que la doctrina llama el ardid o la mise-en-scène; y los otros engaños serían los fraudes en los que el engaño está constituido por otro medio que no es un ardid”*. Así también lo manifiesta MERA FIGUEROA⁴. El ardid exigido puede ser mínimo, pero siempre se requiere un hecho externo, una apariencia falsa⁵. Agrega que podemos distinguir, dentro del engaño, la actividad del agente (simulación) y el efecto producido en el sujeto pasivo de la acción (error)...

¹ FERNÁNDEZ (2005) p. 183.

² CARRARA (1980) pp. 412 y 413.

³ ETCHEBERRY (1966) pp. 15 y 16.

⁴ MERA (1994) p. 34, señala que el ardid se exige en el tipo legal del artículo 468, no así en el 473.

⁵ ETCHEBERRY (1998) pp. 406 y 407.

La figura de la estafa consiste en “defraudar a otro”⁶. En ella deben estar presentes todos los elementos de los fraudes, a saber: simulación, error, disposición patrimonial de la víctima, perjuicio. Una de las características de la estafa, y que la distingue del hurto que el actor consigue “*obtener del propio sujeto pasivo del error, la disposición patrimonial, que a su vez será la causa del perjuicio. Existe una colaboración involuntaria de la víctima... efectuada porque tiene una representación equivocada de la realidad, creada por la acción fraudulenta del agente*”⁷.

En este trabajo desarrollaremos el elemento denominado simulación o engaño, y por lo tanto no nos extenderemos en los demás elementos constitutivos de la estafa.

II. EL ENGAÑO

El diccionario de la Real Academia española define el engaño como la “*falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre*”.

El Código Penal no define lo que entiende por engaño. Por esto nos remitimos a la definición de ANTÓN ONECA⁸ quien señala que el engaño “*consiste en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas*”, y agrega que “*el engaño es en definitiva, faltar a la verdad al expresar algo o ejecutarlo, para presentar la realidad con un aspecto distinto al que en verdad tiene o posee. El engaño puede consistir entonces, en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene (simulación), u ocultando aquellas que efectivamente posee (disimulación)*”⁹. Agrega GARRIDO, que el hecho de si una mentira es suficiente para producir el engaño, es una cuestión muy debatida en la doctrina. El considera que no basta con la simple mentira, ya que en nuestro ordenamiento no existe un deber de naturaleza jurídica de decir la verdad, y así lo considera también la mayoría de la doctrina; salvo en los casos de aquellas personas que por ley o como fruto de un contrato, tienen el deber de decir verdad.¹⁰ MERA estima que la simulación sin otros calificativos, no exige el ardid, bastando la simple mentira.¹¹

⁶ *Ídem.*, p. 408.

⁷ MERA (1994) p. 17.

⁸ ANTÓN (1958) p. 61.

⁹ GARRIDO (2000) pp. 321-323.

¹⁰ GARRIDO (2000) p. 324.

¹¹ MERA (1994) p. 19.

El engaño debe preceder a la disposición material y producir error en la víctima, la que, a consecuencia precisamente de ese error, realiza una disposición patrimonial que le resulta perjudicial.¹²

Hay autores que afirman que aunque engaño y mentira no son idénticos, “no hay engaño posible sin afirmar por lo menos una mentira”, o sea, que todo engaño lleva implícita una mentira. Es necesario, eso sí, destacar que el cuestionamiento del engaño en el delito de estafa lleva naturalmente al su contrapartida, cual es, el error que debe haber generado en el sujeto pasivo la acción de engañar, y la consiguiente la disposición patrimonial de dicho sujeto.¹³ Por lo tanto un hecho que no se discute por los autores es el requisito del engaño en la estafa. Es el engaño el medio adecuado para realizar el fraude o estafa. CARRARA estima al respecto “que todos estos estudios giran siempre en un círculo de ejemplos que no conducen al conocimiento exacto del criterio esencial de este delito, sino a resolver las graves dificultades que presenta en los casos prácticos”.¹⁴

Nuestros tribunales en reciente jurisprudencia han desechado la simple mentira como hecho constitutivo de engaño¹⁵, siguiendo a CARRARA, quien distinguió entre mentira y artificio, destacando que la mentira no es delito, pero el artificio, cuando no tiende a una burla inocente, sino a un injusto despojo, presenta las condiciones objetivas del delito. Pero para que haya artificio se requiere no sólo el discurso, sino algo que compruebe las afirmaciones falsas. Otros autores como MUÑOZ CONDE estiman que “el concepto de engaño es tan amplio que sólo puede ser limitado en función del concepto mismo de estafa, conectándolo con los otros elementos de la misma”¹⁶, lo que en nuestra legislación reviste particular dificultad por cuanto no existe un concepto de estafa, ni tampoco el código establece sus elementos constitutivos.

A modo de ejemplo, y con el objeto de analizar el estado de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico, destaca una sentencia dictada el año 2007 por la Corte de Apelaciones de Valdivia que define el engaño como “la acción realizada con miras a producir una falsa representación de la realidad, que induce a error”¹⁷. En esta sentencia, se excluye, por lo tanto el engaño

¹² HERNÁNDEZ (2003) p. 5.

¹³ BACIGALUPO (1994) pp. 187 y 188.

¹⁴ CARRARA (1980) p. 422.

¹⁵ Vid. v.g. Corte Suprema. *Onell con Vásquez* (2005) considerando 5°.

¹⁶ MUÑOZ(2002) p. 413

¹⁷ Corte de Apelaciones de Valdivia. *Vargas y Caroca con Serviu Décima Región* (2007) considerando 4°.

por omisión. En el mismo sentido, una sentencia del año 2005, de la Corte Suprema afirma que *“la falsedad ideológica cometida por un particular no es punible, salvo los casos más bien raros en los cuales la ley impone también a éste una obligación de decir verdad, porque en cualquier otra situación sus mentiras no afectan a la fe pública, ya que nadie está obligado a tener por verdaderas las afirmaciones que hace”*.¹⁸

Podemos concluir por tanto que la opinión dominante en Chile –fuertemente influida por ETCHEBERRY– es que el engaño típico no puede consistir en una simple mentira, sino en una mentira inserta en un despliegue engañoso externo. La principal opinión disidente ha corrido por cuenta de Jorge MERA, quien estima que *“la simple mentira puede ser engaño típico en la estafa”*. Así también opina HERNÁNDEZ, afirmando que se entiende que si la víctima lo creyó, ésa es prueba suficiente e indesmentible de su “idoneidad” y en consecuencia de su relevancia jurídico penal¹⁹.

III. TEORÍA DE LA MISE EN SCÈNE O ARDID

Al estudiar la jurisprudencia francesa, CARRARA²⁰ descubrió en un fallo de fecha 4 de abril de 1862, la solución al criterio con el que debía resolverse si concurría o no en un determinado caso, el delito de estafa. Este fallo distinguía entre artificio material y verbal, agregando que el fraude no podía consistir en simples palabras mentirosas, sino que para que hubiera delito se requería de algo material, una especie de aparato escénico, de una *mise en scène*, un hecho externo, o la intervención de tercera persona que diera crédito a las palabras. Este autor estimó que esta teoría completaba el elemento subjetivo y objetivo del delito; *“el subjetivo, porque muestra mayor astucia, mayor persistencia del deseo de hacer daño, y el objetivo, porque las apariencias externas prefabricadas para acreditar la palabra mentirosa, hacen más excusable la credibilidad de la víctima y le agregan al hecho un daño mediato que no ocurre cuando se cree en las meras palabras del primero que se presente”*²¹.

La teoría de la *mise en scène* o ardid plantea que la simple mentira no es constitutiva del engaño necesario para configurar los delitos de estafa, sino que se requiere un *“despliegue engañoso externo”*²². La puesta en escena

¹⁸ Corte Suprema. *Onell con Vásquez* (2005) considerando 5°.

¹⁹ HERNÁNDEZ (2003) pp. 12-14.

²⁰ CARRARA (1980) p. 426.

²¹ CARRARA (1980) p. 428.

²² HERNÁNDEZ (2005) p. 184.

implica “acompañar meras afirmaciones con pequeñas escenificaciones que pretenden probar su veracidad”²³.

*“El ardid debe tener aptitud, idoneidad para inducir a incurrir en un error a una víctima en concreto, atendidas sus circunstancias individuales. Hay eso sí quienes consideran que la naturaleza del engaño debe ser considerada con un criterio objetivo, apreciándola frente a la situación de un hombre medio, y no de aquel que en el hecho fue embaucado”.*²⁴

La jurisprudencia en Chile constantemente ha exigido el ardid o puesta en escena para configurar el elemento de la simulación o engaño en la estafa. Así por ejemplo, en una sentencia de la Corte Suprema de 1981 se resuelve que “no habiendo existido maniobras, ardid o mise en scène para inducir a engaño al comprador, debe desecharse la posible calificación de estafa”²⁵. Luego, en sentencia del año 1998 de la Corte de Apelaciones de Santiago, se manifiesta la siguiente doctrina: “el delito de estafa en general es una apropiación por medios inmateriales que se fundamenta en un ardid, un montaje realizado para provocar la distorsión de la realidad en la apreciación sensorial del ofendido. El despliegue escénico realizado por el sujeto activo, está destinado a producir un error en el perjudicado quien movido por su equivocada apreciación de la realidad dispone o predispone que se disponga de su patrimonio, circunstancia que en definitiva le ocasiona un perjuicio (...) No basta para que exista el engaño exigido por el legislador, una afirmación desprovista de una inteligente actividad, llamada por algunos mise en scène, esto es, el reforzamiento mediante apariencias externas de lo que se dice o afirma. El engaño debe ser serio, creíble, verosímil”²⁶. Este es el mismo criterio que se emplea hasta ahora en los tribunales nacionales, para configurar los elementos o requisitos de la estafa. Ello, por ejemplo, se constata en dos sentencias dictadas el año 2007, una por la Corte de Apelaciones de Valdivia, y otra por la de Santiago, en las que se exige el ardid o maquinación para configurar el delito de estafa: “las estafas serían aquellos fraudes en que el engaño ha consistido en un ardid o mise en scène”.²⁷

²³ PÉREZ (1995) p. 297.

²⁴ GARRIDO (2000) p. 323.

²⁵ ETCHEBERRY (1986) p.399, causa contra José Máximo Díaz Alveal y otro RDJ LXXVIII, 4-137.

²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago. *Leikin con Mena* (1998) considerando 6°.

²⁷ *Vid.* Corte de Apelaciones de Valdivia. *Vargas y Caroca con Serviu Décima Región* (2007) considerando 6°, y Corte de Apelaciones de Santiago. *Ministerio Público con Acuña* (2007) considerandos 3° y 8°.

La jurisprudencia española anterior a 1983 –año en que se reformó el Código Penal en relación con el delito de estafa– también adoptó la teoría del ardid o maquinación. Así se puede apreciar, por ejemplo, en dos sentencias tomadas al azar, dictadas el año 1981, en las que se señala que *“el delito de estafa requiere para su existencia: a) una maquinación insidiosa constitutiva del engaño operativo del traspaso patrimonial, por parte del agente de la acción, que tenga la intensidad suficiente para penetrar en el campo de la ilicitud penal, mediante el encaje en la tipología; b) perjuicio patrimonial... c) relación causal entre la maquinación y el perjuicio”*. Otra sentencia del mismo año explica que *“el delito de estafa surge al ámbito punitivo cuando el sujeto activo con ánimo de lucro, utiliza una conducta dinámica y culpabilista, mediante un engaño... por lo que para que el delito se configure es necesario el elemento psicológico del engaño, como actuación artificiosa, simulada e inveraz. Lo fundamental es que el engaño se repute de una entidad o relevancia bastante, en cuanto haya tenido intensidad para inducir a error a la víctima”*.²⁸

Hay autores en la doctrina nacional que critican la teoría de la *mise en scène* argumentando que *“al centrar el juicio de la relevancia del engaño en el despliegue de maniobras externas, se cae en un excesivo formalismo. Esta circunstancia lleva al juzgador a desvincularse de la concreta peligrosidad de la conducta engañosa”*²⁹. Agregan además que la *mise en scène* ni siquiera tiene sustento en Francia, ya que ella es sólo una de las formas de engaño típico del derecho francés³⁰. En este sentido MERA argumenta que *“el engaño en la estafa no exige, per se, del ardid, y por lo tanto no puede excluirse de este elemento del tipo, a priori, la simple mentira, la cual no basta por cierto para configurar la totalidad de la estafa, pero sí el primero de sus elementos”*³¹, esto es, la simulación. Le reconocen sin embargo a esta teoría, la exigencia de una determinada idoneidad en la conducta engañosa.

MERA considera³², y en esto discrepa de Etcheberry, que la sola existencia del ardid no garantiza una mayor eficacia engañosa del medio empleado; el ardid puede ser burdo. En cambio una simple mentira puede resultar mucho más irresistible para su destinatario, y no sólo en el caso de personas sencillas y poco instruidas. Lo determinante debe ser la aptitud real en el caso concreto para inducir a error.

²⁸ *Repertorio de jurisprudencia española* (1981) Tomo XIX.

²⁹ FERNÁNDEZ (2005) p. 185.

³⁰ HERNÁNDEZ (2003) pp. 147 y ss.

³¹ MERA (1994) p. 33.

³² *Ídem.*, p.34.

A fin de corregir los problemas que produce la teoría de la *mise en scène*, la jurisprudencia española, y algunos autores, proponen utilizar los criterios de la teoría de la imputación objetiva en el delito de estafa.

IV. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Esta teoría está fundamentalmente ligada a la determinación de la relación entre conducta y resultado³³ en los delitos. Aún cuando no está nada clara su configuración sistemática, intentaremos sintetizar a grandes rasgos sus lineamientos históricos y teóricos.

IV.A. Breve reseña histórica

Fue HÖNIG quien primero utilizó el término imputación objetiva, a quien posteriormente se sumó LARENZ. La teoría expuesta por estos dos autores perseguía delinear los límites máximos de atribución de responsabilidad, la que con el tiempo fue concentrándose en la cuestión de atribución de resultado³⁴. Por su parte WELZEL contribuyó a su elaboración mediante la teoría de la adecuación social.

Dentro del ámbito histórico de la teoría de la imputación objetiva están las contribuciones que hiciera en este sentido ROXIN, y su *teoría del principio de riesgo*, que plantea que “*un resultado causado por el sujeto sólo debe ser imputado al causante como su obra, y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción, cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo*”³⁵.

Los criterios propuestos por la doctrina se aunaron, finalmente, en el *principio de riesgo* de ROXIN, quien propuso como parámetros objetivos para determinar el juicio de imputación objetiva, los siguientes³⁶: a) disminución del riesgo: se atempera por la conducta de un sujeto, un suceso que comportaría un daño más grave; b) creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) incremento o falta de aumento del riesgo permitido y d) la esfera de protección de la norma, que ROXIN elaboró para los casos de daños sobrevenidos con posterioridad, en que se produce un segundo daño, al cual llamó posteriormente *alcance del tipo*.

³³ CANCIO (2004) p. 47.

³⁴ CANCIO (2004) p. 65.

³⁵ *Ídem.*, pp. 42 y 43.

³⁶ *Ídem.*, p.44.

IV.B. Situación actual

Los autores se han alejado cada vez más del análisis de la imputación del resultado, centrando la atención en la conducta típica, en el comportamiento no permitido, por lo que esta teoría se ha transformado en una teoría del tipo³⁷. A este alejamiento han contribuido FRISCH con su teoría de la conducta típica, y JAKOBS con su desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, que no son objeto del estudio al que nos hemos abocado, por lo que no las trataremos en este trabajo³⁸. Sólo creo importante destacar que en ningún caso existe unanimidad en la doctrina en cuanto a lo que debe entenderse por imputación objetiva.

Es en el segundo elemento descrito por ROXIN, esto es, la creación o no de un riesgo jurídicamente relevante, en el que se centrará este estudio, para aplicarlo posteriormente al requisito del engaño en la estafa. Se trata de averiguar qué le incumbe al autor, qué comportamiento se espera de éste en su interacción con el titular del patrimonio, hecho que debe poder determinarse de modo objetivo, mediante la definición de estándares de conducta no individualizados. En la estafa esto significa que el autor tiene asignada la administración de ciertas informaciones en las que la víctima basa sus decisiones de disposición³⁹.

Choclán⁴⁰ enumera los elementos típicos de la estafa, de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, y estima que debe concurrir:

1. Engaño precedente o concurrente.
2. El engaño ha de ser bastante para la prosecución de los fines propuestos, en el sentido que debe viciar la voluntad de la víctima, dadas sus características personales, analizadas ex ante.
3. Ha de producirse un error esencial en el sujeto pasivo o víctima, quien desconoce la realidad o tiene un conocimiento inexacto o deformado de la realidad por causa del engaño producido por el actor. Esta teoría parte del supuesto que no cualquier engaño es suficiente como para producir error en la víctima, y la consiguiente disposición patrimonial que este engaño implica, sino que es necesario que el autor haya producido un

³⁷ PASTOR (2004) p. 152.

³⁸ CANCIO (2004) p. 47.

³⁹ PASTOR (2004) p. 154.

⁴⁰ CHOCLÁN (2000) p. 82.

peligro jurídicamente reprochable, y que el resultado de su acción, sea aquel que la norma penal busca evitar, y no otro.

Habrá que analizar además si la imprudencia de la víctima en la protección de su patrimonio incide en el juicio de adecuación de la conducta engañosa. La imprudencia de la víctima es un dato que los jueces deberán tener en cuenta para juzgar la idoneidad objetiva. Este requerimiento vendría a resolver la queja que ETCHEBERRY hace a una sentencia, argumentando que “otra vez observamos que la sentencia protege al contratante negligente y crédulo, ya que con un mínimo de atención, el comprador pudo exigir un certificado de gravámenes por un lapso más prolongado...”⁴¹.

4. Debe haber un acto de disposición patrimonial, con el consiguiente perjuicio para la víctima –porque en este delito el bien jurídicamente protegido es su patrimonio–. En efecto, en la estafa, el fin de protección de la norma es “la protección patrimonial frente a un determinado tipo de engaños que se consiguen o pueden conseguir un ejercicio viciado por error, de la libertad de disposición patrimonial realizado por la víctima del engaño”⁴².

La imputación objetiva considera que no es necesario el desplazamiento del patrimonio, sino “que salga de la esfera del dominio de su titular, entrando lícitamente en la esfera de dominio del autor del delito”⁴³.

5. Intención de obtener una ventaja, o ánimo de lucro del actor. Este es el elemento subjetivo del tipo. Es necesario que el autor del delito haya realizado el hecho con una determinada intención, cual es perseguir su enriquecimiento personal.
6. Nexos de causalidad entre el engaño y el perjuicio. Deberá establecerse si el perjuicio sufrido es la materialización del riesgo creado, porque incluso puede suceder que el perjuicio no llegue a producirse⁴⁴.

⁴¹ ETCHEBERRY (1986) p. 397.

⁴² PÉREZ (1995) p. 296.

⁴³ CHOCLÁN (200) p. 161.

⁴⁴ PÉREZ (1995) p. 301.

IV.C. Momento y elementos a considerar en la evaluación de la materialización del delito

Los contenidos de la caracterización respecto de la conducta de los sujetos involucrados se valoran, como ya señalamos, *ex ante*, mientras la constatación del resultado se realiza *ex post*. La perspectiva *ex ante* se formula, según la posición mayoritaria, desde un sujeto ideal perteneciente al contexto social en el cual actúa el sujeto. Este sujeto es un sujeto teórico que no existe en la realidad, por lo que ROXIN, a fin de establecer un margen sobre el cual definir a este sujeto sugiere “*generalizar hacia abajo, e individualizar hacia arriba*”⁴⁵.

Para que el engaño sea suficiente para provocar un acto de disposición por error como creación de un riesgo adecuado, son necesarios según FERNÁNDEZ DÍAZ, los siguientes elementos⁴⁶:

a) *Juicio de adecuación*. Es el engaño el que da inicio al proceso causal en la estafa, (elemento que ya analizamos anteriormente). Deben excluirse por lo tanto de la estafa todas aquellas conductas que no tengan una naturaleza defraudatoria. Para la comprobación de la idoneidad del engaño en la estafa, resulta decisivo indagar la capacidad *ex ante* del engaño para producir error en la víctima. Esta referencia al error debe considerarse directamente vinculada al acto de disposición patrimonial. Por ello afirma FERNÁNDEZ, desde una perspectiva *ex ante* la fórmula podrá entenderse como “*un engaño suficiente para producir un acto de disposición patrimonial por error*”. En este sentido el engaño debe entenderse “*como incongruencia entre la realidad y lo que expresa el autor... logrando que el engaño no dependa del estado psicológico del autor, sino de la valoración objetiva de su comportamiento*”⁴⁷.

Pero no basta con la acción y el resultado en la estafa, sino que es necesario que el engaño se conecte con el resultado a través de un acto de disposición patrimonial, además el engaño debe ser bastante como para inducir a error. Habrá que afirmar claramente la idoneidad del engaño para alcanzar la meta perseguida.⁴⁸

Habrá que analizar también si la imprudencia de la víctima en la protección de su patrimonio incide en el juicio de adecuación de la conducta

⁴⁵ CANCIO (2004) pp. 60 y 61.

⁴⁶ FERNÁNDEZ (2005) p. 186.

⁴⁷ PASTOR (2004) p. 265.

⁴⁸ PÉREZ (1995) pp. 291-294.

engañoso. La imprudencia de la víctima es un dato que los jueces deberán tener en cuenta para juzgar la idoneidad objetiva.⁴⁹ Este requerimiento vendría a resolver la queja que Etcheberry hace a una sentencia en la que *“otra vez observamos que la sentencia protege al contratante negligente y crédulo, ya que con un mínimo de atención el comprador pudo exigir un certificado de gravámenes por un lapso más prolongado que el inusitado de sólo ocho días”*⁵⁰.

b) *Formación del juicio de adecuación.* La determinación de la peligrosidad *ex ante* de una conducta respecto de la producción de un resultado dependerá en gran medida de la información que se tenga para enjuiciarla. De esto va a depender que un error sea más o menos adecuado para producir un error en otro. En este sentido resultan relevantes los conocimientos del autor sobre alguna de las características de la víctima, que le hagan vulnerable a los engaños del autor.

*“Deben tomarse como base las circunstancias conocidas o reconocibles por el hombre prudente del círculo social del autor, en base a sus conocimientos especiales”*⁵¹. Por lo tanto las características especiales de la víctima serán un dato a tener en cuenta, ya que *“tratándose de una conducta por parte de la víctima que implica la dejación de medidas esenciales y elementales de neutralización del riesgo inicial, no puede producirse imputación del resultado a la conducta del autor”*⁵². Estas medidas son aquellas que son de común conocimiento. Asimismo la exigencia de la puesta en escena, o mise en scène, serán otro dato a tener en cuenta, pero no son el elemento que permite determinar o no la existencia del delito de estafa.⁵³

El juicio de adecuación debe tomar en consideración todas aquellas circunstancias conocidas o reconocibles por un espectador objetivo y prudente retrotraído al momento de la acción (*ex ante*), además de aquellas circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos especiales.

c) *El error en que ha incurrido la víctima. “La conducta victimal culpable o dolosa puede incidir de forma relevante en el comportamiento criminal”.* Aquí se incorporan: La exigencia de un mínimo de cuidado de autoprotección

⁴⁹ PÉREZ (1995) p. 296.

⁵⁰ ETCHEBERRY (1986) p. 397.

⁵¹ PÉREZ (1995) pp. 292-296.

⁵² CANCIO (2004) pp. 105-108.

⁵³ PÉREZ (1995) p. 296.

por parte de la víctima; el hecho de que no se trata de cualquier víctima, sino de una persona promedio de acuerdo a las características sociales, culturales, psicológicas de esa víctima, valorada *ex ante*, antecedentes que en ningún caso deben sopesarse a la luz de la *mise en scène*. Porque obviamente no será lo mismo estafar con cheque a un empleado bancario que a un mendigo.

Por lo tanto, la víctima debe ser evaluada en forma objetiva y en función de las condiciones personales del sujeto afectado, y según las circunstancias en que se ha desarrollado el caso concreto. Una vez analizadas dichas condiciones, deberá concluirse necesariamente, que la víctima no pudo neutralizar el riesgo inicial producido por el autor.

Lo anteriormente expuesto, a mi juicio, implica una cierta subjetividad y el necesario recurso a otras ciencias, desde el derecho –tales como la psicología, la sociología– por parte de quien juzgue la situación, porque es el juez quien deberá establecer los parámetros sobre los cuales se va a determinar quien es el sujeto medio, sobre el cual se delinea el delito. Es en este punto en donde creo que la teoría de la *mise en scène* facilita la labor del juez, en cambio la imputación objetiva implica una recarga en sus funciones, dificultando su labor. Lo positivo de la teoría de la imputación objetiva es que permite decisiones más justas, por cuanto incorpora todos los elementos del tipo.

Además la imputación objetiva viene a solucionar el grave problema que planteaba ETCHEBERRY –quien es como dijimos, un gran defensor de la teoría de la *mise en scène*– cual es que elimina la excesiva protección que esta última da a las víctimas negligentes.

El beneficio que esto produce se encuadra dentro del alcance de protección de la norma, analizado anteriormente, por cuanto implica que el Estado no puede intervenir, sino sólo en los casos en que el engaño es particularmente peligroso. Son estos “*los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio*”⁵⁴, ya que es precisamente quien posee un patrimonio quien está principalmente obligado a su protección. Como contrapartida, en la *mise en scène*, basta que exista un ardid que provoque error en la víctima, para que el Estado –a través de los tribunales– acuda a proteger a la víctima, por lo que pierde preponderancia o significación el principio de subsidiariedad en el delito de estafa.

⁵⁴ CHOCLÁN (2000) p. 109.

IV.D. Principios inspiradores

- a) *Principio de fragmentariedad.* Determina que frente a un bien jurídico como el patrimonio que no ocupa un lugar nuclear en el ámbito de lo penalmente protegible, sólo se incriminan los engaños particularmente peligrosos, aquellos que supongan un alto riesgo para el patrimonio. En este sentido la teoría de la *mise en scène* resulta de gran ayuda.
- b) *Principio de subsidiariedad.* Llama a no imponer una pena cuando subsistan medios alternativos de tutela menos gravosos, incluyendo dentro de éstos los medios que tiene a disposición el individuo afectado. En este sentido las posibilidades de defensa de la víctima se convierten en un dato relevante y a veces, decisivo, en orden a valorar la peligrosidad de la conducta engañosa. BACIGALUPO y MUÑOZ CONDE, también consideran que el derecho penal debe ser la ultima ratio de la política social, mientras sea posible confiar en medios extra-penales para la protección de los bienes jurídicos en juego, reservándolo para aquellos ataques fraudulentos al patrimonio verdaderamente graves, tanto cuantitativa como cualitativamente.⁵⁵

V. TEORÍA DE LA MISE EN SCÈNE VERSUS TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA ESTAFA

El mayor aporte de la teoría de la imputación objetiva, a mi juicio, es que analiza todos los elementos de la estafa, en forma objetiva, incorporando tanto los elementos objetivos del delito, como los elementos subjetivos tanto del autor, como de la víctima, quienes en su calidad de personas siempre llevan impresa cierta subjetividad, la cual no se puede desconocer.

Además esta teoría incorpora un elemento nuevo a considerar: esta subjetividad se analiza en forma objetiva, de acuerdo a un sujeto medio, en el ámbito de acción de la víctima. Para esto debe considerarse referente necesario para la estimación de la configuración del delito, el fin protector de la norma de la estafa, que es en definitiva aquella razón por la que se estipuló el delito en el Código Penal: la protección de un bien jurídico determinado, cual es el patrimonio de la víctima. Por lo tanto no cualquier puesta en escena, como podría ser una exagerada publicidad de un producto, va a ser suficiente para la configuración del delito de estafa.

⁵⁵ BACIGALUPO (1994) p. 190, MUÑOZ (2002) p. 413.

Engaño bastante que produce error en la víctima. De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, es necesario que exista un engaño que sea bastante o suficiente como para producir un error en la víctima de estafa, sin que sea necesaria una puesta en escena aparatosa. Lo relevante en la teoría de la imputación objetiva es que el engaño “conlleve el riesgo de lesión del patrimonio individual del tercero”⁵⁶ y no la puesta en escena o ardid ya que ésta no necesariamente implica lesión patrimonial.

Para evaluar el error en que ha incurrido la víctima, la imputación objetiva exige analizar los conocimientos especiales que de ella tenía el autor, elemento que no se exige en la teoría de la *mise en scène*.

Por otra parte, la imputación objetiva presupone que la disposición patrimonial que efectuó la víctima sea consecuencia del engaño urdido por el autor. En la *mise en scène*, en cambio, basta que se halla producido un engaño sin analizar si éste fue o no eficaz para producir el resultado, puesto que en ella la sola existencia de un ardid es suficiente para que se considere eficaz y causa del engaño.

Todos éstos aspectos son sin duda relevantes para la delimitación del delito de estafa, puesto que la exigencia de una puesta en escena no siempre permite resolver adecuadamente en conformidad con la tipicidad de éste delito, porque a veces la confianza entre dos personas, o la postura social de una frente a otra (padre-hijos, jefe-subalterno, etc.) puede implicar que una simple mentira sea suficiente como para configurar el delito de estafa. En ciertas circunstancias, esa teoría resultará muy extensiva y en otras muy restrictiva, porque puede ocurrir que se realice una gran puesta en escena, que resulte tan burda que ni siquiera el más ingenuo de los hombres crea en ella. No obstante lo anterior, la maquinación o ardid será un elemento a tener en cuenta al momento de evaluar la intención del autor y configurar el delito.

CONCLUSIONES

1. El delito de estafa comprendido en los artículos 467 y siguientes del Código penal no se encuentra suficientemente delimitado, siendo su descripción casuística.
2. La jurisprudencia ha optado por exigir la concurrencia del engaño para resolver la configuración del tipo penal de la estafa, cuando ha habido

⁵⁶ CHOCLÁN (2000) p. 99.

una *mise en scène* o ardid por parte del autor, no siendo suficiente que el error en la víctima se haya producido mediante una mentira o engaño.

3. La teoría de la *mise en scène* implica exigencias muy altas para la víctima de la estafa, y deja fuera las mentiras que en muchos casos pueden ser más efectivas que una puesta en escena para engañar. De todos modos el ardid es un elemento a considerar en delito de estafa. En todo caso es necesario que además de la mentira, concurren los demás elementos de la estafa.
4. Actualmente cierto autor ha propuesto resolver el problema que suscita el engaño en el delito de estafa, mediante la teoría de la imputación objetiva. Esta doctrina resuelve los casos en que no ha habido ardid, pero el engaño ha sido suficientemente idóneo como para producir error en la víctima, pudiendo ser bastante para ello, el empleo por parte del autor, de una mentira. Resuelve asimismo el problema planteado por Etcheberry, cual es, que no se exige habitualmente ni siquiera la precaución más mínima a la víctima.
5. Lo más destacable de la teoría de la imputación objetiva es, a mi juicio, que el juez deberá tener en consideración para resolver, tanto las circunstancias especiales del autor, como las de la víctima, en conjunto con los demás elementos del tipo de la estafa, no bastando para su configuración un ardid, hecho que en muchos casos ha conducido a resolver injustamente. De este modo, se delimita el tipo del delito de estafa de acuerdo con el fin protector de la norma, contribuyendo así a lograr una mínima intervención del Estado en este tipo de delito.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANTÓN ONECA, José (1958): "Estafa", *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, Editorial Francisco Seix S.A.) Tomo IX.
- BACIGALUPO, Enrique (1994): *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal* (Madrid, Akal/iure) 526 pp.
- CANCIO MELIÁ, Manuel (2004): *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva* (1ª reimpresión, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo) 211 pp.
- CARRARA, Francesco (1980): *Programa de Derecho Criminal. Parte especial* (Traducc. José J. Ortega Torres, Bogotá, Editorial Temis) 549 pp.

CHOCLÁN, José Antonio (2000): *El Delito de Estafa* (Barcelona, Editorial Bosch) 397 pp.

ETCHEBERRY, Alfredo (1998): *IV Derecho Penal. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 490 pp.

_____ (1987): *IV El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Sentencias 1967-1982* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 726 pp.

_____ (1966) *IV El Derecho Penal en la jurisprudencia* (Concepción, Samuel Muñoz Vera Editor) 315 pp.

FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro (2005): “Engaño y víctima en la estafa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Número XXVI, Tomo I): pp. 181-193.

GARRIDO MONTT, Mario (2000): *IV Derecho Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 447 pp.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2003): “Aproximación a la problemática de la estafa”, AA.VV., *Problemas actuales de Derecho Penal* (Temuco, Universidad Católica de Temuco) pp. 147-190.

MERA FIGUEROA, Jorge (1994): *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta* (Santiago, Editorial jurídica Conosur) 299 pp.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2002): *Derecho penal. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch) 1038 pp.

PASTOR MUÑOZ, Nuria (2004): *La determinación del engaño típico en el delito de estafa* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A.) 315 pp.

PÉREZ MANZANO, Mercedes (1995): “Acercas de la imputación objetiva de la estafa”, ARROYO ZAPATERO, Luis, et al, *Hacia un derecho Penal Económico Europeo* (Madrid, Universidad Autónoma de Madrid) pp. 285-309.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia del Tribunal Supremo de España 1101 (1981) en: *Repertorio de Jurisprudencia*, Tomo XIX.

Sentencia del Tribunal Supremo de España 2263 (1981) en: *Repertorio de Jurisprudencia*, Tomo XIX.

Leikin con Mena (1998): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 junio 1998, rol n° 48036-97, *Legal Publishing Chile* 20622.

Onell con Vásquez (2005): Corte Suprema, 6 junio 2005, rol n° 253-2003, *Legal Publishing Chile* 32180.

Ministerio Público con Acuña Quiroz (2007): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 marzo 2007, rol n° 248-2007, *Legal Publishing Chile* 36264.

Vargas y Caroca con Serviu Décima Región (2007): Corte de Apelaciones de Valdivia, 30 julio 2007, rol n° 85-2007, *Legal Publishing Chile* 36868.

ALGUNAS CONSIDERACIONES VICTIMODOGMÁTICAS EN LOS DELITOS SEXUALES

MARÍA ELENA SANTIBÁÑEZ TORRES*

RESUMEN: El artículo se refiere a las modernas concepciones victimodogmáticas que se han desarrollado a propósito de los delitos de relación, en los que existe una víctima participante, atenuando o excluyendo la responsabilidad del autor del delito en aquellos casos en que la actuación de la víctima ha contribuido o desencadenado la comisión del ilícito. En particular explora la posibilidad de aplicar estos criterios a los delitos sexuales, circunscribiendo tal alternativa a los casos de delitos cometidos contra personas capaces de prestar su consentimiento para la realización de actos sexuales y, específicamente, a las hipótesis de empleo de intimidación o de engaño propio del estupro. Asimismo, se analizan supuestos que pueden generar mayor polémica en que existe una víctima llamada provocadora.

ABSTRACT: This article refers to the modern conceptions of the victimodogmatic that have been developed regarding to the relationship crimes, where a participant victim exist, attenuating or excluding the criminal responsibility of the offender in those cases in that the victim's performance has contributed or unchained the commission of the crime. In particular, the article explores the possibility to apply these approaches to the sexual crimes, bounding this alternative to those cases with victims that are able to lend their consent for sexual acts and, specifically, to the hypotheses of intimidation or deceit characteristic of the rape of a minor. Also, it analyzes

* Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal Pontificia Universidad Católica de Chile.
<msantiba@uc.cl>

suppositions that can trigger a bigger polemic: sexual crimes with a so-called provocative victim.

PALABRAS CLAVES: Victimodogmática – delitos sexuales

KEYWORDS: Victimodogmatic – sexual crimes

INTRODUCCIÓN

El estudio del Derecho Penal en general siempre se ha limitado al análisis de la conducta efectuada por el delincuente o el sujeto activo del delito, sin tomar en consideración el comportamiento que ha tenido la víctima en la génesis del delito.

Este enfoque tradicional no fue cuestionado durante largo tiempo, ya que en general todo el estudio del derecho penal y de las ciencias afines a esta disciplina jurídica se había centrado en el autor del delito. Es sólo con el surgimiento de la victimología que comienza a llamarse la atención acerca de la víctima u ofendido por el delito, en tanto participante de la génesis criminal.

A partir de la victimología se ha desarrollado la victimodogmática, que analiza la contribución que efectúa la víctima al hecho delictivo, es decir la repercusión favorable que puede tener el comportamiento del sujeto pasivo del delito en la valoración jurídico-penal de la conducta del autor.

La mayoría de los planteamientos victimodogmáticos se desarrollan a propósito de los llamados delitos de relación, en que existe una víctima participante, siendo el más característico de ellos probablemente la estafa. La cuestión se torna un tanto diferente cuando se trata de extender la aplicación de consideraciones victimodogmáticas a otra clase de delitos, en los que se ven afectados bienes jurídicos personalísimos, como sucede respecto de los delitos sexuales.

En esta última clase de delitos la ausencia de consentimiento de la víctima o la voluntad viciada de la misma constituyen precisamente el fundamento de su punición, toda vez que en estos supuestos estaría comprometida la libertad sexual de la víctima, su indemnidad sexual o, de acuerdo a criterios más modernos respecto al bien jurídico protegido en estos delitos, su integridad sexual. Partiendo de esta premisa, cabe preguntarse si puede echarse mano de criterios victimodogmáticos a la hora de establecer la responsabilidad del autor de un delito sexual, en qué hipótesis ello es factible y qué consecuencias prácticas trae consigo.

I. LA VICTIMODOGMÁTICA

1. *Antecedentes Generales*

El estudio de la víctima en forma sistemática se produce gracias al desarrollo de la victimología, que surge luego de la 2ª guerra mundial a partir de los trabajos de VON HENTING y MENDELSON, quienes han sido reconocidos como sus precursores. En efecto, la victimología tiende a revertir el fenómeno de neutralización de la víctima que había producido el derecho penal moderno, demostrando que no se trata de un mero objeto, neutro y pasivo, sino que un sujeto activo que contribuye decididamente en la génesis y la ejecución del hecho criminal.

La preocupación por la víctima constituye una nueva visión criminológica con que se enfrenta al fenómeno del delito, entendiéndolo como un proceso complejo e interrelacionado que permite observar dos protagonistas: el delincuente y la víctima, entendiendo por lo tanto que está última es capaz de influir en la estructura, la dinámica y la prevención del delito.

El origen de la victimología, preocupada principalmente de explicar el grado de participación de los distintos tipos de víctimas en la génesis del delito¹, evolucionó a partir de fines de la década de los años 60 hacia una concepción más interaccionista, impulsada principalmente por el movimiento internacional a favor de las víctimas y los derechos humanos, excediendo con creces la observación sólo de la pareja criminal².

Por otra parte, la victimología comenzó a observar que, en ciertas ocasiones, la víctima no es un mero objeto pasivo que sufre un ilícito, sino que puede contribuir con su comportamiento a la producción de la lesión del bien jurídico. Este último interés, permitió precisamente la introducción de la perspectiva victimológica en la dogmática penal, que es lo que conocemos como victimodogmática³.

¹ En este sentido autores como HENTING, MENDELSON, WOLFGANG, AMIR y ELLEMBERGER. Véase NEUMAN (2001) p. 32 y ss. y HERRERA MORENO (1996) pp. 89 y ss.

² La nueva dimensión de la victimología comienza probablemente con Schaffer que gana la calificación de interaccionista, tomando en consideración no sólo las actitudes y percepciones recíprocas entre víctima y ofensor, sino que asimismo toma nota de la influencia de los mecanismos de presión ambiental y social sobre la tensión interactiva. Otros exponentes de esta corriente son Gulotta, Fattah y Beristáin. Véase HERRERA MORENO (1996) pp. 109-111.

³ SILVA SÁNCHEZ(1998), p. 150.

La victimodogmática se preocupa de analizar el comportamiento de la víctima como una categoría de carácter dogmático, que debe tomarse en consideración por la sistemática del delito a objeto de determinar la exclusión de la responsabilidad del autor o la atenuación de la misma. Al igual que la victimología, el estudio se realiza sobre la pareja criminal, delincuente-víctima, pero partiendo de la inteligencia que algunas víctimas contribuyen –dolosa o imprudentemente- a la propia victimización, lo que puede influir en la responsabilidad criminal del delincuente⁴.

Parece correcto admitir que para efectuar una completa valoración de la conducta delictiva, no sólo debe tomarse en consideración el comportamiento del autor del delito, sino que también ha de valorarse el accionar de la víctima desde el inicio del *iter criminis*. De hecho, sólo un análisis global de ambas conductas nos permitirá determinar, en ciertos casos más dudosos, quien ocupa el papel de víctima y quien es en cambio el sujeto activo del delito, cuestión que no siempre resulta fácil en las hipótesis de co-participación de la víctima.

Debe reconocerse en todo caso que la aplicación de los presupuestos victimológicos a la dogmática del delito no trajo consigo un beneficio para la víctima, sino que más bien una restricción de la aplicación del derecho penal o de sus efectos sobre la base del reconocimiento de una responsabilidad victimal⁵.

En efecto, la consideración de la conducta de la víctima en la generación del hecho delictivo, sin duda que despierta bastante polémica, sobre todo tratándose de delitos más graves. En el fondo aquí existen dos tipos de intereses en juego, por un lado si no se toma en consideración la conducta desplegada por la víctima bajo ningún respecto se puede producir una sobrecarga de la responsabilidad del autor, haciéndolo responsable de todo el hecho delictivo, sin considerar el aporte o la responsabilidad que ha tenido también la víctima en la producción del ilícito, lo que podría atentar contra el principio de culpabilidad y de proporcionalidad; por otro lado la consideración de la conducta de la víctima puede llevar a culpabilizarla y llevaría a desarrollar estrategias de inculpação de la víctima, con nefastas consecuencias para la vida en sociedad.

⁴ LANDROVE DÍAZ (1998) p. 39.

⁵ En todo caso los planteamientos victimodogmáticos que han hecho aparecer a la víctima como culpable y, en ciertos casos, punitiva y mercantil, parecen más bien continuadores de la antigua victimología. Véase BUSTOS RAMÍREZ y LARRAURI (1993) p. 68.

2. Consideraciones victimodogmáticas en el Derecho Penal

La pretensión de encontrar en el comportamiento de la víctima una categoría de carácter dogmático, que deba por tanto ser tomada en consideración en toda la sistemática del delito, no constituye en todo caso una novedad absoluta, toda vez que la inteligencia de que la conducta de la víctima tiene influencia para atenuar o eximir de responsabilidad es algo que siempre ha estado presente en las distintas instituciones del derecho penal.

En la teoría de la legítima defensa por ejemplo se puede aludir a que la exclusión o restricción de las facultades defensivas que se efectúan en caso de provocación del agresor por el agredido, se basan en la implicación de la víctima en lo sucedido, ya que la idea de protección del derecho frente al injusto, pierde su significación cuando es el propio agredido quien ha incurrido en el injusto⁶.

También adquiere importancia el consentimiento prestado por la víctima, que en ciertos casos –tratándose de bienes jurídicos disponibles– excluye la tipicidad de la conducta, o bien, según un sector de la doctrina, se trataría de conductas típicas pero justificadas⁷.

Además de la ley, el comportamiento de la víctima ha sido tomado en consideración por la doctrina y la jurisprudencia a propósito de los delitos imprudentes, que es donde originalmente se ha dado cabida a los planteamientos victimodogmáticos⁸. En efecto, a partir de esta clase de delitos se ha reconocido la institución de la compensación de culpas cuando la víctima ha ejecutado también una conducta imprudente, haciendo aplicable de esta manera en el campo del derecho penal una institución más propia del derecho civil –el criterio de la exposición imprudente de la víctima al daño– que disminuye el derecho de la víctima a la obtención de indemnización de perjuicios.

La compensación de culpas en materia penal parece justa precisamente cuando la víctima ha co-participado en el hecho delictivo, en cuyo caso tal compensación deberá admitirse a lo menos en el quantum de la pena, sobre todo tomando en consideración los numerosos casos de corresponsabilidad victimal que existen en la vida cotidiana⁹.

⁶ ROXIN (1997) p. 564.

⁷ En este sentido, véase CURY (2005) p. 370.

⁸ SILVA SÁNCHEZ (1989) p. 636.

⁹ BERISTAIN (2000) p. 108.

3. Alcance de los postulados victimodogmáticos

Aún cuando es efectivo que el derecho penal en general no ha estado ajeno a las consideraciones victimales, tal como ha quedado de manifiesto en el apartado anterior, no puede dejar de reconocerse que el planteamiento victimodogmático ha permitido dar una mirada de conjunto al comportamiento de la víctima en el delito, excluyendo o disminuyendo la responsabilidad del autor del delito en caso de co-participación de la víctima. Esto que parece no presentar tantas dificultades en el caso de los delitos imprudentes u omisivos, es más problemático tratándose de delitos dolosos¹⁰.

Los efectos que se atribuyen al comportamiento de la víctima van desde quienes postulan una posición más extrema que lleva a la exclusión de la responsabilidad del autor, a quienes más bien promueven un efecto atenuatorio de la responsabilidad penal.

A. COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA COMO FUNDAMENTO DE UNA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD AL AUTOR

Esta posición es extrema y más bien minoritaria¹¹ y se funda en el carácter de última ratio del derecho penal y en el principio de subsidiariedad que debe regirlo, en el sentido que no debe haber intervención penal en aquellos casos en que la autoprotección pertenece a la víctima.

Los esfuerzos de este sector doctrinario se han dirigido a la elaboración de un principio victimológico o de autorresponsabilidad, que sería el fundamento de la exclusión de responsabilidad del autor. Este principio promueve que la víctima adopte medidas de protección, entendiendo que si ella no lo hace, la conducta ya no es relevante para el derecho penal, que en función de su carácter de *ultima ratio* debe limitar su intervención sólo a aquellos supuestos en que no es posible la autoprotección. De esta manera, deberían quedar fuera del derecho penal todos aquellos comportamientos en que el

¹⁰ Así, no puede dejar de reconocerse que será tan homicidio el que se ejecuta sorpresivamente sobre un sujeto pasivo desconocido para el autor, que por lo tanto nunca ha asumido un riesgo, como el que comete el marido sobre la esposa enamorada, que, a pesar, de las continuas y serias amenazas de muerte de las que está siendo objeto, no ha denunciado al marido y ha preferido seguir conviviendo con él. Véase GIMBERNAT ORDEIG (2005) p. 735.

¹¹ Se reconocen como precursores del principio de autorresponsabilidad a ZACZYK, FRISCH y DERKSEN, siendo uno de sus principales exponentes JAKOBS y más limitadamente Bernad SCHÜNEMANN. Véase CANCIO MÉLIA (2001) p. 299 y ss.

tipo penal aparece aplicable sólo en función de la coparticipación que ha tenido la víctima.

Tampoco se trata en estos casos de exigir un imposible, colocando como parámetro al sujeto más cuidadoso, sino que basta con adoptar medidas que sean razonables, posibles y exigibles¹². Así, la eventual responsabilidad de la víctima sólo aparecerá cuando ante un riesgo concreto y relevante, opte por exponerse al mismo y dejar de adoptar medidas de protección, en cuyo caso la conducta delictiva deja de ser imputable al autor y, por lo tanto, es atípica.

Estos planteamientos victimodogmáticos se desarrollan principalmente a partir de los delitos de relación, que son aquellos en que existe una contribución de la víctima para lograr su consumación. En estos delitos se exige a la víctima tomar ciertas medidas de autoprotección, desapareciendo o disminuyendo la necesidad de protección si ella no las toma, ya que si es posible exigir una autoprotección eficaz no existiría una lesión del bien jurídico suficientemente peligrosa para hacer a la víctima merecedora de protección penal¹³. En este sentido el delito más característico es el de estafa, a propósito del cual precisamente se ha producido el mayor desarrollo doctrinal, en aras a no hacer punible la conducta del agresor cuando la víctima no ha tomado medidas mínimas de resguardo para evitar el engaño¹⁴.

En contra de esta posición tan extrema se erigen una serie de críticas. Así, se señala en primer lugar que el principio victimodogmático parece no poder deducirse directamente de la idea de subsidiariedad, ya que si bien es cierto que el derecho penal es la ultima ratio de la política social, ello sólo significa que no se puede imponer una pena cuando el Estado tiene a su disposición otros medios menos gravosos para solucionar los conflictos sociales, pero no que también tenga que renunciar a intervenir cuando el ciudadano se podría proteger por sí mismo. Otra cosa sería desconocer que los ciudadanos

¹² SILVA SÁNCHEZ (1998) p. 159.

¹³ Estos delitos se oponen a los de intervención o acometimiento que son precisamente aquellos que no requieren de tal contribución para consumarse y en los que toda la colectividad es víctima potencial de una agresión delictiva *v.g.* el hurto. En ellos la necesidad de protección subsiste mientras la víctima no sea responsable del riesgo generado.

¹⁴ En este sentido CHOCLÁN MONTALVO (1999); FERNÁNDEZ DÍAZ (2005); GEISSBÜHLER ARANDA (2005); MAYER LUX (2008); PASTOR MUÑOZ (2003) y (2004); PÉREZ MANZANO (1995), entre otros.

precisamente han establecido el poder estatal para descargarse a sí mismos de las tareas de protección¹⁵.

Una crítica fundada que se hace al principio de autorresponsabilidad es que desnaturaliza las bases mismas del derecho penal, ya que deja de ser protección de bienes jurídicos y de considerar los ataques más graves a estos, con ello en definitiva se desconocerían los derechos de las personas y las bases mismas de un sistema democrático de derecho, dejando la solución de los casos sólo a la valoración arbitraria del juez¹⁶.

Por otro lado, se señala que nunca un comportamiento de la víctima puede llevar al extremo de dejarla sin protección penal, ello llevaría a la generación de un clima de total desconfianza hacia el derecho, en que todos andaríamos a la defensiva y se produciría un retorno hacia la privatización de la justicia¹⁷.

Por último, se señala que al favorecer de esta forma a quienes agreden dolosamente, se produce una revictimización de la víctima y la aparición de tendencias exculpatorias en el autor y que una generalización del argumento victimodogmático podría llevar a una completa abolición de la pena¹⁸.

No debe olvidarse en todo caso que el dejar sin protección penal a la víctima no significa que no pueda encontrar protección en otras ramas del ordenamiento jurídico. Precisamente a ello tiende esta posición en un afán por encontrar límites a la creciente expansión del derecho penal, por lo tanto, la regla debería ser que la regulación y resolución de la mayoría de los conflictos sociales tenga lugar al margen del derecho penal.

¹⁵ ROXIN (1997) p. 564.

¹⁶ Según Bustos es inaceptable invocar el principio de autorresponsabilidad en el derecho penal, que no jugaría un rol gravitante respecto de ninguno de los elementos del delito. Ello en todo caso, no significa que no haya de tomarse en cuenta el consentimiento de la víctima en los tipos penales, sin embargo ello no surge del principio de autorresponsabilidad, sino del principio de disponibilidad de los derechos que tienen las personas y echando mano de este principio es que se pueden solucionar en la práctica muchos de los problemas que aparecen mencionados por la doctrina como de carácter victimodogmático aludiendo al principio de autorresponsabilidad para dejar sin sanción la conducta. Véase BUSTOS RAMÍREZ y LARRAURI (1993) p. 17.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ (1998) p. 160.

¹⁸ *Idem.*, p. 161.

B. COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSAL DE ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD AL AUTOR

Si se diese una aplicación general al principio de autorresponsabilidad se llegaría al absurdo de exigir que los sujetos emplearan sus propios medios de defensa para repeler ataques contra la vida o la integridad corporal o que nunca se sometieran a situaciones de riesgo, como caminar de noche por algún sector, pero por otro lado no puede desconocerse que el ordenamiento jurídico no puede renunciar a cualquier exigencia respecto al comportamiento de la víctima, ya que ello supondría asumir el costo absoluto de comportamientos imprudentes o incluso dolosos de la víctima. De manera que sí parece exigible que no se favorezca conscientemente la puesta en peligro ni se intensifique el grado del mismo al que están sometidos los bienes jurídicos de que se es titular.

Por ello la postura mayoritaria en estas materias aboga más bien por no excluir la responsabilidad del autor, sino más bien atenuarla, reconociendo que en los casos en que la víctima ha generado con su conducta la realización del hecho típico, no pueda serle imputada toda la responsabilidad del hecho al autor, ya que ello sobrepasaría el límite de su culpabilidad, debiendo producirse una división de la responsabilidad, en términos tales que el agresor sea sólo responsable por aquello que realmente realizó¹⁹.

Serán entonces los principios de proporcionalidad y fragmentariedad del derecho penal los que deben tomarse en consideración para resolver estos casos, más que el carácter de última ratio del derecho penal. Por lo tanto, se debe apuntar más bien a una distribución ponderada de responsabilidad basada en el criterio de proporcionalidad, así si el autor aportó el 60% sólo deberá responder por ese quantum²⁰.

Resulta interesante desde esta perspectiva la posición de Tamarit Sumalla quien propone integrar el fenómeno de la intervención de la víctima en un

¹⁹ Representan esta postura más moderada entre otros, ROXIN (1997) p. 565 y SILVA SÁNCHEZ (1998) p. 161.

²⁰ BUSTOS y LARRAURI (1993) p. 27, sostienen que no es la autorresponsabilidad de la víctima la que juega un rol por sí misma en materia de determinación de pena, ya que ella no puede conectarse con el injusto ni con la responsabilidad, por lo tanto mal podrían considerarse entonces para la determinación de la pena. Ello sin perjuicio de que pueda ser considerada echando mano de otros criterios generales de determinación de la pena como la gravedad del hecho.

mecanismo de reparto de ámbitos de responsabilidad como elemento de la teoría del tipo objetivo²¹.

En la mayoría de los casos sin duda la corresponsabilidad de la víctima no será conducente a la impunidad del autor, sin embargo deberá ser tomada en consideración al menos como una atenuante en la medición de la pena, sea que se funde en una disminución del injusto material y/o de la culpabilidad del autor. La medición de la pena podrá establecerse diferenciadamente según se trate de casos en que la conducta de la víctima es cercana a una hipótesis de consentimiento, participación o indignidad de protección²².

En todo caso la morigeración de la pena debe darse sólo en aquellos casos en que el riesgo es asumido por la víctima y buscado por ella, no cuando ello ocurre de forma inconsciente.

Si en cambio se trata de casos en que la conducta del agresor no encierra en sí un peligro relevante de lesión, y este se adquiere más bien a propósito de la conducta de la víctima, más que atenuación de responsabilidad podría hablarse de ausencia de imputación objetiva por la no creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Por otro lado, si se trata de casos en que el proceso ya se encuentra en manos de la víctima completamente y ella no adopta medidas de resguardo o protección, agravándolo, entonces sólo ella debería responder, por ejemplo lesiones de cierta entidad que luego se ven agravadas por una conducta negligente de la víctima en su cuidado.

4. Ubicación de los planteamientos victimodogmáticos en la Teoría del Delito

Se discute por la doctrina cuál es la posición que debe tener el comportamiento de la víctima dentro de la teoría del delito. Así, algunos estiman que debe ser considerado a nivel de imputación objetiva, otros en cambio dentro del injusto o antijuridicidad material y también hay quienes apuntan a una incidencia del comportamiento de la víctima a nivel de culpabilidad del autor. Por otro lado, hay quienes sostienen que se trata de un problema de ciertos tipos delictivos y no del derecho penal general.

Parece ser que en ciertos supuestos es precisamente la teoría de la imputación objetiva la que permite hacerse cargo de la conducta de la víctima, a partir de la diferenciación entre un momento *ex ante* (creación de un riesgo relevante) y otro *ex post* (realización de ese riesgo precisamente, en el resultado

²¹ TAMARIT SUMALLA (1994) p. 101 y ss.

²² ROXIN (1997) p. 566.

producido)²³. De esta manera, no existirá imputación objetiva cuando el autor no ha generado el riesgo desaprobado por el derecho sino que ello ha sido hecho por la víctima o cuando el riesgo desaprobado creado por el autor no se realiza en el resultado como consecuencia del accionar de la víctima.

Serán entonces los propios elementos típicos los que caen al considerar la interacción que se da entre víctima y autor, ya que los tipos no describen tan sólo una acción sino una situación entre personas²⁴.

El análisis de la imputación objetiva desde una perspectiva victimodogmática adquiere dimensiones propias y será entonces en este nivel en el que deberá analizarse el carácter bastante o suficiente del engaño en la estafa o de la intimidación en la violación.

Tratándose en cambio de la corriente victimodogmática que apunta a la conducta provocadora de la víctima el problema no se resuelve a nivel de imputación objetiva.

II. PLANTEAMIENTOS VICTIMODOGMÁTICOS EN LOS DELITOS SEXUALES

1. *Consideraciones Generales*

La utilización de criterios victimodogmáticos en materia de delitos sexuales ha sido fuertemente cuestionada y ha dado lugar a decisiones judiciales muy controvertidas. El solo hecho de señalar que debe analizarse la conducta de la víctima en estos delitos despierta las más airadas reacciones, por tratarse precisamente de uno de los sectores de la criminalidad más sensible para la opinión pública.

Las cosas, sin embargo, deben ser tasadas en su justa medida y debe delimitarse en primer lugar que clase de delitos sexuales son los que pueden dar lugar a consideraciones de tipo victimodogmático y que efectos podrían producir tales planteamientos a la hora de juzgar las conductas delictivas.

La realización de un acto de significación sexual puede constituir un acto cotidiano o un delito, según medie o no la voluntad libre de la persona que está siendo objeto de tal acto. Lo fundamental entonces será determinar si en el caso concreto existió o no tal consentimiento por parte de la víctima, para ver si nos encontramos en el ámbito del ilícito penal.

²³ SILVA SÁNCHEZ (1998) p. 166.

²⁴ BUSTOS y LARRAURI (1993) p. 29.

Tal como se señala en la primera parte del estudio, para analizar si estamos frente a auténticos casos de falta de consentimiento de la víctima es fundamental analizar su conducta desde el comienzo del *iter criminis*. Ello, en todo caso, jamás puede significar un cuestionamiento acerca de la conducta pasada de la víctima, la que, fuese cual fuese, no hace perder a la víctima su libertad o integridad sexual. La consideración de la vida pasada de la víctima no sólo constituye un atentado en contra de su intimidad sino que significa aplicar, *mutatis mutandi*, los postulados de un derecho penal de autor y no de actos.

Por otra parte, sólo puede tomarse en consideración la conducta de la víctima si se trata de personas que efectivamente están en condiciones de participar en la realización de un acto sexual libremente. De esta manera, a nuestro juicio, no cabe la discusión acerca del comportamiento de la víctima tratándose de menores de edad a quienes no se les reconoce la capacidad de prestar consentimiento en materia sexual²⁵ o cuando se abusa de personas que padecen de enajenación o trastorno mental.

En el caso de víctimas privadas de sentido, tampoco importa el comportamiento que haya tenido la víctima y que la haya llevado a quedar en ese estado²⁶, salvo el caso de que la supuesta víctima voluntariamente se haya puesto en la situación de privación de conciencia, precisamente, para ser objeto de un acto sexual por parte de un sujeto determinado, situación que claramente pertenece al ámbito de lo privado y queda fuera del campo penal, constituyendo una especie de *actio liberae in causa*.

La problemática entonces queda reducida respecto de víctimas que podrían ser engañadas o coaccionadas para lograr la realización de un acto de significación sexual, llámese acceso carnal u otro acto de significación sexual y relevancia. En estos casos, que eventualmente serán constitutivos de estupro, violación o abuso sexual, cobra relevancia la conducta de la víctima para apreciar si estamos frente a un engaño suficiente o una auténtica intimidación o coacción.

²⁵ En Chile, a partir de la Ley 19.927 (14 enero 2004) la capacidad para consentir en materia sexual se alcanza sólo a los 14 años de edad.

²⁶ En este sentido, sentencias TOP Rancagua, 10 enero 2005, RUC 0400154350-K; TOP Puerto Montt, 11 marzo 2006, RUC 0510008679-6; TOP La Serena, 29 junio 2006, RUC 0400116672-2 y TOP Angol, 10 julio 2006, RUC 0400427762-2.

Por otro lado, cabe analizar en estos casos las hipótesis que han sido denominadas por la doctrina como víctimas provocadoras, en que la realización del acto sexual ha sido incitado por la víctima y querido por ella, mudando luego tal consentimiento hacia una negación.

Analizaremos estos casos por separado.

2. Engaño suficiente en el delito de estupro o abuso sexual

En estos delitos el acceso carnal o el acto de significación sexual se realiza con víctimas mayores de 14 y menores de 18 años, que han sido engañadas abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual. Las hipótesis suponen una auténtica inexperiencia e ignorancia sexual de la víctima que es aprovechada por el autor, engañándolas en relación a la significación sexual del acto en que están consintiendo.

En este orden de casos, cobra relevancia la entidad del engaño, vale decir no puede tratarse de cualquier mentira fácil de descubrir, sino que efectivamente debe ser un engaño bastante, que tenga cierta entidad y que sea creíble para la víctima. Sin embargo, no pueden aplicarse sin más las consideraciones dogmáticas que se han desarrollado en relación al engaño propio de la estafa, ya que la índole de los bienes jurídicos protegidos son distintos y en este caso, se trata de víctimas especialmente vulnerables por su minoría de edad y particularmente, por su ausencia de conocimientos y experiencias en el plano de la sexualidad.

De esta manera, la entidad del engaño deberá ser analizada no sólo desde una perspectiva objetiva, sino que también subjetiva, tomando en consideración las especiales características de estas víctimas que, por supuesto, deben haber sido conocidas por el agresor. Sólo de esta forma es dable tomar en cuenta el comportamiento de la víctima en la generación del engaño, a fin de determinar si efectivamente este existió.

3. Intimidación en el delito de violación o abuso sexual

Esta modalidad comisiva concurre en nuestro ordenamiento jurídico tratándose de delitos de violación y abuso sexual de personas mayores de 14 años. La cuestión debatida a este respecto es la entidad que debe tener la coacción para que califique la conducta como delito.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas a este respecto, entendiendo la mayoría que sólo existirá intimidación en los ca-

sos en que concurra una amenaza de un mal grave contra la víctima o sus familiares más cercanos, y siempre que tal amenaza sea seria y verosímil²⁷.

La posición anterior puede criticarse, ya que se basa en consideraciones más bien objetivas y no toma en consideración que hay víctimas más resistentes y otras más vulnerables. Por otro lado, esta posición se centra en la existencia de una amenaza y no considera casos en que la intimidación pueda alcanzarse sin necesidad de amenazas, sino que fundada por ejemplo en el comportamiento permanentemente agresivo que tiene el sujeto respecto de su víctima, en términos tales que la víctima sabe que si no accede a los requerimientos del agresor será objeto de maltratos físicos, siempre en el entendido que el agresor conoce tal circunstancia y, por lo mismo, es plenamente consciente que la víctima no actúa voluntariamente²⁸.

De esta manera lo importante será entonces la entidad real de la amenaza para la víctima, su verdadera eficacia, en el entendido que le produce un temor real²⁹, y para ello deberán tomarse en consideración no sólo las características propias de la amenaza sino que también las condiciones especiales de la víctima. Si, en cambio, la amenaza no reviste la suficiente entidad para producir intimidación en la víctima o, pese a revestirla, en el caso concreto no ha intimidado a la víctima, la que accede voluntariamente a la realización del acto sexual, claramente no nos encontraremos ante la presencia de ningún delito sexual³⁰.

²⁷ En este sentido, *Contra Alvarado* (Corte Suprema, 2003), *Contra Mardones* (Corte Suprema, 2004), *Contra Aguirre* (Corte Suprema, 2005).

²⁸ En favor de un concepto amplio de intimidación RODRÍGUEZ COLLAO (2001) p. 150. En este sentido, Sentencia TOP de La Serena (9 agosto 2003), RUC 0200130656-4 en que el carácter violento del padre, silenciar los hechos temiendo una represalia en contra de las personas que la cuidaban y el desamparo de sus parientes fueron relevantes al momento de dar por establecida la existencia de la intimidación, aún cuando en la comisión misma del hecho no se hubiere proferido amenaza expresa; Sentencia TOP de La Serena (17 enero 2003), RUC 0200043504-2 en que los antecedentes penales del agresor y, a raíz de ellos, estimarlo capaz de tomar un cuchillo y matarla, fueron los elementos para configurar la intimidación definida como un concepto de carácter eminentemente subjetivo y Sentencia TOP de La Serena (22 marzo 2003), RUC 0200050551-2 en que se estimó que el maltrato reiterado del padre a la madre y a la propia víctima, como fundamento del miedo que éste le infundía, era intimidación que satisface los requisitos del tipo penal.

²⁹ En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo español n° 27/2/91, ponente Díaz Pallos.

³⁰ En este sentido, el Tribunal Supremo español Sentencia n° 6/10/90, ponente Montero Fernández-Cid, no considero que concurría intimidación en un caso en que el sujeto

Por otro lado, tampoco existirá un delito sexual en aquellos casos en que la víctima primero se niega y luego accede por decisión propia y no forzada, ya que ello incluso puede formar parte de un juego sexual.

4. Conducta provocadora de la víctima

La utilización del término víctima provocadora en materia de delitos sexuales no debe prestarse a equívocos, en el sentido de creer que ello se refiere a víctimas que por su forma de vestirse o de andar provoquen la comisión de esta clase de delitos, ya que ello supone una actuación prejuiciada que atenta contra la libertad intrínseca de la persona. Así, nadie puede dudar que una agresión sexual será siempre tal, esté la mujer completamente cubierta, vestida con minifalda, escote o desnuda.

Los casos a que nos referimos más bien son aquellos en que la víctima incita o propone directamente al sujeto mantener una relación sexual y luego justo antes de iniciarla o en el transcurso de la misma decide no continuar, lo que lleva al sujeto a forzarla a mantenerla.

Desde un punto de vista victimodogmático puede sostenerse en este caso que la víctima con su comportamiento ha contribuido a la lesión del bien jurídico, sin embargo en estos casos no puede dudarse que sigue existiendo un delito, ya que las personas siempre conservan su libertad de autodeterminación sexual y por lo tanto en cualquier momento podría revertirse un consentimiento que inicialmente ha sido dado, sin que pueda influir en la calificación de la conducta el comportamiento privado de la víctima³¹.

Otra cosa distinta e indesmentible es la dificultad probatoria que rodea en general a esta clase de delitos y, con mayor razón, en supuestos como este en que será más difícil probar la ausencia de consentimiento.

CONCLUSIONES

La consideración del comportamiento de la víctima en la génesis del delito cobra cada día mayor relevancia respecto de ciertos delitos llamados de relación, en que la víctima es participante o contribuye a la consumación del mismo.

amenazaba a la víctima con suicidarse si no mantenía relaciones sexuales con él.

³¹ En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo español n° 4924/91, y *Contra Rojas* (Corte Suprema, 2005).

Los planteamientos más extremos de la victimodogmática apuntan al establecimiento del principio de autorresponsabilidad en materia penal y promueven una exclusión de la responsabilidad del autor en aquellos casos en que la víctima no ha adoptado medidas de resguardo o autoprotección de sus bienes jurídicos. Una postura tan radical no puede ser compartida, sin embargo tampoco puede ser indiferente al derecho penal el comportamiento imprudente o doloso que ha tenido la víctima.

En este sentido necesariamente deben ser considerados los planteamientos victimodogmáticos y, de hecho, así ocurre a través de distintas instituciones del derecho penal e incluso más allá de las mismas por medio de su aplicación analógica a casos en que ha tenido incidencia el comportamiento victimal en la comisión del delito.

La aplicación de planteamientos victimodogmáticos ha tenido buena acogida a propósito de ciertos delitos patrimoniales, particularmente la estafa. Sin embargo, se torna bastante más discutible cuando se trata de delitos que afectan bienes jurídicos mucho más sensibles como la integridad sexual.

Las características de estos delitos y de las víctimas de los mismos son completamente distintos al resto de la criminalidad, de hecho desde el solo punto de vista victimológico las víctimas de delitos sexuales constituyen el paradigma de víctimas vulnerables.

En todo caso ciertas hipótesis delictivas como el empleo de la intimidación en la violación o el abuso sexual o la utilización de engaño en el estupro o el abuso pueden dar lugar al empleo de criterios victimodogmáticos a fin de determinar la realidad del engaño y de la intimidación, siempre en el entendido que para tales efectos deben considerarse las características especiales de estas víctimas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BERISTAIN, Antonio (2000): *Victimología. Nueve palabras clave* (Valencia, Tirant lo Blanch) 622 pp.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena (1993): *Victimología: presente y futuro* (Santa Fe de Bogotá, Temis) 93 pp.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2001): *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, J. M. Bosch Editor) 490 pp.

- CURY URZÚA, Enrique (2005): *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 812 pp.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (1999): "Engaño bastante y deberes de autoprotección. Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma", *Revista de Derecho y Proceso Penal* (vol. 2): pp. 59-63.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro (2005): "Engaño y víctima en la estafa", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. XXVI n° 1): pp. 181-193.
- GEISSBÜHLER ARANDA, Arturo (2005): *Responsabilidad de la víctima en el delito de estafa: una perspectiva victimodogmática del engaño en el marco de la teoría de la imputación objetiva* (Santiago, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile) 286 pp.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2005): "Imputación objetiva y conducta de la víctima", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (vol. LVIII n° III): pp. 733-803.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo (1998): *La moderna victimología* (Valencia, Tirant lo Blanch) 287 pp.
- HERRERA MORENO, Myriam (1996): *La hora de la víctima. Compendio de victimología* (Madrid, Edersa) 408 pp.
- MAYER LUX, Laura (2008): "El actuar de la víctima en el delito de estafa. En especial sobre el principio de autoprotección y los deberes de veracidad" en *Delito, Pena y Proceso, Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 307-317.
- NEUMAN, Elías (2001): *Victimología. El rol de la víctima en delitos convencionales y no convencionales* (Buenos Aires, Editorial Universidad) 342 pp.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria (2003): "El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa", Jesús María Silva Sánchez (coordinador), *¿Libertad económica o fraudes punibles?: riesgos penalmente relevantes o irrelevantes en la actividad económico-empresarial* (Madrid, Editorial Marcial Pons) pp. 67-90.

- _____ (2004): *La determinación del engaño típico en el delito de estafa* (Madrid, Editorial Marcial Pons) 315 pp.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes (1995): "Acerca de la imputación objetiva de la estafa", AA.VV., *Hacia un derecho penal económico europeo, jornadas en honor del prof. Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid* (Madrid, Editorial Boletín Oficial del Estado): pp. 285-309.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2001): *Delitos Sexuales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 330 pp.
- ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte General* (Traducc. de la 2ª edición alemana y notas por Diego Luzón Peña, Madrid, Editorial Civitas) 1071 pp.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1989): "Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito. Introducción al debate sobre la victimodogmática", José Luis de la Cuesta, Iñaki Arzamendi Dendaluze y Enrique Echeburúa (coordinadores): *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, libro homenaje al profesor Antonio Beristain* (Donostia-San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología): pp. 633-646.
- _____ (1998): "Victimología y Derecho Penal. Introducción a la victimodogmática", *Perspectivas sobre la política criminal moderna* (Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma) 212 pp.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María (1994): *La reparación a la víctima en el derecho penal. Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales* (Traducc. del catalán de Eva Maldonado Seral y Carolina Villacampa Estiarte, Barcelona, Fundació Jaume Callís) 293 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia Tribunal Supremo Español* n° 6999/1990, 6 de octubre de 1990, n° recurso 1676/1988. Disponible en < <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3198322&links=1676/1988&optimize=20030808>>, fecha consulta: 18 junio 2010.
- Sentencia Tribunal Supremo Español* n° 9311/1991, 27 de febrero de 1991. Disponible en < <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1018524&links=%22%22FE>

RNANDO%20DIAZ%20PALOS%22%22&optimize=20060118>, fecha consulta: 18 junio 2010.

Sentencia Tribunal Supremo Español n° 4924/1991, 28 septiembre 1991, n° recurso 4763/1989, ponente Antonio Huerta y Álvarez de Lara y Sent. Disponible en <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3184054&links=4763/1989&optimize=20030823>>, fecha consulta: 18 junio 2010.

Contra Alvarado (2003): Corte Suprema, sentencia, rol n° 4115, 10 marzo 2003. *Legal Publishing Chile* 26680.

Contra Mardones (2004): Corte Suprema, sentencia, rol n° 5695-03, 3 mayo 2004. *Legal Publishing Chile* 30142.

Contra Aguirre (2005): Corte Suprema, sentencia rol n° 3640-04, 5 enero 2005. *Microjuris* MJJ8862.

Contra Rojas (2005): Corte Suprema, sentencia rol n° 956-05, 19 abril 2005. *Microjuris* MJJ8895.

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, 17 de enero de 2003, RUC 0200043504-2, base de jurisprudencia Unidad Especializada en Delitos Sexuales.

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, 22 de marzo de 2003, RUC 0200050551-2, base de jurisprudencia Unidad Especializada en Delitos Sexuales.

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, 9 de agosto de 2003, RUC 0200130656-4, base de jurisprudencia Unidad Especializada en Delitos Sexuales.

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, 10 de enero de 2005, RUC 0400154350-K, base de jurisprudencia Unidad Especializada en Delitos Sexuales.

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, 11 de marzo de 2006, RUC 0510008679-6, base de jurisprudencia Unidad Especializada en Delitos Sexuales.

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, 29 de junio de 2006, RUC 0400116672-2, base de jurisprudencia Unidad Especializada en Delitos Sexuales.

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Angol, 10 de julio de 2006, RUC 0400427762-2, base de jurisprudencia Unidad Especializada en Delitos Sexuales.

LA INCUMBENCIA PROBATORIA*

HUGO MUÑOZ B.**

RESUMEN: El autor expone este trabajo en el 1^{er} Encuentro de la Maestría de Derecho Procesal, de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, en el mes de agosto de 2009. Reflexiona acerca de la incumbencia probatoria, como tópico relevante dentro de la Teoría de la Prueba. Afirma que la actividad probatoria es de absoluta incumbencia, obligación, función, facultad y derecho disponible, solamente de las partes, jamás descansa en la iniciativa del Juez. El Juez solo debe resolver siguiendo las reglas del procedimiento previamente reglado en la ley de aquel proceso. Cuando el Magistrado asume actividad probatoria, se transforma en parte y por tanto deja de ser Juez. Sólo incumbe a las partes la iniciativa probatoria.

ABSTRACT: The author exposes this work in the 1^o Procedural Law Mastery Meeting, Universidad Nacional de Rosario-Argentina, August 2009. He explores the evidential incumbency, as relevant topic inside the Evidence Theory. It affirms that the evidential activity, it is of absolute incumbency, obligation, function, faculty and available right, only for the parts, it never rests in the initiative of the

* El presente artículo fue presentado durante el 1^{er} Encuentro de la Maestría de Derecho Procesal, de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, en el mes de Agosto de 2009, siendo su Director el Doctor Adolfo Alvarado Velloso; El trabajo obtuvo una calificación de Mención Distinguida, entre 68 ponencias. La ponencia ha sido adaptada y homologada a un estudio para ser publicada en esta Revista.

** Abogado Excm. Corte Suprema. Diplomado en Derecho Laboral de la Universidad Andrés Bello. Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario Argentina. Profesor Titular de Derecho Procesal Universidad Andrés Bello, Universidad Santo Tomás. Relator de la Escuela de Post Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de la Escuela de Sub Oficiales de Carabineros de Chile. Socio del Estudio Jurídico Jelvez y Carrasco. <hmunoz@jycabogados.cl>.

Judge. The Judge just must resolve, following the rules of the procedure before ruled in the law of that process. When the Justice assumes evidential activity, it transforms partly and therefore he stops being Judge.ez. The evidential initiative just belongs to the parts in the process.

PALABRAS CLAVE: incumbencia probatoria – teoría de la prueba – sistema procesal

KEY WORDS: evidentiary concern – evidence theory – procedural system

“Si al momento de sentenciar, el Juez ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes en litigio, es menester proporcionarle legalmente reglas claras a las cuales debe sujetarse en el supuesto de no lograr convicción acerca de la primacía de una de las versiones por sobre la otra”¹

INTRODUCCIÓN

La incumbencia probatoria, la incumbencia de la confirmación, o para otros la incumbencia de la prueba, tiene una sintonía, una estrecha relación con la prueba, la Teoría de la Prueba. Quien inicia un proceso, teniendo en cuenta que debe probar sus alegaciones, que debe convencer con la bondad y veracidad de sus argumentos, además debe enervar las de la contraparte, por lo que ha de partir en primer lugar fundándose en el material fáctico y probatorio que se encuentra bajo su control.

Pero aquella parte con frecuencia ha de remitirse al soporte probatorio que pertenece a la esfera del adversario o incluso la de un tercero. El conflicto

¹ No se crea que son propias estas palabras, de ninguna manera, son la manifestación más genuina de la Teoría General del Proceso, de nuestro Maestro Adolfo Alvarado Velloso (2008), el cual logra una importante convocatoria en torno al Proceso, al Estudio del Derecho Procesal, a la Academia, a la amistad y que estoy cierto, solo es la proyección del último encuentro en Azul, que correspondió al X Congreso Argentino, ya Congreso Internacional de Derecho Procesal garantista. Espero por cierto que este encuentro, continúe y se prolongue más allá de sus lineamientos postulados en la convocatoria por el Maestro.

entre el interés de la parte procesal para el esclarecimiento de aquello respecto de lo cual tiene la carga de alegar y probar, versus los intereses enfrentados de la contraparte y terceros puede resolverse de dos maneras fundamentalmente: o no exponen su esfera privada a negocios en un proceso, o son sujetos a una carga o deber al servicio de intereses ajenos. Una alternativa es no afectar en lo posible a la contraparte o al tercero, debiéndose remitir la parte del proceso a su propio material procesal, pudiendo perturbar al adversario o a un tercero sólo excepcionalmente. La otra alternativa es imponer la carga plenamente en ambos puntos de partida, y sólo establece excepciones el sentido de fundamentos plausibles justificados para no prestar colaboración. El Código Procesal Civil Alemán, la *Zivilprozessordnung* alemana conocida como ZPO, en español, la *Ordenanza sobre el proceso civil*, plantea el análisis de las obligaciones probatorias en este orden de ideas, a partir de la idea de su estructura inicial, como lo establecieron las leyes del Imperio, y que por lo tanto razona en una solución cuya finalidad es, en lo posible, no perturbar a la contraparte o a terceros, vale decir, la obligación probatoria es resorte de la propia parte.²

Como cuestión previa, me parece absolutamente necesario, y por demás pertinente, dedicar algunas líneas y afanes a recordar brevemente de qué hablamos cuando nos referimos a los medios de prueba, al objeto de la prueba y a qué es la prueba propiamente tal, entendiendo para estos efectos, como medios de prueba, a aquellos instrumentos, aquellas herramientas, que el ordenamiento procesal nos ofrece para llevar a cabo la actividad confirmatoria, en mi país llamada actividad probatoria; hablamos de los medios de prueba clásicos, a saber, la prueba testimonial, la documental, la pericial, la confesional o absolución de posiciones, las presunciones, la inspección personal del tribunal, la prueba electrónica, etc.

El objeto de prueba son aquellos hechos que deben ser probados ante el Tribunal. Son, para alguna parte de la Doctrina y definiendo el objeto de la prueba de manera aún más precisa, la acreditación de las afirmaciones que las partes han formulado acerca de los hechos que se discuten en el proceso, es aquello precisamente lo que las partes deben probar.

Las leyes procedimentales de nuestros respectivos países lo definen señalando que el juez recibirá la causa a prueba siempre que se hayan alegado *hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes*. En Chile se “habla” de *hechos controvertidos, sustanciales y pertinentes*, todo lo cual se refleja en la dictación de una sentencia interlocutoria conocida

² Stürner (2008) p. 380.

impropiamente como Auto de prueba y que fija los hechos, “los puntos”, acerca de los cuales las partes deberán dedicar sus afanes confirmatorios.

En el lenguaje forense se designa esta combinación con la fórmula de *hechos conducentes y controvertidos*. Y son hechos conducentes todos aquellos que resultan relevantes, mediata o inmediatamente, para la resolución del pleito y serán luego hechos controvertidos, aquellos respecto de los cuales no hay equivalencia entre las afirmaciones de las partes; los que una parte niega respecto de las afirmaciones de la otra.

Existe, en consecuencia, una absoluta incongruencia, entre lo afirmado por una parte y lo negado por la otra, contraria al interior del proceso.

Además de ese supuesto, existen otros casos en los que es necesaria la confirmación, en que debe rendirse prueba para lograr la convicción del sentenciador, y esto aún cuando en vez de controversia hubiere acuerdo entre las partes. Ello sucede con los denominados hechos de demostración necesaria, que son aquellos hechos vinculados en algún punto o alguna situación relativa al orden público. Ello no debe confundirse con los denominados hechos públicos y notorios, que son de conocimiento de toda la comunidad, ciertamente del Juez y también de las partes; en aquellas hipótesis, no se requiera siquiera la posibilidad de prueba por las partes.

En este breve trabajo me haré acompañar además por las lecciones de varios connotados procesalistas. Parto desde ya por las lecciones del Profesor Hernando DEVIS ECHANDÍA, el cual en su *Compendio de Prueba Judicial*, aborda éste y otros tópicos relevantes en la materia de la prueba.

Aunque resulte obvio a estas alturas, en todos los estudios o en el avance de los estudios particulares de todos los asistentes a este encuentro me ha parecido relevante, pero no por ello no eludible, señalar o quizás reiterar que la actividad probatoria es de absoluta incumbencia, obligación, función, facultad y derecho disponible solamente de las partes, jamás descansa ni menos descansará en la iniciativa del Juez.

Aquel Juez que con la excusa impropia de buscar la verdad, o abusando de la moraleja social de la justicia del pobre o del débil, hace que un Juez, pretenda probar, pretenda ordenar prueba o crea necesario o un imperativo de justicia provocar la actividad procesal de las partes, aquél funcionario público cuando incurre en aquella conducta indeseable está vulnerando la esencia misma de su función, de su propia actividad. El Juez solo debe resolver siguiendo las reglas del procedimiento previamente reglado en la

ley de aquel proceso. Cuando el Magistrado asume actividad probatoria, se transforma en parte y por tanto deja de ser Juez.

En la primaria labor del Juez, de distinguir en su azarosa labor, lo relevante de lo insignificante debe identificar cuáles son los hechos que tienen relevancia en la controversia planteada por las partes; qué hechos, afirmados por cada una de las partes, han sido controvertidos y cuáles no, y ciertamente en algunos casos, no empero lo anterior, cuáles igualmente requieren confirmación.

Este análisis del Juez arroja como resultado un conjunto de hechos que conforman el objeto de prueba (*lo que se debe probar en ese pleito*). Devis Echandía sostiene que con frecuencia se confunde el objeto de la prueba con el tema de la prueba. Señala que, cuando algunos autores sostienen que el objeto de la prueba son los hechos controvertidos y negados en un proceso y más ampliamente, los no aceptados, confunden el concepto de objeto con el de necesidad o tema de la prueba, pues la circunstancia de que un hecho determinado no necesita prueba en un proceso no significa que ese hecho no pueda ser objeto de prueba judicial. De allí que objeto de prueba sea todo aquello que pueda ser susceptible de demostración histórica.³

Todo este breve desarrollo sobre la prueba judicial aspiro, servirá para poder entender cuáles son los aspectos involucrados en el tema de la pertinencia y qué es lo que falla cuando erramos en la determinación de la pertinencia.

I. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE INCUMBENCIA PROBATORIA

Las definiciones que sobre el punto brinda la doctrina distan de ser homogéneas y lo mismo sucede con los ejemplos que suelen acompañarlas. Sabemos ya del fenómeno de la multivocidad de los conceptos, lo cual produce ciertamente inexactitud, cosa que trataremos de colaborar en resolver al menos en relación a la incumbencia. Precisamente es allí donde comienza a vislumbrarse cierta oscuridad en el tema, en razón de que, lo que para algunos es un supuesto de impertinencia, para otros lo es de inadmisibilidad, o bien, se indica que en ciertos casos la impertinencia es un supuesto de inadmisibilidad.

³ Devis (2000) p. 74. Tanto Devis Echandía como Alvarado Velloso, se refieren a ello como *tema o necesidad de prueba*

Todo ello, no colabora a tener una visión clara sobre estos aspectos de la prueba. No solo de la pertinencia, sino también de las restantes nociones que se entremezclan.

Analícemos escuetamente lo que piensa alguna parte de la Doctrina en este tema. Para el Maestro Juan MONTERO AROCA la pertinencia de la prueba está, no tanto al medio de prueba en sí mismo, considerado y entendido como actividad, sino que en cuanto al hecho que pretende probarse con el medio de prueba concreto.

Es preciso que ese hecho tenga relación con el objeto del proceso o, por lo menos, con el objeto del debate. Para MONTERO AROCA, la pertinencia atiende al hecho que se fija como objeto de la prueba, en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento, y puede llevar a la no admisión de los medios de prueba que se propongan.⁴

De allí que deberán ser inadmisibles los siguientes;

- 1) Los medios de prueba que se dirijan a probar hechos que no fueron afirmados por las partes en los actos de alegación. En Chile, aquellas afirmaciones contenidas en las piezas escritas denominadas escritos de demanda, contestación, réplica y dúplica;
- 2) Los medios de prueba que se propongan con el fin de de probar hechos que no afectan al posible contenido del fallo de la sentencia; lo que la jurisprudencia suele expresar diciendo que los hechos objeto de la prueba han de ser fundamentales, esenciales, relevantes, influyentes; y,
- 3) La pertinencia de los medios de prueba ha de ponerse, en relación con los hechos cuya verificación no está permitida por la ley. Los supuestos de exclusión de hechos no son numerosos, pero sí son complejos.⁵

Coincide con él DEVIS ECHANDÍA, al afirmar que la pertinencia contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso de jurisdicción voluntaria o de la investigación penal, o con el incidente si fuere el caso.

⁴ Montero (*sine data*).

⁵ Objeto de prueba para Montero es el tema o necesidad de prueba para Devis Echandía y Alvarado Velloso.

A su turno, otros autores como FASSI y MAURINO, en cambio, expresan que la pertinencia de la prueba es la adecuación entre los datos que ésta tiende a proporcionar y los hechos sobre los que versa el objeto probatorio. Es decir, una relación lógica o jurídica entre el hecho y el medio por probar.⁶ Y advierten que no debe confundirse el concepto de pertinencia de la prueba, con el de *hecho pertinente*. De igual modo, Rolan ARAZI ha distinguido la pertinencia de los hechos, de la pertinencia de la prueba. En los dos supuestos se quiere significar que se trata de medios idóneos para lograr el fin perseguido. En el caso de los hechos, que ellos sirvan para justificar la pretensión o defensa propuestas por las partes.⁷ En cuanto a la prueba, es pertinente cuando se refiere a hechos que han sido develados por las partes en sus escritos respectivos; de no ser así la prueba no conducirá a ningún resultado valioso, ya que el juez no puede tener en cuenta hechos que no han sido alegados.

La prueba, por tanto, resulta del todo inadmisibile cuando fuere manifiestamente improcedente o superflua, o meramente dilatoria, como la que procura acreditar hechos cuya investigación está prohibida por la ley, o que están exentos de prueba. También es inadmisibile la prueba ofrecida fuera del plazo legal. La prueba impertinente o inadmisibile puede ser desestimada por el juez en el momento de ser ofrecida, impidiendo su producción. Pero esta facultad judicial debe usarse con suma prudencia, ya que muchas veces la importancia de la prueba surge cuando ésta se ha producido. En mi país, y ruego se me excuse por la itinerante referencia a mi propia experiencia, suceden cosas graves, de las cuales debemos hacernos cargo, como movimiento, como Doctrina, pues en pro de una demagógica justicia, estamos en un creciente proceso de dotar nuevamente de facultades a los jueces en materias tan importantes como sensibles, como son los procedimientos del Derecho de Familia, del Derecho Laboral y ahora, con intentos regresivos en el proyecto de Reforma al Código de Procedimiento Civil, en trabajo de creación legislativo.

Solo una muestra de lo afirmado. En el Código del Trabajo actual se señala en su artículo 453; “4) *El juez resolverá fundamentadamente en el acto (se refiere al desarrollo de la Audiencia Preparatoria), sobre la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes, pudiendo valerse de todas aquellas reguladas en la ley. Las partes podrán también ofrecer cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuese pertinente. Sólo se admitirán las pruebas que tengan relación directa con el asunto sometido al conocimiento del tribunal y siempre que sean necesarias para su resolución.*”

⁶ Fernández (2007).

⁷ Arazi (1988).

Tenemos en Chile, en el procedimiento laboral, un Juez Justiciero que busca la verdad de los hechos y que “puede valerse” de las pruebas, y las partes “podrán también” ofrecer cualquier otro elemento de convicción, medios de prueba, que, a juicio del Tribunal, fuesen pertinentes. Esta exquisita calidad procesal del Juez Laboral se ensalza además con el hecho de que la resolución que dicta sobre la pertinencia de la prueba la hace en una audiencia oral, y aquella resolución no es susceptible de control por el superior jerárquico.

Agrega el Maestro Alvarado Velloso que la prueba que versa sobre un hecho que interesa para la solución del litigio es pertinente; en consecuencia, será prueba impertinente, si no es una prueba conducente a la solución del conflicto; de allí que el Maestro explique que, por pertinencia, debe entenderse la adecuación entre los datos que la prueba tiende a proporcionar y los hechos que se intentan probar.⁸

Es una suerte de *congruencia* al interior de la teoría de la prueba.⁹ Para el Maestro ALVARADO, el concepto de impertinencia incluye también aquellas pruebas mediante las cuales se intenta demostrar la existencia de un hecho admitido (es decir no controvertido) o inconducente para la resolución del litigio.

El Profesor Víctor DE SANTO, en cambio, señala, a su turno, que la pertinencia es uno de los requisitos de fondo de la prueba, en tanto ésta tendría requisitos de fondo y forma. Los primeros se refieren al contenido del medio probatorio, lo que él relata o señala, y ello lo hace presente al juez¹⁰. La pertinencia, por tanto, se vincula con la adecuación entre los datos que la parte tiende a proporcionar y los hechos sobre los que versa el objeto probatorio. Para este autor, la conducencia y la pertinencia del medio se examinan previamente a su aceptación u ordenamiento por el juez, pero en el momento de valorar ese medio para dictar sentencia, debe revisarlas nuevamente para negarle mérito o valor a la prueba.

En tal sentido, guarda un nexo muy próximo con la idoneidad del acto, es decir, que la prueba que se pretende producir debe tender a la demostración de los hechos que efectivamente deban ser probados. Desde esta perspectiva, serán impertinentes en consecuencia, todos aquellos medios dirigidos a esclarecer hechos que se encuentran no controvertidos.

⁸ Alvarado (2008) pp. 28 y ss.

⁹ Alvarado (1982) pp. 168-170.

¹⁰ De Santo (1982) p. 670.

De lo anterior, por tanto, a *contrario sensu*, aquellos hechos que no han sido controvertidos o que resulten como inconducentes para resolver el pleito son potencialmente inaptos para provocar la actividad demostrativa.

De la simple revisión de las opiniones consignadas precedentemente, se advierte con evidencia indesmentible, la heterogeneidad que existe respecto del contenido que se le asigna al término pertinencia. Definirlo *mínimamente* nos ayudará a darnos cuenta de cuál es el momento en que corresponde su control jurisdiccional.

II. OTROS CONCEPTOS VINCULADOS

LINO PALACIO y ALVARADO VELLOSO sostienen que la admisibilidad se vincula con la legalidad (posibilidad jurídica) del medio propuesto para producirla, o con el tiempo o la forma de su ofrecimiento o agregación. La pertinencia tiene en consecuencia dos aspectos.

El primero consiste en la adecuación entre los datos que la prueba tiende a proporcionar y los hechos sobre los que versa su objeto, dicho de otro modo, la relación causal entre medio de prueba y el hecho afirmado.¹¹ El segundo aspecto viene dado por lo que los ya referidos MONTERO AROCA y DEVIS ECHANDÍA indicaban y es que la pertinencia tiene más que ver con el vínculo existente entre los hechos que se intentan probar y el objeto del litigio o de debate que con la adecuación de medio a objeto de prueba.

Como por lo tanto existen dos facetas de pertinencia, es menester tener claro que también existirán diversas facetas de la impertinencia, como si se tratara de dos caras de la misma moneda. Por último, respecto de la atendibilidad¹², puede apuntarse que concierne a la eficacia de la prueba para crear, y de allí que debe resultar, entonces, como la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes.

Me parece importante además agregar alguna noción al concepto de carga como fenómeno probatorio. Por ello, y siguiendo a GOLDSCHMIDT la defino como aquella necesidad de una actuación de parte, para prevenir un perjuicio procesal y una sentencia desfavorable. Entonces, una carga procesal puede definirse como un imperativo del propio interés, frente al cual no existe un derecho del adversario o del Estado, sino una estrecha relación de cargas procesales y de posibilidades de las partes, es decir, "...los derechos

¹¹ Palacio y Alvarado (1994) p. 56.

¹² *Idem.*, p. 57.

*procesales de la misma parte, porque cada posibilidad impone a la parte la carga de aprovechar la posibilidad al objeto de prevenir su pérdida". Así pues, hay una carga, no un deber, de fundamentar la demanda, de probar, de comparecer, de contestar, de recurrir, etcétera.*¹³

Para el Dr. Eduardo COUTURE, la noción de carga tiene una diversa denominación: "...es una situación jurídica de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él".¹⁴

Respecto de los medios de prueba, resulta apropiado, entonces, retomar su conceptualización, de forma tal que podemos señalar que se acude a su definición como los procedimientos establecidos por la ley, o admitidos por la jurisprudencia, para introducir válidamente al proceso el elemento de prueba. Por regla general, los códigos procesales de todos los estados regulan minuciosamente esos trámites, estableciendo requisitos y plazos, que son distintos según el medio de que se trate (sea éste testimonial, confesional, pericial, etc.). Me parece relevante en todo caso señalar que no todos los medios de prueba han estado siempre legislados y algunos de ellos, antes de ser regulados por la ley, fueron admitidos por la jurisprudencia (tal es el caso, por ejemplo en la Argentina, de la llamada *prueba informativa* que fue aceptada y reglada por la jurisprudencia antes de ser legalmente incorporada a los códigos de procedimientos).

Con el correr de los tiempos, el número y tipo de medios de prueba se han ampliado notablemente en virtud de los avances técnicos y científicos, al extremo que el artículo 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (Argentina) regula el llamado *medio de prueba innominado*, disponiendo que cuando se ofreciere un medio de prueba idóneo y pertinente no previsto de modo expreso por la ley, el tribunal establecerá la forma de diligenciarlo, usando el procedimiento determinado para otras pruebas que fueren analógicamente aplicables, de manera que es admisible cualquier medio de prueba *idóneo* y *pertinente*, con lo que ha perdido vigencia la vieja discusión acerca de si los legislados constituían, o no, un *numerus clausus*.

En mi país en el Código del Trabajo en su artículo 454 N° 8): "*Cuando se rinda prueba que no esté expresamente regulada en la ley, el tribunal determinará la forma de su incorporación al juicio, adecuándola, en lo posible,*

¹³ Goldschmidt (1961) pp. 91 y ss.

¹⁴ Couture (1978) p. 240

al medio de prueba más análogo". Ello en la práctica implica una suerte de medio de prueba en blanco, pues permite al Juez, declarada la pertinencia y necesidad del medio de prueba y no ajustándose el indicio o el elemento de convicción en cuestión a ninguno de los medios establecidos en el listado taxativo de la legislación procedimental, incluso se faculta al Juez para que sea adecuador normativo y además colegislador, sin control alguno de la legalidad de su actuar ni de sus pretensiones personales.

En la legislación chilena está regulado perentoriamente además, a quién le incumbe la obligación de probar. La norma está consagrada de manera perentoria en nuestro Código Civil, en su artículo 1698, a propósito de *"la prueba de las obligaciones"*. La citada norma dispone que: *"incumbe la prueba de las obligaciones o su extinción a quien alega éstas o aquellas"*. Comentarios adicionales respecto de quién debe probar, creo están demás.

No obstante ello, avancemos en un nuevo análisis. Según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua española*, *incumbencia* significa *"obligación y cargo de hacer alguna cosa"*. La actividad probatoria es cumplida por los sujetos procesales. Esta actividad es compleja y se desarrolla en dos momentos: el primero práctico y el segundo crítico. En consecuencia, debemos analizar cuál es la tarea que le compete a cada uno de los sujetos esenciales, esto es, qué le incumbe realizar en cada uno de estos momentos a cada uno de ellos.

El momento práctico está constituido en 1^{er} lugar por la actividad que deben cumplir las partes, pues es a ellas a quienes les compete seleccionar y proponer al juzgador los medios de prueba de los que han de valerse. Esta es la demostración más palmaria de que la actividad probatoria es *de parte*, pues son las partes las que optan, escogen, elijen, qué, cuáles y cómo pretender probarle al Juez. Esta afirmación se sustenta en tres razones fundamentales:

- a) En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el juez no puede tener en cuenta en su fallo un hecho que no haya sido afirmado por alguna de las partes y cuya prueba no se encuentre válidamente incorporada al proceso;
- b) En segundo lugar, en un sistema procesal que se ajuste a las garantías constitucionales resulta inadmisibles que el magistrado incorpore oficiosamente al proceso elementos probatorios, porque vulnera el principio de igualdad ante la ley provocando un desequilibrio entre las partes favoreciendo a una de ellas al ordenar el diligenciamiento de medios probatorios y la agregación de los elementos de prueba obtenidos, que ninguna de aquellas propuso; y

- c) En tercer lugar, quiebra el principio de imparcialidad del juzgador toda vez que, antes de la oportunidad procesal debida, adelanta opinión acerca de la trascendencia que le adjudica a determinado hecho, desde el momento en que estima que debe producirse alguna prueba a su respecto, no obstante la actitud de la parte a quien eventualmente puede favorecer, que no propuso ningún medio probatorio por no considerarlo necesario o por desconocimiento.

De lo dicho precedentemente, en cualquiera de los dos casos antedichos respecto de la actividad probatoria de las partes, su conducta o a veces ausencia de conducta, no puede jamás ser suplida oficiosamente por el juez. La actividad de las partes como tales, siempre será simple y ciertamente también puesto que serán ellas las que propondrán o deberán proponer al juez los medios de prueba que estime necesarios, sin la intervención de la otra ni por cierto tampoco con la intervención del órgano jurisdiccional.

Existe en la fase práctica de la actividad probatoria un segundo momento y que le corresponde realizarla al juez, quien deberá pronunciarse acerca de la admisibilidad de los medios propuestos y ordenar los trámites necesarios a los fines de su producción e incorporación válida, como por ejemplo, fijar el día y la hora de las audiencias en que se procederá a recibir las declaraciones de los testigos propuestos y ordenar se practiquen las notificaciones que correspondan. Esto es lo que hoy impera en mi país, y entiendo que también en parte de la legislación de la Argentina, al menos en el sistema procesal vigente en la Provincia de Córdoba. Es más aún, el Juez no puede dejar de admitir ningún medio de prueba ofrecido oportunamente por las partes, incluso aún cuando se refieran a hechos no alegados o expresados por las partes en los escritos respectivos, salvo por cierto aquellos que deben ser deferidos por defectos formales, cuando por ejemplo se provoca la prueba de manera extemporánea, o sin cumplir los requisitos exigidos por la ley o por tratarse de un medio prohibido por la ley para la acreditación de un hecho específico o una obligación de determinada especie, como sucede en mi país, en que la prueba del dominio de un inmueble, no puede practicarse sino con la pertinente inscripción marginal del título en el Conservador de Bienes Raíces donde se encuentra el inmueble, por lo que expresamente está prohibido pretender probarlo por testigos; y también a vía de ejemplo, en los casos de la confesión respecto de las causales subjetivas invocadas en un juicio por divorcio vincular en la Argentina.

Dentro de la actividad probatoria, surge entonces un tercer momento, pero ahora de carácter complejo y plural. Es aquella fase en la que corresponde la producción e incorporación definitiva de los elementos de prueba al proceso. En esta fase será necesario se deban haber practicado las

notificaciones necesarias, deberán remitirse, enviarse, despacharse o librarse los oficios del caso, deberán disponerse la incorporación de documentos, deberá procederse a designar los peritos que reúnan las habilidades propias de la naturaleza del informa técnico requerido, deberán en presencia del Juez realizarse las audiencias designadas y ciertamente deberán recepcionarse las declaraciones de los testigos, las declaraciones de las partes, en las absoluciones de posiciones provocadas, etcétera; Ciertamente, es una fase compleja y dinámica dentro de la actividad probatoria, la cual supone la realización de un conjunto de actos jurídico procesales, y además tiene el carácter de plural porque intervienen los sujetos esenciales tanto el juez como las partes, y además, deben hacerlo o concurrir los auxiliares del juez y también los sujetos eventuales en algunas oportunidades simultáneamente, tales como los testigos y los peritos.

Por último y en cuarto lugar, surge aquella fase constituida por la incorporación definitiva de los elementos de prueba válidamente colectados, en Chile diríamos válidamente obtenidos, producidos y agregados legalmente al proceso, mediante los medios propuestos, con lo que concluye el momento práctico, dando paso al momento crítico.

Solo a partir de estas cuatro fases descritas dentro de la etapa práctica, se llega a la segunda etapa general, la crítica. Sin perjuicio de todas las consideraciones que ya hemos expresado, es esperable que se hayan respetado en las actuaciones o fases anteriores las garantías elementales, mínimas de estándar que nos permitan corrección con las reglas del debido proceso, cuidando que ambas partes hayan tenido la oportunidad procesal de controlar la validez formal de la sustanciación de la propia prueba y también y quizás si especialmente, o principalmente la de la prueba de la parte contraria, manteniendo o debiendo mantener el Juez en todo momento el equilibrio entre ellas, al darles la posibilidad de impugnar aquella que estimen no se ajusta al imperativo legal. Especialmente acerca de la legalidad o ritualidad en la producción o en la obtención de la prueba aportada, surge la imprescindible revisión y control acerca de la legalidad de la prueba aportada, conocida como la *Teoría de la Prueba Ilícita*, tema apasionante en si mismo, pero que escapa a los alcances y objetivos de este breve trabajo, motivo por el cual, asumimos solo didácticamente, que toda la prueba aportada en este análisis lo ha sido sin vulnerar garantía alguna de ninguna persona y que no se ha conculcado ninguna garantía de la Carta Fundamental del país respectivo, que tenga como necesaria consecuencia la declaración judicial de ilicitud de aquel medio probatorio.

De todo lo expuesto en anteriores párrafos, resulta obvio y evidente, que le está absolutamente vedado al juez ordenar oficiosamente –de oficio

se diría en Chile- la sustanciación o la producción de medios de prueba; sólo incumbe a las partes la iniciativa probatoria.

Dentro de la actividad probatoria esta también el denominado *momento crítico*, el cual para una más fácil comprensión de su contenido y características, puede ser dividido en dos instantes. Un primer instante, siguiendo a CLARIÁ OLMEDO, denominaremos como la *etapa discusoria* del proceso, en el cual la actividad procesal incumbe necesariamente a las partes, ya que es la oportunidad procesal para que aquellas analicen la prueba colectada, poniendo el acento cada una de ellas en la que le resulte favorable y desvalorizando la que le es adversa, argumentando de manera tal de convencer al juez de la razón que le asiste y de dejar en evidencia la desvergüenza procesal de la contraria y, consecuentemente, obtener una sentencia favorable. Se trata, por tanto, de una actividad simple e individual que cada parte realiza independientemente de la otra. Vale la pena precisar que en rigor de verdad, la actividad de las partes no se limita al análisis y valoración de la prueba ya que si así fuera, esta etapa no tendría sentido en un proceso en el que no se hubiera producido prueba por ser un litigio de puro derecho sino que, además, desarrollan toda una serie de argumentos jurídicos, elaborando interpretaciones de las normas acompañadas por citas doctrinarias de autores de prestigio que sostienen opiniones similares a la propia, y de jurisprudencia en las que su posición ha encontrado favorable apreciación. En este instante, la única actividad que le compete al juez es recibir los escritos pertinentes, si se trata como hoy aún es en Chile, de un sistema procesal en que predomina la escrituración, o no admitirlos si fueren extemporáneos o contuviesen algún error formal, como por ejemplo, la falta de firma de la parte o de su mandatario o; fijar audiencia, comunicarla a las partes y recibir los alegatos orales, si se trata de un sistema predominantemente oral. Se trata, únicamente, de una actividad que hace ordenar el debate, o sea el Juez, es un Director formal del debate ante él. Un segundo instante, siguiendo nuevamente a CLARIÁ OLMEDO, puede denominarse como la *etapa valorativa y decisoria*; esta etapa compete exclusivamente al juez y en ella el juzgador analiza la prueba recibida, la prueba que las partes le han rendido, la prueba colectada, y luego de su análisis obtiene conclusiones acerca de los hechos invocados por las partes como fundamento de sus respectivas pretensiones, y en definitiva pronuncia su decisión de carácter condenatoria o absolutoria, según corresponda.¹⁵

Supone, en consecuencia, la previa valoración de la prueba producida en el proceso y sólo puede extraerse, por tanto, del contenido de la sentencia. COUTURE, a su turno, coloca a la conducencia dentro del concepto de

¹⁵ CLARIÁ OLMEDO Jorge (1.988) p. 75 y ss.

admisibilidad porque entiende que ésta se refiere a la idoneidad de un medio determinado para acreditar un hecho.

Una prueba puede ser inconducente pero declararse admisible (por ejemplo el testimonio de un testigo interesado por tener un vínculo de dependencia respecto de la parte que lo presenta a declarar); pero no es posible observar una prueba inadmisibile que sea conducente. De allí entonces, que, la conduencia se diferencia de la pertinencia porque ésta contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso, mientras que la conduencia se traduce en la aptitud para generar convencimiento.

El hecho de que sobre un mismo fenómeno existan diversas concepciones parece algo que se produce con mucha frecuencia en el Derecho. Ya en aula el Maestro ALVARADO VELLOSO siempre nos ha recalcado que la multivocidad de algunos términos conduce a la equivocidad de los conceptos y debo decir que el Maestro, tiene toda la razón, acá el discípulo reafirma al Maestro, lo que puede parecer como toda una impropiedad o un alarde de comparación; de ninguna manera; esta conclusión solo surge como una consecuencia del desarrollo lógico del análisis.

La idea nos parece es que se intente analizar en profundidad el concepto, y de allí que es lógico pensar que cuanto más se investigue la cuestión, mejor será. Pero esto que debe suceder en el resto de las ciencias, a nosotros, los abogados, pareciera que nos complica aún más el panorama. Solo a título de ejemplo, debo reconocer que en mi particular caso, luego de iniciar en este tema, a propósito de la preparación de este trabajo para el Encuentro de Mastrandos, y de consultar solo algunas obras y adentrarme en el análisis de algunos autores, debo reconocer que estoy apenas en el punto de partida. Por ello y, aspirando nuevamente a ser un modesto aporte el debate y estudio, en más, adopto *una* de todas las definiciones que se han descrito y analizado anteriormente.

III. ENFOQUES FINALES

La pertinencia es uno entre varios, de los aspectos de la prueba y que posee dos matices: 1) la adecuación de medio de prueba al objeto de la prueba y, 2) la vinculación entre el hecho que se prueba y el objeto del litigio.

Para poder razonar de cómo es eso que la *adecuación de medio a objeto de prueba*, me parece debe hacerse un estudio comparativo con la adecuación de medio a fin que conlleva la idea de razonabilidad. Si esa adecuación es defectuosa o inexistente, estamos frente a un supuesto de impertinencia.

Por otra parte, advertimos que la atendibilidad, a la que ya me referí precedentemente, puede entenderse como es la aptitud que tiene o resulta acerca de la prueba y que permite formar la convicción del juez. No seguiré en este razonar a los autores citados, en cuanto a la admisibilidad y sus presupuestos. Este término, la atendibilidad, de ordinario, se relaciona con otro concepto formal y de exigibilidad, me refiero a la legalidad, también obviamente relacionados con la oportunidad y la formalidad del ofrecimiento probatorio. Dentro de la legalidad es posible englobar a la oportunidad y a la formalidad por cuanto, aquellos dos elementos, son regulados por el ordenamiento procesal de cada legislación procesal. Por ello, es que siempre que una parte litigante, ofrezca una prueba de manera intempestiva, o lo hace sin respetar las formalidades requeridas por la ley adjetiva (v.g. ofrecer la prueba pericial sin indicar especialidad o puntos a peritar), la prueba es, debe y será ilegal.

En una segunda reflexión final, como ya se dijo anteriormente, existen dos supuestos de impertinencia. En un primer caso, el vicio que genera la impertinencia se produce precisamente en el medio de prueba específico y que la parte pretende aportar al proceso, producir en él, y en el segundo caso, el vicio recaerá en el objeto de prueba. El primer supuesto se presentará cuando el medio de prueba elegido para pretender la acreditación de un determinado hecho, esto es el objeto de la prueba, sea precisamente un medio inadecuado para cumplir con ese fin; por ejemplo si se pretendiera probar la existencia de una obligación que debe constar en un principio de prueba por escrito, a través de una prueba testimonial.

El segundo supuesto de impertinencia se exterioriza a partir de un hecho que intenta probarse: aunque fuere acreditado, no presenta una valoración trascendente con la resolución del conflicto. Este segundo supuesto es denominado por ALVARADO VELLOSO como la *inconducencia*. Recuérdese, que solo son objeto de prueba los hechos conducentes y controvertidos. Por tanto, si estamos ante un hecho que no es conducente o que no es controvertido, por más que el medio de prueba sea adecuado para acreditarlo, la prueba que se rinda sobre él también será impertinente.¹⁶

En este caso, lo relevante, no es que el medio de prueba no sea el apropiado sino que, aún siéndolo, el hecho es ajeno a lo que debe probarse en el juicio, es decir, al objeto concreto de prueba. Es una prueba inoficiosa, está demás, no tiene sentido, es inútil, inocua, irrelevante.

¹⁶ ALVARADO (2007) p. 170.

En tercer lugar, en esta fase de análisis finales, se presenta la problemática de determinar acerca de cuál es el momento oportuno, para proceder a la realización del control del Juez, acerca de la pertinencia de la prueba. Y en este tema, luego de la revisión de alguna literatura específica, me parece pueden resumirse a dos teorías o posturas.

La primera de ellas, postula que el juez debe razonar, resolver y hacer un verdadero juicio valórico, únicamente en el momento mismo en que procede a la dictación de la sentencia. Esta postura obvia que parte de la premisa que el Juez, recibirá toda la prueba que las partes quieran rendirle y ofrecerle, sean éstas pertinentes e impertinentes, las cuales solo serán así calificadas al dictarse la sentencia definitiva que ponga fin a aquel conflicto. Ante tal tesis, surge inmediata la pregunta de porque es apropiado esperar hasta ese momento para así resolverlo por el Juez, pareciendo mucho más lógico un juicio inmediato acerca de la pertinencia o no de la prueba ofrecida. Esta postura razona de tal forma, atendiendo a los motivos por los que aquella prueba será declarada como impertinente por el Juez.

Si esta situación se produce por la que ya definimos como *falta de adecuación de medio a objeto de prueba*, aquella situación solo radica en la elección del medio probatorio por el cual la parte ha optado, y es el resultado entonces de la ponderación de que luego de producirse la prueba, se advierte que ha sido inútil porque no arroja ningún dato que permita confirmar el hecho. Este mismo argumento lo sostiene Alvarado Velloso al referirse a las posibles motivaciones de un Juez al dictar una medida para mejor proveer y ésta no produce efectos algunos en el proceso. Por ello, determinar si el medio de prueba resultó pertinente, es una cuestión que *sólo* puede responderse después de que la prueba fue producida y no en forma anticipada. Ello es así, porque no se conoce el resultado que puede llegar a tener. Por desgracia o afortunadamente, todo dependerá del cristal con se mire, el vaso medio lleno o medio vacío, existen casos en los cuales, la prueba ofrecida puede aparecer como innecesaria, y a primera vista hasta impertinente, sin embargo, pueden resultar pertinentes recién luego de que se ha producido; o pueden llegar a tener una mayor utilidad de la prevista.

Es lógico pensar en esta forma de razonar a propósito por ejemplo de la prueba pericial, pues el dictamen del especialista solo será conocido una vez producido y las consecuencias dentro del proceso, serán advertidos o evidenciados en toda su magnitud solo a partir de su agregación material al proceso.

Sin embargo, lo mismo puede suceder a la inversa. Por eso, el juez nunca podría determinar *ab initio* que la prueba es pertinente o impertinente. Si se

aceptara que el juez puede declarar inadmisibles las pruebas impertinentes, podría suceder que las partes perdieran la posibilidad de valerse de prueba que, a la postre, resulta ser de una relevancia en lo pertinente trascendental.

Frente a todas estas hipótesis, urge la conclusión que la pertinencia, en lo que se refiere todo medio de prueba, *siempre* debe ser analizada por el juez al momento de sentenciar.

Me parece que además, existe otro motivo relevante en apoyo a la tesis sostenida precedentemente, y que me surge como relevante. Y esta idea razona desde la perspectiva de que la elección de los medios de prueba es resorte exclusivo de las partes, son aquellas las que tiene el derecho, la potestad, la alternativa, la elección de tal o cual medio probatorio, ellas deben *velar y elegir sus armas antes de la batalla*, y ciertamente la consecuencia y el resultado de aquella elección debe ser la consecuencia directa de tal y no debe quedar entregado al razonar, de un tercero, que tiene otra función dentro del proceso, que por lo demás tiene otras motivaciones.

Cada litigante escoge los medios de prueba que entiende que mejor lo posicionarán en el debate y es responsable por ello, tanto para el caso en que le vaya bien, como para cuando no le rinda los frutos esperados. Si “va por lana y sale trasquilado”, es una posibilidad cierta dentro de la elección, pero es “su elección”.

Siguiendo en esta línea de razonamiento, es que no quiero dejar pasar la oportunidad para lanzar una idea acerca de aquellos que en busca de una “justicia real, pronta y oportuna”, hacen de la elección de la prueba y del rol activo del juez un dogma de perfección del sistema y que por ello, preconizan la posición activista del derecho procesal y de los jueces. El garantismo, no se esconde de estas inquietudes, muy por el contrario, le son propias, aspiramos a una justicia pronta y oportuna, planteamos que el debate debe ser directo, pero reglado y en respeto de las garantías constitucionales y no por *hacer justicia pronta*, ridiculizaremos las instituciones procesales que garantizan la igualdad de las partes, la posibilidad de ser juzgados en un plano de igualdad, con las reglas del juego previamente acordadas y sabedores de que nos puede suceder si ocurren determinadas hipótesis dentro del proceso. La transitoriedad de la serie dentro del proceso, es un requisito de libertad y de igualdad de las partes al interior del proceso.

Un proceso sólo es tal cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios procesales. Por ello, es que las razones apuntadas por la corriente activista no justifican la ampliación de facultades de que se quiere dotar al Juez, en materia probatoria. En definitiva las partes vamos al Tribunal,

en busca de certeza jurídica, acudimos para que se nos resuelva un conflicto que tenemos con otro ciudadano, pero sabiendo y conociendo de antemano cuales son las reglas del juego, cuales son las reglas procesales.

Por ello, es que ciertamente resulta como hasta imprescindible que los poderes judiciales de nuestra América, procuren realizar un gasto racional de los recursos públicos que por lo demás son de todos los contribuyentes, y que son producto del proceso y su desarrollo, pero ello nunca debe ser a costa del legítimo y constitucional derecho de defensa en juicio de las partes.

Para concluir este trabajo, debemos analizar el segundo supuesto de impertinencia. Me refiero a la relación existente entre el hecho que se está probando y lo que se está debatiendo en el pleito.

Si el hecho es útil, es y aparece como relevante para que el juez tome una decisión al respecto, la prueba que verse sobre aquel, será *pertinente*. En caso contrario, será absolutamente *impertinente*.

Siempre, la razón que justifica una evaluación anticipada, tienen la misma explicación, la economía, vestida a veces de economía procesal, otras veces de racionalización de recursos exiguos, etc.

Debe hacerse notar desde ya la relevancia en el hecho que no puede anteponerse una mera regla de debate a un principio procesal. Existe por lo demás, un argumento muy sólido que sostiene la idea de que sea evaluada al momento de dictarse la sentencia y es que también, con este tipo de pertinencia, el juez se ve imposibilitado de analizar con certeza si la prueba será de utilidad o no.

El Juez no puede hacerlo de otra manera, pues no sabe cuál es la estrategia de las partes. Precisamente es durante la etapa de ponderación de la prueba, los alegatos en la forense trasandina, cuando las partes recién le presentan al juez el detalle final de sus afirmaciones y las pruebas tendientes a formar su convicción. Puede suceder que la parte intente acreditar un hecho mediante prueba indiciaria. En algunas ocasiones, para que ésta se configure se deben confirmar varios hechos que, tal vez aislados, no digan mucho. Pero en conjunto, cuando son concordantes, graves y precisos pueden lograr la convicción del juez respecto de la existencia de otro hecho: el indicado. Esto es, el principio básico además de las Reglas de la Sana Crítica.

Se recurre a la prueba por indicios cuando no es posible acceder a una prueba directa del hecho que se intenta confirmar. Si aceptamos la posibilidad de que el juez pueda declarar inadmisibile la prueba que versa sobre un

hecho porque a él le parece irrelevante, se corre ciertamente con el riesgo de privarle a aquella parte de la única chance de probar el hecho sobre el que asienta su estrategia. O, al menos, de reforzarla.

Como se ha dicho, todos esos hechos que conforman luego la prueba por indicios cobran sentido cuando son conjugados los unos con los otros y valorados por la parte, en los alegatos.

También puede suceder que se intente conformar la prueba indiciaria y que, finalmente, ello no se logre. No obstante, por más irrelevante que parezca el hecho, no se justifica una declaración de inadmisibilidad de la prueba que tenga por objeto confirmarlo.

No importa si la parte logra –o no– conformar la prueba indiciaria. *Siempre* debe tener la posibilidad de intentarlo.

Aclaro esto para evitar entrar en la discusión de que sea posible la declaración de inadmisibilidad en los casos en que la prueba a juicio del tribunal sea “manifiestamente” impertinente. Me parece que en todo caso, la pertinencia debe evaluarse al momento de dictar sentencia.

CONCLUSIONES

No se ha pretendido en este breve trabajo agotar un tema hoy en día tan relevante, solo aspiramos a entregar antecedentes a la reflexión.

En primer lugar me surge como una clara evidencia que la pertinencia es una de las cualidades, de las características connaturales que tiene la prueba como necesaria actividad al interior del proceso.

Esta conclusión se puede presentar en dos facetas: la primera, como una nexo casi causal, entre el medio de prueba y el objeto de prueba; la segunda, un nexo también, pero ahora entre el hecho que se prueba y el objeto de debate del pleito.

En ambos casos, la pertinencia o impertinencia deben ser evaluadas por el juez al momento de sentenciar. Quien primero evalúa *siempre* este aspecto de la prueba es la propia parte la cual en conjunto con su Abogado, elige cuál es el medio probatorio que mejor le permitirá probar, confirmar, un hecho y que además, cuando elige qué otros hechos, además del principal, tratará de acreditar, le permitirán en definitiva afianzar su propia *Teoría del Caso*, la cual le debe dar el sustento al contenido de su pretensión.

Por ello es que el juez jamás debe tener facultades para determinar qué hechos se prueban y cuáles no; ni tampoco el Juez debe resolver por sí, sin siquiera un control de legalidad de aquellas resoluciones, de cómo puede o no desestimar *in limine* un medio probatorio, puesto que, en ambos casos, puede menoscabarse el derecho de defensa de las partes. En el primer supuesto, se interferirá en la elección de medios probatorios; y en el otro, se corre el riesgo de obstaculizar el recurso a la prueba por indicios.

En segundo lugar, la actividad probatoria es esencialmente “actividad de parte”, no del Tribunal. Cuando el Tribunal recorre ese camino, desvirtúa su propia función, abdica de sus elementales características de imparcialidad y necesariamente se transforma en parte. Y el Juez no es ni debe ser parte.

La justicia, como valor de la comunidad, no es o no debe ser, hacer economía. El Sistema de Administración de Justicia debe de proveerle al justiciable una herramienta para resolver pacíficamente los conflictos que puedan aquejarlo. En todo caso, si el Juez advierte abuso de derecho, prueba sobre excesiva, dilatoria o mala fe, debe sancionar, en el fallo definitivo, pero no debe de partida, por sí, y ante sí mismo, conculcar las garantías del ciudadano que acude al órgano jurisdiccional en la búsqueda de una declaración de certeza acerca de su pretensión.

El *garantismo* es una corriente filosófica dentro del Proceso, aspiramos al irrestricto apego y respeto a las garantías que la Norma Fundamental de cada uno de nuestros países consagra respecto de todos los justiciables.

Ahora bien, si la comunidad, si el último legislador, la comunidad, quiere otro modelo de proceso, es el momento de que sea plasmado como tal en la norma, pero mientras el proceso sea la respuesta organizada y pacífica de resolver los conflictos erradicando el uso de la fuerza ilegítima, nuestros afanes debe ser la búsqueda incansable del respeto de aquellas garantías, la igualdad, la imparcialidad del juzgador, el debido proceso, la transitoriedad de la serie.

El juez tiene la obligación de aplicar la ley vigente; el Juez debe asegurar al justiciable esa garantía que es el proceso, en toda la extensión que la Constitución ideó: con amplitud de debate y de prueba.

Concluyo que, en contra de la corriente ya señalada, al Juez deben serle limitadas aquellas facultades de resolver acerca de la pertinencia de la prueba en pos de una mayor libertad probatoria.

Si el derecho de defensa consiste en la posibilidad de probar, si cada día se permitirá por los jueces que restrinjan más aquella posibilidad a las partes, tendremos como consecuencia que el derecho de defensa cada día será menos una explicitación del derecho a la defensa y si en el proceso se nos conculca aquella garantía, perderemos el fin del proceso, que no es más que el ser más libres y convivir en paz.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2008): *Introducción al estudio del Derecho Procesal III* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni).

_____ (2007): *En la Prueba Judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal* (Rosario, Editorial Juris).

ARAZI, Rolan (1988): *Elementos de Derecho Procesal* (Buenos Aires, Editorial Astrea).

CLARIÁ OLMEDO, Jorge (1988): *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Editorial Rubinzal-Culzoni).

COUTURE, Eduardo (1978): *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (3ª edición, Buenos Aires, Editorial Depalma).

DE SANTO, Víctor (1982): *II El Proceso Civil* (Buenos Aires, Editorial Universidad).

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (*sine data*): *I Compendio de la Prueba Judicial* (Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni).

FERNÁNDEZ MELE, Soledad (2007): *El Momento Procesal del análisis de la Pertinencia Probatoria*, obra presentada en el IX Congreso Derecho Procesal Garantista Azul.

GOLDSCHMIDT, J. (1961): *I Principios Generales del Proceso* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América).

MONTERO AROCA, Juan (*sine data*): "La prueba", *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, disponible en <http://www.academiadederecho.org/index.cgi?wAccion=biblioteca&wid_seccion=4&wid_grupo_news=0>, fecha de consulta: agosto 2009.

PALACIO LINO, Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo (1994): *VIII Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina* (Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores).

STÜRNER, Rolf (2008): *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses* (Tübingen, 1976) (Traducc. al español por la Universidad Católica de Valparaíso e insertado en la Revista de Derecho N° XXX).

DE LOS ASPECTOS GENERALES EN TORNO A LA DOCTRINA DE LA CAUSA

JOSÉ MAXIMILIANO RIVERA RESTREPO*

RESUMEN: El problema de la *causa* ha sido una constante del pensamiento filosófico y jurídico. Desde ARISTÓTELES, han sido varios los pensadores que han pretendido esbozar algunas nociones en torno al tema, así por ejemplo, es posible mencionar a KANT, HUME, HEGEL, entre otros. Se debe indicar que en el campo de la filosofía, el tema no es pacífico, dando lugar a variadas disputas intelectuales. Para la desdicha de los juristas, esa complejidad se ha trasladado al ámbito jurídico. En esta investigación, se enunciarán los aspectos generales más relevantes en torno a la doctrina de la causa.

ABSTRACT: The problem of the *cause* has been a constant of philosophical and legal thinking. Since ARISTÓTELES, thinkers have been several who have attempted to outline some ideas on the subject, for example, it is possible to mention KANT, HUME, HEGEL among others. It should be noted that in the field of philosophy, the issue is not peaceful, giving rise to various intellectual disputes. For the unhappiness of lawyers, that complexity has been moved to the legal field. In this investigation, relevant aspect will be announced regarding the doctrine of cause.

PALABRAS CLAVES: acto jurídico – contrato – negocio jurídico – causa

KEY WORDS: juridical act – contract – juridical business – cause

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Civil en las Universidades de Talca, Alberto Hurtado y de los Andes. Profesor de Introducción al Derecho, Universidad Bernardo O'Higgins. < rivera_lex@yahoo.es >

I. PLANTEAMIENTO

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1445 del Código Civil nos advierte que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario “(4º) que tenga una causa lícita”. Esta norma nos señala por tanto, la necesidad de una causa.

Con el fin de presentar el tema de la causa, los clásicos solían señalar que en doctrina existen tres conceptos que no han de ser confundidos: el objeto, la causa y el motivo. El objeto de la obligación es en esencia el beneficio que el deudor debe procurar al acreedor; es lo que se debe; aquello que el acreedor puede exigir al deudor. La causa –por su parte– es el fin inmediato y directo que se propone alcanzar una persona al obligarse. Así como el objeto es lo que se debe; la causa es la razón o el porqué se debe. Se habla de causa final porque es la consideración anticipada del fin la que mueve a obligarse.¹ Por último, el motivo o móvil equivale al fin mediato o lejano que persigue el autor o las partes de un acto jurídico, por ejemplo, Juan desea comprar un sombrero para capear la lluvia, ese es el móvil subjetivo que lo determinó a celebrar el contrato de compraventa con Lucrecia (vendedora).

Como expresa MELICH, “[t]omada en sentido amplio, la causa es la consideración de una finalidad, que explica y justifica la creación de una obligación por la voluntad de las partes. Es la pregunta a la cuestión de saber por qué una cosa es debida. Un antiguo civilista, OUDOT, señalaba en este sentido que, para diferenciar la «causa» del «objeto» de la obligación, bastaba reflexionar que la «causa» responde a la pregunta *¿cur debetur?* (*¿por qué nos obligamos?*), en tanto que el «objeto» lo haría a la pregunta *¿quid debetur?* (*¿a qué nos obligamos?*)”.² Entonces, la diferencia fundamental entre la causa y el objeto del negocio es que el segundo responde a la pregunta de ¿qué es lo que se debe?³ Por ejemplo, en el contrato de compraventa de un bien raíz,

¹ Alessandri–Somarriva (1998) p. 280.

² MELICH (1997) p. 251. Los autores franceses RIPERT y BOULANGER (1963) p. 180, a esta pregunta la denominan la cuestión de OUDOT, en honor al profesor que planteó por primera vez la noción de causa entendida en este sentido

³ En este sentido, VON IHERING (1960) p. 2, expresa que: “Para que la voluntad obre, es preciso una razón suficiente, una causa, una ley universal. Pero en la naturaleza inanimada, esta causa es de esencia mecánica (causa efficiens); de naturaleza psicológica cuando se trata de la voluntad; esta obra por un fin (causa finalis). La piedra no cae por caer, sino porque debe caer, porque se le ha quitado su punto de apoyo. El hombre que obra no obra por qué sino a fin de qué, para alcanzar tal o cual fin. Este a fin de qué rige tan indefectiblemente la acción de la voluntad como el por qué determina el movimiento de la

si consideramos la obligación principal del vendedor, que es realizar la entrega o tradición de la cosa vendida, establecida en el artículo 1824, la pregunta que surge es: ¿cuál será el objeto de dicha obligación? La respuesta es simple: el inmueble sobre que versa el acto o contrato, es decir, en términos técnicos, la cosa del mundo externo a que se refiere dicha obligación de entrega, pero respecto de la pregunta ¿por qué se obligó el vendedor a entregar el inmueble vendido?, la respuesta no parece ser tan simple, sin embargo, en este acápite nos basta plantear la pregunta, para diferenciar la causa con el objeto de la obligación. En efecto, mientras el objeto aparece como la cosa sobre la cual recae la obligación de entrega; la causa se denota como el *motivo* que induce al vendedor a entregar dicho inmueble.

II. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

1. Derecho Romano

El Derecho Romano no concibió la noción de *causa* tal como la entienden los autores modernos.⁴ Ello se explica porque sus actos o negocios

pedra que cae. Un acto de la voluntad sin causa final, es un imposible tan absoluto como el movimiento de la piedra sin causa eficiente".

⁴ En efecto, autores como RIPERT y BOULANGER (1963) p. 17, señalan que si bien los juristas romanos utilizaron la palabra *causa* en sus textos, lo hicieron con un sentido totalmente diverso a la noción actual de causa: “Se encuentra en el Derecho romano un número bastante considerable de textos en los que se habla de una causa. Pero esa palabra tiene significados bastante diversos y los juristas romanos nunca pensaron en elaborar una teoría general de la causa, en el sentido en que la entendemos nosotros. El Derecho Romano era un derecho formalista y la obligación llevaba en sí misma su propia justificación desde el momento en que la voluntad se había manifestado en las formas prescritas. Esto es tan cierto que los juristas romanos han designado con la palabra *causa* el elemento formal o el hecho material gracias al cual había sido creada la obligación (*verba, litterae, variae causarum figurae*)”. En el mismo sentido, HEVIA (1981) p. 17, expresa que “[e]xiste consenso en afirmar que en el Derecho Romano no existió la idea de causa con el esencial carácter teleológico que hoy presenta”. Opinión contraria tiene ALESSANDRI-SOMARRIVA (1998) p. 281, quien señala: “No obstante ello, los juristas romanos llegaron a conocer los múltiples significados que en la actualidad se le otorga a la palabra *causa*”. Por su parte, BARCIA (2007) p. 94, expresa: “En todo caso, el precedente remoto de la causa puede encontrarse en el Derecho romano –más bien en el Derecho romano postclásico-, en la denominada *causae obligationum*, pero con un alcance totalmente diferente al de la teoría de la causa desarrollada por la teoría clásica. De esta forma, aquéllas eran el motivo por el que el ordenamiento jurídico reconoce un derecho. En virtud de las *conditionis, causa data non secuta* (D. 12, 4) los pactos en el Derecho romano siempre se ejecutaban, lo

jurídicos tenían un carácter formalista, es decir, cumplida la respectiva formalidad o el rito del acto, éste nacía a la vida del Derecho.⁵ Sin embargo, es precisamente en el Derecho Romano donde se encuentra el antecedente más remoto acerca de la noción de causa. Así, una ley del Digesto, cuya inspiración se encuentra en la obra de Domicio ULPIANO, se expresa: “*En cambio, cuando no existe ninguna causa, no puede constituirse obligación alguna basándose en la convención; así, pues, el simple pacto no engendra acción, sino excepción*”. (Digesto, Libro II, Título 14, Ley 7, párrafo o fragmento 5).⁶

Dentro del formalismo del Derecho Romano, no podía la noción de causa abrirse camino. Además, ello se explica por cuanto el jurista romano era una persona esencialmente pragmática, en cierto sentido, alejado de la abstracción y de la metafísica. El jurisconsulto romano reaccionaba frente a los casos que se le presentan y ello impidió que elaborara elucubraciones y doctrinas generales frente a una determinada cuestión de derecho. Si se piensa que la causa es en el fondo la explicación, justificación, fundamento, motivo o razón del negocio jurídico, ese proceder pragmático es ineficaz

que generaba el problema que si una parte cumplía y la contraparte no, entonces la parte cumplidora a lo menos podía pedir la restitución de lo pagado -condictio indebiti-. Por otra parte, la condictio sine causa (D. 12, 7) obedecían a créditos que perdían la causa para retener -lo que se producía, por ejemplo, porque se anulaba la datio-, pero ello no producía acción reivindicatoria, sino una simple acción que emana de una condictio contra el que retiene en forma injusta. También en el Derecho romano existieron la condictio ob turpem vel iniustam causam (D. 12, 5), y la condictio furtiva (D. 13, 1)”. Por su parte, D’ORS (1991) pp. 440 y 452, expresa que: “En los contratos, cada obligación tiene por causa la recíproca; el contrato considerado como unidad no tiene causa, sino cada una de las obligaciones recíprocas que lo integran”. Cfr. ZIMMERMANN (1990) pp. 839-873.

⁵ En este sentido, ALESSANDRI-SOMARRIVA (1998) pp. 280 y 281, ESPERT (1968) p. 97, RIPERT y BOULANGER (1963) p. 182, LEÓN (1961) p. 18.

⁶ En este sentido, Cfr. L. 49, § 2, D. 15, De *Peculio*, donde se establece que: “*Para que se entienda o que el esclavo es deudor del señor, o el señor del esclavo, se ha de hacer el cómputo en virtud de causa civil; y por tanto, si el señor consignase en sus cuentas que él debe a su esclavo, siendo así en manera ninguna hubiera recibido un mutuo, ni hubiera precedido causa alguna para deber, la simple cuenta no le constituye deudor*”. Comentando este texto escribe BONFANTE (1908) p. 123, lo siguiente: “*¿Qué significa causa civil? Lo dice el propio texto: es un mutuo u otro negocio por el cual el siervo, si hubiese sido libre, se habría convertido en acreedor: un contractum, un negotium contractus. El epíteto civil se agrega aquí a la causa, porque en el caso se quiere decir que, aun si la obligación del siervo fuese una obligación natural, su base debe ser siempre uno de los negocios por los cuales el Derecho Civil concede acción*”. Vid. MELICH (1997) pp. 255 y 256.

a fin de crear una dogmática general en torno a ella. Los romanos, con el fin de explicar la *razón* o *motivo* del acto jurídico, recurrían a la forma, de tal manera que en ella se justificaba el *motivo* por la cual el deudor debía cumplir con su deber: si se había procedido a cumplir con la formalidad del negocio, entonces ese contrato era obligatorio. Pensemos en el contrato de mandato (la palabra mandato proviene del latín *mandatus*, *manus*) éste era un contrato formal, pues se perfeccionaba en Roma por el hecho de que las partes estrecharan sus manos (de ahí su nombre), y en ese acto, los juristas romanos sentaban la razón o explicación las obligaciones que emanaban de este negocio. Para este sistema práctico entonces, las consideraciones de carácter subjetivo se mezclan con el formalismo del acto o contrato, siendo indetectables para el Derecho.⁷

Sin embargo, el rigor de este formalismo resultó ser contrario a la noción de justicia conmutativa, por ello –sobre todo en el periodo justiniano- fue objeto de una paulatina morigeración, a través de acciones destinadas a suprimir los efectos inicuos del acto. Como expresa FIGUEROA VÁSQUEZ: “Frente a este sistema van a surgir acciones procesales de naturaleza abstracta, es decir, determinadas por el objeto de la prestación y no por la causa de pedir. En este contexto, a mitad del s. VI (e. r.) se dictan leyes que crean el procedimiento per *condictionem* y que el común de los autores califica como el origen histórico del principio jurídico de enriquecimiento sin causa. La Ley Calpurnia (año 520) crea la acción que tiene por objeto una especie o cosa cierta, es la *condictio re*, y la Ley Silia (año 510), la *condictio certa pecunia*, acción aplicable a las obligaciones de suma determinada”.⁸ Se trata de acciones abstractas, ya que no indican en su fórmula el fundamento o razón que permite exigir la

⁷ En este sentido, PUIG BRUTAU (1954) pp. 152 y ss., señala que en el Derecho Romano los nudos pactos no hacen surgir una acción, sino sólo una excepción, y que la causa permitía configurar un sistema de *numerus clausus* de figuras contractuales, tales como la *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas* y *mandatus*. Dice que la *causa civiles obligandi* de tales contratos era precisamente su reconocimiento como tales en serie cerrada y los rasgos típicos que los constituían.

⁸ FIGUEROA VÁSQUEZ (1998) p. 4. Lo mismo va a ocurrir tratándose de los vicios de la voluntad o consentimiento, en particular con el dolo y la fuerza; en este sentido HEVIA (1981) p. 18, dice que: “En los contratos formalistas del antiguo Derecho romano en que no se tienen en cuenta los vicios del consentimiento, es evidente que no podía plantearse esta cuestión, ya que la validez del contrato depende exclusivamente de la observación del ritual impuesto. Lo contrario sucede en la época clásica: pero del mismo modo que el dolo y la violencia, como vicios del consentimiento, sólo son castigados en la medida en que constituyen delitos, similarmente la falta de causa se considera exclusivamente en la medida en que motiva un enriquecimiento sin causa”.

restitución o entrega de una suma de dinero o de una especie determinada.⁹

⁹ En lo que atinge a su procedimiento, éste se desconoce, incluso las *Institutas* de GAYO tienen una laguna de tres páginas que se cree serían las que se refieren a él. Al respecto, *vid.* PETIT (1983) n^os 714 y 723. En este sentido LARROUMET (1999) p. 351, dice: “*Por lo tanto en el Derecho romano no era posible anular un contrato con el pretexto de que no había causa o de que la causa del contrato no era válida porque era ilícita o inmoral. En esto hay una diferencia notable con el Derecho francés. Sin embargo, el Derecho romano comprendía bien que no se podía forzar a una deudora a ejecutar su obligación si su compromiso se había adquirido sin razón o sin razón válida. Por este motivo se admitía un correctivo a favor de ese deudor. Sin embargo, este correctivo, que reemplazaba la actual teoría de la causa, no se situaba en absoluto en el terreno de las condiciones de formación del contrato, sino en el de una acción no contractual de repetición (restitución) de lo que se había ejecutado sobre el fundamento de un contrato que se consideraba como perfectamente válido, aun cuando no hubiera causa o la causa fuera ilícita o inmoral. Este correctivo consiste en la teoría de las condiciones. De esta teoría se deduce que cuando el compromiso del deudor estaba desprovisto de causa o cuando la causa de este compromiso era ilícita o inmoral, el deudor que era obligado a cumplir, puesto que, por hipótesis el contrato era válido independientemente de cualquier referencia a su causa, se empobrecía injustamente en detrimento del deudor. Había pues, un enriquecimiento injusto, es decir, enriquecimiento sin razón válida, en una palabra, enriquecimiento sin causa. Por consiguiente, en tales casos, se le permitía al deudor invocar una *condictio*, es decir, un procedimiento que le permitía obtener la restitución de lo que había pagado, en la medida en que la ejecución de la obligación había ocasionado un enriquecimiento y un empobrecimiento injustificados. Cuando había falta de causa del enriquecimiento del acreedor en virtud del contrato, se hablaba de *condictio sine causa*. Cuando esta causa existía, pero ilícita o inmoral, se hablaba de *condictio ob turpem vel injustam causam*”. Por su parte, PETIT (1983) pp. 897 a 900, señala que “[e]l nombre de *condictio* se extiende a veces a todas las acciones civiles *in personam*. (ULPIANO, L. 25 pr., D., de oblig., CLIV, 7). Pero en el sentido propio se aplica solamente a aquellas cuya *intentio* expresa una obligación unilateral de dar o hacer: *dari fieri oportere*. (GA Y O, IV, § 5: *Appellatur [...] in personam [...] actionis quibus dari fieri oportere intendimus conditionis*). Aunque limitado de esta manera, el dominio de la *condictio* es aún muy vasto, pues sanciona todos los contratos unilaterales: *estipulación certa*, *mutuum*, *contrato litteris*. Se concede en interés de la equidad en caso de enriquecimiento sin causa justificada. En fin, forma en principio la sanción de las obligaciones consagradas por las constituciones imperiales (D., de cond. ex lege, XIII, 2). Por razón de estas diferentes aplicaciones recibe varias calificaciones: *condictio sine causa*, *indebiti*, *ob rem dati*, *ob turpem vel injustam causam*, *furtiva*, *condictio ex lege* [...]. Por otra parte, cualquiera que sean sus fuentes, las *conditionis*, según su objeto, se dividen en tres clases, distinguiéndose: las *conditionis* que tienen un objeto cierto, a saber: la *condictio certæ creditæ* y la *condictio certæ rei* o *triticaria*, designadas algunas veces, en los textos del Bajo Imperio, con la apelación común de*

El problema recibió una solución perfectamente objetiva. No se indagó la voluntad del promitente; no podía hacerlo el Derecho Romano, porque en él la voluntad permanecía subsumida tras la solemnidad, y la noción de causa ha estado, desde su origen, empapada de subjetivismo.¹⁰

condictio certi (la expresión *condictio certi*, parece propia de los compiladores del Bajo Imperio. Es ajena a los textos puros de los jurisconsultos clásicos. No se la encuentra más que en el Digesto, y muy rara vez; además casi siempre por interpolación. Cf. L. 9, pr., y § 3. D., de reb. cred., XII, 1); después la *condictio* que tiene un objeto indeterminado, o *condictio incerti*. 1. De la *condictio certæ creditæ pecuniæ*.- Es la que tiene por objeto una cantidad determinada de dinero, y fue creada, en el tiempo de las acciones de la ley, por la ley Silia, pasando después al sistema formulario. La fórmula no tiene *demostratio*. La *intentio* es siempre cierta, no conteniendo más que la palabra *dare*, porque el demandante reclama el pago de una cantidad determinada: Si paret N. Negidium A. Agerio Sestertium X millia dare oportere. En cuanto a la *condenatio*, es igualmente cierta y reproduce la cantidad fijada en la *intentio*. Esta acción es en extremo rigurosa. El juez debe condenar al demandado a pagar la cantidad, o tiene que absolverle. Además, la entrega de la fórmula puede ir precedida de una *sponsio tertiae partis*, por la cual el demandado promete pagar al demandante, en caso de pérdida del proceso, el tercio además de la suma reclamada (GAYO, IV, § 171). 2. De la *condictio certæ rei* o *triticaria*.- Tiene por objeto un cuerpo cierto o cierta cantidad de cosas determinadas, además del dinero. Su origen data de las acciones de la ley, donde fue creada por la ley Calpurnia. La fórmula es parecida a la de la *condictio certæ creditæ pecuniæ*, más que en nada, en que no tiene *demostratio*; que la *intentio* es cierta, y sólo contiene la palabra *dare*: porque se refiere siempre a la obligación de transferir la propiedad de un objeto cierto. Por ejemplo, Si paret N. Negidium A Agerio hominem Stichum dare oportere. Desde luego, ya se comprende que no puede darse teniendo la *rei vindicatio*; y que el demandado está obligado a transferirle la propiedad: que es lo que afirma en la *condictio*. Pero la *condenatio* es siempre incierta; porque es necesario que el juez estime el valor de las cosas reclamadas, para poder pronunciar la sentencia pecuniaria. 3. De la *condictio incerti*.- Limitada primero a los casos previstos por las leyes Silia y Calpurnia, el dominio de la *condictio* se extendió hacia el fin del primer siglo de nuestra era. Esta acción fue dada para reclamar un objeto *incertum*, y era la *condictio incerti*. Podrá ejercitarse por ejemplo: para exigir la restitución de la posesión; una remisión de deuda; una *satisfactio* (L. 3, § 10, D., si cui plus., XXXV, 3); y la constitución de una *servidumbre* (L. 8, pr., D., de act. emp., XIX, 1)". En este mismo sentido, vid. SCHULZ (1960) § 1041 a 1068, pp. 584 y ss.; WACKE (1996) pp. 297 y ss.; IGLESIAS (1990) pp. 287 y ss.; SAMPER (2005) pp. 25 y ss.

¹⁰ FIGUEROA VÁSQUEZ (1998) p. 9. No existe consenso en cuanto al origen de la *condictio*; para SAVIGNY, nació como un sustituto de la *reivindicatio*, tiene un origen eminentemente de orden contractual utilizándose en contratos reales como el *mutuum*. De esta manera, la *condictio* viene a salvar aquellos casos de injusticia producidos por la transferencia abstracta de bienes derivados de un *negotium*; en su evolución la aplicación de la acción

Ahora bien, conforme al crecimiento económico y demográfico de Roma, se va paulatinamente atenuando el formalismo, es así como a fines de la República se amplía el uso de la *condictio*. Como expresa CUQ: “La *condictio* alcanzó en esta época un notable desarrollo pues, por un lado, se reconocen los contratos consensuales (que eran más que los tradicionales negocios desprovistos de las solemnidades antes esenciales), y por otro, a través de la *condictio*, se sancionan actos aun regulares en vista de impedir una adquisición no justificada a expensas del patrimonio ajeno”.¹¹ Con el tra-

comenzará a deformarse, derivando a casos en que no había una obligación preexistente de devolver (v.g. pago por error, *condictio indebiti*). Por su parte ARIAS (1950) p. 17, ilustrando los postulados de esta posición, señala que para esta tesis: “La obligación de devolver, basada en la promesa de hacerlo, es el punto de partida para ir después a la obligación de devolver, no basada en el consentimiento. La *condictio mutui contractual* (*condictio certae pecuniae* o *condictio certa rei*), es la cédula originaria de las condiciones sancionadoras del *repetere* para hipótesis que habrían de agruparse andando en el tiempo en la doctrina del enriquecimiento y a las que se les había de colgar la etiqueta del *cuasicontrato*”. Por otra parte, agrega ARIAS RAMOS (1950) p. 17 y ss, PERNICE y GIRAD postulan –esta parece ser la postura mayoritaria de la doctrina– que la *condictio* tiene su base en el principio de equidad que obliga a la restitución a todo aquel que posee o retiene un bien de otro en forma injusta. La *condictio* por tanto tiene un origen extracontractual y el *mutuum* o préstamo simple lejos de ser su punto de partida o fundamento no resulta más que un caso de su aplicación. Para GIRAD la *condictio* es una acción de repetición que no se funda sobre la idea de contrato sino que sobre la idea de conservación sin causa. De acuerdo a esta postura, el principio del enriquecimiento sin causa aparece por sobre la noción de contrato y con un pasado aun más remoto, aduciéndose que fue conocido por los Veteres (SABINO y CELSO apoyan esta tesis, estimando que siempre es posible reclamar en justicia por *condictio* aquello que está en otro por una causa injusta. Digesto 50, 12, 5), juristas de la época de la República, y por los pueblos con que Roma comerciaba, estando presente también en instituciones anteriores a la *condictio* como la *legis actio sacramentum* y la *legis actio condictioem*. Por último, FIGUEROA VÁSQUEZ (1998) pp. 6 y 7, plantea que: “muy probablemente la *condictio* haya estado ligada al *mutuum*, pero ello no obsta a que en la aplicación de la acción no exista también, como lo afirma la posición contraria, la aplicación jurídica de una norma moral. En efecto, a través de la acción se atacaba el acto jurídico no en razón de sus vicios de forma sino en consideración a sus consecuencias injustas, además, como lo observan JÓRS y KUNKEL, siendo la entrega de la res la que da vida al acto jurídico, y por consiguiente a la obligación de la contraparte, no existiría un límite preciso entre la obligación contractual, como modernamente ésta se entiende, y una extracontractual derivada del enriquecimiento”.

¹¹ CUQ (1910) pp. 72 y 73. Es interesante consignar la opinión de RIPERT y BOULANGER (1963) p. 180: “Lo curioso, sin embargo, es que fue a propósito de la *stipulatio*, contrato formal, que se vio aparecer la causa con su sentido cercano al que nosotros damos a la palabra

bajo de los juristas de Justiniano, se amplía aun más el campo de aplicación de las acciones que surgen para suprimir las consecuencias indeseables de estos actos inicuos. Así, es posible señalar a la *actio negotiurum gestorum*, la que nace con el fin de remover todo enriquecimiento de una persona en daño de otra. Igualmente, la *actio in rem verso* es desplazada de la esfera de los actos llevados a cabo por un *filius* o un esclavo, y adquiere el carácter de verdadera acción de enriquecimiento. La deformación en la naturaleza de las acciones, fenómeno que sin duda tiene su origen en el crecimiento económico de Roma, en el contacto con otros sistemas jurídicos (griego, egipcio, germánico, entre otros) y, en el fortalecimiento de las virtudes de índole moral derivadas del cristianismo, alcanzó también a la *condictio*, la que según parte importante de la doctrina, se constituyó como una acción general en esta época. Agrega ARIAS que: “en el derecho justiniano, la *condictio* puede tener por objeto cualquier prestación, incluso un hacer, y es apta para remover cualquier prestación que se juzgue injustificada”.¹²

Es posible afirmar, entonces, que en el Derecho Romano, la falta de causa no constituía un vicio de inexistencia o nulidad del acto jurídico, es decir, el análisis no se centraba en la génesis o nacimiento del negocio jurídico, sino que en los efectos del mismo, en el sentido que al acto injusto, se le debía privar de sus efectos jurídicos indeseables, sea impidiendo que se cumpliera –por ejemplo a través de la *exceptio doli* o de la *condictio liberationis*- o bien obteniendo la restitución de lo pagado para evitar el enriquecimiento sin causa, a través de la *condictio indebiti*. Cabría agregar las palabras de Avelino LEÓN: “la causa no fue creada por el Derecho Romano ni tuvo aplicación en él de acuerdo con el concepto que le fija el Derecho actual. Para los romanos la causa era la formalidad (*verba*), la entrega de la cosa o el cumplimiento de la fórmula (*factum*) que daba origen al contrato; es decir, la palabra causa se empleaba en el sentido de causa eficiente, de generadora del contrato. En igual sentido hablaban de la causa como fuente de las obligaciones: contrato,

«causa». Cuando el promitente no había recibido del estipulante la prestación en consideración a la cual se había comprometido, hubiese sido inicuo no desligarlo de su compromiso. Fue por motivo de hipótesis de ese género que fueron creadas las *condictiones sine causa*. Fue especialmente necesario prestar ayuda al prestatario que no había recibido el dinero que estaba obligado a rembolsar: se puso a su disposición la querela *non numeratae pecuniae*. Pero no hay que engañarse sobre el sentido de la intervención; no es el análisis de la voluntad que impone la regla, es una idea de equidad: se trata de privar de efectos a un contrato injusto. Tampoco está en juego la validez del contrato, sino su eficacia”.

¹² ARIAS (1950) pp. 33 y ss.

cuasicontrato (variae causarum figurae) delitos, etc."¹³ Por su parte, el jurista hispano DÍEZ-PICAZO nos señala los siguientes supuestos de aplicación de la teoría de la causa: el contrato como fuente de la obligación según el conocido texto de GAYO *ex varis causarum figuris*; en la necesidad o fin empírico permanente como causa perpetua de la servidumbre; la causa como motivo subjetivo o móvil; la causa como fundamento o base del negocio; la teoría de las *condictiones*, y llega a la conclusión de la radical falta de fijeza y ambigüedad del concepto de causa en el Derecho Romano.¹⁴ En conclusión, si bien los juristas romanos no se caracterizaron por realizar construcciones teóricas y generales en torno a las instituciones jurídicas, se piensa que el desarrollo de la *condictio* y sus diversas implicancias, tal como la *actio de in rem verso*, resultó fundamental para el posterior desarrollo del Derecho Obligacional, ya que a través del tratamiento pragmático de esta institución, se gestaron principios generales del Derecho como la regla del enriquecimiento sin causa y además, variadas instituciones jurídicas fundamentales para la ciencia jurídica actual.

2. Derecho Canónico

La causa, tal como se concibe en la actualidad, aparece aproximadamente en el siglo XIII, en esa época se produce la fusión del pensamiento aristotélico con las ciencias jurídicas. Por ello se ha dicho que "*la verdadera historia de esta teoría se ha de buscar en los tratados medievales de Filosofía*".¹⁵

Lejos de constituir un periodo oscuro para la humanidad –al menos en el campo del Derecho Civil– la Edad Media trajo consigo una importante consecuencia: en su intento por *moralizar* el Derecho, los canonistas, abandonando el formalismo del Derecho Romano, postularon que las obligaciones imponían al deudor un deber de conducta moral: el deudor se hacía culpable de una falta si no cumplía con su compromiso.¹⁶ Se trataba –en el fondo– de

¹³ LEÓN (1961) p. 18.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO (1963) p. 6. En este sentido, *vid.* ERRÁZURIZ (1987) pp. 507 y ss.

¹⁵ OURLIAC-DE MALAFOSSE (1960) p. 286.

¹⁶ Como señala ESPERT (1968) p. 97, "[l]o que más interesa de esta época es ver como poco a poco se va perfilando la idea de causa final. CAPITANT cita a VINNIO (*Tractatus de pactis*, cap. 8, núms., 7 y ss.) y a los glosadores, que poco a poco van distinguiendo la causa final de la causa impulsiva o determinante. La distinción alumbra por vez primera en materia de liberalidades: en la donación o en el legado se dice que la causa final es la liberalidad pura, mientras que la causa impulsiva es el motivo determinante del acto, en este caso, la causa final es una causa próxima, mientras que la causa impulsiva es una causa remota o motivo antecedente que mueve a gratificar. Respecto de ella, dice BARTOLO que aunque se

averiguar si aquel compromiso era fundado (legítimo), y para ello se debía recurrir a la voluntad: ¿las razones esgrimidas para obligarse eran moralmente legítimas? Como expresan RIPERT y BOULANGER: *“Interviene aquí la idea de la justicia conmutativa, pero esta vez para penetrar en el fuero interno y para permitir apreciar el valor moral de la obligación”*.¹⁷ De este modo, los glosadores del Derecho Intermedio, le dieron preponderancia a la voluntad por sobre la forma, es decir, lo fundamental de un contrato era el consentimiento. Es por esta razón que se consideraba que la causa era un elemento integrante del consentimiento.

En el mismo sentido expresa FIGUEROA VÁSQUEZ que *“el advenimiento de la causa se produce bajo el signo de la justicia conmutativa y del consensualismo jurídico. Seguramente, no fue esto sino el reflejo de una realidad histórica en la que el comercio cobraba más y más relevancia, con el paso de la economía medieval hacia el mercantilismo capitalista: se precisaba una estructura contractual apta para reproducir, jurídicamente, la relación de cambio –el “doy para que des”–. De este modo surge el contrato sinalagmático (la necesidad crea al órgano), noción ignorada por el Derecho romano, y cuya esencia radica en que, con él, nacen obligaciones para ambas partes, obligaciones que se encuentran en relación de dependencia mutua, coligadas en su origen y desarrollo: si una de las partes no cumple, la otra no está obligada a cumplir, pues las obligaciones de cada una de ellas se desenvuelven, por así decirlo, en perfecta simbiosis. La idea de contrato sinalagmático surge con los glosadores, siempre desarrollada, en especial, por los canonistas, al punto de ser considerados éstos como los auténticos creadores de la excepción de contrato no cumplido y de la condición resolutoria tácita, instituciones típi-*

pruebe que falta no anula el legado. CAPITANT señala que es inútil seguir con el estudio de esta distinción que se hizo corriente entre los jurisconsultos franceses”. Por su parte, ALESSANDRI-SOMARRIVA (1998) p. 281 expresa que “la causa final comenzó a ser bosquejada por los canonistas de la Edad Media. Ellos determinaron que si en los contratos no formales el deudor no cumplía la obligación nacida del simple acuerdo de voluntades, incurría en una falta y debía ser obligado en conciencia a respetar su compromiso siempre que la otra parte estuviera llana a cumplir el suyo. El Derecho Canónico desprendió la noción de causa de la obligación, pero se detuvo en los contratos sinalagmáticos, o sea, en aquellos que producen obligaciones para ambas partes, y estableció que la obligación de una de ellas debe tener por causa la obligación de la otra. De esta manera quedó formulado el principio de la conexión de las obligaciones recíprocas. El Derecho Canónico, además, viendo por la moralidad de las relaciones jurídicas, facultó al juez para indagar los móviles que habían impulsado a las partes a celebrar un contrato”.

¹⁷ RIPERT y BOULANGER (1963) p. 183.

cas, como se sabe, de esta categoría de contratos”.¹⁸ Pues bien, en el contrato sinalagmático, las obligaciones correlativas se sirven recíprocamente de causa. El contrato bilateral nace con el objeto de asegurar y facilitar la circulación de los bienes y, también moralizar las relaciones de cambio, sobre la base de la equidad natural. Es así como el consensualismo unido con la fidelidad de la palabra empeñada abren paso a la noción conforme a la cual se pretende otorgar soluciones prácticas a casos concretos, inspirada en principios éticos. A partir de esta nueva concepción del contrato bilateral, los canonistas *“establecieron, olvidando la estabilidad del contrato, que el juez debía juzgar también la moralidad de la relación jurídica, es decir, la causa del contrato, los móviles que determinaron a contratar”*.¹⁹

Por otra parte, se debe indicar que a la causa en esta época se le asignaba un doble propósito: (a) servir a la noción de justicia conmutativa y, (b) moralizar las relaciones jurídicas. Es esta dualidad de fines –el primero de orden privado y el segundo de interés público– lo que daría lugar a los conceptos de *causa* y *motivo* respectivamente. En efecto, mientras la noción de causa asume un rol puramente objetivo, los motivos constituyen una noción a través de la cual se expresa la causa como instrumento moralizador y, en su esencia es un concepto subjetivo o psicológico. Es en este punto –expresa LEÓN– donde los canonistas tuvieron una participación destacada, pues el deudor que no cumplía pasaba a ser culpable de una falta y para ver si merecía una sanción había que estudiar su voluntad al obligarse, a fin de saber si en conciencia el deudor debía respetar la palabra dada, es por esta razón que la causa se identificaba con el consentimiento. Así, en general, la justicia conmutativa vino a determinar el valor moral de esa obligación, a través del análisis de la causa (consentimiento). En el estudio del consentimiento, los canonistas concluyen que sin una causa, no hay obligación; y la causa es la obligación correlativa, conexas, que contrae la otra parte. Ahora bien, al analizar la moralidad de los motivos que inducen a una persona a contratar, los juristas canonistas llegan inicialmente a la noción de causa lícita.

En conclusión, los romanistas medievales y, especialmente los canonistas de esa época, dieron un mayor valor a los actos celebrados sin sujeción a fórmulas preestablecidas, esto es, se dio valor al solo consentimiento como elemento generador del negocio jurídico. Al mismo tiempo, se postuló que la eficacia de la obligación contratada se subordinaba como norma a la con-

¹⁸ En este sentido, *vid.* ALONSO (1967) Capítulo I.

¹⁹ LEÓN (1961) p. 21.

traprestación en miras de la cual el deudor se hubiere obligado, salvo que se tratara de una donación.²⁰

El problema que enfrentaron los glosadores fue el mismo traspié que no sortearon los juristas romanos: los contratos unilaterales. Sin embargo, “[l]os antecedentes del problema no eran los mismos. Si las nuda verba crean la obligación, como lo hacía la stipulatio, la ausencia de formas expone a la voluntad a obligarse sin causa, es decir sin la consideración de la prestación que justifica la obligación, BALDO, declara en una fórmula cautivante, que si el pacto es «nudum a solemnitate, no debe ser nudum a causa». A decir verdad, la cuestión se había planteado de entrada a propósito de la prueba; al ser habitualmente comprobada la promesa por un escrito (cautio), el acreedor debía probar la existencia de la causa, si el escrito no la mencionaba; en la hipótesis inversa, el deudor debía probar que la obligación estaba desprovista

²⁰ Como señala LARROUMET (1999) pp. 355 y 356, “es en el derecho francés antiguo donde hay que buscar los orígenes de la causa como condición de validez del contrato. Son esenciales dos etapas, cuya culminación se refleja en los artículos 1131 y ss. del CC. La primera es la influencia que ejerció el derecho francés de los contratos. Fueron los canonistas de la Edad Media los primeros que despejaron la noción de causa después de haber puesto en evidencia el respeto de la palabra empeñada fuera de cualquier condición de forma (pacta sunt servanda), en contraste con el Derecho Romano, lo que condujo a la autonomía de la voluntad y al consensualismo, destacando el elemento psicológico en la formación de la relación contractual, ellos consideraron que la voluntad no podía obligar válidamente sino cuando se basara en una razón. Uno se obliga porque lo quiere, pero no puede querer sin razón. Ahora bien, esta razón no es igual según se trate de un contrato a título gratuito o de un contrato a título oneroso; la razón no es tampoco la misma según que se trate de un contrato unilateral o de uno sinalagmático. Especialmente en los contratos sinalagmáticos los canonistas fueron los primeros en demostrar la interdependencia de las obligaciones originadas por el contrato a cargo de cada una de las partes (una se compromete para con la otra porque esta se compromete para con la primera). De esta manera se justificaba económicamente la voluntad contractual. Sin embargo, también era preciso tener en cuenta elementos morales que integraban en la causa, más allá de la función económica, ciertas razones mucho más precisas que autorizaban permitir no garantizar la ejecución cuando el fin perseguido no estaba conforme con la moral. Ya los canonistas, por lo tanto, habían puesto de relieve la doble función de la causa, aunque rápidamente surgieron las controversias sobre si no había un límite para tomar en consideración todas las razones particulares que una de las partes podía tener para celebrar un contrato. La segunda etapa fue resultado de la labor de DOMAT en el siglo XVII, la cual completó POTHIER en el siglo XVIII. El mérito de DOMAT estriba en haber sistematizado las concepciones de los canonistas sobre la función económica de la causa”.

de causa. Pero las exigencias propias de su sistema debía llevar a los canonistas a hacer de la causa una condición de validez de la misma promesa".²¹

En conclusión y haciendo hincapié en este conjunto de antecedentes, es posible establecer con cierto grado de certeza, que los aportes del Derecho Intermedio en materia de causa fueron los que siguen:

A. *DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA RELACIÓN ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO*

Los canonistas exigieron como requisito del negocio jurídico la existencia de una causa verdadera y además, que ella fuere moralmente legítima. Es decir, el juez no solamente debía indagar acerca de la existencia del elemento causa en el negocio, sino que, además, so pena de violar el principio de la intangibilidad de los contratos, estaba facultado para examinar la moralidad de los móviles que indujeron a la creación de la relación jurídica, todo lo anterior en aras de la justicia conmutativa. Como se pregunta RIPERT, "¿Las razones para comprometerse eran suficientes para que el deudor estuviese obligado en conciencia a respetar la palabra dada?"²² En otras palabras, los canonistas contemplan en el contrato un acto humano inserto en un sistema ético, que era más que el simple acuerdo de voluntades. Por tanto, el contrato no vincula sino cuando reúne condiciones de veracidad y moralidad; así, si la operación es simulada las partes no han querido contratar. Como señala BALDO: "La finalidad perseguida por el contrato debe ser, «conforme a la paz», «a la concordia»: debe ser moral".²³

B) *DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL APORTE DE LOS CANONISTAS A LA CIENCIA JURÍDICA*

b.1.) En primer lugar, los canonistas resaltaron la idea de que en los contratos bilaterales, existía una interdependencia entre las obligaciones emanadas de ese tipo de negocio, de manera que la obligación de una parte se vinculaba estrechamente con la obligación de la contraparte. En el análisis del consentimiento, los canonistas concluyen que sin una causa, no hay obligación; y la causa es la obligación correlativa, conexas, que contrae la otra parte. Por eso ya en el siglo XIII surge la fórmula *non servandi fidem, non est fidem servanda* (no debe mantenerse la palabra propia respecto del que no mantiene la suya), que viene a ser la excepción de contrato no cumplido y el nacimiento de la causa como elemento independiente de validez del contrato. Lo anterior, sin duda constituye

²¹ RIPERT y BOULANGER (1963) pp. 183 y 184.

²² *Idem.*, p. 183.

²³ LACRUZ *et al.* (2000) p. 423.

un notable aporte del Derecho Medieval, ya que permite fundamentar entre otras instituciones la condición resolutoria tácita, la excepción de inejecución o incumplimiento, la teoría de la imprevisión, la teoría de los riesgos y la doctrina de la causa.²⁴

b.2.) Derivado de lo anterior y en lo que atinge a la noción de causa, gracias al aporte de los canonistas –particularmente la inclusión en las ciencias jurídicas del principio de justicia conmutativa y la idea de moralizar la relación subjetiva–, se gestó una dualidad de funciones de la causa, que dio lugar a una serie de dicotomías: causa lícita y causa ilícita, es la primera distinción que los autores hacen para emprender el análisis.

b.3.) Ahora bien, en una consideración apriorística podría parecer evidente que cada promesa de prestación, al menos cuando ella es aceptada por el ofertado, constituye un contrato y obliga al promitente por el mero hecho del acuerdo de consentimientos. Sin embargo, y siguiendo a LACRUZ, “[l]a Historia muestra, por el contrario, que la promesa ha ido recibiendo su fuerza vinculante de modo paulatino; y ni siquiera en la época actual es suficiente la simple voluntad de obligarse para fundar la obligación. [En Roma], la voluntad de los contratantes no tiene fuerza para crear un vínculo de obligación entre ellos si no se vierte en el molde predeterminado de uno de los tipos de contratos admitidos y protegidos por el ordenamiento”.²⁵ El mérito de los canonistas consiste, en elevar a la categoría de principio general el consensualismo contractual.²⁶ Un

²⁴ En este sentido, agrega LEÓN (1961) p. 21 que los canonistas fueron aún más allá de la apreciación conmutativa de las obligaciones y establecieron, olvidando la estabilidad del contrato, que el juez debía juzgar también la moralidad de la relación jurídica. Los canonistas no se detuvieron en la revelación del vínculo causal de las obligaciones dentro del contrato bilateral, sino que establecieron, olvidando la estabilidad del contrato, que el juez debía juzgar también la moralidad de la relación jurídica, es decir, la causa del contrato, los móviles que determinaron a contratar. Por su parte, HEVIA (1981) p. 21 expresa que “así, el nacimiento de la teoría de la causa se produce en medio de una revolución en la concepción; sólo ponemos de relieve la filiación de la causa con el subjetivismo, del cual es un corolario. La causa se encuentra en el examen de la voluntad de quien se obliga: forma un todo con ella. El carácter subjetivo de la causa no ha sido discutido, en general, sino en este siglo [s. XX], por la teoría de la función socioeconómica del contrato. Pero en su evolución se ha teñido de un cierto objetivismo, que se evidencia, sobre todo, en la teoría tradicionalmente aceptada”.

²⁵ LACRUZ et al. (2000) p. 331.

²⁶ Siguiendo a *Idem.*, pp. 332 a 334, “[f]rente al formalismo un tanto rígido y la limitación de medios de los ordenamientos medievales autóctonos, el Derecho canónico, como con-

secuencia de la obligación de veracidad y buena fe impuesta por los preceptos morales a todos los hombres, reconoce la obligatoriedad de cualesquiera promesas y convenciones. Y aunque en los asuntos entre laicos los monarcas, príncipes y ciudades no solían aceptar la jurisdicción de los tribunales canónicos, la fuerza moral de sus decisiones y lo razonable de la idea de dar validez jurídica a todos los contratos que representen la satisfacción de intereses legítimos hizo que ésta se recibiera en las legislaciones particulares de los diversos países, aunque fuera ajena al Derecho de pandectas. En España, son bien conocidos los textos que proclaman la libertad de estipular en el Ordenamiento de Alcalá, el Fuero de Navarra y las Observancias de Aragón. A. Período anterior a la recepción. Ciertamente, en los momentos iniciales de la edad media, las invasiones germanas provocan una regresión en cuanto a la validez de las estipulaciones: los ordenamientos de los invasores no conocen sino contratos estrictamente formales con fuerte predominio del elemento simbólico, y luego algunos contratos reales. Ciertos acuerdos no formales valen si se hallan garantizados formalmente por un fiador. La obligación se funda más en el respeto la palabra dada y en el temor a la venganza privada del acreedor, que en la posibilidad de ser compelido el deudor por el poder público a su cumplimiento. B. Los «pacta vestita». El desarrollo de las ciudades a partir del siglo XII y las necesidades del comercio obligaron a recurrir a las reglas romanas, más progresivas. Pero aun eso no es bastante, dada la persistencia del numerus clausus de contratos y de la regla de que el pacto nudo es incapaz de producir acción por faltarle ese reconocimiento especial del Derecho que los glosadores denominaron causa civil, o sea la forma (verbis, litteris), la datio rei o el factum, o bien el específico contenido (consensus). La realidad obliga entonces a dotar de fuerza vinculante a nuevos tipos de convenios que aparecen en el tráfico. A estos convenios, válidos en consideración a su contenido o a ciertas formalidades que cumplieran, les llamaron los glosadores pacta vestita, subrayando que producen acción en virtud de su vestimentum. C. El juramento. La influencia del Derecho canónico introduce en la misma época, como elemento propio para dar validez a un pacto nudo, el juramento confirmatorio. Según las Decretales (2, 1, 3; 2, 24, 6 a 33) debe cumplirse el juramento añadido al acto de contraer una obligación, aunque no esté reconocido por el Derecho Civil, siempre que se libre, veraz y que se preste con discernimiento y justa causa, siendo inválido el que recaiga sobre actos ilícitos o que tienda a perjudicar a tercero. Aun prestado el juramento con voluntad viciada o siendo ilícito, la anulación del contrato confirmado con él, por el tribunal civil, requería la previa relajación de aquél por el Ordinario, y era precisa la autorización eclesiástica para que los herederos de quien juró pudieran accionar contra el juramento prestado por el causante. Esta situación explica un artículo del Cc. que de otro modo sería incomprensible, el 1.260: no se admitirá juramento en los contratos. Si se hiciera, se tendrá por no puesto. D. El Derecho mercantil. A la recepción de la idea canonista del respeto a la palabra dada contribuyó también el ejemplo de los mercaderes, quienes, tratando de liberar las relaciones comerciales del peso de las formas solemnes y, en especial de la necesidad de entregar las mercancías al adquirente para la validez de ciertos contratos usuales entre ellos, aceptaban en sus tribunales específicos la validez

punto relevante es la consagración del principio del consensualismo como regla general. Por otra parte, si bien la clasificación entre contratos consensuales, reales y solemnes proviene del Derecho romano, se dice –en la actualidad– que la *“regla general en nuestros días es que los contratos sean consensuales, a diferencia de lo que acontecía en el Derecho romano, en el cual la regla general era la opuesta, es decir, los contratos eran solemnes”*.²⁷

3. Teoría de la Causa

La teoría clásica de la causa se debe –en palabras de PLANIOL– primordialmente al jurista francés Jean DOMAT (1625- 1697), quien la expone en su obra *Las leyes civiles en su orden natural*.²⁸ En esta obra, DOMAT llega a la conclusión, que la presencia de la causa es un requisito esencial de la obligación, de tal modo que sin causa, no hay obligación. Sin embargo, es interesante acotar que DOMAT algunas veces, menciona a la causa como requisito esencial del contrato y, en otras ocasiones, la señala como presupuesto esencial de la obligación.²⁹ La noción de causa según DOMAT –que puede considerarse como el punto de partida de la doctrina tradicional de la causa– presenta un

de todos los contratos en que concurrieron los consentimientos de los otorgantes (solus consensus obligat). E. Fuentes españolas. En Castilla, frente al Derecho de las Partidas, que pretendían introducir la regulación justiniana (siquiera atenuada por una mayor flexibilidad de formas), la ley única del título 16 del Ordenamiento de Alcalá establece que «sea valedera la obligación o el contrato que fueron hechos, en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar e facer contacto con él». Con esto, en el momento de entrar en vigor las Partidas, se establece, frente a ellas y derogando sus preceptos, un principio general de libertad contractual, que ha perdurado hasta hoy (Cc.). En Aragón, la observancia 16 De fide instrumentorum, que aparece en las colecciones del siglo XIV, establece como principio la obligación del juez de «estar siempre y juzgar a la carta y según lo que en ella se contiene, salvo que haya en ella algo imposible o contra el Derecho natural». También en el Fuero General de Navarra encontramos una máxima idéntica: «paramiento fuero vienze», con el mismo significado. Las máximas aragonesa y Navarra han pasado a sus respectivas Compilaciones (art. 3º Aragón, ley 7 Navarra).»

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Conforme a ESPERT (1968) p. 97, el mismo autor considera como sus más inmediatos antecesores a FRANCISCO CONNANO, PAPÓN y CHARONDAS EL CARÓN, cuyo mérito, *“es el de, habiendo asimilado, o más bien superado, la distinción entre los contratos nominados e innominados, haber iniciado la primera tentativa para precisar la naturaleza de los contratos sinalagmáticos”*.

²⁹ En este sentido LACRUZ et al. (2000) p. 423 señala que *“DOMAT transfiere a veces el requisito de la causa desde la obligación al contrato, como si se tratase de la misma cosa: en*

carácter «objetivo». La causa se ha convertido en un conjunto de reglas rígidas las que –a diferencia de los postulados del Derecho canónico– no dejan espacio para que el tribunal pueda discrecionalmente analizar la moralidad de los móviles que justificaron la obligación. DOMAT plantea que, toda convención debe tener una causa honesta, pero, al mismo tiempo, le otorga a la causa un carácter objetivo: en los contratos onerosos, la causa de la obligación de cada parte, es lo que la otra le da o se compromete a darle, o el riesgo que asume; mientras que en los contratos de beneficencia es causa suficiente la liberalidad que una de las partes quiere ejercer para con la otra.³⁰ Como indica HEVIA, con DOMAT, la teoría de la causa “*acusa el influjo de una época distinta: los siglos de la fe han quedado atrás [...]*”.³¹

Las ideas de DOMAT fueron pacíficamente admitidas por la tradición francesa de los siglos XVII y XVIII y completadas por su compatriota José Roberto POTHIER (1699- 1772) en su obra *Tratado de las obligaciones*, publicado en 1761, en el cual desarrolla, en sustancia, las ideas de DOMAT, y de ahí pasaron, con mayor o menor variación, al Código Civil francés y a los códigos posteriores que se inspiraron en él, entre otros el chileno. POTHIER expresa que la causa debe ser honesta, y no lo es “*cuando hiere la justicia, la buena fe o las buenas costumbres, ese compromiso es nulo, lo mismo que el contrato que lo contiene*”.³² Además, siguiendo la línea planteada por DOMAT, le otorga a la causa un rol objetivo.³³ Ese objetivismo, se hace patente en los contratos reales, en los cuales la causa consiste en la *entrega*. Lo anterior se contrapone al carácter subjetivo que los canonistas le habían dado al elemento causa. De esta contraposición, se derivan –en gran medida– las confusiones doctrinarias que por años han surgido en esta materia.³⁴

algunos lugares de su obra hace de la causa una condición de validez de la convención, e incluso su fundamento exclusivo”. Vid. también LÓPEZ SANTA MARÍA (1998) pp. 15 y ss.

³⁰ Conforme a JOSSE RAND (1946) p. 129, PORTALIS expresa que “*la causa de un acto de beneficencia es siempre la beneficencia misma*”.

³¹ HEVIA (1981) p. 23.

³² POTHIER (1961) Capítulo I, secc. I, art. 3º, nº 43.

³³ Siguiendo a CAPITANT (1927) p. 26 y a JOSSE RAND (1946) p. 130, se puede citar de manera ejemplar, en lo que atinge al concepto de causa, las siguientes definiciones que en esa época la doctrina francesa presenta; ZACARÍAS define a la causa como la “*razón jurídica que determina a las partes a contratar*”; AUBRY ET RAU, “*motivo jurídicamente suficiente*”; TOULLIER, “*motivo que determina a hacer la promesa*”; BARDE, “*el fin inmediato que la parte que se obliga se propone precisamente alcanzar al obligarse*”.

³⁴ En este sentido LACRUZ et al. (2000) pp. 424 y 425, expone que “[l]os civilistas franceses de la escuela de la exégesis, y una parte de los españoles, se fijan sobre todo en la causa del contrato bilateral, que entienden como el fin inmediato que se deduce de la estructura

DOMAT, en un célebre pasaje de sus *Loix civiles* (Libro I, Título I, sección I, números 5 y 6), efectúa una exposición sistemática acerca de los postulados de la teoría de la causa: (a) Para la validez de un acto jurídico, el Derecho exige que la existencia de una causa *honesta*. En efecto, “*la causa es un elemento que no puede faltar en ningún contrato, desde el momento en que todo el que presta su consentimiento para asumir en virtud de ello la obligación, lo hace para obtener un fin. De allí que el establecimiento de la ausencia de causa, o de su falsedad o ilicitud haga nulo el contrato*”.³⁵ (b) Se requiere además que esta causa sea *legítima*, es decir, que no sea contraria a la moral, buenas costumbres y no prohibida por la ley. Como expresa POTHIER, “*todo compromiso debe tener una causa honesta. Si la causa no existe, o es falsa, o si lastima las buenas costumbres, el compromiso es nulo, así como el contrato que lo contiene*”.³⁶ (c) La causa se configura como un elemento objetivo del contrato, frente al motivo que es la razón contingente, por la que el sujeto celebra un cierto negocio jurídico. La causa asume un rol objetivo, y se determina atendido los distintos tipos de contratos, en efecto: c.1.) Como indica RIPERT: “*En los contratos bilaterales, la obligación de cada una de las dos partes tiene por causa el compromiso contraído por la otra. Las dos obligaciones se sostienen mutuamente y sirven, como dice DOMAT, de fundamento la una de la otra*”.³⁷ Es decir, la causa es –en los contratos bilaterales– para cada una de las partes, la obligación de la otra. Así por ejemplo, en el contrato de compraventa, la obligación del vendedor de efectuar la entrega o tradición de la cosa vendida tiene por causa la obligación del comprador de pagar el precio en dinero y, viceversa.³⁸ c.2.) Por otra parte, en los contratos *reales* generalmente unilaterales, concretamente en el comodato, mutuo, prenda y depósito, la obligación de la parte que resulta obligada tiene por causa la *entrega* que se le hizo de la cosa, por ejemplo, en el contrato de comodato, la obligación del comodatario de restituir la cosa tiene por causa la entrega de la cosa que

del acto y es común a todo contratante; fin típico, independiente de las motivaciones personales e infungibles de cada uno. La causa se configura como un elemento objetivo del contrato, frente al motivo que es la razón contingente, por la que cada individuo celebra un contrato concreto. La causa forma parte del acuerdo de voluntades, y en los contratos bilaterales es, para cada una de las partes, la obligación de la otra. En los unilaterales, y concretamente en los contratos de mutuo, comodato, prenda y depósito (contratos reales), la entrega de la cosa es la causa de la obligación; y en la donación el animus donandi”.

³⁵ MELICH (1997) p. 278.

³⁶ POTHIER (1961) Capítulo I, secc. I, n°s 42 y 43, pp. 32 y 33.

³⁷ RIPERT y BOULANGER (1963) p. 185.

³⁸ POTHIER (1961) n° 42, p. 32, señala que “*la causa de la obligación que contrae una de las partes, es lo que la otra [...] se compromete a darle*”.

le efectuó el comodante. En palabras de RIPERT: *“Es la prestación hecha lo que forma la obligación y constituye su fundamento o su causa”*.³⁹ c.3.) Por último, en los contratos *gratuitos* o de *beneficencia*, es decir aquellos en que no hay reciprocidad de obligaciones ni prestación anterior, la causa de la obligación es la mera liberalidad, o sea, la razón o propósito dominante que ha llevado al autor del acto gratuito a consentir dicho negocio.⁴⁰ Agrega RIPERT que: *“La causa de la obligación del donante no puede ser buscada más que en los «motivos» de la intención liberal, es decir, en la «razón dominante» que ha llevado al autor de la donación a consentirla”*.⁴¹ Como expresa ALESSANDRI, *“háyase la causa de la obligación del donante en los motivos que lo han llevado a mostrarse liberal, generoso. Uno de estos motivos podría ser algún servicio que le hubiere prestado el donatario, o la consideración de cualquier otro mérito de éste o, en fin, el solo placer de practicar el bien. Y “este motivo –dice literalmente Domat- hace las veces de causa”, pues propiamente hablando no es causa, de parte de aquel que recibe y no da nada.*⁴² Atendiendo a los tres últimos puntos, es posible plantear que la causa es siempre la misma, respecto de cada tipo de contrato de que se trate, por ejemplo, en todos los bilaterales es la obligación de la contraparte. La causa, por tanto, asume un carácter objetivo. RIPERT agrega que *“llama la atención en esta teoría, es que consagra un abandono, si no de las soluciones mismas, por lo menos de la concepción dominante del derecho canónico. De acuerdo con el principio del consensualismo que tendía a afirmarse, los canonistas habían buscado la causa de la obligación en la voluntad del que se obliga; DOMAT pretende descubrir la causa en los datos objetivos del contrato, como era lógico hacerlo en el sistema formalista del derecho romano. [...] en el momento mismo en que el principio del consensualismo había triunfado definitivamente, nuestros*

³⁹ RIPERT y BOULANGER (1963) p. 185.

⁴⁰ Agrega HEVIA (1981) p. 23, que *“por mera liberalidad o pura beneficencia se entiende aquí, una noción abstracta, distinta del móvil real y concreto que impele a hacer la liberalidad. La mera liberalidad es una causa típica, jurídica, abstracta, siempre la misma en todo contrato gratuito. [...] Es, en buenas cuentas, la intención liberal separada del móvil, el animus donandi. No es éste, abstracto y típico, el concepto de DOMAT, que es quien piensa por primera vez en una causa para la obligación surgida de los contratos gratuitos: inicialmente, la pura liberalidad fue un motivo, un móvil, un impulso bienhechor, mas no una causa abstracta. Pero la necesidad doctrinaria de tipificar la causa, abstrayéndola de los móviles para hacer de ella un elemento estructural del contrato, jurídico y no psicológico, llevó a depurar a la mera liberalidad de su concreción y de su naturaleza sentimental, hasta rendirla una abstracción. La concepción primigenia la propuso como un sentimiento: el alambique doctrinario la redujo a un concepto”*.

⁴¹ RIPERT y BOULANGER (1963) p. 185.

⁴² DOMAT (1977) Part. I, Libro 1, título 1, sección 1, n°s 5 y ss.

autores antiguos tomaron del derecho romano acciones y reglas que procedían del principio propuesto. En ese terreno –dice RIPERT– de la causa muchas confusiones e incertidumbres han precedido de ahí”.⁴³ Como la rigurosa obligatoriedad del Derecho Romano conducía a evidentes injusticias, como lo expresa LEÓN, “cuando el deudor no había recibido el dinero que se obligó a restituir, o si se obligó en consideración a la prestación u obligación recíproca del acreedor que éste no cumplía, los pretores crearon acciones destinadas a proteger al deudor, sea mediante acciones de repetición para impedir el enriquecimiento injusto, sin causa, sea para excusarse de cumplir. Nacieron así las *condictiones sine causa*, la *querela non numeratæ pecunia*, la *exceptio doli*, la *condictio libertionis*, etc. Estas acciones no tendían a invalidar el acto por defectos de la voluntad que los creó, pues, en esencia, el acto nacía por el incumplimiento de la fórmula, sino a privar de eficacia a un acto injusto, sea impidiendo que se cumpliera –*exceptio doli*, *condictio liberationis*– o bien obteniendo la restitución de lo pagado para evitar el enriquecimiento sin causa–*condictio indebiti*, etc. No era, pues, la validez la que se atacaba sino los efectos contrarios a la equidad. La técnica contractual se mantuvo, pero, se impidió el enriquecimiento injusto por estos medios indirectos, ajenos al contrato”.⁴⁴ (d) La causa entendida como la finalidad perseguida por las partes que consienten en obligarse, ha de ser entendida como *causa finalis*, esto es, como “una causa próxima, el fin inmediato, perseguido por cada contratante en el contrato bilateral en que ambas partes se obligan o el perseguido por aquel único que se obliga en el contrato unilateral. Esto excluye que pueda identificarse la causa con la causa impulsiva, o sea, con los móviles internos que determinan en el plano psicológico el acto de adhesión de cada singular contratante a los términos del contrato que consiente en celebrar. Esos móviles constituyen la causa eficiente, pero no la causa final de la voluntad”.⁴⁵

⁴³ RIPERT y BOULANGER (1963) p. 185.

⁴⁴ LEÓN (1961) pp. 19 y 20.

⁴⁵ MELICH (1997) p. 278. Por último, hay que consignar que la doctrina de DOMAT consagrada en el *Code*, se extendió raudamente en los diversos códigos civiles dictados con posterioridad, *vid.* GUZMÁN BRITO (2005) pp. 218 y 219; “Desde luego está en el *Burgerlijk Wetboek* de Holanda de 1838 como casi en todo, también restó fiel al *Code Civil*, si bien con una modificación que pudo ser importante: su artículo 1371 reproduce al artículo 1108 francés, es decir, comienza por anunciar cuatro condiciones para la validez de los contratos, pero como condición 4ª se limita a exigir una causa lícita, sin el añadido de la expresión «en la obligación», tal cual aparece en el original francés. Pero enseguida, el artículo 1371 refiere el requisito a la obligación, pues declara que la obligación sin causa o establecida con expresión de una causa falsa no produce efectos. El artículo 1372, por su lado, vuelve al contrato, cuando afirma que si la causa no consta, el contrato valdrá. El *Codice Civile per gli SEADI* di S. M. il Re di Sardegna de 1837, en cambio, es absoluta-

4. Los anticausalistas⁴⁶

La doctrina clásica de la causa tuvo fortuna durante largo tiempo, pero en 1826 Antonio ERNST, Profesor de la Universidad de Lieja, escribió un artículo cuyo título ya era una advertencia que ponía en duda la necesidad de este elemento en los actos jurídicos: *¿La causa es una condición esencial para la validez de las convenciones? (La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions?)*. A propósito de la revisión del Código Civil que se proyectaba en Bélgica, ERNST alegó la supresión del elemento causa, arguyendo que ésta era inútil y fuente fecunda de numerosos errores y confusiones entre los juristas.⁴⁷ Pero, siguiendo el adagio popular en cuanto a que nadie es profeta en su propia tierra, la opinión de ERNST fue arduamente combatida en su país, pero tuvo un cierto desarrollo en Holanda, hasta que LAURENT (en 1878) revivió esta postura, argumentando que: “[l]a teoría del Código sobre la causa no es jurídica [...]. La ley comete el error de distinguir la causa del objeto y de hacer de ella una cuarta condición esencial para la validez de los contratos”.⁴⁸

mente fiel al modelo francés en sus artículos 1195 (fundado en el artículo 1108 del Code), por un lado, y 1221 a 1224 (basados en los artículos 1131-1139, por otro. Lo propio cabe decir con respecto al Codice Civile del Regno d'Italia de 1865: su artículo 1104 (= artículo 1108) habla de requisitos esenciales para la validez de un contrato, y en su número 4º exige una causa lícita para obligarse. En seguida, el artículo 1119 establece que la obligación sin causa o fundada sobre una causa falsa o ilícita no tiene efecto, pero el artículo 1120 afirma que el contrato, ahora, será válido aunque no exprese la causa, todo lo cual se basa en los artículos 1131 a 1133. El Codice Civile de 1942 eliminó las oscilaciones: su artículo 1325 N° 2 establece directamente que uno de los requisitos del contrato es la causa [...]. El Código Civil de España de 1889, bajo tantos respectos apartado del modelo francés, en el punto concerniente a la oscilación entre causa de obligación y causa del contrato, empero, lo siguió [...].”

⁴⁶ En Francia los principales anticausalistas fueron BAUDRY-LACANTINERIE, HUC y PLANIOL; en Bélgica, el profesor de la Universidad de Lovaina J. DABIN (*La théorie de la cause*, Bruselas, 1919).

⁴⁷ En este sentido, HEVIA (1981) pp. 26 y 27, expone que “[s]u crítica no se traduce en la reformulación de la noción de causa, sino que, en una posición extrema, se construye en la negación radical de este concepto, al cual se juzga inútil. Tal es el anticausalismo”.

⁴⁸ Conforme a RIPERT y BOULANGER (1963) p. 188, “la opinión de ERNST había pasado completamente inadvertida, la aparición de la obra de LAURENT fue la señal de los ataques. Durante mucho tiempo, las críticas no se han mostrado más que bajo la forma de tesis de doctorado sostenidas ante diversas Facultades (ARTUR, París, 1878; BRISSAUD, Burdeos, 1879; TIMBAL, Toulouse, 1882; SÉFÉRIEDES, París, 1897) y en las que la teoría de la causa era combatida más o menos audazmente”.

Como indica MELICH, “[l]a doctrina de la causa cuya fecunda evolución durante el medioevo condujo a las formulaciones de DOMAT y POTHIER que se plasmaron según hemos dicho en el Código Napoleón, casi no evolucionó en Francia durante el siglo XIX, debido precisamente a los postulados de la Escuela de la Exégesis que redujo el papel de la doctrina a la de una mera glosa o explicación de los textos del Código Civil. No ocurrió así en Alemania, donde al impulso de la pandectista y ante la ausencia de un derecho codificado, se llevó a cabo durante todo el siglo XIX una aguda crítica sobre toda la teoría del negocio. Este retorno a la libre discusión de los viejos textos referentes a la causa y las propias contracciones que estaban implícitas en la doctrina clásica de la misma, condujeron especialmente en Italia, pero también Francia, a complicar la noción de causa que los exegetas del Código Napoleón habían utilizado como si se tratase de algo realmente obvio y sencillo. Dentro de este cuadro deberemos destacar en un primer término la llama crítica de los anticausalistas”.⁴⁹

Las críticas formuladas por los anticausalistas se pueden resumir en tres: se dice que la doctrina de la causa es acientífica, falsa e inútil.

A. *LA DOCTRINA CLÁSICA DE LA CAUSA ES ACIENTÍFICA.*

Se señala que la noción de causa no tiene una raigambre romana, y ello denota una ausencia de rigor científico. Además, si la doctrina clásica de la causa postula la idea de que la causa asume un carácter objetivo, ya que ella es siempre la misma atendiendo al tipo de contrato de que se trate, entonces, nunca podría pensarse en la existencia de una causa ilícita, porque la causa siempre estaría presente en el negocio y sería lícita.

B. *LA DOCTRINA CLÁSICA DE LA CAUSA ES FALSA.*

Recordemos que en los contratos bilaterales, la causa de la obligación de una de las partes, es la obligación de la contraparte. Las dos obligaciones derivan de un mismo contrato, nacen al mismo tiempo. Ahora bien, un efecto y su causa no pueden ser exactamente contemporáneos; si cada una de las dos obligaciones es el efecto de la existencia de la otra, ninguna de ellas puede nacer. Por ejemplo, en el contrato de compraventa, las obligaciones que de ella nacen constituyen los efectos de ese contrato, mientras que este último su causa, por tanto, desde el punto de vista de la lógica, y siguiendo

⁴⁹ MELICH (1984) pp. 30 y 31.

al Filósofo de Estagira, el contrato de compraventa no puede nacer a la vida jurídica con el elemento que él genera o produce con posterioridad.⁵⁰

Como indica MELICH, “*además si la causa de la obligación de cada parte en los contratos bilaterales coincide, como hemos visto que lo sostiene la mayoría de los causalistas clásicos, con el objeto de la obligación de la otra parte, y si la causa de los contratos reales coincide con el objeto de la obliga-*

⁵⁰ En este sentido HEVIA (1981) pp. 38 y 39, expresa que “[u]n concepto general de causa de las obligaciones, como trasfondo unitivo de los distintos tipos de causa, es lo primero cuya ausencia se hace notar. ¿Qué tienen en común la obligación correlativa, la entrega y la mera liberalidad? La obligación es un efecto jurídico del contrato; la entrega, un hecho objetivo que da nacimiento al contrato; y la mera liberalidad, un sentimiento más o menos desnaturalizado, o simplemente un seudónimo de la voluntad en los contratos gratuitos. ¿Pueden estas causas ser reducidas a la idea de causa final? La afirmativa no es dudosa en el campo de los contratos bilaterales. Pero afirmar, hablando del contrato real, que el deudor se obliga para que le sea entregada la cosa, es un absurdo: la entrega antecede necesariamente a la obligación, no puede ser el fin de ésta; sería un fin cumplido, realizado, y por tanto un fin que ha dejado de serlo, un no-fin. Tampoco la mera liberalidad –considerada como la voluntad de quien da o hace gratuitamente- tiene una significación teleológica; equivale a decir: el que dona tiene por fin donar. Se trata de un fin abstracto y genérico, vago, y que no vincula el acto con el futuro, que no penetra en el provenir. El carácter fragmentario del concepto se agudiza aún más si se considera la tendencia a diversificar los tipos de causa, distinguiendo y subdistinguiendo situaciones. En el principio fueron los contratos bilaterales; luego se buscó una causa a los contratos unilaterales. Entre éstos y aquéllos surgieron los reales, como si fueran una nueva categoría. Dentro de los unilaterales, hay que distinguir: a veces la causa es la mera liberalidad (donación, mandato gratuito, depósito gratuito); otras veces, si es un contrato real, la entrega (comodato, mutuo sin interés); otras veces, si el contrato es unilateral consensual, la expectativa de recibir algo, o la obligación preexistente (causa solvendi). Las subdistinciones alcanzan a veces, incluso, a los bilaterales, como en los aleatorios, que, según algunos, encuentran su causa en el álea, y no ya en las obligaciones o prestaciones recíprocas; y qué decir de los contratos accesorios: para encontrar la causa de las obligaciones nacidas de estos contratos (cauciones), hay que discriminar entre varias circunstancias (si se constituye por el deudor o por un tercero; si se constituye con la obligación principal o después; si se otorga a título gratuito u oneroso).” Este proceso de progresiva diversificación de causa es, probablemente, síntoma de la necesidad de especificar la causa, de concretarla, de despojarla de su abstracción. Lo anterior se advierte, por ejemplo, en CLARO SOLAR (1937) n°s 923, 924 y 927, quien trata de un modo especial de ciertos tipos de contratos (los aleatorios, los de cooperación, y los *intuitu personae*) en razón del ingrediente peculiar que contienen. Asimismo, distingue entre las donaciones con y sin causa onerosa; en todo lo cual sigue a CAPITANT.

*ción de quien asume la obligación de restituir la cosa, entonces ¿a qué añadir este nuevo elemento a los ya unánimemente reconocidos del consenso y del objeto como esenciales para la formación del contrato?”.*⁵¹

Asimismo, se dice que en los contratos reales generalmente unilaterales, la obligación del único obligado tiene como causa la entrega previa de lo que debe restituir el deudor, sin embargo, esta entrega es necesaria para que se perfeccione el contrato, y no guarda relación con la obligación que éste genera.

Por último, en los contratos gratuitos, se dice que la causa es la mera liberalidad, sin embargo, esa causa se identifica con el consentimiento o voluntad. Como indica MELICH, “*el causalismo caracteriza la causa de la liberalidad por el «animus donandi abstractamente considerado»*; ahora bien, ello equivale a proclamar que existen contratos que se forman simplemente por el concurso del consentimiento y del objeto, pues decir que la causa de la liberalidad es el animus donandi, el «espíritu de liberalidad en sí mismo considerado, con abstracción de los concretos motivos que han llevado al autor de la donación a hacer tal atribución patrimonial sin contrapartida», es tanto como admitir que la causa se confunde con el consentimiento. La causa -se concluye- no constituye ningún elemento autónomo que se agregue, pues, al consenso y al objeto como lo pretenden los autores causalistas, sino que en los contratos bilaterales y en los contratos reales se confunde con el último y en las liberalidades con el primero. Es por lo mismo, no sólo una noción equívoca, sino que también superflua”.

⁵²

C. LA DOCTRINA CLÁSICA DE LA CAUSA ES INÚTIL.

Los anticausalistas esgrimen que tanto la anulación de la obligación por la carencia de causa o bien, por ser ésta una causa ilícita, puede alcanzarse sin recurrir a este elemento.⁵³

⁵¹ MELICH (1997) p. 281.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ En este sentido, HEVIA (1981) pp. 41 y 42, expresa: “*La causa realiza una función clara en el contrato sinalagmático: interrelaciona obligaciones (o prestaciones). ¿Qué función cumple en los demás contratos? En términos simples, es una muleta. Sirve de apoyo al apetito de amplitud de la doctrina, a su afán abarcante: se la quiso proyectar a todo el espectro contractual, y fue necesario descubrir una causa a los contratos no sinalagmáticos. En cuanto a los contratos reales, ello es evidente. En los contratos gratuitos la mera liberalidad, en su sentido típico y abstracto, tradicional, cumple igualmente una función dialéctica, de mera oposición a la causa de los contratos onerosos: si en éstos debe haber*

En efecto, en los contratos bilaterales –como postula la doctrina clásica– la obligación de una parte tiene por causa la obligación de la contraparte, y viceversa; lo cual permite explicar la teoría de la causa, la acción de resolución, la excepción de contrato no cumplido y la teoría de los riesgos, entre otras instituciones, pero en materia de causa, cuando falta una de las obligaciones correlativas ¿no es más directo que anulemos ese contrato porque la obligación de una parte no tiene objeto?

Por su parte, en los contratos reales generalmente unilaterales, los causalistas clásicos postulan que si no hay entrega de la cosa objeto del contrato, no habría causa y por eso deberíamos anular el contrato; sin embargo, el asunto es más sencillo: si no hay entrega, simplemente no hay contrato. En el contrato de depósito –por ejemplo– no existe depositario, mientras no le haya sido entregada la cosa; la falta de causa se confunde aquí con la falta de contrato. En otras palabras, lo que según los clásicos constituye la causa, no sería sino el hecho generador del vínculo obligacional.

Por último, en los contratos gratuitos o de beneficencia, si no existe el ánimo de liberalidad, los clásicos arguyen la falta de causa, pero la discusión resulta ser más modesta: si no hay ánimo de liberalidad, simplemente no hay voluntad. Además *“en materia de donación la voluntad de dar, considerada de una manera abstracta e independientemente de los motivos que la han hecho nacer es una noción carente de sentido”*.⁵⁴

5. Los neocausalistas

La crítica de los anticausalistas significó un grave atentado a la doctrina clásica de la causa, lo cual motivó el surgimiento de un nuevo movimiento: los neocausalistas.⁵⁵ Como señala ESPERT: *“Esta doctrina ha sido expuesta*

una causa, también debe haberla en los gratuitos, aunque no sea más que dar una sensación de equilibrio y coherencia. El carácter superfluo se manifiesta nítido si se considera que la causa del contrato gratuito, la mera liberalidad, no puede jamás faltar, y que tampoco puede faltar la entrega en los contratos reales, pues su inexistencia implicaría la del contrato: y si falta éste, que es el todo. ¿A qué indagar si falta o no la causa, que es un elemento involucrado en el todo?”

⁵⁴ RIPERT y BOULANGER (1963) p. 188.

⁵⁵ En este sentido expone LACRUZ et al. (2000) pp. 425 y 426, *“Para superar las anteriores objeciones CAPITANT, en una obra importante publicada en los años 20 y que fue inmediatamente traducida al castellano, sitúa la causa en la subjetividad de los contratantes. Para él (luego, para muchos otros), la causa es el fin perseguido por los contratantes (causa final, no causa eficiente). En los contratos sinalagmáticos, la causa de la obligación asumida por*

por Henri CAPITANT y en esencia puede considerarse como un derivado de la doctrina de causa final. En efecto, dice CAPITANT, que el fin que se persigue al celebrar un acto jurídico es de carácter económico y no puramente jurídico.⁵⁶ La causa es así un fin económico que las partes persiguen al contratar y esto, sin duda, está más de acuerdo con la voluntad real del que se obliga. Así, el fin perseguido aún en un acto gratuito, es de carácter económico: el donante desea hacer pasar una parte de sus bienes a otro sin contraprestación. Se mantiene el criterio de la causa final; pero se da al fin perseguido el carácter constante de fin económico".⁵⁷ Los neocausalistas entienden que la causa es el interés jurídico-económico que persiguen los autores de un acto o contrato. Ellos parten de la base que al celebrar un negocio jurídico, las personas buscan satisfacer una o más necesidades, por ejemplo, cuando alguien celebra un contrato de arrendamiento no persigue en la actualidad lo que reglamenta el Código Civil, lo que quiere el arrendatario es satisfacer una necesidad: tener un lugar en donde vivir por ejemplo. Se busca un intercambio de prestaciones, intercambio que les permite a las personas satisfacer sus necesidades.

Continúa CAPITANT con su análisis, considerando un acierto de los causalistas clásicos, el haber identificado la causa con el *fin perseguido* por quien asume una obligación en virtud del acuerdo de la voluntad con otro sujeto (*conventio*), y el haber buscado la diferenciación de la causa frente al motivo, a través de la confrontación que hacían los juristas medievales entre la *causa finalis* y la mera *causa impulsiva* de la obligación. Pero luego de señalar estos aciertos, CAPITANT observa, que para sustraerse a las críticas del anticausalismo,

cada una de las partes no es la obligación de la otra, dato objetivo, sino la representación intelectual, psicológica, de la ejecución de esta obligación. La causa aparece como el motivo determinante o los motivos que han entrado en el «campo contractual», para lo que basta que el fin perseguido por una de las partes hay sido conocido por la otra. La función de la causa, en CAPITANT, sobrepasa la formación del contrato para extenderse a su ejecución: justifica la resolución por incumplimiento, la excepción de contrato no cumplido, la teoría de los riesgos [...]. La doctrina del gran civilista francés pone de relieve un aspecto del contenido del contrato –los motivos– que la doctrina clásica había descuidado, y cuya consideración es indispensable para situar la causa ilícita de que hablan todos los Códigos latinos, cuya ilicitud, si ha de ser distinta de la del objeto, sólo puede residir en el animus de los contratantes; en sus intenciones personales, variables en cada caso y que, por tanto, no forman parte del contenido estándar del contrato".

⁵⁶ ESPERT (1968) p. 111, califica a CAPITANT como un autor que adhiere a la teoría finalista de la causa, considerando que ésta es el fin que se proponen las partes conseguir por medio del contrato.

⁵⁷ LEÓN (1961) pp. 26 y 27.

se hace necesario reformular la teoría de la causa del causalismo clásico, manteniendo de ella la idea de la unidad de la noción de causa, que en su conjunto debe continuar entendiéndose en el indicado sentido de *causa de la obligación*, pero redefiniendo este concepto a fin de que él pueda explicar la utilidad del concepto no sólo a los fines del perfeccionamiento del contrato sino también su influencia sobre la vida de la obligación.⁵⁸

⁵⁸ MELICH (1984) pp. 34 y 35. La influencia de la causa sobre la vida de la obligación, traería consigo dos consecuencias fundamentales, a saber: 1°. La causa forma parte integrante de la voluntad creadora de la obligación. El acreedor de una obligación voluntaria debe probar no sólo el contrato, sino que la obligación que de él surge tiene causa y causa lícita. Así, el acreedor no puede contentarse con decir que se le debe tal suma; debe probar la causa del crédito, por ejemplo: un préstamo, una donación, una venta, una obligación natural que el deudor ha querido transformar en obligación civil, etc. Vemos, sin embargo, que la ley presume la existencia de semejante causa, salvo prueba en contrario (art. 1.158 del *Code*). 2°. Una obligación no es válida sino cuando el fin previsto es susceptible de ser alcanzado y es lícito. Así, el fin no es susceptible de ser alcanzado cuando, por ejemplo: un comprador compra de buena fe una cosa de la que no es propietario el vendedor (art. 1.483 C. civ.); un heredero, creyéndose parte de un testamento revocado sin su conocimiento, promete dar al pretendido legatario un objeto determinado en pago (error en la causa). Igualmente, el fin será ilícito cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres, por ejemplo: un contratista promete una comisión a un funcionario del MOP para obtener la aprobación de la propuesta en una licitación. La influencia de la causa también se manifiesta sobre la vida de la obligación, porque: 1°. En un contrato sinalagmático, cuando una de las partes reclama el cumplimiento de la prestación que le ha sido prometida, debe probar que este cumplimiento de la prestación que le ha sido distinto del perseguido por la otra parte. Así, pues, debe probar que su contraparte ha conseguido el lograr porque él está dispuesto a cumplirla. Por ejemplo, el vendedor no podría reclamar del comprador el pago del precio, a no ser que haya entregado o prometido entregar al mismo tiempo la cosa vendida (*exceptio non adimpleti contractus*). 2°. Si por consecuencia de un acontecimiento posterior al origen de la obligación (caso fortuito o fuerza mayor, falta de cumplimiento de la otra parte), el fin querido por el deudor no puede conseguirse, cesa su obligación. Así, si perece la cosa arrendada durante el arrendamiento, el arrendatario queda liberado de pagar el alquiler (art. 1.588 C. civ.) y, recíprocamente, si el arrendatario no paga el alquiler prometido, tiene derecho el arrendador a desahuciarlo; e igualmente, si el comprador no paga el precio, el vendedor puede pedir la rescisión de la venta (art. 1.493 C. civ.), y por su parte el comprador que sufre evicción tiene derecho a negar el pago o pedir reembolso de lo pagado (art. 1.508 C. civ.). este sería también el fundamento de la acción por resolución del contrato bilateral (art. 1.167 C. civ.). El otro gran tratadista francés que más ha influido sobre la jurisprudencia de su país, después de adherir inicialmente a la tesis de *CAPITANT* (hay un análisis psicológico exacto: el vendedor, por ejemplo, vende para tener el precio,

Los neocausalistas mantienen la idea de que en los actos o contratos debe perseguirse un interés, no puramente jurídico, sino que también económico, por eso los neocausalistas rehabilitan la idea sustentada por los clásicos: los actos jurídicos requieren causa, pero ella consiste en el interés jurídico y económico que las partes persiguen al celebrar un acto jurídico. Lo anterior tiene como consecuencia que el interés jurídico será siempre lícito, pero el económico puede o no serlo.

MELICH agrega que: *“Esta concepción de la causa ha sido llamada concepción subjetiva de la causa e igualmente concepción convencional, oponiéndola así a la concepción objetiva o legal, según la cual la causa es constante e inmutable en cada género de contrato, sea cual sea la intención personal que hubieren tenido las partes y que corresponde a la concepción tradicional del causalismo clásico”*.⁵⁹ E intenta demostrar la necesidad del elemento causa; en los contratos sinalagmáticos, señalando que: *“No puede eliminarse la noción de causa, basta hacerlo para comprobar que con las solas nociones de consentimiento y objeto no se logra explicar la estructura de tales contratos. Si la obligación de cada parte fuese independiente de su causa esta obligación viviría con vida propia, independiente de la otra. El arrendatario estaría obligado a pagar el canon de arrendamiento aunque el arrendador no le entregare la cosa arrendada. Los anticausalistas habían hecho en este punto una objeción profunda a la teoría clásica de la causa. Decían ellos: puesto que los causalistas dicen, al diferenciar causa y motivo, que la causa es un elemento objetivo, siempre el mismo en todo género de contrato, al contrario de los motivos que son cambiantes y subjetivos, no se explica qué utilidad pueda tener la noción de causa para explicar la nulidad de un contrato por ilicitud. En efecto, si, el cobrador se obliga siempre para conseguir la transmisión (transferencia) de la propiedad que se obliga a hacerle el vendedor, si el arrendador se obliga siempre para obtener el pago del canon de arrendamiento, si el donante se obliga siempre para beneficiar al donatario (animus donandi, abstracción hecha en los motivos), etc.; entonces, es evidente que jamás podrá servir la noción de causa para explicar la nulidad de los contratos nominados. La ilicitud de tales contratos no podrá encontrarse en la causa tal como ha sido definida, sino en la finalidad perseguida por el contrato en*

no el crédito del precio; el comprador compra para tener la cosa), concluye oponiéndose a esta conclusión de CAPITANT así: *“Pero hay interés en distinguir los dos momentos de la vida del contrato: formación y ejecución, en que esta noción interviene: nulidad y resolución. La causa es elemento de formación de la convención, condición de existencia de la obligación. Ella es la prestación prometida, no la prestación ejecutada; la contrapartida convenida, no la contrapartida realizada”*.

⁵⁹ *Idem.*, p. 36.

su totalidad, en el límite que a la libertad de contratar estipula el artículo 6º del Código civil. Esta objeción es la que ha llevado a algunos autores –por ejemplo DEMOGUE a hablar de «causa del contrato».⁶⁰ Pero, CAPITANT sostiene que “basta modificar el concepto clásico de causa de la obligación, para que la objeción anticausalista no encuentre asidero y no tengamos necesidad de duplicar la noción de causa, agravando así más aún la complejidad del problema”.⁶¹ Además, agrega en este punto que “el causalismo clásico había tenido una visión cegada acerca del fin perseguido por los contratantes cuando estos concurrían con su voluntad a formar un contrato sinalagmático. Si la causa constituye el fin perseguido por el autor de la declaración de voluntad, entonces se debe incluir en dicha noción la efectiva realización de ese fin perseguido y no sólo la posible ejecución del mismo”.⁶²

⁶⁰ De acuerdo a *Idem.*, p. 37, DEMOGUE (*Traité des Obligationis*”, I, página 544) sostiene que ya VENEZIAN había hecho “sentir el carácter social de la causa al observar que ella tiene por fuente no la voluntad de cada contratante, sino la cooperación que se realiza, de suerte que el antecedente del efecto jurídico es, no una primera y una segunda voluntad, sino la voluntad común”.

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² Además, como escribe CAPITANT (1927) n°s 18 y 19: “En algunas clases de contratos sinalagmáticos, la causa se complica con un elemento nuevo, pues los contratantes persiguen un fin especial que viene a agregarse al fin ordinariamente pretendido. Esto sucede en los contratos aleatorios, en aquellos contratos sinalagmáticos en que los contratantes persiguen un mismo fin común a todos, en los contratos *intuitu personae* y en los contratos con doble causa: 1º. En los contratos aleatorios las obligaciones de las partes pueden estar organizadas de diversos modos. En unos (el juego) una sola de las partes quedará obligada si la suerte se vuelve contra ella; en otros (el seguro por ejemplo) una parte se obliga a pagar una suma determinada para estar al abrigo de un riesgo, prometiendo la otra indemnizarle para el caso de que el riesgo tenga lugar; en los demás en fin (renta vitalicia a título oneroso por ejemplo), cada contratante se obliga a una prestación determinada, pero cada uno especula con el riesgo. Pero todos estos contratos tienen de común el hecho de que la buena o mala suerte es un elemento constitutivo de la manifestación de voluntad, pues hacen depender del álea el origen, la extinción y la extensión de sus obligaciones, según los casos. Se ha sostenido que el álea (o riesgo) no es sino un motivo de la obligación del contratante. Esto no es verdad –añade CAPITANT- porque el álea forma parte integrante del acuerdo de voluntades, de tal modo que si no existe el álea, las obligaciones contraídas se encuentran sin causa, desaparece la razón jurídica de su deber de cumplimiento. Así según el artículo 1.794 C. civ., el contrato de renta vitalicia constituida sobre la vida de una persona ya muerta cuando se celebró el contrato, no produce ningún efecto. ¿Por qué? Porque en este caso faltaría el álea: la incertidumbre sobre cuánto vivirá aquella persona sobre la duración de cuya vida se constituyó la renta”.

Por otra parte, como señala LACRUZ: *“Analizando un contrato cualquiera, encontramos siempre como contenido suyo, una regulación de intereses; y en íntima compenetración con ese contenido, una función práctica (función económico-social) que le es o debe ser inmanente. Esta función práctica, en sí constituye para una parte de la doctrina la causa objetiva del negocio. Tal causa objetiva, diverge de categoría en categoría de actos; pero todos pertenecientes al mismo tipo, tienen una misma causa única y uniforme. El contrato de sociedad tiene una causa objetiva; otra la donación; otra el préstamo, etc. Se pretende que la causa, así entendida, cumple una ulterior función, como instrumento de calificación del contrato: de «causa categórica» hablan entonces MARTY y RAYNAUD. «Causa es, pues –dice Ruggiero–, el fin económico y social reconocido y protegido por el Derecho; es la función a que el negocio, objetivamente considerado, se dirige: es la condición que justifica la adquisición en cuanto excluye que sea lesiva al derecho ajeno; representa en cierto modo la voluntad de la ley frente a la voluntad privada». En posición más ecléctica e integradora De Castro identifica la causa con el valor social del negocio que le hace acreedor a la tutela del ordenamiento. Para CLAVERÍA GONSÁLVEZ, la causa del contrato, en Derecho español, es la función práctico-social concreta querida por los contratantes al celebrar el negocio”*.⁶³

Ahora bien, podríamos distinguir una nueva tendencia dentro de la corriente neocausalista: la teoría de la causa objetiva fundada en su rol social.⁶⁴ Agrega LACRUZ que: *“Esta idea de la función social como justificante de la tutela del contrato por el ordenamiento jurídico es de aplicación limitada, por cuanto la duda, en relación a la susceptibilidad de tutela de cualquier acuerdo, no surge sino cuando éste no se identifica con alguna de las categorías que la ley explícitamente aprueba y regula: contratos nominados o típicos que por su propia función se hallan reconocidos por el Derecho y provistos de una disciplina peculiar. La función del contrato típico no puede, en sí, ser lícita, porque ha sido preestablecida por la ley, y por definición es acreedora a la protección del ordenamiento. Al acuerdo atípico, en cambio, se le exige un «interés serio y legítimo» (CARBONNIER); «merecedor de tutela» (MESSINEO)”*.⁶⁵

⁶³ Vid. LACRUZ et al. (2000) pp. 426 y 427.

⁶⁴ Dentro de la doctrina neocausalista, se podría distinguir dos corrientes, a saber: (i) La doctrina neocausalista objetiva, y (ii) doctrina objetiva de la causa, fundada en su rol social. Así lo entiende –por ejemplo– LACRUZ et al., quien habla de *teorías objetivas modernas* para referirse –principalmente– a las doctrinas neocausalistas basadas en el rol social de la causa. Al respecto, vid. LACRUZ et al. (2000) pp. 426 y ss., y MELICH (1987) pp. 283 y ss.

⁶⁵ LACRUZ et al. (2000) p. 427. En este sentido, ALESSANDRI-SOMARRIVA (1998) pp. 284 y 285: *“La causa, en el sentido subjetivo, es la representación psíquica del fin práctico e inmediato que se quiere lograr con el acto y que induce a realizar éste. Trátase de un motivo inme-*

Por su parte, la doctrina italiana abriría cauce a una evolución que culminaría, en un concepto absolutamente nuevo de causa. Dicha evolución luce un carácter esencialmente conceptual o teórico. En donde la doctrina francesa, para fijar un concepto de causa se volcó en la obra de los canonistas, la doctrina italiana, intentó –a la luz de el estudio de los problemas actuales– estructurar un concepto original e inédito de causa y aún, la propia mirada de los clásicos, parece servir a este propósito. Así, ya en la época de dictación del Código Civil italiano de 1942, esa tentativa ya arrojaba sus frutos. Los autores italianos se fueron distanciando de la doctrina francesa, toda vez que se focalizaron en el estudio de autores alemanes. Este influjo germánico es, sin duda, uno de los factores primordiales en el progreso de la doctrina italiana. Entre los procesos intelectuales que causan tal progreso ha

diato al acto, determinante del mismo y abstracto. Es inmediato porque en la serie de motivos que puede haber para celebrar un acto jurídico, resulta, en el tiempo, el más próximo a él. Si, por ejemplo, deseo regalar una cosa y para poder hacerlo necesito comprarla, la compraventa que celebraré tendrá dos motivos: el deseo de regalar la cosa y el de obtenerla; el motivo más cercano a dicho contrato es, no cabe duda, la representación que aparece en mi mente relacionada con la obtención de la cosa; el deseo de donar, como motivo que induce a celebrar la compraventa aunque primero en acudir a la mente, está, respecto de este contrato, más lejano que el de adquirir la cosa a cambio del precio. La causa, como motivo calificado, y al revés de los demás, es determinante de la celebración del acto, porque es el que decide a la voluntad a llevar a cabo este acto; los otros motivos, aunque impulsan al acto de que se trata, no son decisivos en la celebración de ese acto preciso, como quiera que la finalidad que representan podría realizarse por otros medios. Si para regalar la cosa del ejemplo, no necesito adquirirla mediante la operación de la compraventa, nada me empujará a celebrarla; pero si ocurre lo contrario, justamente seré inducido a ese contrato por la idea de adquirir la cosa a cambio del precio. El motivo de regalar también arrastra, pero respecto al acto preciso mismo, a la compraventa, no es determinante, pues, si pudiera o quisiera obtener la cosa por otra vía, una permuta, por ejemplo, mi voluntad no se determinará a celebrar aquel contrato. Por último, la causa no es individual, sino un motivo abstracto, en el sentido de que prescinde de los autores concretos, determinados, específicos, de cada acto jurídico en particular; sólo se refiere a los autores en general de un tipo de acto, cualesquiera que ellos sean en cada caso. Por esto mismo, la causa es siempre un motivo constante [...]. En resumen, la concepción subjetiva de la causa mira a ésta como un motivo que se distingue de los demás por su naturaleza abstracta, constante, y por ser el motivo próximo y determinante del acto; los demás motivos que, en tesis general, carecen de relieve jurídico, son concretos, individuales, variables, lejanos y no determinantes del acto; se califican de motivos lejanos o remotos o, simplemente, de motivos, a secas, por oposición al motivo elevado a la categoría de causa. Considerados como causa, los motivos lejanos o en sentido estricto, adoptan en la doctrina la denominación de causa impulsiva u ocasional”.

de contarse la concepción germánica acerca del negocio jurídico, a la cual se le vinculó el concepto de causa.⁶⁶

Como señala HEVIA: *“Se observó que la voluntad de los particulares no podía conceptuarse como fuente de efectos jurídicos: éstos sólo pueden surgir del ordenamiento. Los efectos que los particulares producen o realizan sólo pueden ser efectos económicos y prácticos, mas no jurídicos. La faceta jurídica, esto es, la protección de tales efectos prácticos, deriva del ordenamiento, independientemente de la voluntad de los autores del negocio. El hecho de destacar la faceta económica en los efectos del acto jurídico, empujaría al pensamiento jurídico alemán por una ruta muy diversa de la seguida en Francia. El concepto de atribución patrimonial (zuwendung) elaborado por la doctrina alemana modifica el concepto del negocio jurídico, que «no aparece ya solamente como un esquema lógico, sino como un instrumento práctico para la realización de intereses concretos. La relación entre voluntad y efectos viene a asentarse sobre nuevas bases, no ya con referencia a efectos jurídicos, sino con referencia a efectos económicos: a los resultados económicos, prácticos y concretos»”*.⁶⁷

El primer paso en Italia fue, pues, subsistir los fines jurídicos del contrato del contrato por fines prácticos y económicos: las obligaciones por prestaciones. La atribución de la causa al negocio, por otra parte, llevó a prescindir de la visión parcial de la causa: ésta no se concibe ya desde el punto de vista de aquel o de este contratante, sino desde la perspectiva integral del negocio en su conjunto. Así, en la compraventa, la causa del contrato es el cambio operado, el intercambio de prestaciones (cosa por dinero). Se habló entonces de la *funzione economica* o de *ragione economica e sociale* del negocio. Otro factor importante, que demuestra la superación de la doctrina clásica por el desarrollo del fenómeno contractual, fue la diversificación de los tipos contractuales: al definir con amplitud la causa, como función o razón económica, se satisfacía la necesidad conceptual de una formulación que comprendiese no sólo los contratos en que el cambio de prestaciones se produce

⁶⁶ La doctrina italiana se basó también en el Derecho Romano, y en autores franceses como PORTALIS, DOMAT y POTHIER. Por su parte, la causa era en Alemania, un concepto perteneciente al campo de las obligaciones (se hablaba de *Zweck*; *motivo*) y al campo de los derechos reales (y entonces se hablaba de *Grund*; *fundamento*), y esta vertiente conceptual convergió en el terreno del *Zuwendungsgechäft*, es decir, del *negocio de atribución patrimonial*, una vez nacido este concepto.

⁶⁷ FERRI (1949) p. 93.

de una manera simple (por ejemplo, compraventa, permuta), sino también a otras combinaciones de prestaciones; por ejemplo, sociedad.⁶⁸

Al señalarse que la causa equivale a la función social y económica del negocio jurídico, se dice, cuando menos, que el contrato no es un simple instrumento de los intereses particulares; y cuando más, según una interesante tesis extrema, que los contratantes deben encauzar su querer en los paradigmas diseñados por el ordenamiento.⁶⁹

La idea de identificar la causa del negocio con la función del negocio, logró gran difusión en la doctrina y jurisprudencia. La función del negocio equivale a la *función socioeconómica*, es decir, se trata de una finalidad considerada socialmente, y no individualmente por cada contratante. Por ello se trata de la causa del negocio y no de la causa de las obligaciones.⁷⁰

⁶⁸ GIORGIANI (1961) n° 8.

⁶⁹ En este sentido y como agrega HEVIA (1981) p. 63: *“La evolución reconoce varios estadios: en una primera etapa, coexisten las concepciones objetiva y subjetiva. La causa objetivamente considerada es la relación existente entre las prestaciones, o sea, la función económica del negocio: por ejemplo, en la compraventa, el cambio de la cosa por el precio; subjetivamente, en cambio, se la sigue entendiendo como el motivo próximo tenido en cuenta por cada contratante, es decir, como prestación. Con la noción subjetiva se responde a los problemas tradicionales de la causa. Objetivamente, se la refiere al negocio; subjetivamente, a las prestaciones”*. En este mismo sentido, agrega RUGGIERO (*sine data*) p. 287 que: *“Suele decirse entonces que, por ejemplo, en la venta es causa de la obligación del vendedor de dar la cosa, la obligación del comprador de pagar el precio, y viceversa; y más brevemente, que la causa es para el vendedor el precio y para el comprador, la cosa; que en el mutuo es causa de la obligación de restituir que tiene el mutuario la precedente entrega de la suma, etc. Esto no es inexacto, pero nos ofrece la causa contemplada subjetiva y unilateralmente como razón que determina a cada parte a asumir la obligación suya, no la causa en su orgánica unidad objetiva que es la razón (y la única razón) para ambas partes; la causa del contrato no es la causa particular de uno u otro de los contratantes, sino que está en la esencia de todo el contrato”*.

⁷⁰ El *Codice* de 1942 se refiere a la causa en los contratos en su artículo 1325, y también a la causa de los actos jurídicos unilaterales de carácter patrimonial por remisión al artículo 1324. En relación a la licitud de la causa, exigida por el artículo 1343 del *Codice*, es característico un problema: no se puede concebir la ilicitud si por causa se entiende la función del negocio reconocida como digna de tutela por el ordenamiento. Y no puede asimilarse la causa al motivo para estos efectos, puesto que el Código italiano regula separadamente la *causa illicita* (art. 1343).

En síntesis, es posible señalar que la causa consiste en la finalidad económica y social del negocio jurídico, a la que el ordenamiento reconoce como digna de tutela.

III. DE LOS DIVERSOS TIPOS DE CAUSA

La palabra causa se puede considerar, en tres acepciones distintas: causa eficiente, causa final y causa ocasional.

1. Causa eficiente

La causa eficiente es el antecedente que genera el efecto; desde este punto de vista, está tomada como fuente, fundamento u origen de algo. Así, la causa eficiente de las obligaciones son las fuentes de las obligaciones. Como expresa LEÓN: *“En este sentido entendían la causa los jurisconsultos romanos. Y así, se distinguían las obligaciones ex variae causarum figurae, es decir, quasi ex contractu, quasi ex maleficio (que comprende al cuasicontrato, delito y cuasidelito). Esta causa de la obligación –causas civiles- era la fuente capaz de crear el vinculum juris, el simple pacto, no podía generar la obligación. El cumplimiento de la fórmula era más fuerte que el consentimiento. No es ésta la acepción que nos interesa para nuestro estudio, pues si el legislador exige como condición de validez del acto o contrato que éste tenga una causa lícita (artículo 1445 del Código Civil), no se está refiriendo evidentemente a las fuentes de las obligaciones, entre las que se encuentra el contrato, pues la causa sería requisito del contrato y a la vez el contrato mismo, lo que es un absurdo”*.⁷¹ Por su parte, CLARO SOLAR expresa: *“Este concepto tiene su origen en el Derecho Romano y –según él-, es el verdadero sentido que a la causa atribuían los jurisconsultos de entonces. Por él se entiende al elemento generador del efecto, el que da origen a algo que antes no existía, lo cual, concretado a las obligaciones, significa el acto que les da vida, la fuente de donde emanan”*. Según los artículos 1437, 2284 y 578 del Código Civil tales fuentes son: las convenciones o contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley, todos los cuales constituyen, de acuerdo con la doctrina, la causa de las obligaciones.⁷²

⁷¹ LEÓN (1961) pp. 23 y 24.

⁷² En este sentido, MELICH (1984) p. 9, señala que CLARO SOLAR estima que: *“Basta lo dicho para comprender que esta teoría no puede ser aceptada en nuestra legislación. El Código exige la causa como requisito de validez del acto o contrato, de modo que si ella fuera la fuente de las obligaciones, sería en muchos casos el mismo acto o contrato, lo que constituye un absurdo. Ello importaría decir que uno de los requisitos de existencia y validez de la convención, es la misma convención, logogrifo impropio del legislador”*.

2. Causa final

Se entiende por causa final el interés jurídico-patrimonial que persiguen los autores de un acto o contrato.⁷³ Para la doctrina clásica sería aquella que corresponde a cada tipo de contrato.⁷⁴ Como indica MELICH: *“La noción de causa final que hemos heredado de la tradición del derecho intermedio, no corresponde a la de causa civilis de que nos habla el Digesto. Aquí la causa tenía inequívocamente el significado de causa eficiente, esto es, de causa generadora de la obligación. Ella consistía en la res o entrega de la cosa en los cuatro contratos llamados reales, en el carácter típico del negocio consagrado por la práctica cotidiana en los cuatro contratos consensuales, en la utilización de la forma (stipulatio), etc. «La palabra causa –explica BONFANTE– equivale aproximadamente a nuestra palabra relación. No es el motivo por el cual la parte obra, sino el motivo por el cual ley reconoce la sanción jurídica, esto es, la esencia objetiva de la relación entre las partes, el negocio. En una infinidad de usos: iusta causa traditionis, iusta causa usucapionis, la iusta causa en base a la cual se concede la restitutio in integrum, etc., aparece esta vinculación de la idea de causa con el derecho objetivo. Causae obligatorum son para los romanos lo que nosotros llamamos fuentes de las obligaciones, esto es, relaciones objetivas con fundamento en las cuales se reconoce la obligación (ommissis); la causa es entendida por los romanos y debe ser entendida lógicamente no en el sentido subjetivo, en relación al agente, a su voluntad interna, sino en sentido objetivo referida al derecho, al legislador”*.⁷⁵ Agrega MELICH que: *“A primera vista pudiera parecer, en efecto, que hay una radical oposición entre la concepción romana de la causa civiles y la concepción de la causa que presenta nuestro Código referida a un elemento psicológico o subjetivo, como lo es el fin perseguido por quien se obliga. Pero no hay que exagerar esta oposición. También en la concepción subjetiva de la causa que*

⁷³ A este respecto, FIGUEROA YÁÑEZ (1995) p. 325, dice que la causa final *“[e]s el fin inmediato e invariable de un acto, o sea, el fin próximo que determina la voluntad a obrar y que siempre es posible encontrar en la estructura misma del contrato; y que es siempre idéntica para todos los actos pertenecientes a una determinada especie. De lo dicho se desprende que este concepto no es psicológico ni variable, sino que, por el contrario, es siempre igual para todas las personas que se encuentran en idénticas condiciones contractuales y es perfectamente determinado y concreto en su aplicación”*..

⁷⁴ En este sentido, MESSINEO (1954) p. 372 señala que: *“La finalidad típica y constante, cualquiera que sea el sujeto empírico que se valga del negocio y cualesquiera que sean sus móviles individuales”*. Y LEÓN-MAZEUD (1956) n° 255, p. 205 que *“Es la razón por la cual el contratante asume su obligación”*.

⁷⁵ Vid. BONFANTE (1908) p. 123, MELICH (1984) p. 9.

*recepta nuestro Código Civil se ve la causa, desde cierta perspectiva al menos, como una razón justificadora de la sanción jurídica de la promesa”.*⁷⁶

Decíamos, que desde el punto de vista del moderno causalismo, la causa equivale al interés jurídico patrimonial que persiguen los autores del negocio jurídico.⁷⁷

En el Derecho italiano se afirma que *“es necesaria la valoración del fin perseguido por las partes, con el criterio de las exigencias del interés público; que frente a cada manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico será preciso considerar si con ella se realiza un fin socialmente útil; que es preciso «comparar la voluntad concreta de los sujetos y las finalidades a que ésta tiende, con la función jurídica del negocio; que esta voluntad concreta debe estar mit den Zielen der Volksordnung im Einklang; en fin, se identifica la causa del negocio con la función económico-social de la autonomía privada reflejada en el tipo de negocio considerado abstractamente”.*⁷⁸ Agrega

⁷⁶ MELICH (1984) pp. 10 y 11.

⁷⁷ A la doctrina tradicional de la causa final (de DOMAT y POTHIER), le ha seguido la tesis del fin-económico. Esta doctrina ha sido explicada por CAPITANT y en esencia puede considerarse como un derivado de la doctrina de la causa final. En efecto, de acuerdo a LEÓN (1961) pp. 26 y 27, CAPITANT sostiene que el fin que se persigue al celebrar un acto jurídico es de carácter económico y no puramente jurídico. La causa es así un fin económico que las partes persiguen al contratar y esto, sin duda, está más de acuerdo con la voluntad real del que se obliga. Así, el fin perseguido aun en un acto gratuito, es de carácter económico: el donante desea hacer pasar una parte de sus bienes a otro sin contraprestación. Se mantiene el criterio de causa final; no se cae en los motivos, pero se da al fin perseguido el carácter constante de fin económico. Por su parte, COVIELLO (1938) p. 344, sigue también esta doctrina y dice que: *“el acto jurídico es la manifestación de voluntad de una o más personas, cuyas consecuencias jurídicas van encaminadas a realizar el fin práctico de aquellas”.*

⁷⁸ FERRI, Luigi (2001) pp. 345 y 346, estima que el padre de esta orientación es el francés DUGUIT (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, París, 1901). Entre los italianos se alinearon en esta tendencia MORATI (*La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*), BETTI (*Autonomía privada e competenza Della lex loci actus*), y PINO (*L'eccessiva onerosità Della prestazione*), entre otros autores. Para BETTI (2000) cap. III, n° 22, p. 189, la causa ejerce una función de control sobre la autonomía privada, ya que el Derecho no presta su apoyo al simple capricho individual, no reconoce intentos impulsados por móviles fútiles o improductivos, sino a funciones económicas o sociales que considere plausibles. La causa –escribe BETTI– sin dejar de ser en sí una entidad social y extrajurídica, se convierte en el fundamento, la *ratio iuris* de la norma que pronuncia el reconocimiento jurídico. De acuerdo a BETTI (2000) p. 189 y ss., quien sigue en este punto a FERRI, Giovanni (1968)

FERRI, que de este modo el sujeto debería, al regular sus intereses por medio del negocio jurídico, proponerse al mismo tiempo fines sociales o satisfacer necesidades generales o sociales: las mismas necesidades que han movido al legislador cuando ha configurado un determinado esquema negocial.⁷⁹ PINO sostiene que el problema de la existencia o ilicitud de la causa se reduce a la investigación de la correspondencia entre lo que las partes han regulado prácticamente y la función que en abstracto se estima merecedora de tutela

en Italia, la mayoría de los autores se inclina por la posición objetiva. Para ellos la causa, como lo dice TRABUCCI, es la función económico-social de todo negocio, que no debe confundirse con el fin individual o motivo; en sentido similar se pronuncian STOLFI, FERRARA, BETTI, COVIELLO.

⁷⁹ Como señala MELICH (1984) pp. 19 y 20, a esta concepción objetiva de la causa del contrato se le ha reprochado ser un espejismo de la seducción ejercida por la idea de tipicidad propia del Derecho Romano sobre los civilistas, en cuanto que tal concepción, imitando lo que ocurría en Roma, tiende a relacionar el reconocimiento jurídico más con el *negotium* (caracterizado por ciertas cualidades) que con la pura *conventio* o acuerdo de las partes. En todo caso, es lo cierto que ella entiende que tal función económica-social reservada por el Derecho al acuerdo de voluntades y que hace que éste produzca los efectos ciertamente torna tales efectos independientes de la representación subjetiva que se hayan hecho las partes, es algo tan esencial a la existencia del contrato, que MESSINEO (1986) p. 110, n° 11, Cap. II, vol. I, enseña que esta doctrina de la causa del contrato debe referirse también “*al contrato en concreto, en el sentido de que si las partes lo realizan (el acuerdo de voluntades), sin una causa, es decir, desviándolo de su función económica-social, el mismo es improductivo de efectos, porque va dirigido a una finalidad distinta de la que admite el ordenamiento jurídico*”. Esta concepción de la causa del contrato como función económico-social del negocio admitida o permitida por el Estado ha sido acusada también, de acuerdo a GORLA (1959) vol. I, § 19, pp. 255 y ss., de representar una exacerbación de las ideologías favorables al dirigismo económico. Se ha señalado que para obtener los fines sociales de una economía dirigida ya son suficientes las concretas normas legislativas encaminadas a ordenar aspectos concretos de la producción y de la distribución de la riqueza, sin que parezca conveniente “*exponer al contrato a un poder discrecional del juez que acabaría por destruir el contrato mismo en su función esencial, en contra de las exigencias de seguridad y de estabilidad que constituyen su base*”. Se agrega a esto que “*no todos los contratos de intereses económicos tienden a resolver problemas de producción y distribución de la riqueza para conseguir el bienestar social*”, por lo que el desmesurado intervencionismo estatal a través del mecanismo de la *causa del contrato* y del pretexto de detectar desviaciones en ésta “*sólo sería admisible en un Estado que pretendiera absorber y controlar toda la vida de los individuos*”.

y se habla de una confrontación entre el esquema de esa determinada ley contractual y los esquemas legales típicos preordenados.⁸⁰

3. Causa ocasional

Ha sido definida como, la razón o razones *subjetivas* que motivan a una persona a celebrar un negocio jurídico.⁸¹ A esta causa se llama también causa

⁸⁰ Vid. REDENTI (1950) p. 906. En este punto, como indica ALESSANDRI-SOMARRIVA (1998) p. 285, CARIOTA (*El negocio jurídico*, Madrid, 1956, p. 506) sostiene que: “Las concepciones extremas objetiva y subjetiva de la causa suelen ser aproximadas. Los partidarios de la primera declaran que en el terreno psicológico, la causa opera como uno de los motivos, en cuanto se subjetiviza”. Por su parte, TRABUCCHI (*Instituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1954, p. 147) señala que: “El fin objetivo del acto o contrato aparece en la psiquis de las partes del acto y se identifica con el motivo próximo del acto. La causa así puede mostrarse como el último motivo, constante, en la determinación psicológica”. Por su parte, los partidarios de la concepción subjetiva- vid. v.g. LONGO (*Corso di Diritto Romano, sine data*, Milano p.58)- dicen que si bien el fin práctico o causa del acto es por sí mismo un motivo determinante de la voluntad de las partes, trátase en verdad de un motivo que se objetiva en el contenido típico del acto. Asimismo, estiman que sería inconcebible que la ley se contentara con que la representación psíquica del sujeto permaneciera en el fuero interno de éste, sin que se proyectara objetivamente al exterior en el acto que se realiza o celebra. BARCIA (2007) pp. 97 y 98, indica respecto de las teorías objetivas de la causa: “En la actualidad, están en franca retirada. Ellas niegan toda relevancia al fuero interno en el acto jurídico. La teoría objetiva es una respuesta a la escolástica, y se funda en las tesis de los pandectistas y SAVIGNY que se esforzaron por crear una teoría del negocio jurídico, científica y alejada de las concepciones voluntaristas. Esta teoría tiene múltiples variantes, como la que señala que la causa es una atribución patrimonial. En tal sentido, la causa sería la exigencia de una relación causa-efecto entre los actos traslaticios de dominio y la tradición como modo de adquirir el dominio”.

⁸¹ En este sentido, DUCCI (2007) p. 308 expresa que: “La causa ocasional equivale a los motivos individuales que han llevado a realizar el acto”. Por su parte, FIGUEROA YAÑEZ (1995) p. 325 expresa que la causa ocasional “está constituida por el fin lejano y variable de un acto y es de carácter estrictamente personal y psicológico. Es diferente para cada individuo, ya que es el móvil, la razón que lo impulsa a celebrar un acto o contrato en determinadas circunstancias. De ahí que una misma especie de acto pueda tener infinitas causas, según sean los fines que hayan perseguido las partes. Se le llama también «motivo psicológico» o, simplemente, «motivo»” Por su parte, CAPITANT (1927) p. 20 expone lo siguiente: “En realidad uno se obliga para alcanzar resultado determinado, resultado que espera del contrato, o se obliga, porque tal resultado se encuentra ya realizado. En este sentido, la voluntad se toma en su unidad psicológica”. Y destaca que BUFNOIR (*Propriété et contrat: théorie des modes d’acquisition des droits réels et des sources des obligations*, París, p.

*impulsiva, psicológica o subjetiva, estas razones subjetivas son los motivos, por lo tanto son esencialmente diversos, en mil contratos de compraventa, capaz que existan mil motivos distintos por los cuales los compradores celebraron el respectivo negocio. La causa ocasional equivale a “los motivos individuales, personales de cada parte, son los resortes de su voluntad que la determinan a contratar. Esos motivos o causas ocasionales varían hasta el infinito y, a menos que se expresen, permanecen en el fuero interno de cada parte sin que puedan determinarse objetivamente”.*⁸²

Ahora bien, en la terminología jurídica al fin se le llama causa de la obligación.⁸³ Como indica CAPITANT: *“La palabra causa hace pensar, en efecto, en algo anterior al acto cumplido, en algo de lo cual es consecuencia este acto, y la palabra fin hace alusión a algo futuro, o, a lo más, presente, porque puede suceder que se alcance en el momento mismo de la conclusión del acto, pero nunca se refiere al pasado. Sería preferible para la claridad de las ideas, sustituir la expresión de fin por la de causa”.*⁸⁴

IV. CAUSA Y MOTIVOS

Un punto relevante en doctrina, consiste en determinar con cierta precisión, las diferencias entre *causa* y *motivo*. En este sentido como indica RIPERT: *“La causa es la justificación que la economía del contrato, da a la creación*

529) agrega que la causa “es como un elemento subjetivo que completa la voluntad de quien se obliga. Obligarse es una parte de la voluntad, es la voluntad tomada en relación con su decisión final y no con una unidad de su fin y la complejidad de sus elementos”. La misma idea postula SCHOLSSMANN (1886) p. 39: *“El fin no es por su naturaleza algo distinto de la voluntad expresada en un acto jurídico, sino su elemento constitutivo, y desde el punto de vista de quien quiere, el elemento esencial de la voluntad. Yo doy, o me obligo por alcanzar el fin que me propongo; no daría ni me obligaría si no esperara llegar a conseguir mi fin. La tradición, la obligación que yo asumo, carecen por sí mismas de interés para mí; no me interesan sino por el resultado apetecido; no constituyen un fin para mí, sino un medio para alcanzar el fin. El medio está subordinado al fin, fin y medio, los dos son deseados por mí, pero el último solamente conduce a lo que quiero”.* BARTÍN (1887) p. 366, considera también la causa del acto *“como una fracción ideal de la voluntad concreta de la persona que se obliga. Esta voluntad se desdobra en voluntad de obligarse (es el consentimiento en sentido jurídico de la palabra), y voluntad de adquirir (es la causa)”.*

⁸² LEÓN (1961) pp. 25 y 26.

⁸³ Los juristas alemanes emplean la palabra de *beweggrund* para designar el motivo, y lo oponen a *rechtsgrund*, que es la causa del negocio jurídico.

⁸⁴ CAPITANT (1927) p. 23.

de una obligación. Por ejemplo, siempre es cierto que un comprador está obligado a pagar el precio, porque el vendedor le ha prometido o transferido la propiedad de la cosa; que el prestatario está obligado a devolver porque ha recibido el dinero. El motivo, por el contrario, es la razón puramente individual y contingente por la cual una persona ha contratado. Por ejemplo, uno compra una casa para colocar sus capitales y alquilarlos, otro para habitarla y otro para demolerla”.⁸⁵ Agrega CAPITANT que: “El motivo es la razón contingente subjetiva, y, por lo mismo variable de individuo a individuo, que determina a una persona a hacer un contrato. Así uno vende determinada cosa porque tiene la necesidad de dinero para pagar deudas o porque abandona el lugar donde está situada esta cosa, o porque quiere adquirir otra más remuneradora, etc. De la misma manera, el comprador se determina por consideraciones harto distintas, según los casos. El que toma a préstamo, lo hace bien por pagar una deuda, bien por especular, bien por edificar, bien por cualquier otra razón. [...] [E]l motivo ejerce una influencia decisiva sobre la voluntad del que contrata. Es lo que le determina a obligarse. Existe una relación indiscutible de causa, a efecto entre el motivo y la obligación. Y por eso que el error sobre el motivo no anula la obligación. El Derecho no lo tiene en cuenta; aunque el consentimiento no corresponda a la voluntad efectiva del contratante, admite sin embargo la validez de la obligación. ¿Cómo se explica esto? La razón consiste en que el contrato es esencialmente un acuerdo de voluntades; el acuerdo de voluntades es quien fija límites a su contenido. Todo lo que han convenido los interesados, es decir, todo aquello en que se han puesto de acuerdo, viene a ser un elemento constitutivo del contrato. Por el contrario, aquello que no han conocido ni deseado las partes contratantes, queda fuera del campo contractual, y, por consiguiente, no puede ejercer ninguna influencia sobre la validez de las obligaciones. Ahora bien, el motivo psicológico que determina a cada uno a obligarse, no forma parte del acuerdo de voluntades”.⁸⁶

En el Derecho comparado, el *Codice Civile* de 1942 distingue entre *causa* y *motivo*, en efecto, el artículo 1.325 establece que: “Son requisitos del contrato: 1°. El acuerdo de las partes; 2°. La causa; 3°. El objeto, y 4°. La forma, cuando resultara prescrita por la ley bajo pena de nulidad”. Por su parte, el artículo 1.343 establece que: “Causa ilícita: La causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres”; y el artículo 1.345 dispone: “Motivo ilícito. El contrato es ilícito cuando las partes se hubiesen decidido a concluirlo exclusivamente por un motivo ilícito común a ambas”. Además, el artículo 1.418 inciso 2° dispone que: “Producen la

⁸⁵ RIPERT y BOULANGER (1963) p. 187.

⁸⁶ CAPITANT (1927) pp. 21-24.

nulidad del contrato la falta de uno de los requisitos indicados por el artículo 1.325, la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado en el artículo 1.345 y la falta en el objeto”. Por su parte, en el *Code Napoleónico*, la distinción entre causa y motivo es de vital importancia, pues mientras la causa constituye un elemento de validez del acto o contrato (artículos 1.131 y 1.133); el error sobre el *motivo* no tiene importancia para la validez del contrato (artículo 1.110). Las notas precedentes, permiten diferenciar con cierto grado de precisión la causa del motivo.⁸⁷ La causa o fin se diferencia del motivo o móvil determinante, por cuanto la causa constituye un elemento esencial del negocio jurídico, de manera que sin ella el contrato simplemente no puede nacer a la vida del Derecho. En cambio, el motivo es la razón contingente subjetiva que determina a una persona a celebrar un contrato.⁸⁸ Así entonces, la *causa* -conforme a la teoría clásica- es siempre la misma en cada tipo de contrato; en cambio, los *motivos* dependen de cada autor de un acto jurídico. Por ejemplo, «Pedro compra una parcela», la causa de esa compraventa es porque quiere ser dueño; en cambio, los motivos pueden ser variados. El motivo ejerce una notable influencia sobre la voluntad de la persona que contrata, es lo que determina a obligarse. Como indica CAPITANT, “*si uno vende determinada cosa porque tiene la necesidad de dinero para pagar deudas o porque abandona el lugar donde está situada esta cosa, o porque quiere adquirir otra más remuneradora, etc.; de la misma manera, el comprador se determina por consideraciones harto distintas, según los casos. [Así,] existe una relación indiscutible de causa a efecto entre el motivo y la obligación. Y por ese el error sobre el motivo no anula la obligación. El derecho no lo tiene en cuenta; aunque el consentimiento no corresponda a la voluntad efectiva del contratante, admite sin embargo la validez de la obligación. ¿Cómo se explica esto? La razón consiste en que el contrato es esencialmente un acuerdo de voluntades; el acuerdo de voluntades es quien fija límites a su contenido. Todo lo que han convenido los interesados, es decir, todo aquello en que se han puesto de acuerdo, viene a ser un elemento constitutivo del contrato. Por el contrario, aquello que no han conocido ni deseado las partes contratantes, queda fuera del campo contractual, y, por consiguiente, no puede ejercer ninguna influencia sobre la validez de las obligaciones. Ahora bien, el motivo psicológico que determina a cada uno a obligarse no forma parte del acuerdo de voluntades. Poco importa que sea verdadero o falso, lícito o ilícito; el deudor no queda por eso menos válidamente obligado. Poco importa también*

⁸⁷ Vid. CAPITANT (1927) pp. 23 y ss, LEÓN (1961) pp. 27 y ss.; ALESSANDRI-SOMARRIVA (1998) pp. 280 y ss.

⁸⁸ Terminología utilizada por CAPITANT (1927) pp. 23 y ss.

*que el acreedor lo haya conocido o no; no basta para que por el contrato resulte obligado”.*⁸⁹

En síntesis, mientras la causa –conforme a la tesis tradicional– asume un rol o carácter objetivo, y es la misma atendiendo al tipo de contrato de que se trate, los motivos equivalen a las razones psicológicas o subjetivas que determinan a un sujeto a contratar, los que, por lo mismo, son variables de individuo a individuo.⁹⁰

Cabe agregar –conforme a la opinión clásica–, que no se debe confundir la causa con el motivo. Este último es un factor *psicológico* o *subjetivo* que no está comprendido en el acto de voluntad que crea la obligación. Efectivamente, en tanto que el acreedor conoce siempre, o casi siempre la causa de la obligación de su deudor, porque en principio esta causa se desprende de la naturaleza misma del contrato hecho, ignora las más de las veces por qué este último se ha obligado, pues tal motivo le es indiferente al acreedor; y el deudor tiene interés con frecuencia, de no revelarlo, por temor de que su conocimiento influya en las condiciones del contrato. El motivo, a diferencia del fin, no forma parte del acto volitivo del deudor. No tiene nada de jurídico; precede al acuerdo de voluntades. Por otra parte, y siguiendo con el análisis de la doctrina de la causa final, la ilicitud de la misma provoca la ineficacia del negocio jurídico; en cambio, la ilicitud de los motivos no la provoca. Como por ejemplo, en el supuesto de que una persona compra un inmueble para instalar en él una casa de juego, pero oculta su intención al vendedor, no cabe duda que la venta será válida, y que el comprador, si la policía cierra la casa, no podrá anular el contrato. Mas, por el contrario, la venta estará viciada por nulidad, si se trata de un inmueble que servía como sala de juego, o si las dos partes se han puesto de acuerdo en que la venta, se hiciera para organizar esta explotación. Por consiguiente, poco importa que el *motivo* sea verdadero o falso, lícito o ilícito; el deudor queda igualmente obligado. Poco importa también que el acreedor lo haya conocido o no; ya que el deudor quedará igualmente obligado.⁹¹

Para finalizar, cabe consignar que en doctrina, se discute en torno a la irrelevancia que le otorga la ley al error en los motivos. En efecto, en Alemania, se dice que *“el declarante no puede cargar en la otra parte el riesgo de la*

⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁰ De acuerdo a PACIFICI-MAZZONI, (1914) pp. 165 y 166, siguiendo a LEMONACO, señala que con respecto a las disposiciones testamentarias no hay distinción entre causa y motivo.

⁹¹ En nuestro Derecho, la ilicitud de la causa está sancionada –conforme a los artículos 1467 inciso 2° y 1682 inciso 1°, primera parte del Código Civil- con nulidad absoluta.

exactitud de sus representaciones sobre la realidad. La decisión legal debe respetarse no sólo porque es ley, sino porque también ha de admitirse como correcta. Quien no quiere asumir el riesgo de que sus representaciones de la realidad, por las cuales el negocio le parece oportuno, sean exactas, puede erigir la circunstancia de que se trate en condición del negocio, o exigir de la otra parte en el negocio una garantía, o al menos puede encargarse de que su representación, se convierta en parte integrante del negocio, de manera que la reglamentación negocial, esté orientada a las circunstancias tal cómo él se las imagina. Pero si la representación del declarante sobre la realidad, no es parte integrante del negocio jurídico, es simplemente justo, que el declarante soporte el riesgo de la corrección de sus representaciones de la realidad. En el caso del error común de los contratantes ocurre, por regla general, que el error sólo es motivo para la celebración del contrato para uno de los contratantes, mientras que para la otra parte la exactitud de la representación carece de importancia para los fines que persigue con el contrato. Pero incluso, cuando, la representación común errónea es determinante para ambos contratantes por lo que se refiere a la celebración del contrato, subsiste el riesgo de cada una de las partes si la representación es incorrecta. Ciertamente, las declaraciones de ambos contratantes descansan en este caso en una base valorativa incorrecta. Pero si el contrato en sí no atiende a la circunstancia en cuestión, se trata sólo de la incorrección de la base valorativa, de cada uno de los contratantes y ese riesgo ha de soportarlo por sí mismo cada uno de los contratantes. La problemática del error en los motivos, varía considerablemente si la otra parte, no sólo reconoce por qué representación está determinado el declarante, sino que sabe que esa representación es incorrecta. En este caso, la relevancia del error, no significa que el riesgo de la realidad se impute a la otra parte de la declaración. Pero el error en los motivos como tal, no puede considerarse relevante en general por el solo hecho de que fuera reconocido por el cocontratante al concluir el contrato. En particular las especulaciones «del otro» no afectan, por principio, a quien contrata y éste no tiene que informar al otro, de que sus especulaciones fracasarán. Esto es relevante, sólo si el error en los motivos, es utilizado por el cocontratante de manera desleal».⁹²

Desde el punto de vista de los principios inspiradores del Derecho Civil, particularmente el de responsabilidad y el de buena fe, cuando se sabe que la representación es incorrecta, por ejemplo, si una persona compra un regalo de matrimonio, por el cual paga una suma importante de dinero, sin saber que la boda se ha suspendido, pero el vendedor conoce la finalidad de la compra y sabe que el compromiso se ha roto, pero igualmente celebra el contrato de compraventa. En este caso ha habido un aprovechamiento *desleal* del

⁹² FLUME (1998) pp. 580 y 581.

error, en que incurre una de las partes del contrato (en este caso el vendedor); y por tanto, aquel que contrató con la víctima de dicho error, no puede exigir el cumplimiento del contrato y, en el evento de que éste ya se hubiera cumplido, tiene que proceder a la repetición de lo que hubiere recibido.

V. EL MOTIVO CAUSALIZADO Y LA DOCTRINA DE LA BASE DEL NEGOCIO JURÍDICO

En palabras de LACRUZ: *“El motivo causalizado de la más reciente jurisprudencia se sitúa en la línea de figuras como la presuposición o la base del negocio, que ha suscitado, en diversas épocas, la dogmática alemana. Apurando el argumento, con tales figuras podría ponerse igualmente en relación al art. 1275, y concretamente al referirse a los contratos «sin causa», bajo cuya denominación no cabría entender solamente los simulados, sino también, y con mayor propiedad, aquellos en los que falta el fundamento de la atribución patrimonial o de la obligación”*.⁹³

⁹³ Con respecto a la *presuposición*, expresa LACRUZ et al. (2000) pp. 441 y 442, que: *“La consideración de tales previsiones y finalidades –incluso las de una sola de las partes –como regulador de la vigencia del negocio jurídico, cobra especial relieve en la obra de WINDSCHEID, quien formuló a tal fin, con relación al Derecho de pandectas, su conocida teoría de la presuposición: «La presuposición –dice– es una condición no desarrollada; una limitación de voluntad que se desenvuelve hasta el punto de transformarse en una condición. Quien manifiesta su voluntad mediando una presuposición, igual que quien emite una declaración condicionada, sólo quiere el efecto jurídico para el caso de que exista o se produzca cierto supuesto de hecho; pero no llega a hacer depender de él la eficacia del negocio. En consecuencia, tal eficacia debería subsistir aun fallando la presuposición. Pero como eso no corresponde al verdadero querer del autor de la declaración y la subsistencia del efecto jurídico no tiene sustancialmente razón que la justifique, el perjudicado podrá, sea defenderse por medio de excepciones contra las pretensiones que en dicha declaración se funden, sea intentar, contra aquel en cuya ventaja se produjo el efecto, una acción tendente a hacerlo cesar». Ciertas circunstancias, presentes o futuras, actúan en el espíritu del contratante como motivos esenciales, de tal suerte que si el sujeto supiera que no existen o no llegarán a verificarse, no habría contratado. A diferencia de la condición, su estado de espíritu es de certeza: no de duda. Está convenido de la realidad presente o futura de los motivos que lo inducen a contratar: da por sentada la verificación de determinado supuesto de hecho, o su subsistencia, y presuponiendo que es así, celebra el negocio. Y tan cierto está, que no revela los motivos del acto, ni menos hace depender de ellos el efecto del contrato elevando tales motivos a condición explícita. Referidas a situaciones pasadas o presentes, las premisas aceptadas por una de las partes no pueden tener otro tratamiento que el del error, sin que el fallo de los motivos individuales para contratar equivalga a la ausencia de causa del art. 1.275: de lo contrario la regu-*

lación del error quedaría sobrepasada y rectificada por un precepto cuyo significado vendría dado por el intérprete, mediante una definición de la causa en pugna con la economía general de los arts. 1.274 y 1.277. con mayor razón puede decirse lo mismo del fallo de las previsiones de futuro. En suma, para que la eficacia del contrato pueda depender de la presuposición es preciso (fuera del caso del error) que ésta deje de ser una condición en germen y se vuelva expresa. Ahora bien: si la aplicación de la disciplina del error restringe a niveles íntimos la operatividad de la presuposición individual, no cabe decir lo mismo de aquellos motivos y representaciones que, aún siendo propios de una situación concreta y de la subjetividad de unos determinados contratantes, son compartidos por todos y suponen para ellos un presupuesto y condición de efectividad de lo convenido. La doctrina alemana habla, en tales casos, de base del negocio. [...]. [E]n ella distingue LARENZ una faceta subjetiva y otra objetiva. La primera, compuesta por las representaciones de que partieron los contratantes y que orientan sus estipulaciones: aquellas específicas circunstancias que las llevaron a contratar en los términos en que lo hicieron. La objetiva, constituida por eventos y situaciones cuya existencia o continuidad presuponen las partes aun sin tener conciencia de ellos; sin que propiamente se representen en su espíritu, al estimarse absolutamente seguros. Esta distinción es artificiosa. En el segundo caso también se trata de factores que se imaginan por las partes, aun para darlos por supuestos. Si, como reconoce LARENZ, las partes consideran a tales circunstancias perfectamente seguras, está claro que éstas actúan en el mecanismo psicológico de su voluntad: tratase de la llamada base subjetiva u objetiva, estamos siempre en presencia de motivos que les influyen, determinando la formación y desenvolvimiento del querer negocial. En ocasiones el T. S. ha teorizado sobre esa cuestión, como en la S. 14 diciembre 1993, que distingue entre base del negocio entendida subjetivamente y la base del negocio objetiva (vid. también SS. 7 Mayo 1993, 20 abril 1994 y 19 junio 1996). Cuando de alguna o algunas de las circunstancias presentes o pretéritas pueda decirse que, contempladas por los contratantes, son condiciones del negocio que principalmente han dado motivo para celebrarlo, el fallo de tales circunstancias dará lugar a la anulación del negocio por aplicación del art. 1.266 (vicio del consentimiento). En tal caso lo importante es discernir, no ya sólo la esencialidad del error, sino, sobre todo, si, con arreglo a unos criterios corrientes, la participación de ambos contratantes en la representación de la circunstancia determinante es suficiente para ocasionar la nulidad del contrato. La presuposición de las circunstancias futuras se habrá de juzgar sobre todo con arreglo a este criterio de si su verificación podía entenderse como una condición tácitamente convenida por las partes. Ejemplo positivo pueden ser, en la jurisprudencia inglesa, los llamados «casos de coronación» (alquiler de piso o balcón para ver pasar el cortejo de coronación del rey Eduardo VII, que cayó enfermo, habiendo de aplazarse la ceremonia). O bien, los contratantes tienen por cierto que en el determinado lugar y época va a tener lugar una feria de muestras, y en atención a ese hecho pactan el arriendo de un local, pero al final la feria no se celebra. Los ejemplos se prolongan hasta los clásicos de la cláusula rebus sic stantibus: se contrata un suministro a largo plazo, en la idea de que se mantendrán constantes ciertas

Como indica el Profesor de la Universidad de Bonn, Werner FLUME, la llamada doctrina de la base del negocio jurídico, fue desarrollada en Alemania

condiciones económicas que, al contrario, luego se alteran profundamente. La solución, en cualquiera de estos supuestos, vendrá dada, a) por la mayor o menor entidad del error; b) por la minoración, cuando el error es compartido (error bilateral), del grado de relevancia necesario y del requisito de la excusabilidad; c) por la apreciación del nivel del conocimiento erróneo de cada una de las partes, y la trascendencia del error para los propósitos comunes; d) por la posible presencia o no de una condición implícita. ¿Cabría considerar el contrato en estos casos o alguno de ellos como carente de causa; es decir, precisamente como el contrato sin causa de que habla el art. 1.275? La cuestión comporta una importante consecuencia: mientras el contrato viciado de error es anulable y el condicionado implícitamente tiene su eficacia suspendida pero es válido, el contrato sin causa es nulo de pleno derecho: con arreglo al art. 1.275 «no produce efecto alguno». Consecuencia que puede no querer la parte agraviada por el fallo de la base (cuando el agravio se produce sólo para una de las partes); y que tampoco viene reclamada por el «orden público» o la moral corriente. En nuestra jurisprudencia [española], en general no se habla de «base del negocio», sino de motivos que constituyen presupuesto común a los contratantes (Ss. 25 octubre 1920, 30 junio 1948, 1 junio 1954, 23 septiembre 1962; cfr. también S. 30 diciembre 1985); salvo sentencias recientes de los años noventa. C. La frustración del fin del contrato. Dentro de un concepto más amplio, que comprende la imposibilidad de cumplimiento por destrucción de la cosa, el caso fortuito y la prohibición legal sobrevenida, la jurisprudencia inglesa aplica el concepto de frustración para pronunciar la ineficacia del contrato cuando acontecimientos ulteriores a su celebración hacen que el cumplimiento de lo pactado no satisfaga los presupuestos y motivos de las partes que llevaron a su conclusión. Los autores ingleses aprecian en estos casos, si no hay culpa por ninguna de las partes, la presencia de una condición implícita (implied condition) que deja sin efecto el contrato; o bien la desaparición de la base del negocio (a failure of something that was at the basis of the contract in the intention of both parties); o un cambio en la entidad de la prestación, que, dice Lord Radcliffe, por imperio de circunstancias sobrevenidas se ha convertido «en algo radicalmente diferente de aquello sobre lo que primitivamente versaba el contrato». En nuestra jurisprudencia, emplea expresamente el término «frustración», por primera vez, la S. 10 octubre 1980, en un caso en el que los contratantes, habiendo obtenido licencia de edificación de un solar (propiedad suya) una de las partes, convinieron que ésta edificaría sobre él una sala para proyecciones cinematográficas, comprometiéndose, una vez construida, a concertar con la otra parte un contrato de arrendamiento de local de negocio, con el fin específico y expresamente declarado de dedicar el local a dichas proyecciones, lo que fue imposible de cumplir porque la Comisión de Servicios Técnicos denegó licencia de apertura de tal negocio, «aplicándose rectamente el art. 1124 CC., sin perjuicio de los derechos y acciones que la demandada pueda ejercitar contra la Corporación Municipal que concedió erróneamente una licencia de obras».

por OERTMANN, en 1921. Agrega FLUME que “la base del negocio es la representación de una de las partes, manifestada al concluir un negocio y reconocida y no rechazada en su significación por la otra, o la representación común de las diversas partes sobre la existencia o la realización de ciertas circunstancias sobre cuya base se construye la voluntad negocial. Se distinguen los casos de inexistencia de la base del negocio al tiempo de concluir el contrato y de posterior desaparición o de posterior modificación de la base del negocio. Además, en la doctrina se distingue con frecuencia entre base subjetiva y objetiva del negocio. Base subjetiva del negocio sería lo que las partes realmente se han imaginado y han hecho base de sus decisiones conscientemente. La falta o desaparición de la base objetiva del negocio se daría si, por circunstancias no tenidas en cuenta por parte de los contratantes, el contrato queda privado de su sentido; en particular, se admite la modificación o la desaparición de la base objetiva del negocio, si a consecuencia de un cambio de las circunstancias respecto de la situación existente al tiempo de concluir el contrato, el cumplimiento de la prestación a que está obligado el deudor queda considerablemente dificultado o la relación entre prestación y contraprestación ha quedado esencialmente alterada [...]. Una alegación fundada en la ausencia de la base del negocio de ningún modo conduce siempre a la nulidad negocial absoluta o a un derecho de resolución a favor de una o ambas partes. Antes bien, la extensión y el contenido de los derechos y obligaciones de los contratantes, resultantes del negocio jurídico, han de juzgarse y medirse en tal caso de acuerdo con el sentido interno y la finalidad del negocio, considerando todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la «verdadera» base del negocio que ha sido desconocida, según los §§ 157 y 242 B.G.B., esto es, que, en su caso han de adaptarse a la situación real, tal como sería justo y equitativo en caso de existencia de un comportamiento de las partes determinado por la buena fe, especialmente por la idea de la fidelidad a la palabra dada. A este respecto, sólo han de realizarse en la relación jurídica establecida aquellas intervenciones que parezcan absolutamente necesarias para alcanzar un resultado compatible con la buena fe”.⁹⁴

De lo señalado por la doctrina alemana, se puede concluir, que si las partes no pudieron prever las condiciones futuras que transformaron a la prestación de una de ellas en notablemente más gravosa.⁹⁵ Como indica Dörr: “El

⁹⁴ Cfr. FLUME (1998) pp. 584 y 585, LARENZ (1956), ESPERT (1968).

⁹⁵ Los autores que siguen esta doctrina entienden que –en este caso– desaparece la causa y, el contrato, por tanto, se convierte en un contrato sin causa real. La doctrina alemana señala que la causa asume un rol subjetivo y se entiende como causa ocasional o impulsiva, es decir, el motivo *psicológico* que induce a las partes a contratar. En este sentido, *vid. v.g.* el español LACRUZ *et al.* (2000) pp. 442 y ss.

Código Civil se preocupó de la causa de la obligación al tratar de los elementos de validez del acto jurídico, sancionando en un texto expreso con nulidad absoluta la ilicitud de la causa. Nada dijo, en cambio, del defecto de la ausencia de causa. Ello ha llevado a la doctrina a discutir si esa falta es causal de inexistencia del contrato o de nulidad. En definitiva, tratándose de un contrato que nace sin causa, sea la nulidad o la inexistencia, el efecto es el mismo: tal contrato carecerá de valor y no producirá efectos. Pero subsiste el problema de dilucidar qué es lo que sucede cuando, en el curso de la ejecución del contrato, «desaparece la causa» y el contrato se torna en un contrato «sin causa real», ¿cómo debe interpretarse, entonces, el artículo 1467 del Código Civil del Código Civil que expresa que no puede existir un contrato sin causa real?»⁹⁶ Para algunos autores, el efecto que tiene la pérdida sobreviviente de la causa del contrato ha sido tratado por el Código Civil en situaciones aisladas. En efecto, el incumplimiento de la obligación por una de las partes, cumplimiento que es para el otro contratante la causa de su obligación, suspende los efectos del contrato dando lugar a la excepción de contrato no cumplido (artículo 1552). El incumplimiento de la obligación correlativa en un contrato bilateral (artículo 1489), da derecho al contratante diligente para pedir la resolución del contrato precisamente porque desaparece la causa para el contratante diligente.⁹⁷

El desaparecimiento de la causa produce importantes efectos, los cuales no sólo se reflejan cuando el desvanecimiento de la misma se verifica por culpa de uno de los contratantes, como sucede en el caso de la excepción de inejecución o en la condición resolutoria tácita cumplida; también tiene relevancia cuando se produjo un caso fortuito o fuerza mayor, el cual si se reúne junto a otros elementos hace aplicable la llamada teoría de los riesgos. En este sentido, indica el jurista hispano DÍEZ-PICAZO: *“Tenemos así, que la pérdida de la causa tiene importantes*

⁹⁶ DÖRR (2005) p. 161. Este efecto múltiple de la causa va más allá de los requisitos del negocio jurídico. Así también es reconocido en el Derecho comparado.

⁹⁷ Al respecto, JOSSEMAND (1946) pp. 7 y 8, señala que la causa *“no interviene solamente en el momento de concertarse las voluntades. Su influencia se deja sentir hasta cuando el contrato ha sido puesto en completa ejecución”*. En el mismo sentido LARROUMET (1990) p. 138 quien expresa: *“La noción de causa de la obligación es la que explica técnicamente el vínculo entre las obligaciones recíprocas originadas en el contrato sinalagmático. Ahora bien, a causa de la inejecución de su obligación por uno de los contratantes, este vínculo se rompe con posterioridad a la celebración del contrato. De allí resulta que si el acreedor de la obligación no ejecuta la suya, esta obligación vendrá a carecer de causa. Con esto vemos que la causa de la obligación es una noción que preside no solamente la formación del vínculo contractual, sino también, la ejecución de las prestaciones y esto durante todo el periodo necesario para dicha ejecución”*.

*efectos vinculados con «lo que es justo» cuando desaparece durante el curso de un contrato sinalagmático sea por culpa, en un extremo, sea por fuerza mayor, en el otro extremo. El mismo fenómeno de desaparecimiento de la causa se produce cuando opera la teoría de la imprevisión. No es justo hacer cargar a una sola de las partes con el peso de lo imprevisible y a la otra atribuirle excesivos beneficios que ella no previó”.*⁹⁸

En Alemania, en el evento que se vea afectada la causa del negocio jurídico por un hecho anterior a constitución, desaparece la base del negocio jurídico. En este sentido, KEGEL, a fin de exponer las consecuencias prácticas de la jurisprudencia sobre la desaparición de la base del negocio expresa: *“Si sucesos imprevisibles, situados fuera de la zona de influencia de ambos contratantes, por ejemplo la guerra o las perturbaciones del sistema monetario, dificultan esencialmente la prestación que ha de realizarse o rebajan esencialmente el valor de la prestación que ha de recibirse, los daños y perjuicios se han de repartir teniendo en cuenta todas las circunstancias; el reparto se hará, en principio, mitad por mitad, pero se harán modificaciones conforme a la capacidad económica de las partes para realizar la prestación”.* Ilustra esto mediante el siguiente ejemplo: *“Un joyero había encargado (al parecer durante la guerra) unas rejas para sus cuatro escaparates. Después de la construcción de las rejas, pero antes de su entrega, fue destruida por las bombas la mitad del establecimiento, incluyendo dos escaparates”.* El joyero, opina KEGEL, podría *“reclamar una reducción del precio por medio de la pretensión de reajuste, según el Derecho de obligaciones”*, es decir, según el § 242 del B.G.B. al tenor del amparo judicial para la revisión de contratos podría, en cambio, lograr la anulación del contrato, pero tendría que indemnizar al constructor, si hubiere lugar a ello, parte de los daños y perjuicios sufridos. Agrega KEGEL que la *“anulación del contrato con indemnización de daños y*

⁹⁸ En el mismo sentido Díez-PICAZO y GULLÓN (1990) p. 536: *“[En] esta materia cobra especial importancia el problema del cambio de las circunstancias que las partes de un negocio tuvieron presentes a la hora de su realización, en otra palabras, del cambio de las circunstancias que se estimaron básicas, aun sin expresarlo en el negocio, para lograr el fin”.* De acuerdo a BADENES (sine data) p. 87, *“desde el punto de vista doctrinal y así entendida la moderna teoría de la causa, vemos como ésta se vincula a las teorías que fundamentan el riesgo imprevisible de la voluntad”.* Conforme a DÖRR (2005) p. 163, la pérdida parcial de la causa ha servido de fundamento a la Corte de Casación de Francia para autorizar una modificación de los efectos previstos en el contrato. Así hemos visto que ella se ha arrogado el derecho de reducir la remuneración de mandatarios. Asimismo, la Corte de Casación ha juzgado, en materia de arrendamiento rural que, desde que una parte de la cosa arrendada no puede ser considerada sin gastos exagerados para el arrendador, éste queda liberado de su obligación de reconstruir.

perjuicios, según la ley, y continuación del contrato con pretensión de reajuste, según el Derecho de obligaciones”, conducen al mismo resultado o a resultados muy semejantes; también por el segundo procedimiento “tiene que asumir el fabricante, a través de la reducción del precio, parte de los daños y perjuicios”. La opinión de KEGEL en torno a que la desaparición de la base del negocio, conlleva a un reparto por mitad de los daños y perjuicios ocurridos, no encuentra ningún apoyo en la doctrina actual. La doctrina solamente se refiere a facultades de resolución, de denuncia o de denegación de la prestación perteneciente a la parte perjudicada, y sostiene que, si el acreedor ejercita estos derechos, el deudor tiene derecho al resarcimiento del daño de confianza. KEGEL propugna, como lo demuestra su ejemplo del encargo de las rejas, un resultado completamente distinto: el contrato debe subsistir, pero el contratante para el que la prestación ha resultado inútil debe obtenerla por un precio más barato. KEGEL no señala conforme a qué proporción debe calcularse la reducción del precio que pretende. LARENZ trata de establecerla, en su opinión “si las rejas tienen para el joyero tan sólo el valor de chatarra, habrá que considerar como daños y perjuicios la diferencia entre este valor y el valor que para él tenían anteriormente. Puesto que los daños y perjuicios deben ser soportados a medias por ambas partes, ha de deducirse del precio la mitad de aquella cantidad. Pero como hay que tener también en cuenta la capacidad económica para realizar la prestación, todavía puede, según KEGEL, justificarse según las diversas circunstancias una ulterior reducción del precio. Podríamos preguntarnos: ¿cómo el fabricante o proveedor de las rejas se ve obligado a entregar éstas a un precio que tal vez no cubre ni remotamente los gastos de fabricación? Que tuviese que quedarse con las rejas y pudiese, como hemos expuesto, reclamar la indemnización de los gastos realizados o, como pretende KRUCKMANN, el interés negativo, podría ser una solución llevadera para el fabricante. Éste está probablemente en condiciones de utilizar las rejas de otro modo, aunque quizás con algunas pérdidas”.⁹⁹

Por otra parte, conforme a la noción inglesa de *frustración* del contrato, podría estimarse que, desaparecida la base del negocio, ello supondría la ineficacia del negocio por falta de causa, toda vez que por acontecimientos posteriores a su celebración, no se satisfacen los presupuestos y motivos que las partes tuvieron en cuenta al momento de contratar. Por tanto, no habiendo culpa de ninguno de los contratantes, existiría una condición implícita que dejaría sin efecto el contrato: a saber, la falta de causa. En efecto, el artículo 1467 inciso 1° primera parte del Código Civil chileno dispone que: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla”, pues bien, al desaparecer la base del negocio, desaparece consecuentemente la causa del mismo, ya que el negocio

⁹⁹ LARENZ (1956) pp. 202 y 203.

degenera en algo completamente distinto al fin que tuvieron las partes, al momento de celebrar el contrato.

VI. UNA PREGUNTA FUNDAMENTAL: ¿TODOS LOS NEGOCIOS JURÍDICOS NECESITAN CAUSA?

Como indica LACRUZ: *“En el Derecho romano más antiguo el contratante que se vinculaba mediante stipulatio a pagar cierta suma debía cumplir en cualquier caso; también si la entrega prometida por el estipulante era restitución de una cantidad que éste esperaba recibir en préstamo, y nunca recibió. Es característico de la stipulatio, no sólo que no expresa la razón o causa por la cual promete el deudor, sino, sobre todo, que su validez es independiente de tal razón o causa; aunque en el Derecho pretorio fuera posible rectificar las consecuencias injustas de esa disciplina. Un contrato así, en el cual la causa o fundamento de la prestación no condiciona su validez, se llama abstracto”*.¹⁰⁰ Como señala FLUME: *“La específica trascendencia material de la abstracción de causa de la estipulación en el Derecho romano ha de apreciarse en consideración al numerus clausus de los negocios causales obligacionales”*. Ahora bien, la promesa abstracta de deuda proporcionó la posibilidad de consagrar como relaciones jurídicamente efectivas aquellas que no existían en el catálogo legal. Por ello el negocio abstracto no vino sino a llenar un sensible vacío en la legislación romana. En efecto, indica VON TUHR que *“los contratos responden, como todo acto de disposición, a un fundamento jurídico. Quien promete realizar una prestación a favor de otro lo hace con una de dos intenciones: la de obtener una contraprestación o la de procurar a la otra parte un beneficio gratuito. Generalmente, el fundamento jurídico cobra expresión en el propio contrato: en él, se promete, supongamos, una suma de dinero en pago de un préstamo en concepto precio de una cosa vendida, a título de donación, de fianza, etcétera. [...] Mas puede también ocurrir que los contratos sean abstractos; es decir, que se celebran sin guardar relación alguna con un fundamento o causa jurídica determinada. Los créditos nacidos de tales contratos son, por lo general, independientes de la existencia y naturaleza de la causa a que responden. Estos créditos abstractos tienen, para el acreedor, la gran ventaja de que le permiten substanciar la demanda sin aludir para nada a la causa, que muchas veces él mismo ignora”*.¹⁰¹

Ahora bien, la palabra *abstraer* proviene del latín *abstrahere*, que significa arrancar de, separar; y como señala MELICH, *“consiste en considerar una cosa, o una cualidad de una cosa, en sí misma y con independencia de sus efectivas*

¹⁰⁰ LACRUZ et al. (2000) p. 434.

¹⁰¹ VON THUR (1934) pp. 185 y ss.

y concretas condiciones de realización. El contrato abstracto estaría dado, pues, por un consenso sobre una materia que pueda ser objeto de contrato, en que se habría hecho abstracción de su «causa». Se trataría, por tanto, de separar del iter o proceso que da lugar a la formación de la voluntad, la causa que explica y sirve de fundamento a la vinculatoriedad de ese acto de voluntad”.¹⁰² El paradigma de los negocios abstractos en el Derecho Romano era la *stipulatio*; donde el contrato era puramente un negocio formal, de tal forma que aún en el evento de falta de causa, el deudor debía cumplir con su obligación, simplemente por cumplirse con la exégesis de la *stipulatio*. Sin embargo, en el transcurso del Bajo Imperio fue perdiendo el carácter de acto abstracto, ya que se le comenzaron a otorgar a los deudores una serie de recursos dirigidos a proteger sus intereses, tales como la *exceptio doli* y las *condictiones*.

En el Derecho moderno, se mencionan como contratos abstractos los títulos de crédito, y particularmente, la letra de cambio. Los contratos cambiarios tienen un carácter abstracto forzoso, pues si las partes pretenden condicionar las obligaciones que engendra a la relación jurídica que les sirve de base, la letra sería nula. En Inglaterra, existe el *deep*, llamado también *act under seal*, es el acto puramente formal que no exige *consideration*, esto es, causa; consiste en un acto escrito, sellado (*under seal*) y entregado (*delivery*), al que ni siquiera le es esencial la firma, pero que en todo caso se satisface con una firma privada, sin que sea indispensable la intervención de un funcionario para su redacción. La promesa dispensada de esta forma está exonerada, de toda prueba de existir *consideration* alguna.¹⁰³

Por otra parte, OERTMANN, al referirse al fin objetivo del negocio jurídico, por ejemplo, en un contrato de compraventa señala que: “El fin de la declaración obligatoria del vendedor es que por ella se realice el cambio de la cosa vendida por dinero; el fin de una entrega de dinero puede ser cancelar una deuda y puede ser constituir un préstamo. La relación que este fin guarde con el negocio puede ser de dos clases: puede suceder que el fin constituya parte integrante del negocio, y puede suceder que resida fuera de los requisitos materiales del mismo, en cuyo caso su ineficacia no siempre daña a la validez del negocio. El primer caso se da, por ejemplo, en la declaración obligatoria del comprador y del vendedor, y el segundo, en la transmisión de cosas, en la cesión de créditos y en la investidura (*Auflassung*) necesaria para la transmisión de derechos reales sobre inmuebles. Los negocios, o, más exactamente, los actos constitutivos de obligación y los actos de disposición de la primera

¹⁰² MELICH (1997) p. 305.

¹⁰³ Vid. DE PAGE (1957) p. 136.

clase reciben el nombre de causales, y los de la segunda clase se llaman abstractos".¹⁰⁴

Siguiendo a RIPERT, es posible indicar, que la justificación de los créditos abstractos es la que sigue: la teoría de la causa y de los negocios abstractos, refleja una tensión entre la seguridad jurídica y la justicia. En ciertos casos es necesario sacrificar la moralidad a la seguridad, y ello por cuanto el comercio moderno impone una circulación rápida de los créditos, y a fin de facilitar dicha circulación, se ha renunciado a toda discusión, sobre la validez del crédito y de su transmisión en los créditos abstractos.

Nuestro Código Civil, dispone en su artículo 1467 inciso 1º primera parte que: *"No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla"*. El hecho de que el Código de Bello no exija que se exprese la causa, no supone que esta no exista, por el contrario. El problema surge cuando se acredita que –en definitiva el negocio carece de causa- ¿se estaría violando la primera parte de esta norma? ¿La existencia de un acto abstracto en su sentido más absoluto, infringiría el artículo 1467 inciso 1º primera parte? A este respecto, MELICH señala que: *"El problema de la causa del acto abstracto no se refiere, pues, a que el fin por el cual uno ha consentido en obligarse al celebrar el negotium se realice o no, [...] sino a la cuestión de si la relación fundamental que da origen, explica y justifica el contrato, puede separarse de éste y en qué medida. «Causa» significa aquí, pues, esa «relación fundamental»"*.¹⁰⁵

¹⁰⁴ OERTMANN (1933) pp. 229 y 230.

¹⁰⁵ MELICH (1984) pp. 54 y 55. Como señala PEÑAILILLO (2003) pp. 242 y 243: *"De los códigos civiles, ha sido el alemán el primero que se ha dedicado a normar esta clase de actos (conformando un esquema general armónico, al preocuparse de la voluntad declarada, de la seguridad del tráfico privilegiado a la apariencia y desenvolvimiento la acción por enriquecimiento sin causa; regula especialmente dos obligaciones abstractas: la promesa de prestación y el reconocimiento de deuda). Semejante dirección sigue el CC suizo (en el cual se admite con libertad de forma). En los códigos civiles latinos no se ha producido igual recepción, aunque está presente en la legislación sobre títulos de crédito, por cierto bastante universal. Teniendo en cuenta los arts. 1444, 1445 y 1467 del Código Civil, que pueden considerarse de los fundamentos en cuanto fijan la estructura del acto jurídico, la conclusión es que en el derecho chileno la regla muy general es que los actos sean causados, los abstractos, pues, son excepciones. De ahí que cuando se mencionan ejemplos de actos abstractos, debe explicarse el fundamento de esa clasificación, que será una norma legal que expresamente así lo disponga (nuestro legislador ha sido renuente en expresarlo directamente) o que se desprenda de ella (como ocurre con los títulos de crédito) o, al menos, de la naturaleza del negocio. Esta última parece ser la explicación de la abstrac-*

MELICH distingue dos clases de actos, a saber¹⁰⁶: (a.) *Contratos causales*, esto es, contratos cuya estructura conlleva una mención más o menos explícita de su respectiva causa, tal es el caso de la compraventa, la sociedad, el depósito, la donación, etc. (b.) *Contratos neutros*, que pueden servir para realizar los fines más diversos: como la cesión de crédito, que puede servir para realizar una venta, una donación, una dación en pago; la estipulación a favor de un tercero, que puede servir para realizar un pago, una liberalidad, etc.; y algunos aún más abstractos, como la promesa de pago, sin expresión de la causa de la obligación, el reconocimiento de deuda, una letra de cambio, etc. Este último género de contratos o actos neutros, es el que da lugar a la cuestión del contrato abstracto. Pero para entender en que consiste este problema, es necesario hacer resaltar nuevamente la necesidad de mantener diferenciado este problema, del de la validez de una promesa de pago o de un reconocimiento de deuda, sin expresión de causa (problema del *billet non cause*), de lo que se trata aquí es precisamente de afirmar la coexistencia de dos relaciones jurídicas: la fundamental con sus caracteres propios (venta, préstamos, etc.) y los medios para hacerla valer (acciones) o para defenderse de las prestaciones que con base en ella se invoquen (excepciones), y la nueva relación caracterizada por la autonomía de sus caracteres jurídicos, acciones y defensas. Dado, sin embargo, que esta nueva relación autónoma se concibe como *causada* por la primera, aun si se la abstrae de tal relación fundamental, no se llega jamás como dijimos a concebirla como absolutamente abstracta; lo que lleva a pensar que la relación fundamental continúa teniendo *alguna* influencia en ella. De cómo se conciba tal grado de influencia depende en gran parte la polémica existente en la doctrina acerca de la existencia o no en los ordenamientos positivos contemporáneos de verdaderos negocios abstractos.¹⁰⁷

ción de la fianza. La fianza es generalizadamente mencionada como ejemplo excepcional de acto civil que es abstracto, en circunstancias de que en el título del Código en que se regula (arts. 2335 y ss.) no se dice expresamente, y allí no hay alguna regla de donde se pueda fluidamente desprender; pero, por la naturaleza de ella y su función, es razonable estimarla abstracta. Concretamente, se trata de que la obligación del fiador de pagar al acreedor si el deudor principal no paga, vale con prescindencia de su causa. Es decir, para la validez de la fianza es impertinente preguntarse por qué se obligó el fiador, cuál es la causa de que el fiador se haya obligado en subsidio del principal. Ciertamente, al tenerla por abstracta, la fianza resulta una caución más aceptable para el acreedor, el cual estaría menos dispuesto a aceptarla –y pediría otra caución en lugar de ella- si después fuere admisible la evaluación de la causa de la fianza, con influencia en su validez”.

¹⁰⁶ MELICH (1984) pp. 55 y 56.

¹⁰⁷ Un negocio absolutamente abstracto, esto es, radicalmente escindido de su causa y en que ésta no ejerciere ninguna influencia (ni siquiera por la vía de un recurso postergado)

Como expresa VON THUR: *“La promesa abstracta de deuda responde, como todo acto de disposición, a una causa, y el hecho de que la promesa no la mencione, no quiere decir que no exista. Esta causa puede ser muy diversa. Generalmente, la promesa abstracta dice relación a un crédito pasado, presente o futuro. Unas veces, la obligación abstracta viene a ocupar el lugar de esta deuda causal, en forma de novación –sin que ésta pueda presumirse–; otras veces se crea en función de pago y se incorpora a la deuda causal, co-existiendo con ella y sin que ésta se escinda hasta que la promesa abstracta se*

sólo sería posible en un acto formal puro. Esto explica por qué FERRARA (2002) p. 127 y ss., sostiene que *“el negocio abstracto es ajeno a nuestro sistema y que en el derecho italiano sólo puede hablarse de negocio abstracto respecto de los títulos al portador»*; que la característica de los negocios abstractos es la abstracción completa de la causa, esto es, que negocio abstracto es únicamente el negocio absolutamente formal, que opera con la forma y exclusivamente con la forma, siendo inadmisibles toda excepción; en tanto que en el caso del negocio relativamente formal, en que la forma serviría para dar al público una prueba cierta de la existencia de un negocio que en sí supone la ocurrencia de todos sus elementos constitutivos normales y en el cual sólo se ha hecho abstracción procesal de su causa en interés de la rapidez y seguridad del comercio, limitando la ley el número de excepciones a oponer, no se estaría en presencia de verdaderos contratos abstractos (p. ej.: la letra de cambio)”. Agrega FERRARA (2002) p. 127 y ss., que CAPITANT, sostiene que *“puede afirmarse que la promesa abstracta es válida en nuestro Derecho, como lo era en el Derecho romano”*, pero no tarda en aclarar que no debe creerse que el acreedor, portador de un título sin causa, esté al abrigo de todas las excepciones que podría alegar el deudor y que, por el contrario, *“el deudor que firmó una promesa así concebida, puede siempre probar en perjuicio de su acreedor originario que su obligación no tiene causa o la tiene ilícita o inmoral”*. Examinadas a fondo ambas nociones de contrato abstracto, no tarda en descubrirse la razón de la divergencia entre los dos autores citados, que se refieren por lo demás, a sistemas legislativos idénticos al respecto. Lo que CAPITANT llama *contrato abstracto*, no es tal para FERRARA, pues el primero llama *negocio abstracto* a la promesa sin expresión de causa, tal letra de cambio, y no propiamente a una promesa que produzca efecto, independientemente de que exista o no un fundamento justificativo de la obligación o de que éste sea ilícito, que sería lo que el último autor citado entiende por negocio abstracto *stricto sensu*. La letra de cambio –escribe FERRARA (2002) pp. 127 y ss.– reviste solamente un carácter formal frente a terceros de buena fe; pero esto es efecto reflejo de la exclusión de toda clase de excepciones, respecto de ellos, o sea, de la protección que el Derecho les concede para tutelar la seguridad en la circulación de los títulos de crédito. Por otra parte, este resultado se explica por el mismo mecanismo de la transmisión de los instrumentos de cambio, que no se opera merced al tránsito puro y simple del derecho literal a la persona que lo recibe, sino mediante la constitución de nuevas obligaciones autónomas que, si bien enlazadas con la primera, no se fundan en ella.

cumpla; y otras, finalmente, se le ofrece al acreedor como garantía fiduciaria de un crédito causal: el acreedor a quien se entrega, por ejemplo, una letra, promete que no hará efectiva hasta que venza la deuda causal y ésta no le sea pagada. El cumplimiento de una obligación es la finalidad más frecuente, pero no la única, de la promesa abstracta, que puede obedecer también a fines de donación (causa donandi) [...] El acreedor puede demandar su crédito en juicio ateniéndose a su escritura abstracta de deuda, sin necesidad de demostrar la causa a que responde el crédito. Pero no puede llevar éste adelante si el deudor, por su parte, consigue probar que se obligación carece de fundamento. Los créditos abstractos no tienen más finalidad que facilitar al acreedor la realización de su derecho, y nunca el asegurarle una prestación que no le pertenece”.¹⁰⁸ En fin tratándose de un crédito abstracto, “su validez no queda subordinada a la existencia de una causa”.¹⁰⁹

Siguiendo a VON THUR, podemos decir que existen dos grados, clases o tipos de abstracción: (a.) *Abstracción procesal*. “El Derecho francés parte del principio de que todo crédito supone una causa jurídica (artículo 1277 del Código Civil napoleónico) y sólo reconoce las escrituras abstractas de deuda, como un medio provisional de prueba, que el deudor puede destruir mediante prueba en contrario; es decir, demostrando que la obligación carece de fundamento; una vez aducida esta prueba en contrario, es como si el crédito no existiere”.¹¹⁰ Dicho de otra manera, desde esta perspectiva, en los créditos abstractos el legislador *presume* la concurrencia de la causa, y por tanto, el que quiera destruir la eficacia de ese acto jurídico tendrá que probar que ese negocio jurídico no tiene causa. De ahí su nombre: *abstracción procesal*, porque el que quiere hacer valer el negocio jurídico queda libre de probar la existencia de la causa en dicho acto.¹¹¹ Hay que agregar –por último–,

¹⁰⁸ VON THUR (1934) p. 187.

¹⁰⁹ LEÓN (1961) p. 40.

¹¹⁰ VON THUR (1934) p. 187.

¹¹¹ En este sentido ALESSANDRI-SOMARRIVA (1998) pp. 303 y 304 expone: “No debe confundirse la abstracción sustancial o verdadera con la abstracción procesal. [...] La abstracción procesal tiene por supuesto un acto causal y su presencia sólo trae una inversión de la carga de la prueba: hace presumir la existencia y licitud de la causa del acto en que opera y, por tanto, coloca sobre el que alega lo contrario la carga de probarlo. El nombre de abstracción «procesal» se explica porque sus consecuencias se proyectan en el proceso”. Por su parte GALGANO y MONARETI (2000) p. 173, señalan que en “lugar de incumbir al acreedor, conforme a los principios generales sobre la carga de la prueba, la prueba del título constitutivo del crédito, será el deudor quien, para evitar el pago, deba probar la inexistencia de dicho título. Por ello la declaración de Cayo: prometo pagar a Ticio un millón tal día» dispensa a Ticio de la carga de probar el hecho o el acto generador de su crédito, pero el

que con el fin de acreditar la *falta de causa* pueden emplearse todos los medios probatorios previstos por las reglas generales. No rige aquí la limitación de la prueba testimonial contemplada en los artículos 1708 y siguientes del Código Civil.¹¹² (b.) *Abstracción sustantiva o material*¹¹³. “El Derecho común,

promitente puede evitar el pago con la prueba de que el crédito nunca existió, que resulta de un contrato nulo, que ya ha sido satisfecho por un tercero, etc.”

¹¹² El artículo 341 del Código de Procedimiento Civil dispone que: “Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: instrumentos; testigos; confesión de parte; inspección personal del tribunal; informes de peritos; y presunciones”. Por su parte, el artículo 1698 inciso 2° del Código Civil establece que: “Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez”.

LACRUZ et al. (2000) pp. 436 y 437, en este sentido agrega que: “Por ejemplo: para garantizar el pago de los cien que Pedro debe a Juan como precio de la compra de una vaca, o para que Juan se abstenga de ejercitar un retracto, Pedro suscribe un documento que dice: «Prometo pagar cien a Juan». La falta de mención de la causa, ¿anula el contrato? ¿O, al contrario, tiene como consecuencia que la promesa haya de cumplirse incondicionalmente, aunque la vaca muera al día siguiente de la entrega de enfermedad contagiosa contraída antes de la venta, o resulte que Juan no tenía derecho al retracto? En el Derecho común la promesa de pago o el reconocimiento de deuda sin indicación de causa o fundamento jurídico (cautio indiscreta) carecían de valor. Sólo paulatinamente los civilistas se van inclinando a favor de su eficacia, exigiendo unos que el acreedor demuestre la causa de la promesa, y entendiéndolo otros que, manifestada dicha causa por el acreedor, era el deudor quien debía probar su inexistencia o ilicitud. El Código de Napoleón establece que «la convención no es menos válida porque la causa no se haya expresado». Con arreglo a ese texto entendió la doctrina que, aun cuando la promesa sigue dependiendo de su causa, el favorecido por tal promesa no tiene que demostrar la existencia de la causa y es el deudor quien habrá de probar su ausencia o ilicitud; si bien la jurisprudencia aclaró que cuando el acreedor favorecido invoca su derecho contra un tercero debe probar la causa si éste la niega. En cambio, en el Derecho alemán, cuando la voluntad se manifiesta dirigida sólo a la atribución patrimonial, la promesa funda por sí misma la obligación. Si el negocio es ilícito o no existe, el contrato sigue siendo válido, aun cuando para evitar el posible enriquecimiento injusto del favorecido por la promesa se pueda pedir la remisión de la deuda (no la nulidad), demostrando la causa en la que debía basarse el reconocimiento y la falta de ésta. Ahora bien: la acción, al ser de enriquecimiento, no se puede dirigir contra el tercero cesionario del crédito abstracto”.

¹¹³ Como señala VODANOVIC (2001) n° 701, página 154, “No debe confundirse la abstracción sustancial o verdadera con la abstracción procesal. Aquélla [...] determina que el acto se perfeccione y despliegue sus efectos desvinculado de su causa. En cambio, la abstracción procesal tiene por supuesto un acto causal y su presencia sólo trae una inversión de la

en la última fase de desarrollo, y con él el Código Civil alemán, sitúanse en otro punto de vista. Aquí, la escritura abstracta de deuda no es tan sólo un medio de prueba, sino la fuente del crédito, el cual nace aún cuando carezca de fundamento jurídico".¹¹⁴ A fin de remediar el enriquecimiento injusto que supondría esta última situación, la ley le otorga una *actio in rem verso* a aquel deudor. Ésta es la solución planteada por el B.G.B. (parágrafo 821) y también por el Código Civil suizo. Agrega VON THUR, que: "El acreedor que se lucre con la adquisición infundada de un crédito abstracto debe restituir aquello en que se haya enriquecido. La restitución, aquí, consiste en cancelar el crédito por medio de una revisión de deuda, devolviendo la escritura o título en que la deuda conste (por ejemplo, la letra de cambio)".¹¹⁵

BIBLIOGRAFÍA CITADA

A) Obras extranjeras

ALONSO PÉREZ, Mariano (1967): *La esencia del contrato bilateral* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca).

ARIAS RAMOS, José (1950): *En torno al génesis del enriquecimiento sin causa*, en *II Anales de la Academia Matritense del Notariado* (Madrid, Editorial Reus) pp. 17 y ss.

BETTI, Emilio (2000): *Teoría General del negocio jurídico* (Traducc. A. Martín Pérez, Granada, Editorial Comares).

CAPITANT, Henri (1927): *De la causa de las obligaciones* (Traducc. Eugenio Tarragato y Contreras, Madrid, Góngora).

COVIELLO, Nicolás (1938): *Doctrina General del Derecho Civil* (México, Editorial Hispanoamericana).

DE PAGE, Henri (1957): *L'obligation abstraite en Droit interne et en Droit comparé* (Bruselas, Traducc. de Janette Escobar, Santiago de Chile).

DÍEZ-PICAZO, Luis (1963): *El concepto de causa en el negocio jurídico, Separata del Anuario de Derecho Civil, A. D. C., Madrid.*

carga de la prueba: hace presumir la existencia y licitud de la causa del acto en que opera y, por tanto, coloca sobre el que alega lo contrario la carga de probarlo".

¹¹⁴ VON THUR (1934) p. 187.

¹¹⁵ *Idem.*, pp. 187 y 188.

- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (1990): *II Sistema de Derecho Civil* (7ª edición, Madrid, Editorial Tecnos).
- DOMAT, Jean (1977): *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public et legumdelectus* (París, Chez Cellot, Libraire-imprimeur).
- D'ORS, Álvaro (1991): *Derecho Privado Romano* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A.).
- ESPERT SANZ, Vicente (1968): *La frustración del fin del contrato* (Madrid, Editorial Tecnos).
- FERRARA, Francesco (2002): *Simulación de los negocios jurídicos* (Ciudad de México, Editorial Jurídica Universitaria)
- FERRI, Giovanni (1968): *Causa e tipo nello teoria del negozio giuridico* (Milán, Dottore A. Giuffré Editore).
- FERRI, Luigi (2001): *La autonomía privada* (Traducc. y notas de Derecho Español por Luís Sancho Mendizábal, Granada, Editorial Comares).
- FLUME, Werner (1998): *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil* (Traducc. José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Madrid, Fundación Cultural del Notariado).
- GALGANO, FRANCESCO y MONARETI. P. G. (2000): *Causalidad y abstracción del contrato: la contraposición entre los modelos francés y alemán, Atlas de Derecho Privado* (Traducc. de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server, Madrid, Fundación Cultural del Notariado).
- GIORGIANI, Michele (1961): *La causa del negocio giuridico* (Milán, Dottore A. Giuffré).
- GORE, Francois (1949): *L'Enrichissement Aux Dépens D'Autrui* (París, Librairie Dalloz).
- GORLA, Gino (1959): *El contrato* (Traducc. José Ferrandis, Madrid, Bosch) Tomos I y II.
- IGLESIAS, Juan (1990): *Derecho romano: historia e instituciones* (X edición, Barcelona, Editorial Ariel).

- JOSSERAND, Luis (1946): *Los móviles en los actos jurídicos de Derecho Privado* (Traducc. Eligio Sánchez Larios y José María Cajica, Puebla, Editorial Cajica).
- KUNKEL, Wolfgang (1981): *Historia del Derecho Romano* (Traducc. Juan Miquel, 7ª edición, Barcelona, Editorial Ariel).
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (2000): *Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones* (2ª edición, revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid, Dykinson).
- LARENZ, Karl (1956): *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* (Traducc. Carlos Fernández Rodríguez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).
- LARROUMET, Christian (1999): *I Teoría general del contrato* (Traducc. Guerrero R., Bogotá, Editorial Temis).
- LEÓN, Henry y MAZEAUD, Jean (1956): *II Lecons de Droit Civil* (París, Editions Montchrestien).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1998): *Los contratos. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) vol. II.
- MELICH ORSINI, José (1984): *La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones, Anuario de Derecho Civil* (vol. XXXVII n° 1): pp. 9 y ss.
- _____ (1997): *Doctrina general del contrato* (3ª edición, Caracas, Lautaro Editorial).
- MESSINEO, Francesco (1954): *II Manual de Derecho Civil y Comercial* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América).
- _____ (1986): *Doctrina general del contrato* (Buenos Aires, Editorial Jurídica Europa-América).
- OERTMANN, Paul (1933): *Introducción al Derecho Civil* (Traducc. de la 3ª edición alemana por Luis Sancho Seral, Barcelona, Editorial Labor).
- OURLIAC, Paul y DE MALAFOSSE, J. (1960): *Derecho romano y francés histórico* (Barcelona, Casa Editorial Bosch).

PACIFICI- MAZZONI, Emidio. (1905): *Instituzioni di diritto civile ital.* VI, Parte speciale (Florenca, Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli).

PETIT, Eugene (1983): *Tratado elemental de Derecho Romano* (Traducc. de la 9ª edición francesa y aumentado con copiosas notas por José Fernández González, Buenos Aires, Editorial Albatros).

POTHIER, Roberto José (1961) *Tratado de las obligaciones* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina).

PUIG BRUTAU, José (1978): *Fundamentos de Derecho Civil* (Madrid, Bosch) vol. I, Tomo II.

REDENTI (1950): *La causa del contratto second oil nostro codice*, en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, Anno IV, 1950, pp. 904-905.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1963): *Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol* (Traducc. Delia García Daireaux, Buenos Aires, La Ley) Tomo IV, Volumen I.

RUGGIERO, Roberto (*sine data*): *I Instituciones de Derecho Civil* (4ª edición de la traducc. española, Madrid, Instituto Editorial Reus).

SCHULZ, Fritz (1960): *Derecho romano clásico* (Traducc. de la edición inglesa por José María Cruz Teigeiro, Barcelona, Casa Editorial Bosch S.A.).

VON IHERING, Rudolf (1960): *El fin en el Derecho* (Buenos Aires, Bibliográfica Omega).

VON TUHR, A. (1934) *I Tratado de las obligaciones* (Traducc. del alemán y concordado por W. Rocés, Madrid, Editorial Reus).

WACKE, Andreas (1996): *Estudios de Derecho romano y moderno en cuatro idiomas* (Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez, Laxes S. L. Ediciones).

ZIMMERMANN, Reinhard (1990): *The law of obligations roman foundation of civilian tradition* (Oxford, Great Britain, Juta & Co, Ltd.).

B) Obras nacionales

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1998): *Derecho Civil: Parte Preliminar y Parte General* (Actualizado por Antonio VODANOVIC H., Santiago, Editorial Jurídica de Chile) volumen II.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2007): *I Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del acto jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CLARO SOLAR, Luis (1937): *XI Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado* (Santiago, Imprenta Nascimento).

CUQ, Edouard (1910): *Las instituciones jurídicas de los romanos*, Volumen III, Imprenta El Debate, Santiago) vol. III.

DÖRR, Juan Carlos (2005): *La teoría de la imprevisión*, AA.VV., *II Curso de actualización jurídica. Teorías del Derecho Civil moderno* (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo) pp. 166 y ss.

DUCCI CLARO, Carlos (2007): *Derecho Civil. Parte General* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ERRÁZURIZ EGUIGUREN, Maximiano (1987): *II Manual de Derecho Romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

FIGUEROA VÁSQUEZ, Waldo (1998): *La acción de enriquecimiento sin causa* (Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Editorial Conosur).

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (1995): *II Curso de Derecho Civil. Teoría de los actos jurídicos* (3ª edición, Editorial Jurídica de Chile).

GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005): *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho Europeo e iberoamericano* (Navarra, Cizur Menor).

HEVIA CALDERÓN, Ricardo (1981): *Concepto y función de la causa en el Código Civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

LEÓN HURTADO, Avelino (1961): *La causa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1998): *Los contratos. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II.

PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel (2003): *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La resolución por Incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SAMPER POLO, Francisco (2005): *Derecho Romano* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

VODANOVIC, Antonio (2001): *Manual de Derecho Civil. Segundo Volumen de las Partes Preliminar y General* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.).

ALGUNAS CONSIDERACIONES A LA OBSERVACIÓN SOCIOLÓGICA DE NIKLAS LUHMANN SOBRE EL DERECHO: TEORÍA DE LOS SISTEMAS, SISTEMA DE DERECHO Y DOGMÁTICA JURÍDICA*

JOSEFINA TOCORNAL COOPER**

RESUMEN: La autora analiza algunos aspectos de las ideas del abogado y sociólogo Niklas Luhmann, específicamente su teoría de los sistemas y las relaciones entre sistema de derecho y Dogmática Jurídica. Concluye que Luhmann enfoca el Derecho en la función social que desempeña, pero determina su función desde la Sociología. La autora comparte con Luhmann la necesidad de un diálogo interdisciplinario entre juristas y otras ciencias afines; las miradas externas son bien recibidas por los subsistemas, pues permiten su perfeccionamiento y la coordinación de fines principales y secundarios. Sin embargo, disiente respecto de la concepción de Dogmática Jurídica, pues ello no es sinónimo de sistema jurídico. La Dogmática Jurídica debe entenderse como una herramienta conceptual cuyo objetivo es compatibilizar el derecho como un

* Este trabajo tiene su origen en un ensayo presentado al *Curso de Metodología Jurídica* del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, impartido el año 2007 por el profesor y doctor en derecho Alejandro VERGARA BLANCO .

** Abogado, Magíster en Ciencia Jurídica, Doctoranda en Programa de Doctorado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becaria Conicyt Doctorado 2010. Correo electrónico: jtc@uc.cl.

conocimiento con una función práctica orientada a la solución de conflictos aquí y ahora.

PALABRAS CLAVES: Niklas Luhmann – Teoría de Sistemas – Sistema de Derecho – Dogmática Jurídica – Sociología del Derecho

ABSTRACT: The authoress analyzes some aspects of the ideas of the lawyer and sociologist Niklas LUHMANN, specifically, his systems theory and the relations between the legal system and the Juridical Dogmatic. She concludes that LUHMANN focuses the Law in its social function, determining its function from the Sociology. The authoress, shares with LUHMANN, the need of an interdisciplinary dialog between jurists and other related sciences; the external looks are well received by the subsystems, since they allow their development and coordination of principal and secondary purposes. Nevertheless, she disagrees his meaning of Juridical Dogmatic, since it is not synonymous of legal system. The Juridical Dogmatic must be understood as a conceptual tool which object is to make compatible the Law as knowledge with a practical function orientated to the solution of real life conflicts here and now.

KEY WORDS: Niklas Luhmann – Systems Theory – Legal System – Juridical Dogmatic – Legal Sociology

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se aborda, en forma sumaria y sencilla, la mirada del abogado y sociólogo alemán Niklas LUHMANN sobre el derecho.

LUHMANN nació en Lüneburg, Baja Sajonia, en 1927 y murió en Oerlinghausen, cerca de Bielefeld, al norte de Alemania en 1998. Estudió Derecho en la Universidad de Friburgo en Brisgovia. Ejerció como abogado y docente de la Cátedra de Derecho Administrativo hasta que entre 1960 y 1961 hace una pasantía por la Universidad de Harvard, donde se aproxima a la Sociología a través del profesor Talcott PARSONS y su obra. Desde el inicio de la década del sesenta y hasta su muerte se dedica en cuerpo y alma a la sociología.¹ Entre 1968 y 1993 se desempeñó como docente de sociología en

¹ Tres importantes sociólogos alemanes tuvieron estrecho contacto con la persona y obra de Talcott PARSONS: N. LUHMANN, R. MÜNCH y J. HABERMAS.

la Universidad de Bielefeld y se empeñó en escribir su fecunda y novedosa obra relacionada con la teoría de sistemas.²

Talcott PARSONS, sociólogo americano, impartió clases de sociología en la Universidad de Harvard desde 1927 hasta 1974. Fue director del Departamento de Sociología de dicha Universidad, y en 1949 fue nombrado presidente de la *American Sociological Society*. Es uno de los mayores exponentes del funcionalismo estructural en sociología. Esta teoría sostiene que las sociedades tienden hacia la autorregulación, así como a la interconexión de sus diversos elementos (valores, metas, funciones, etc.).

Si bien LUHMANN fue discípulo de PARSONS, el sociólogo alemán desde un inicio fue crítico del funcionalismo estructural, básicamente por ser demasiado rígido frente a la complejidad del mundo moderno y el paso del tiempo.³

Conoceremos en LUHMANN a un intelectual ambicioso; derecho, economía, amor, religión, arte, ningún tema lo consideraba lejos de su análisis. Al incorporarse en 1968 a la recién inaugurada Universidad de Bielefeld se le pidió que precisara el proyecto de investigación que iba a llevar a cabo; su respuesta fue: Tema, elaboración de una teoría de la sociedad; duración, treinta años; costos, ninguno. Debe hacerse justicia, pues antes de su muerte terminó su obra cúlmine *La Sociedad de la Sociedad*, cumpliendo lo prometido 30 años antes.

El profesor LUHMANN escribió los siguientes libros sobre Sociología del Derecho: *Legitimación a través del procedimiento* (1969), *Sociología del Derecho* (1972), *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica* (1974, traducido al español en 1983), *Diferenciación del Derecho* (1981) y *El Derecho de la Sociedad* (1993, traducido al español en 2005).

Debe ser mencionado, por el mérito en su traducción del alemán al español, don JAVIER TORRES NAFARRATE, sociólogo mexicano de la Universidad Iberoamericana. En Chile, no son muchos los docentes que conocen y enseñan a LUHMANN, entre ellos, Darío RODRÍGUEZ, sociólogo y Dr. en Sociología por la Universidad de Bielefeld; Marcelo ARNOLD, antropólogo y Dr. en Ciencias Sociales por la Universidad de Bielefeld; Aldo MASCAREÑO, sociólogo y Dr. en Sociología por la Universidad de Bielefeld; Daniel CHERNILO, sociólogo y Dr.

² La Universidad de Bielefeld nace en 1968 a raíz de revueltas estudiantiles en Alemania. Fue fundada y se ha mantenido como una Universidad de vanguardia en el pensamiento, alternativa e interdisciplinaria en sus propuestas.

³ LUHMANN (1996) p. 28.

en Sociología por la Universidad de Warwick, y Juan Ignacio PIÑA, abogado y Dr. en Derecho de la Universidad de Navarra.

I. TEORÍA DE SISTEMAS

No es la multitud de hombres lo que hace una sociedad, no es la cercanía lo que hace la sociedad, tampoco el territorio. No es la acción de cada uno lo que hace una sociedad. Muchas personas ejecutando acciones individuales tampoco son sociedad. Reconocemos lo social en una acción dirigida a otro con la expresión concreta de una intención subjetiva y como cada uno hace lo mismo, se habla de interacción. Por lo tanto, la acción sólo adquiere “lo social” al ser interacción. La interacción necesitaría personas, pero la interacción en sí no depende de cada persona, pues la interacción es lo que está entre las acciones y si las acciones las ejecutan las personas, la interacción es lo que está entre las personas. Lo social, sería entonces el fenómeno complejo de la comunicación y las acciones el modo visible de descomposición de la comunicación. Esta forma de razonar usada por LUHMANN deja fuera de lo social a las personas. Todo un cambio de paradigma diría Thomas KUHN.

La comunicación es más extensiva que la acción. La comunicación es social porque requiere de al menos dos personas para producirse. La comunicación es pasajera, apenas comienza, empieza a desvanecerse. La comunicación es conectiva, va dejando puentes y conexiones.

En el fenómeno de la comunicación existe un *Alter* que decide qué es lo que va a informar y cómo lo va a informar y un *Ego* que puede comprender o no comprender la información entregada por el *Alter*. *Ego* decide qué entiende. El proceso de la comunicación implica la participación de *Alter* y de *Ego*, no basta con el comunicar de *Alter*; la comunicación se producirá cuando *Ego* reacciona comprendiendo o no.

Luhmann entiende a la sociedad como un sistema y no como un conjunto de hombres. Como sistema, por cuanto la observación y descripción de ciertos fenómenos forzosamente deben ser estudiados como totalidades.⁴ Como sistema, la sociedad corresponde a un nivel emergente compuesta de comunicaciones. Los sistemas se configuran en base a quien observa la sociedad, lo que produce la distinción sistema/entorno. Luhmann reconoce distintos tipos de sistemas: los sistemas sociales que realizan la autopoiesis o autorganización en base a la comunicación, los sistemas psíquicos que reali-

⁴ PIÑA (2005) p. 48.

zan autopoiesis en base a su conciencia y los sistemas orgánicos que realizan su autopoiesis químicamente.

A la autoreferencia se refiere también en la teoría luhmanniana como autorganización o autopoiesis (palabra tomada de los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela). Diferentes palabras para un mismo concepto de unidad constitutiva del sistema consigo mismo, es decir, independiente del ángulo de mirada otros sistemas. La unidad tiene que efectuarse, no está preconcebida y es el propio sistema o subsistema de que se trate quien debe proveerle esa unidad y por ello se podrá llamar a un sistema como autorreferente cuando los elementos que lo constituyan están integrados por una función.⁵

Será la autoobservación al propio subsistema la que producirá la introducción de sistema/entorno y la que delimitará que se reproduzcan comunicaciones del subsistema respectivo y no elementos de un subsistema distinto. Es importante recalcar que la autoorganización interna que se da el subsistema no impide que exista una apertura al entorno del sistema.⁶

El autor alemán sostiene que cada sistema es variable en el tiempo y con una función específica. Para LUHMANN, *“el sistema social se encuentra compuesto por comunicaciones. Los sistemas sociales son sistemas autorreferenciales que se diferencian respecto a un entorno. Los elementos del sistema social son comunicaciones que van encadenándose unas a otras, y generando –y siendo generadas por– un sentido intersubjetivo que establece los límites del sistema. Los seres humanos, en consecuencia, no pertenecen al sistema social, sino a su entorno.”*⁷

La sociedad, según LUHMANN, estaría compuesta de subsistemas funcionales, es decir cada subsistema: derecho, economía, ciencia, etc., tiene funciones específicas y se ha especializado en ellas. Los subsistemas se relacionan entre sí y tienen la capacidad de observarse así mismos y entre sí. La capacidad de ser sensible a otros subsistemas se denomina en la teoría luhmanniana acoplamiento estructural a su entorno, ya que el entorno de un subsistema será todo el resto de subsistemas y así recíprocamente. Hay subsistemas que son más cercanos. En efecto, el acoplamiento estructural entre el subsistema Derecho y el subsistema Política es regulado por la Constitución. Por su parte,

⁵ LUHMANN (1998) pp. 20 y ss.

⁶ LUHMANN (1990) pp.87-99.

⁷ RODRIGUEZ y ARNOLD (1990) p. 113.

el acoplamiento estructural ente Derecho y Economía se produce mediante la propiedad y el contrato.

Los acoplamientos estructurales sólo funcionan con el efecto de responder al código binario de inclusión/exclusión. La moderna y compleja sociedad mundial ha incrementado el contacto y la interdependencia entre dichos subsistemas. En efecto, las sociedades modernas se caracterizan por una doble complejidad, por un lado una gran especificación de funciones y por otro una creciente interdependencia entre ellas.⁸

En el sentido antes descrito, el derecho de la sociedad es un subsistema socialmente diferenciado. El derecho siempre se refiere al derecho y dado que todo sistema social según Luhmann es un sistema de comunicaciones, el sistema de derecho orienta sus comunicaciones por el código conforme a derecho o no conforme a derecho.

El derecho es de la sociedad, porque el derecho es una forma especial de comunicación y para Niklas Luhmann el derecho no es más que un tipo especial de comunicación. Sociedad será indicación de unidad de todas las comunicaciones posibles.⁹

La Teoría de Sistemas de LUHMANN aporta una mirada novedosa a la sociedad. El ser humano es mucho más que un elemento de un sistema. El entorno de la sociedad, en donde se encuentran los seres humanos, tiene mucho más complejidad que el sistema social. Por otra parte, el propio sistema social, es decir las comunicaciones, también son complejas por cuanto *Alter*, que emite la información, es mucho más que la información, existe todo un ser que quiere comunicar una información. Por otra parte, *Ego* que recibe la información es también un ser humano complejo que por su historia -y no necesariamente por la información que da *Alter*- puede interpretar el contenido de la información de una manera distinta a lo que cree comunicar *Alter*. Además, terceros distintos de *Alter* y *Ego* pueden interpretar la comunicación de la información de una manera distinta a como la pretendió entregar *Alter* y la entendió *Ego*. Entonces, el profesor Darío RODRÍGUEZ señala que la sociedad moderna no sólo es compleja en si en cuanto comunicaciones sino también su entorno es tanto o más complejo. Coincidimos con RODRÍGUEZ en que la mirada de LUHMANN no descalifica al ser humano, por el contrario, el ser humano no es un elemento de la sociedad, el ser humano es más que un elemento del cual uno pudiera prescindir como parte de algo. Lo social son las

⁸ MASCAREÑO (2004a) p. 63.

⁹ MASCAREÑO (2004b) p. 302.

comunicaciones, el entorno es todo lo demás, en donde se encuentra el ser humano, que es inclasificable en una teoría social. Se respeta por lo tanto en toda su dimensión la dignidad del ser humano en cuanto ser único e irrepetible del cual no puede prescindirse ni considerársele como elemento o parte de algo. Compartimos con el sociólogo chileno mencionado que LUHMANN es un realista no interviniente por cuando observa la realidad y nos describe su mirada sociológica. La sociedad admite múltiples miradas y lo que plantea LUHMANN es que observando la sociedad desde las perspectivas de las comunicaciones de si un asunto es o no conforme a derecho nos encontramos con un subsistema jurídico, si el observador sociológico observa la misma realidad desde otro ángulo advierte comunicaciones económicas que responden a una función determinada y por lo tanto lo interpreta como un subsistema economía y así son muchas las miradas que se pueden dar a una sociedad, desde el amor, la religión, la política. No es posible limitar las miradas. Al observar desde distintos ángulos se aprecian en la sociedad comunicaciones orientadas a determinadas funciones y que son propias de lo que se llama un subsistema. Cada subsistema tiene su lógica, su forma de interpretar el entorno. El derecho de la sociedad, se dice así porque está dentro de la sociedad, es una mirada a la sociedad. Está también la religión de la sociedad, el arte de la sociedad, en fin, la ciencia de la sociedad. Así cada subsistema tiene en su entorno a todo el resto de subsistemas. El subsistema derecho tiene en su entorno a todos los restos de subsistemas, al económico, al político, el arte, y a su vez para el subsistema economía el derecho es parte de su entorno, para el arte, el derecho y la economía son parte de su entorno. Para todos ellos el ser humano es parte de su entorno.¹⁰

El abogado penalista Juan Ignacio PIÑA coincide en que la teoría de LUHMANN es una *teoría de la perspectiva* en el sentido que es la mirada y el ángulo con que se mira lo que va cambiando, pero los hechos son uno solo. A modo ilustrativo PIÑA explica que hacer la línea vertical en un voto es un mismo hecho, pero para el sistema jurídico será el ejercicio de una obligación cívica, para un político la elección de un candidato, para la religión una opción en pro o en contra de determinado asunto relevante etc.¹¹

¹⁰ RODRÍGUEZ (2007), ideas sostenidas en entrevista personal realizada en la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago [fecha entrevista: 15 de mayo de 2007].

¹¹ PIÑA (2007), ideas sostenidas en entrevista personal realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago. [fecha entrevista: 15 de mayo de 2007].

II. SISTEMA JURÍDICO Y DOGMÁTICA JURÍDICA

La publicación en alemán de *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica* fue en 1974 y fue publicado al español en 1983. En su texto, LUHMANN expresa su descontento con el estado actual de la jurisprudencia y la ciencia jurídica por cuanto no está claro cuál es la posición social del sistema jurídico ni existe una adecuada conciencia de la práctica jurídica y sus consecuencias. Existe escepticismo de la verdadera utilidad de la Dogmática Jurídica, lo que es un síntoma de debilidad de reflexión y orientación del sistema jurídico. Lo anterior a consecuencia de la infructuosa lucha entre las visiones de la jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia de conceptos: *“La orientación hacia el sistema jurídico en un nuevo sentido se manifiesta –muy veladamente– en que el paso hacia la jurisprudencia de intereses hace que la dogmática dependa de la legislación, en mayor medida que antes, puesto que tiene que presuponer la valoración de los intereses por parte del legislador. A la dogmática ha de asignársele una función inmanente al sistema jurídico.”*¹²

En el mismo sentido, el profesor Juan Ignacio PIÑA señala que como punto de partida es imprescindible tener presente que la teoría de LUHMANN es funcionalista. Por lo que las bases del pensamiento funcional resultan fundamentales para entender su obra. El punto de arranque funcionalista presume que toda sociedad, es decir, todo sistema social, tiene necesidades de las que depende su subsistencia y son esas necesidades las únicas explicaciones relevantes para dar cuenta de los componentes del subsistema.¹³

El Derecho se enfrentaría a las exigencias de adaptación, a los cambios sociales por el paso del tiempo, por lo que es necesario que la orientación social del Derecho mire al futuro y no al pasado y que las decisiones judiciales estén orientadas a las consecuencias que van a producir. La característica más importante del concepto de Dogmática es comprender que la prohibición de la negación, es decir, la no negabilidad de los puntos de partidas de las cadenas de argumentación debe estar sustraídos a la crítica.

La función positiva de la Dogmática estará en que por la manera de distribuir las prohibiciones de negación, la explotación de la norma jurídica frente a la experiencia o caso concreto se lleve a un adecuado nivel de flexibilidad. Por ello, la dogmática debe regular la conducta disponedora del jurista. La función de la Dogmática Jurídica es permitir que aumenten las inseguridades soportables del sistema jurídico. Para ser soportables las inseguridades deben

¹² LUHMANN (1983) p. 20.

¹³ PIÑA (2005) p. 55.

ser compatibles con dos exigencias: la norma jurídica y la necesidad de toma de decisión en un conflicto jurídico (caso). La función de la Dogmática será limitar la arbitrariedad de una relación que es variable por ambos lados. La norma jurídica admite distintas interpretaciones y por tanto es variable y los casos siempre tienen algo de distinto y, por tanto, también son variables. La dogmatización permitirá que el juez no sólo se vincule a la situación a decidir sino también se sujete al sistema jurídico.

La Dogmática Jurídica estaba planteada primariamente en la frontera del *input* del sistema jurídico, es decir orientada hacia el pasado, lo que implica que recibe y elabora la información sin considerar las consecuencias de la decisión tomada en base a ellas y ha evolucionado hacia una Dogmática Jurídica orientada hacia el futuro o *output* que está orientada a producir determinadas consecuencias. Según LUHMANN, ni lo uno ni lo otro es positivo.

Una norma jurídica puede tener validez general aún cuando no sea aplicada a todos los casos individuales, es lo que se llama regla/excepción y en cuanto el sistema jurídico empieza a funcionar con este mecanismo de reglas que admiten excepciones se genera una Dogmática Jurídica. La posibilidad de encajar dentro de la excepción debe ser suficientemente fuerte para justificarse y así ser inofensiva para la regla general. Pero no sólo deben considerarse las consecuencias primas de una decisión jurídica sino también las llamadas consecuencias colaterales o indeseables. La justificación de una decisión en base a sus consecuencias supone emplear *anteojeras* e ignorar las consecuencias desagradables como parte del costo de esta orientación dogmática. Se debe tener presente que dentro del sistema jurídico hay una obligación de tomar una decisión. Son tres posibilidades: i.- la solución es dada detalladamente vía legislación, ii.- o se decide de acuerdo al orden de los valores relevantes o, iii.- o se procede de forma oportunista, es decir en base a criterios indeterminados y cambiantes en cada caso y solo para ese caso. Cualquiera de estas soluciones trae dificultades y todas ellas tienden a enemistarse de la Dogmática Jurídica. Según el profesor alemán, *“la orientación a las consecuencias de la acción, y con ellos la orientación a un futuro aún incierto, es característica dominante de la sociedad moderna. Esto trae consigo inseguridades y convierte en tema central a la seguridad, también a la sociedad jurídica, como problema y como valor. A esto se refieren los esfuerzos de conocimiento, de presentación y de organización del sistema jurídico diferenciado. El ciudadano tiene que prever las decisiones del sistema jurídico.”*¹⁴

¹⁴ LUHMANN (1983) p. 68.

La incorporación de preocupación por el futuro dentro del propio sistema jurídico se da en dos variantes: la liberación condicionada y la búsqueda de fines. Sin embargo, el futuro no se puede convertir en presente y ser eficaz en solucionar problemas que aún no existen, por lo que la indeterminación del futuro más que eliminarla se puede socializar y considerar. Pero no importa, porque el derecho siempre ha sido un estructurador social y por ello la dogmática en lo que se refiere al futuro debe ser correctora en adaptarse a la falta de conocimiento y esencial indeterminación del mismo. Explica LUHMANN en otra de sus obras que, en concreto, la función del derecho es la estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de determinadas conductas de una manera objetiva, en un momento determinado y de aplicación general.¹⁵

Continua LUHMANN explayándose, no cree conveniente que la Dogmática Jurídica emplee las consecuencias como criterios de lo lícito e ilícito. Los juristas, según él, carecen psicológicamente de controles dogmáticos para diferenciar entre sus expectativas valorativas y sus criterios.

Si no es la orientación a las consecuencias un criterio suficiente para distinguir entre lo lícito y lo no lícito, ¿cuál criterio sí es suficiente? El autor interpela al sistema jurídico a reconocer que de la orientación de las normas a las consecuencias no se derivan criterios suficientes para diferenciar lo lícito y lo ilícito y por lo tanto debe preguntarse el jurista de dónde podrán derivar.¹⁶

LUHMANN responde que las cuestiones jurídicas no pueden fijarse independientemente de las expectativas sociales. Teniendo presente las exigencias sociales dirigidas a la estructuración jurídica de la conducción de la vida y, por otra parte, el nivel de pretensiones interno al sistema jurídico es necesario definir puntos de vista de referencia abstractos y condicionales. Para ello es necesario saber qué es la justicia como relación entre el sistema jurídico y la sociedad. La tarea de la Dogmática Jurídica será la de formular conceptos socialmente adecuados. Conceptos adecuados a la sociedad significa que se logre la transformación conceptual del problema al sistema jurídico. Este criterio de adecuación es sólo para la función específica del sistema jurídico como una parte del sistema social. Según la tesis sociológica que toda realidad social es comunicación y nada más que comunicación podría facilitar al jurista la decisión de no prestar atención a lo que no está a la vista. La realización de conceptos adecuados a la sociedad se enfrenta a la dificultad de la

¹⁵ LUHMANN (2005) p. 188.

¹⁶ LUHMANN (1983) p. 95.

necesidad de abstracción y conexión con vínculos concretos y por otra parte la dificultad de reflexión sociológica de conceptos dogmáticos.

La vigencia del derecho es condición de su mutabilidad y es dentro del mismo derecho vigente donde se encuentran propuestas de cambio, dado el carácter autosustitutivo del sistema jurídico. En cuanto a la reflexión sociológica de conceptos dogmáticos puede ocurrir que la adecuación resulte de un sentido colateral u oculto, de modo que la representación y la función se separen entre sí.

Según lo que postula la *teoría de sistemas*, existe entre la autorregulación y las relaciones con el entorno una conexión tal que un sistema puede adaptarse a los acontecimientos relevantes de su entorno social, tanto como cambiar su entorno en aspectos relevantes para el sistema. Es decir, el sistema jurídico es variable y el entorno social es variable. La dogmática mediante la formación de conceptos socialmente adecuados nos garantiza condiciones de posibilidad, es decir, considera tanto los horizontes del pasado *-input-*, como los horizontes del futuro *-output-* y así se orienta el sistema jurídico a las necesidades de la sociedad.

Reconoce LUHMANN que realizar trabajos internamente en el sistema jurídico que condensan la autoobservación del sistema es un esfuerzo por alcanzar consistencia conceptual y llegar a la comprobación de la universalidad de los principios, de los conceptos, de las reglas de decisión con el ánimo de reducir aún más el esquema regla/excepción.¹⁷

No coincidimos completamente con la aseveración de LUHMANN relativa a que pareciera razonable ajustar el Derecho a conceptos sociológicos de conveniencia. Es un elemento de la esencia del Derecho, que lo hace ser lo que es y no otra cosa, que la ley sea universal y se aplique de modo igual a quienes se encuentren en iguales situaciones. Las circunstancias históricas, políticas, económicas puede violentar este principio de universalidad de la ley so pretexto de hacerla más conveniente socialmente. Consideramos que eso sería debilitar al sistema. Si el derecho pareciera que no es conveniente socialmente, pues le corresponderá al subsistema político legislativo el modificarlo y al sistema jurídico judicial aplicarlo, pero siempre de la misma forma entre quienes se encuentren en una misma condición. El sistema jurídico no tiene por función la conveniencia social, sino que su función es según nuestra opinión la aplicación de justicia y no debe abandonarse su función principal por una función que pertenece al entorno del subsistema jurídico.

¹⁷ LUHMANN (2005) pp. 63 y 64.

No pareciera conveniente a quien postula una teoría de sociedad, que es lo propiamente sociológico, entrar a regular tan finamente un subsistema especializado que exige estar orientados a sus funciones específicas y no a otras. Es admirable que exista la capacidad y la genialidad de postular una teoría amplia de sociedad. Son escasos los astrónomos, los sociólogos y los teólogos que estudian y aportan nuevas miradas, cambios de paradigmas como diría KUHN, al conocimiento y estudio de las estrellas, la sociedad y Dios. Es suficiente ambición estudiar la generalidad y Niklas LUHMANN es un grande en el estudio de la sociedad. Un especialista en sociedad. Un revolucionario que ha logrado ser oído en las universidades de todo el mundo sobre su cambio de paradigma social: la sociedad no está compuesta por hombres, sino por comunicaciones. Su postura, por muchos considerada un escándalo, no debe ser incomprendida. Tiene una profunda realidad y belleza.

En efecto, RODRÍGUEZ y ARNOLD señalan derechamente que LUHMANN propone un cambio de paradigma consistente en pasar de la distinción de todo y partes a la distinción de sistema y ambiente. En los sistemas diferenciados hay dos tipos de ambiente: el externo común a todos los subsistemas y el interno especial para cada subsistema. El sistema o subsistema no se considera como algo dado sino que debe preguntarse el observador por su función, esta función produce la construcción misma del sistema mediante la comprensión y reducción de la complejidad del mundo circundante. El entorno deja de ser un factor influyente o condicionante para la construcción del sistema sino que pasa a ser un factor constituyente del subsistema de que se trate.¹⁸

Sin embargo, no debe olvidarse que la Dogmática Jurídica es una ciencia normativa que se interesa en el deber ser del derecho, mientras que la sociología del derecho se ocupa del ser del derecho, es decir, qué hechos, acciones y relaciones sociales efectivamente tienen lugar en una sociedad regida por este orden del deber ser.¹⁹ En este sentido LUHMANN no respeta las funciones propias de cada subsistema, no debe por tanto aconsejar cuál *debe ser* el papel de la Dogmática Jurídica, sino sólo apreciar cual es su papel en la práctica.

RODRÍGUEZ señala que la mirada de LUHMANN necesariamente debía ponerse en la mayor cantidad de perspectivas posibles para tratar de abarcar un concepto más completo del sistema social. Sin perjuicio de lo anterior, no se coincide ni con LUHMANN ni con RODRÍGUEZ en la dedicación a tal amplitud de miradas. El estudio de cada subsistema por una sola persona, aún cuando un

¹⁸ RODRÍGUEZ y ARNOLD (1999) pp. 83 y 84.

¹⁹ ROBLES (1993) p. 33.

brillante intelectual y sociólogo es excesivo. A nuestro modo de ver, LUHMANN fue favorecido con una inteligencia iluminadora y se hubiese deseado que no perdiera de vista las estrellas en su conjunto por estudiar cada estrella en particular, porque son demasiadas. Su mirada no debió desconcentrarse de la sociedad como fenómeno global para ir a observar cada subsistema. Su mirada social es genial, novedosa, moderna, realista, pero cuando se acerca a cada subsistema debe enfrentarse con los especialistas y con funciones específicas que no le corresponden desde la sociología.

III. LA OBSERVACIÓN DE KARL LARENZ A NIKLAS LUHMANN

Según Karl LARENZ *"el derecho justo es un peculiar modo de ser del derecho positivo"*.²⁰ La cuestión de la justicia del derecho se refiere a si está internamente fundada. Si es objetiva su pretensión de ser obedecida. Es decir, no se trata de un tema de lógica ni del pensamiento, ni de conveniencia social o no, es un problema de ética o de razón que legisla la moral. Al proceder de esta forma el legislador hace un juicio de valor y estima qué bienes jurídicos considera más valiosos y, por lo tanto, más dignos de protección legal. Comprender una norma jurídica nos obligaría a descubrir los valores que la han inspirado. En opinión de LARENZ, la jurisprudencia es en la esfera práctica la aplicación del derecho y en la esfera teórica de la Dogmática Jurídica un pensamiento orientado a valores.²¹

La noción de justicia de LUHMANN es bastante básica: una adecuada complejidad del sistema jurídico. La justicia no sería ya un concepto ético, ya que sólo se refiere a la consistencia interna de las decisiones del sistema. Si la decisión es consistente con el sistema es justa y si no lo es sería injusta.²² No compartimos esta noción de justicia en cuanto consideramos que sí existen valores o conceptos naturales y que quizás costaría delimitar en su ser, pero son claramente identificables en su no ser. Pueden ser justas distintas decisiones y se puede estar gradualmente de acuerdo o en desacuerdo, pero existen decisiones que violentan esencialmente la idea de justicia y que las personas claramente sí pueden calificar de injustas en un momento determinado.

La Dogmática Jurídica, para Luhmann, primeramente debe aceptar que deben ser innegables los puntos de partida de las cadenas de argumentación. Para Larenz, estas innegabilidades serán decisiones de valor y principios previamente dados en la Constitución y la totalidad del orden jurídico.

²⁰ LARENZ (1985) p. 21.

²¹ LARENZ (2001) p. 205.

²² GIMÉNEZ (1993) p. 284.

La dogmática permitirá poder aclarar y corregir la distancia existente entre las innegabilidades y las normas y decisiones particulares siendo exigible la flexibilidad en la aplicación del derecho a una situación concreta. Por ello, LARENZ considera que la función de Dogmática Jurídica no reside en el encadenamiento del espíritu sino, a la inversa, en ampliar las libertades en el trato con experiencias y textos. Pero este proceso no puede hacerse de cualquier modo ya que debe hacerse sólo hasta el límite soportable. La soportabilidad de la libertad dogmática estará en que la solución dada por la aplicación de la norma jurídica se encuentre conforme a derecho.

Será pues la idea de justicia la que constituya el factor de unidad del orden jurídico como un todo, las exigencias sociales generales del derecho. La dogmática mediará entre valores y principios fundamentales, las normas dadas (y también entre estas normas) y las cambiantes situaciones de la sociedad. Esta mediación ocurre en una doble dirección y la jurisprudencia precisará los valores modificables y sus límites, por tanto flexibles en la aplicación del derecho, en especial, en situaciones imprevistas.

LARENZ opina que sin estas innegabilidades en la cadena de argumentación no sería posible un orden jurídico.²³

Como vemos un jurista y un sociólogo pueden ser complementarios. Será el jurista el que macere el aporte del sociólogo para el sistema jurídico. LUHMANN aún cuando brillante, es externo y por lo tanto confunde su función. Cuando se observa una realidad sin afán de intromisión los mensajes son mejor entendidos y cada subsistema sabrá lo que tiene que hacer para que su función se cumpla mejor y así colaborar con una sociedad mejor comunicada.

CONCLUSIONES

1. Para LUHMANN la Dogmática Jurídica no constituye el sistema jurídico en sí mismo sino que lo gobierna. Sociológicamente enfoca el derecho en la función social que desempeña, pero determina su función desde la sociología y no desde el derecho. El derecho es de la sociedad y por tanto no le es un objeto ajeno de estudio de la sociología, así como la ciencia es de la sociedad, la educación es de la sociedad. Con esta mirada omnicomprendensiva la sociología podría estudiarlo todo. Pero a nuestro modo de entender pierde mucha energía, talento y tiempo en subsistemas y se

²³ LARENZ (2001) p. 222.

lo quita al estudio de la sociedad toda, incluso entendiéndola de forma luhmanniana como subsistemas y entornos.²⁴

2. El enfoque luhmanniano cambia el concepto de Sociología del Derecho como aquella rama de la sociología que tiene por objeto el estudio de las relaciones entre derecho y sociedad, como dos realidades diferenciadas. Para LUHMANN el derecho es de la sociedad, el subsistema jurídico es parte de la sociedad, no se contraponen sino que el derecho está incluido y comprendido en ella sea como subsistema jurídico o como entorno de los demás subsistemas.

3. Sin perjuicio de la clausura normativa y de la función específica de cada subsistema, el sistema jurídico, por ser un subsistema social es un sistema abierto, es decir puede estar en la frontera del *input* o del *output*. Si el sistema está orientado al *input* su acento está puesto en el pasado, en la recepción y elaboración de la información del caso con relativa indiferencia a las consecuencias del caso. Esta orientación evita criterios subjetivos por quienes tengan el poder de juzgar, lo que genera una mayor estabilidad del derecho, v.g. Teoría del Delito, y el tipo penal previamente establecido a la comisión de un delito. Estamos en este caso frente a una función conservadora del Derecho. Por el contrario, cuando el sistema abierto se orienta al *output* se acepta la injerencia del pensamiento realista que pondera las consecuencias sociales, políticas, económicas y culturales del sistema social. Esta orientación genera más inseguridad e inestabilidad del derecho. Estamos en este caso frente a una función innovadora del derecho. Si bien la influencia del pasado es innegable en la formación del derecho debe equilibrarse con un vislumbre del futuro, pero en la medida que vaya se transforme en un imperativo de justicia, de modo que el subsistema respectivo presente un nuevo derecho vigente a aplicar. Mientras así no suceda, el derecho tiene herramientas propias para administrar justicia en un caso concreto, por ejemplo con la categoría regla general, excepción o bien con el concepto de la sana crítica o buena fe, pero nunca ni aún cuando parezca socialmente adecuado según LUHMANN, se puede violentar la universalidad de la ley y el principio de igualdad ante ella.

4. La solución propuesta por LUHMANN es que si bien la dogmática debe respetar las formulaciones, es inherente a la naturaleza humana el tener visiones y perspectivas diferentes sobre una realidad dada, por lo que es inevitable recibir injerencias valorativas. Esta mirada es tan realista que

²⁴ FERRARI (2000) p. 60.

la misma historia demuestra que en base a una misma norma se ha llegado a soluciones dogmáticas diferentes según la posición filosófica que se tuviera.

5. Niklas LUHMANN interpreta la realidad pero no la cambia. El enfoque comunicacional como eje fundante de la sociedad me parece real. Parece positivo el no considerar a cada hombre como elemento de la sociedad sino que fundar lo social en el hecho de comunicarnos, compartir, convivir, el ser mucho más que un hombre o una mujer Cambiar el ser yo o el ser él por un ser nosotros conectados. Creemos que justamente la dimensión social está en el nosotros. Cuando sólo somos yo o él, estamos solos; cuando somos nosotros en interacción, estamos en sociedad. LUHMANN reconoce la individualidad de cada ser humano de una forma extrema, inclasificable pero indispensable para las comunicaciones; en definitiva, sin el ser humano no hay sociedad, pero no en cuanto elemento sino que en cuanto se requiere de al menos dos personas para comunicarse.²⁵
6. Compartimos con LUHMANN en la necesidad de un diálogo interdisciplinario entre juristas y otras ciencias afines (o sistemas parciales de sociedad). Las miradas externas son bien recibidas por los subsistemas, permiten su perfeccionamiento y la coordinación de fines principales y secundarios. Pero el aporte externo se agradece en la medida que no entre el sociólogo a la casa del jurista a poner la mesa o abrir el refrigerador. Lo mismo creemos ocurrirá al economista que es intervenido por un político o a un profesor que es intervenido por la religión. En cambio creemos que es bien recibida la carta sugerente que toma conciencia de su externalidad.
7. La dogmática no es lo mismo que el sistema jurídico. La Dogmática Jurídica debe entenderse como una herramienta conceptual cuyo objetivo es compatibilizar el derecho como un conocimiento con su función práctica orientado a la solución de conflictos aquí y ahora. Por lo anterior, es importante no sobrevalorar la dogmática vista por LUHMANN como más orientada a las consecuencias que a la aplicación segura y rigurosa de conceptos. Tampoco se puede pretender que por la Dogmática se niegue la influencia de los valores, influencia que si bien puede ser atenuada en vista de la seguridad jurídica, no podrá nunca eliminarse completamente, ya que el ser humano es distinto uno a otro y cada uno tiene una perspectiva distinta.

²⁵ MASCAREÑO (2004c) p. 364.

8. Finalmente, LUHMANN en toda su grandeza nos recuerda que en nada atenta a la verdad el reconocer que existen innegabilidades en el inicio de una cadena de argumentación. En efecto, ciertas cosas debe aceptarse por ciertas, pues son una realidad innegable, aún cuando no podamos explicarlas unívocamente ni como individuos ni como sociedad. Así, por ejemplo, el hecho de la existencia de un mundo sin saber en realidad aún quién o cómo se creó es una innegabilidad. Aún la misma cultura occidental cristiana parte de ciertas innegabilidades que nos acompañan toda la vida, sin por eso deber temer de las verdades científicas o los avances de la investigación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- FERRARI, Vincenzo (2000): *Acción jurídica y sistema normativo* (Traducc. Andrea Greppi, Madrid, Editorial Dykinson) 357 pp.
- LARENZ, Karl (1985): *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica* (Madrid, Editorial Civitas S.A.) 202 pp.
- _____ (2001): *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Madrid, Ariel Derecho) 535 pp.
- LUHMANN, Niklas (1983): *Sistema jurídico y Dogmática Jurídica* (Traducc. Ignacio Pardo Otto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) 153 pp.
- _____ (1990): *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría* (Traducc. Santiago López Petit y Odrote Schmitz, Ediciones Paidós Ibérica S.A.) 144 pp.
- _____ (1996): *Introducción a la teoría de Sistema* (Traducc. Javier Torres Nafarrate, Guadalajara, Universidad Iberoamericana A.C. en coedición con el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente y Editorial Anthropos) 303 pp.
- _____ (1998): *Sistemas Sociales* (Traducc. Sylvia Pappé y Brunhilde Erker, Barcelona, Editorial Anthropos en coedición con Universidad Iberoamericana, México D.F. y con el Centro Editorial Javeriano, Pontificia Universidad Javeriana, Santafé de Bogotá) 445 pp.
- _____ (2005): *El derecho de la sociedad* (Traducc. Javier Torres Nafarrate, México, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V.) 676 pp.

MASCAREÑO, Aldo (2004a): "Sociología del derecho (Chileno y Latinoamericano)", *Persona y Sociedad* (vol. XVIII N° 2): pp. 63-94.

_____ (2004b): "Una rosa es una rosa, es una rosa, es una rosa... A propósito de Niklas Luhmann", *Persona y Sociedad* (vol. XVIII N° 2): pp. 301-306.

_____ (2004c): "La Autonomía de los antiguos y de los modernos: réplica a Pablo Ruiz Tagle", *Persona y Sociedad* (vol. XVIII N° 3): pp. 361-366.

PIÑA, Juan Ignacio (2005): *Rol social y sistema de imputación* (Barcelona, J.M. Bosch Editor) 464 pp.

_____ (2007): Entrevista personal inédita, realizada en Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago, con fecha 15 de mayo de 2007.

ROBLES, Gregorio (1993): *Sociología del derecho* (Madrid, Editorial Civitas S.A.) 257 pp.

RODRÍGUEZ, Darío y ARNOLD Marcelo (1999): *Sociedad y teoría de sistemas* (Santiago, Editorial Universitaria) 199 pp.

RODRÍGUEZ, Darío (2007): Entrevista personal inédita realizada en la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, con fecha 15 de mayo de 2007.

LA CREACIÓN DE LA CIUDAD: LA VIEJA Y LA NUEVA ILUSTRACIÓN

ROBERTO PÉREZ VILLAVICENCIO*

RESUMEN: ¿Es la misma pregunta aquella que interroga por el principio que unifica y da existencia a la comunidad, que aquella otra que enfoca el principio que legitima la normatividad puesta por el discurso, es decir, aquello que hace de la inclusión o la exclusión un hecho político? Para contestar esta pregunta este ensayo intenta acercarse a los diferentes criterios que generaron la rica discusión escrita que ha llegado a nosotros desde la vida política de la antigua intelectualidad ateniense. Desde estas conclusiones intenta el autor entender el mismo problema en el mundo moderno.

ABSTRACT: Is it the same question that which asks for the principle that unifies and gives existence to the community than that which focuses the principle that legitimizes the normativity, or in other words, that which makes the inclusion or the exclusion a political fact? To answer this question, this essay gives an approach on the different criterias that have generated the rich discussion that has come to us since the ancient political life of the athenian intellectuals. From the later on conclusions, the author shall try to understand the same dilemma in the modern world.

PALABRAS CLAVES: comunidad – democracia – vínculos sociales – democracia ateniense

* Licenciado, con estudios de Magíster, y profesor de Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Postulado en Estudios de la Argumentación, Universidad Diego Portales. Actualmente se desempeña como académico de la Universidad Bernardo O'Higgins y de la Universidad de los Andes. Profesor Secundario en Colegio Tabancura. <rperez@tabancura.cl>.

KEY WORDS: community - democracy - social ties - athenian democracy

I. DEMOCRACIA Y DEMOCRACIAS: EL PROBLEMA DE LAS VINCULACIONES SOCIALES

La carta escrita por KANT y publicada en el periódico alemán *Berlinische Monatschrift*, en noviembre de 1784, afirmaba que la ilustración “es la salida del hombre de su minoría de edad (...) La minoría de edad estriba en la incapacidad de servirse del propio entendimiento, sin la dirección de otro”. Este nuevo concepto político llevó a los ilustrados a concentrar sus esfuerzos en una apertura de espacios jurídicos en los que se haría realidad un nuevo ideal de libertad, de fraternidad universal y de progreso social. Hoy, las democracias contemporáneas descansan sobre estos conceptos. En ellas se establece la igualdad y funda la libertad política como un derecho homogéneo y universal, sin que las distinciones de hecho justifiquen diferencia jurídica alguna en lo fundamental. Construyen una comunidad política como un espacio público sustentado en un orden jurídico negativo –sin contenido sustancial¹– en el que puede lograrse una armoniosa convivencia de las libertades políticas, entendidas estas como espacios de privacidad de lo diverso². La calidad de principio legitimante que tienen los vínculos sustanciales, en comunidades culturalmente ligadas por ejemplo, es negado y reemplazado por el *consenso*; es decir, una norma que –teóricamente– tendrá validez si todos los posibles afectados, directa o indirectamente, pudieran llegar a un acuerdo racionalmente fundado. Las vinculaciones que otrora fueron las consecuencias de afirmaciones cosmogónicas y morales se cambian por vínculos de procedimiento, es decir, normativas que permiten la convivencia de las partes sustanciales al costo de no contener afirmaciones de ninguna de estas. “Este procedimiento discursivo de legitimación pretende radicalizar el formalismo, la autonomía y la universalidad de la Ilustración, por medio de una justificación a través de la adhesión potencial generalizable, prescindiendo de

¹ Entendemos por vínculo sustancial una serie de valores referenciales definidos mítica, filosófica o teológicamente y que configuran y permiten la existencia de una comunidad. Por consiguiente para “esa” comunidad como tal, sus creencias religiosas, morales, mítico-originales tales como su credo y su sentido de pertenencia al suelo –como de hecho opera en sociedades árabes en la actualidad, por ejemplo– actúan de forma inclusiva para quien es considerado dentro de la definición y excluyente respecto de otros sujetos y criterios. La multiplicación de criterios multiplica las comunidades.

² Entendemos la libertad en un sentido político y amplio. Es la autonomía en el uso de cierto espacio jurídicamente creado. Dicho uso es protegido de la imposición de criterios públicos directos o indirectos (criterios exigidos como prerequisites por ejemplo).

toda suerte de contenido material vinculante, bajo el único compromiso de respetar el hablar racional” (Innerarity, 1986: 257).” (ABARCA, 2005, p. 6).

El orden ilustrado es entendido y construido como una expansión de la igualdad que deviene inherente a un mundo que ha pretendido superar los complejos sistemas normativos fundados en contenidos sustanciales y excluyentes. Sin embargo, esto es a lo menos difícil, pues los estados actuales son diversos y plurales en varios sentidos: por un lado, los grupos pueden presentarse como sustancialmente multiculturales³, o configurados con grupos culturales de diversidad accidental, y estos subgrupos, reclaman y protegen su identidad contra discursos culturales, con pretensiones universalistas, que son vistos como intentos homogeneizadores y dominantes. Por otro lado, la fuente de sentido de estos discursos formales, el mismo acto de fe tanto en la racionalidad lógico-formal como en el progreso material fundamentado en la omnipotencia práctica de la ciencia, cae frente a grupos antiglobalización económica, ante la protesta contra el estado benefactor, ante las acusaciones contra el consumo como discurso alienante que reduce al ciudadano a un consumidor, etc. La idealidad del pulcro inicio se encuentra complicado ante las rugosidades de la realidad humana.

El mundo posmoderno ha puesto en jaque el éxito de este ideal. Si bien es cierto que no se discute la expansión de derechos como expresión efectiva de un principio de igualdad formal, dicha igualdad, en lo que refiere específicamente a la aplicación de los criterios sustanciales, de lo que ha de ser lo igual en cada comunidad, genera notables problemas cuando este llega a escenarios concretos y diversos. La constatación de estos conflictos, su terca permanencia, ha llevado a cuestionar elementos centrales del discurso ilustrado... ¿Es posible un ordenamiento procedimental negativo de una compleja trama de comunidades cuya fraternidad está dada por valores materiales diversos, ya sean mito, tradición o como se les quiera llamar? El epicentro de esta controversia pasa por definir si es posible un punto de equilibrio entre un sistema de vínculos formales y otro conformado por vínculos sustanciales que son ordenados por los primeros; es responder si lo prevalente será puesto por un contenido sustancial, o por el otro que acepta dichos contenidos como configuradores *esenciales* de su ser normativo. La intrincación medular

³ Entendemos la división sustancial accidental en el siguiente sentido. Diversidad sustancial supone una diferencia cultural en la visión cosmogónica. De este modo se presenta una fuente de sentido originario y autosuficiente. El segundo sentido refiere a diferencia de aspectos dentro de una misma cosmogonía. Al primer tipo pertenece el problema de las culturas originarias, naciones modernas autónomas entre otras; al segundo las tribus urbanas, las minorías sexuales, etc.

de estos dilemas se encuentra graficado en la “controversia”⁴ puesta en el escenario por FOUCAULT y HABERMAS. FOUCAULT afirmó que todo discurso se define y se estructura desde una verdad que se impone; todo debate es esencialmente una lucha. Para el segundo la posibilidad de una vida democrática es posible si se genera la comunidad ya no desde la razón instrumental, sino desde la razón comunicativa; para HABERMAS el éxito del diálogo es el éxito de la libertad y la igualdad: “*en el seno de una sociedad compleja, una cultura sólo puede afirmarse frente a las otras convenciendo a las nuevas generaciones (que también pueden decir no) de las ventajas de su semántica para abrir mundo y de su fuerza para la acción*” (HABERMAS, 2002, I, p. 13) pues “*en tanto que seres históricos y sociales, nos encontramos siempre en un mundo de la vida estructurado lingüísticamente*” (HABERMAS, 2002, II, p. 22)⁵; Para Foucault la división habermasiana entre la razón instrumental y la razón comunicativa parece no ser más que una ilusión, pues una normativa formal impone una racionalidad pulcra de materialidad y, por lo mismo, desconoce la actividad cultural que de hecho se extiende como normatividad. Bajo esta perspectiva la ilustración coloniza también desde el discurso; el lenguaje ilustrado estructura un mito de igualdad, y ese mito amplía el espacio de libertad. Pero finalmente son discursos de dominio que someten los criterios materiales en tanto que son normados por una estructura “sospechosamente” calificada como procedimental.

La dificultad que proponemos se genera básicamente porque los procedimientos son, por definición, relativos a los fines de aquello que pretende ser procesado, por lo cual nunca es posible una total asepsia de contenido. Todo lo dicho parece indicar que el problema radica en que no es posible pensar racionalmente un procedimiento distinto y separado –libre de las condiciones– de aquello que se ordena procedimentalmente, pues lo ordenado, por ser justamente la materia ordenada, “pide” cierto modo específico al cual le es posible “obedecer”. Es fundamentalmente una dificultad epistémica. Nuestro tema es particularmente delicado, por cuanto los equilibrios normativos son eficaces si logran la igualdad social, y esta igualación es lograda, según el ideal ilustrado, en la negación del carácter imperativo-vinculante inherente a todo sistema de cosmovisiones sustanciales. Por consiguiente implica una negación de la diversidad cultural (sustancial) que de hecho existe en

⁴ Entre comillas, pues no existe una controversia directa entre ambos pensadores. La divergencia se da entre los seguidores de FOUCAULT y el mismo HABERMAS.

⁵ El procedimentalismo formal se encuentra también en pensadores como RAWLS e incluso el mismo Kelsen.

los nuevos estados⁶ y, en lo práctico, la eliminación de los contenidos sustanciales relevantes como criterios para definir lo igual y lo justo en cada grupo cultural, por ser éstos privativos de cada una de las comunidades en juego. Esto cristaliza, finalmente, en que la necesidad de mantener una unidad política negativa capaz de absorber y ordenar la diversidad y, por otro lado, la resistencia a veces agresiva a la subordinación que implica ese mismo ordenamiento, crea una paradoja en tanto que lo requerido y lo rechazado –la unidad igualitaria– es el cara y sello de una misma moneda, pues lo requerido y lo rechazado se dan como aspectos del mismo acto normativo. Entonces la cuestión se traduce en una aporía básica: ¿Puede ser válido un mismo discurso que por un lado unifica por negación y, por otro lado, pretende legitimar la normatividad que hace de la inclusión o la exclusión –la igualdad– un hecho político válido para las mismas partes negadas?

La intención de este artículo es entender de mejor modo esta raíz del problema recién expuesto y la relación que ésta tiene con la condición situada (espacio-temporal) de todo pueblo real. El método será comparativo, bajo el supuesto de que, para la misma pregunta primaria, las diferencias históricas y culturales aclararán aspectos que se pierden a la vista en el predominio de los sistemas actuales.

La democracia de la antigua Atenas será el espejo de comparación. La elección se justifica, por un lado, por ser ésta un gran ejemplo de una democracia prudencial, por la consciencia y la claridad de su sistema político, y el origen de sus vínculos. Las aporías que enfrentaban por causa de sus diferencias y las soluciones que dieron, si las dieron, nos permitirán establecer el modo en que se validan los temas en una sociedad constituida sustancialmente y las consecuencias en el discurso político. Por otro lado, es relevante para esta elección la importante herencia escrita que nos permite hurgar en los diferentes criterios que generaron la rica discusión que ha llegado a nosotros, desde la siempre fascinante vida de la antigua intelectualidad ateniense. De este modo el desarrollo de este artículo pretende aclarar el concepto democrático de la antigua polis y determinar su valor en la argumentación política, para con ello tratar de volver sobre las preguntas que hemos hecho desde los problemas de la actualidad.

⁶ Atribuir esta problematicidad al hecho de la condición multicultural de los estados modernos a la que hemos referido no basta, pues este fenómeno es efecto y no causa del problema. La indefinición del principio explica la complejidad y no a la inversa.

II. UNIDAD Y DIVERSIDAD EN ATENAS

1. La Democracia Ateniense

El mundo mítico fundó la legitimidad de su orden normativo en la voluntad de los dioses. En éstos descansaba la firmeza de la legalidad y de una jerarquía aristocrática: *los iguales*. HOMERO los describe como personajes de noble cuna, actividad militar y valor guerrero. En *La Ilíada* hablan Ulises, Agamenón, Aquiles y los demás reyes, pero no Tersites el hombre común. Éste intenta hablar; es humillado y devuelto a su lugar. Las normas no solo hacen de Tersites un impertinente, sino un transgresor del orden divino, pues ellas expresan una voluntad política cuyo carácter raya en lo concreto, al modo en que hoy entendemos las leyes de la física. En su sentido más fuerte reflejaban el destino inefable. Sin embargo este orden evolucionó como efecto de la apertura comercial y militar que el mundo helénico desarrolló con tanto ímpetu y que conllevó cambios profundos en los preceptos micénicos que fundaron la legitimidad material del discurso político. *“Las leyes sociales dejaron de considerarse intocables. En la etapa de aislamiento más o menos estricto (sobre todo entre los griegos de la metrópoli, en que las tradiciones mantenían todo su vigor y las relaciones con extraños eran más fugaces o episódicas), el hombre es apenas consciente de la diferencia entre el contorno natural y el social. Las leyes o costumbres tradicionales se consideran tan inevitables como las regularidades atmosféricas o cósmicas. En este primer momento regía lo que Popper llama un monismo ingenuo de carácter convencional. Tanto unas leyes como las otras son la expresión de decisiones de dioses. También las leyes de la naturaleza física van acompañadas de sanciones y también se las puede modificar con prácticas mágicas. Lo característico en el género de vida tribal”* (MUÑOZ, 1974, p. 1).

En Atenas, ya democrática, son los poetas trágicos los que mantendrán vivas cuestiones esenciales del período arcaico: el carácter heroico, misterioso y religioso del devenir humano. *Antígona* revisa la ordenación de la ley divina entendida como lo propio o firme en tanto que es fundado por quien no puede ser contradicho. Las *Orestíadas* fundan una nueva justicia por intersección de Atenea. Respetuosa y amiga de la democracia, la tragedia desconfía de la vertiente ilustrada –filósofos y sofistas– por su progresiva sordera a la voz divina. Para esta vieja escuela la irrupción de la nueva racionalidad empírica –la ilustración clásica– aparece como un proceso dialógico que buscó, en lo conceptualmente claro y distinto, el principio legitimador de sus normas, olvidando la relación de precariedad del hombre con su entorno.

La nueva perspectiva generó, en el poeta trágico, una notoria y crítica actitud. Edipo Rey, de Sófocles, es la más conocida obra en este tópico. Nos

muestra los peligros de quien deposita toda su confianza en la pura razón humana. Edipo es el gran representante ilustrado, pues su aguda razón le responde todo menos lo que él mismo busca: le permite solucionar el acertijo de la esfinge, pero no se da cuenta que él es la excepción en su misma respuesta; le permite gobernar una ciudad sin rey, con un rey asesinado, sin saber que él lo mató. La ilustración racional más pura es, para Sófocles, un acto soberbio que desconoce la intrínseca oscuridad de los más quemantes aspectos de la existencia del hombre. Edipo es un cúmulo de horrores de piedad: padre y hermano de los mismos hijos, esposo e hijo de la misma mujer, rey salvador y destructor del orden debido a los dioses tutelares, etc. Pero no confundamos el ánimo dialógico de los grandes poetas; los trágicos son demócratas⁷ y son pagados tanto ellos como un público presente para reflexionar sobre los problemas de la ciudad. Ni la filosofía ni la sofística poderosa tuvieron ese privilegio.

La Ilustración de la antigua cultura helénica, por su parte, y en especial en la filosofía, es el producto resultante de una larga evolución cuyo origen documentable es propuesto por regla general a principios del siglo VI a. C. El nuevo enfoque viene a sentar la perspectiva que afirma que sólo es posible una enunciación referente a la percepción de plétoras si adquieren sentido inteligible bajo cierta unidad que se sigue de la permanencia espacio temporal de la misma plétora. Esta unidad, anteriormente explicada por el mito clásico, no respondía desde el fenómeno mismo, sino desde factores –dioses– que configuran el hecho desde fuera. La pregunta hecha por los físicos milesios vino a pedirle al fenómeno mismo que se explicase. La unidad de lo múltiple, la posibilidad de inteligibilidad y de existencia de un fenómeno quedó posibilitada por la relación entre la multiplicidad de la actividad y su unidad. Esta será la novedad; como enfoque básico quedó estructurado el principio más elemental de una pregunta racional que en principio fue cosmológica, pero que en el pasar y evolucionar de sus aplicaciones originales, se hizo práctica. De descubrir cierto orden, este enfoque se sobreextendió al examen de los Órdenes prácticos, fundamentalmente el ético y el político, permitiendo para esos planos una perspectiva formal. Ya no bastó con responder “¿De qué está hecho todo lo que es?”, hay que responder primero “¿Qué hace que las señales o noticias del fenómeno “a” o “b” se presenten permanentemente como “a” o “b”?” y claro, llevado al tema humano, la misma pregunta se enuncia como un “¿Cómo están dadas las actividades humanas para que devengan como políticas?”.

⁷ ESQUILO escribe la primera alabanza de la democracia en *Los Persas*; Eurípides es un militante pro Pericles.

El espacio político ateniense se hizo real como efecto de un diálogo que involucró una fuente arcaica y tradicional, frente a otra nueva: la Ilustración⁸. Sin embargo, esta experiencia no implicó la pérdida de la fe en su propia cultura originaria, sino que tendrá un esencialísimo papel en la particular configuración de los tres preceptos básicos para un sistema participativo: la fraternidad, la igualdad y la libertad. Si bien no existe en los documentos sobrevivientes de la antigua Atenas nada parecido al enunciado que encierre el grito revolucionario francés *liberté, égalité, fraternité*, sí es posible encontrarlos en la consciencia política de los atenienses.⁹

2. Origen de la fraternidad ateniense: el mito de la autoctonía y la eugenesia

Existen varios textos llegados a nosotros que nos permiten identificar y delimitar de modo plausible los fundamentos que llevaron a los atenienses a formar una sociedad libre. Uno de los más conocidos es el *Discurso Fúnebre de Pericles* (TUCÍDIDES, 2002, II, pp. 35-46). En éste se reconoce una síntesis descriptiva del régimen que impera en el siglo V a.c. y nos es particularmente valioso como centro y guía de algunos conceptos que nos permitirán pesquisar los valores nombrados o sus equivalentes, si los hay.

Es importante recordar que los términos igualdad, libertad y fraternidad carecen de un contenido propio, por lo cual su definición sustancial se hace justamente concreta en la realidad de cada grupo en particular¹⁰. Los atenienses son, a propósito, una notable muestra. Nos dicen: *“Tenemos un régimen político que no emula de otros pueblos, y más que imitadores de los demás, somos un modelo a seguir. Su nombre, debido a que el gobierno no depende de unos pocos sino de la mayoría¹¹ es democracia”* (TUCÍDIDES, 2002, L II, p.

⁸ Por Ilustración griega se entienden los movimientos intelectuales filosófico y sofístico que racionalizan las preguntas y respuestas dentro de un marco demostrable empíricamente. Dicha racionalidad es, sin embargo, material. En esto hay una gran diferencia de la Ilustración moderna y su carácter formal.

⁹ Los estudios de Luis GIL (1989, 1996, 2001, 2005) contienen la mayoría de las referencias sobre textos atenienses relevantes. En general hay problemas pues los escritos de mayor riqueza escrita no tienen el mismo contenido que aquellos en que se declaraban con mayor fluidez los principios que nos importan. Aún así su lectura es posible.

¹⁰ La existencia de estos fundamentos no ha sido aceptada siempre. Por ejemplo, FUSTEL DE COULANGES en su ensayo *La cité antique* plantea la tesis de la separabilidad de la noción de democracia y la libertad.

¹¹ Mayoría o los más. No Todos. A propósito GIL (2005) p. 5, lo traduce *“cuyo nombre de democracia, se nos dice, procede de regirse no en beneficio de unos pocos, sino de “algunos más”*”.

37) El orgullo que manifiesta este intelectual y los atenienses en general, y que los lleva a ser soberbios e insolentes al decir del mismo historiador, no es el reflejo sólo de un sistema mejor elaborado, sino de una *forma de vida*, una *forma cultural*, al modo en que lo entienden ESQUILO y HERODOTO¹². Para TUCÍDIDES y para el mismo SÓCRATES¹³ –el oligarca por antonomasia– la ciudad de Atenas y su "constitución"¹⁴ reflejan el mejor sistema que es sostenible solo por los mejores hombres: "*Afirma el político (scil. Tucídides) como un axioma (II 40, 1-2), sin dar ninguna explicación, que los atenienses son los únicos griegos capaces de entender de sus asuntos propios y de política, y los únicos también que no llaman discreto o no entrometido a quien no se ocupa de ésta como los demás helenos, sino hombre de nula utilidad. Proclama con arrogancia la superioridad de la constitución de los atenienses sobre todas las demás, calificándola de modelo (II 37, 1) y de educadora de la Hélade (II 41). La afirmación al comienzo del discurso (II 36, 1) de que siempre habitaron la tierra del Ática los mismos pobladores a lo largo de las generaciones y se la entregaron por su virtud siempre libre a sus descendientes, equivale al reconocimiento implícito de la pureza étnica de los atenienses, que jamás dejaron de ser, ellos mismos. Implica también una velada alusión a su autotonía, parecida a la de los capítulos prologales de su obra (I 2,5), en los que se hace constar que el Ática por la aridez de su suelo permaneció al abrigo de invasiones y siempre tuvo la misma población*" (GIL, 2005, p. 99).

¹² Citado en REINANTE (2004) p. 2 "... la reina pregunta porque los atenienses pudieron derrotar a los numerosos ejércitos persas. La respuesta emitida por el coro sostiene "...no se llaman esclavos ni súbditos de ningún hombre" (Los Persas, 242) Herodoto llega a una apreciación similar al postular que la igualdad de derechos públicos, es lo que permite a Atenas surgir como potencia militar (Los Nueve Libros de Historia, V, 78). / Jacqueline de Romilly muestra que tanto Esquilo como el padre de la historia no quieren dejar planteado la diferencia entre dos formas de gobierno, sino entre dos formas opuestas de civilización, una que se apoyaba en la libertad y otra en el absolutismo (de Romilly, 1997:89)".

¹³ Vid. PLATÓN (2002a) p. 51 c-d, "...a pesar de esto proclamamos la libertad, para el ateniense que lo quiera, una vez que haya hecho la prueba legal para adquirir los derechos ciudadanos y, haya conocido los asuntos públicos y a nosotras, las leyes, de que, si no le parecemos bien, tome lo suyo y se vaya adonde quiera. Ninguna de nosotras, las leyes, lo impide, ni prohíbe que, si alguno de vosotros quiere trasladarse a una colonia, si no le agradamos nosotras y la ciudad, o si quiere ir a otra parte y vivir en el extranjero, que se marche adonde quiera llevándose lo suyo."

¹⁴ Ponemos constitución entre comillas sólo con la intención de ver en estos antiguos documentos equivalencias a las actuales cartas. La constitución ateniense, por diversos motivos, es un documento que no delimita ni organiza de modo claro el poder del gobierno, ni enumera derechos fundamentales, ni nada parecido a un documento actual.

La superioridad ateniense, su origen, obedece, a lo que se llama *le mithe athénien par excellence*; a saber, su *autoctonía* en relación al lugar (*ática*) y, producto de cierto aislamiento, su *eugenesia*, es decir, su pureza racial. Estos mitos cuya génesis es poco clara y tan perdida en los tiempos como enraizados en sus convicciones colectivas, les hace concebirse como genéticamente hermanos, como iguales, por la pertenencia a un mismo *linaje puro*. PLATÓN, de un modo genial, burlesco y en boca de la mismísima Aspasia nos dice “Elogiemos, pues, en primer lugar, su nobleza de nacimiento y, en segundo lugar, su crianza y educación. Después de esto, mostremos cuán bella y digna de ellas fue la ejecución de sus acciones. Primer fundamento de su noble linaje es la procedencia de sus antepasados, que no era foránea ni hacía de sus descendientes unos metecos en el país al que habrían venido desde otro lugar, sino que eran autóctonos y habitaban y vivían realmente en una patria, criados no como los otros por una madrastra, sino por la tierra madre en la que habitaban...” (PLATÓN, 2002c, p. 237 b-c).¹⁵

A. LA IGUALDAD

El mito de la autoctonía es sustancial en la reescritura del fundamento mítico y permite la redistribución de las virtudes políticas que son una condición para la participación ciudadana. La arcaica y aristocrática apropiación de ciertos valores esenciales para la vida política, pierde su cerco y se hace válida para todo aquel que sea autóctono y criado por la misma madre Atenas. “La democracia al nivel de la ideología popular, recibe así una justificación de

¹⁵ Existen variadas referencias como las indicadas a nota de pie de página de PLATÓN (2002c). El tema de la autoctonía es otro de los tópicos habituales de las oraciones fúnebres. Cfr. LISIAS, Epitafio 17; DEMÓSTENES, Epitafio 4; HIPERIDES, Epitafio 7. El pasaje suele ponerse en relación con TUCÍDIDES (2002) II, p. 36, pero conviene tener en cuenta que éste habla más bien de los atenienses como pueblo estable, que como autóctono, término que sólo utiliza a propósito de los habitantes de Sicilia. Cfr. *Idem.* p. 12 y VI, p. 2, y también, a propósito de este tópico fantasioso, ISÓCRATES, Panegírico 24; Panatenaico 124-125; HERÓDOTO, VII 161. Sobre el uso constante del tópico el connotado investigador español GIL (2005) p. 100 nos dice: “Y si escasean los textos que la explicitan, son relativamente abundantes las referencias a la misma. En el teatro hay algunas alusiones de pasada a la misma en el drama de Eurípides (*Ion* 29,589,737) y en la comedia aristofánica (*Vesp.* 1076, *Lys.* 1082). La desarrolla con cierta amplitud Isócrates en su Panegírico (*Or.* IV 24). Habitamos la tierra, dice, sin haber expulsado de ella a nadie, sin haberla ocupado desierta. No procedemos de una mezcla de muchas gentes, sino que hemos nacido tan bien y tan noblemente que siempre la hemos ocupado siendo autóctonos. Y añade con un racismo hiriente: somos los únicos helenos que podemos llamar a nuestra tierra nodriza, patria y madre.”

la más pura raigambre racista y despectiva hacia el resto de los griegos pero que les hacía estar a los atenienses tan orgullosos de sí mismos como de su sistema de gobierno (...) El triple lema de la república francesa de "Liberté, égalité y fraternité" tiene en el discurso de Aspasia su antepasado más remoto, aunque enunciado con una ordenación que sería fraternidad (isogonía), libertad (eleuthería), igualdad (isonomía). ¿Se debe esto también a una mera coincidencia?" (GIL, 1996, p. 21).

Esta nueva configuración funda un nuevo origen de legitimidad. Ser ateniense es ser fraterno, y ser fraterno es ser igual. Pero la igualdad se dice de varios modos. El primero de éstos es la igualdad jurídica o la isonomía, la que se hace concreta en los planos privado y público. En el plano privado, impide someter al esclavismo a los conciudadanos e impulsa la libertad personal acorde a la virtud. Ésta igualdad se extendió más allá de la pertenencia a la casta ateniense, por extensión, a los metecos. "En lo que concierne a los asuntos privados la igualdad, conforme a nuestras leyes, alcanza a todo el mundo" (Tucídides, 2002, II, p. 37). El uso hacía que, por cierta ausencia del estado y de los demás conciudadanos se posibilitó la igualdad en lo personal como un espacio o lugar de dominio de la propia existencia. Pero esto no significa que no exista una presencia moral definida, pues hubo una visión de excelencia (areté) compartida como una necesidad civil, aunque no siempre homogénea en su contenido¹⁶, que quedaba en el cargo de cada sujeto libre en la privacidad de su propia libertad "...porque prestamos obediencia a quienes se suceden en el gobierno y a las leyes, y principalmente a las que están establecidas para ayudar a los que sufren injusticias y a las que, aun sin estar escritas, acarrear a quien las infringe una vergüenza por todos reconocida." (Tucídides, 2002, II, p. 37). Esta libertad permitía cierto dominio de la propia formación.

¹⁶ Es una interesante evidencia de la imposibilidad de igualar la tolerancia establecida en el *Discurso Fúnebre de Pericles* con el sentido actual de la ausencia del estado en la viuda moral, como se ve en la discusión entre Sócrates y Calicles en el diálogo *Gorgias* de PLATÓN. El segundo a pesar de defender una tesis amoral y hedonista rechaza un ejemplo dado por Sócrates por su nivel de depravación. En efecto, el dialéctico, en un argumento que intenta demostrar que el placer no es lo mismo que bien pregunta a Calicles si el *Kínaidos* es feliz (éste término se usó para indicar al prostituto homosexual o el homosexual pasivo). El segundo se indigna y Sócrates logra establecer una aporía insalvable: si por un lado lo aprueba, acepta una condición castigada por el estado con la pérdida de los derechos ciudadanos; si la rechaza acepta la invalidez de su argumento. Lo que nos importa es el rechazo social y legal a ciertos modos de acción privada regulado por un sentido que es tolerante, pero no ausente.

En la vida pública la igualdad somete al ciudadano al imperio de la ley tanto en la obediencia de ésta “*Si en nuestras relaciones privadas evitamos molestarnos, en la vida pública, un respetuoso temor es la principal causa de que no cometamos infracciones, porque prestamos obediencia a quienes se suceden en el gobierno y a las leyes, y principalmente a las que están establecidas para ayudar a los que sufren injusticias y a las que, aun sin estar escritas, acarrear a quien las infringe una vergüenza por todos reconocida*” (TUCÍDIDES, 2002, II, p. 37) como en la participación para la creación de la misma “... en la elección de los cargos públicos no antepone las razones de clase al mérito personal, conforme al prestigio de que goza cada ciudadano en su actividad; y tampoco nadie, en razón de su pobreza encuentra obstáculos debido a la oscuridad de su condición social si está en condiciones de prestar un servicio a su ciudad” (TUCÍDIDES, 2002, II, p. 37 (2)). Sin embargo, el carácter material de la igualdad se manifestó con total claridad en las exigencias de una virtuosidad para el ejercicio de la vida pública: “*La crianza, de su constitución política, ya que la constitución es la nodriza de los hombres, y la constitución de los atenienses, a la que se ha dado en llamar democrática o gobierno del pueblo, en realidad es una aristocracia o gobierno de los mejores con la aquiescencia del pueblo que entrega el poder y los cargos públicos a los mejores, sin que nadie, a diferencia de lo que ocurre en otras partes, sea excluido de su ejercicio por la debilidad, pobreza o ignorancia de sus padres. Y la causa precisamente de esta organización política es la igualdad de nacimiento*” (GIL, 2001, p. 94). En consecuencia, el mito se hace acto en la igualdad del ciudadano ante la ley, y consiguientemente en la igualdad de oportunidades para ejercer actividad política sin ser obstaculizado, sino por el contrario, amparado en el reconocimiento de los méritos personales: la virtud. Esto implica que lo que ellos entendieron por igualdad es una igualdad práctica; una participación activa en las decisiones que afectan la propia existencia, y por consiguiente se tradujo en la capacidad que tienen los sujetos para dominar, dentro de una configuración sustancial, su propio acontecer.

B. LIBERTAD

En la vida pública ateniense libertad es, positivamente, *eleuthería*, discurso deliberativo, decisivo y vinculante con la ciudad. El hombre libre e igual no esconde lo que piensa, ni deja que otro obre por él. El valor de la participación en las decisiones sociales que afectan la propia vida es para hombres libres y son libres aquellos que pueden ejercer efectivo dominio sobre su propia existencia tanto privada como pública. La indiferencia corresponde a lo privado, en este ámbito el relativo silencio del estado y de la comunidad es deseable –si nos mantenemos cerca de TUCÍDIDES– pero no en el público, pues aquí el silencio es acto de esclavos. Platón, reconociendo esta convicción común pone en boca de Protágoras, el conocido sofista

demócrata, la afirmación que conlleva una afinidad con su propia postura: la justicia como la mayor virtud ciudadana. Pero hay una diferencia que ya nos es conocida, a saber, que para los demócratas esta capacidad de juicio y sentido está dado en los iguales, frente a la postura platónica de que lo igual entre desiguales conlleva cierta desigualdad. Es el Protágoras platónico el que sustenta el fundamento demócrata “¿También ahora la justicia y el sentido moral los infundiré así a los humanos, o los reparto a todos?» «A todos, dijo Zeus, y que todos sean partícipes. Pues no habría ciudades, si sólo algunos de ellos participaran, como de los otros conocimientos. Además, impón una ley de mi parte: que al incapaz de participar del honor y la justicia lo eliminen como a una enfermedad de la ciudad.» (PLATÓN, 2002d, p. 322).

La privacidad sin reproches y la participación en lo comunitario son dos aspectos de la libertad dadas en la democracia. Pero esa vida privada y esa participación implican que cada ciudadano es sujeto de praxis, lo que viene a traducirse en un concepto de autodominio de la propia vida en sus dos dimensiones inseparables. El régimen democrático ateniense se levanta, en consecuencia, sobre una extraña combinación entre estos dos ámbitos: por un lado como la convicción de ser un pueblo “puro” distinto y superior respecto de los demás pueblos griegos. Esto les permite gobernarse como una ciudad libre y superior, y, por otro lado, en lo práctico, como una comunidad de hombres iguales, eso si, como hemos indicado, bajo un criterio aristocrático.

3. Mito y acción política: el diálogo

Nuestra intención es acercarnos a esta relación fundante de sentido y orden que el mito de autoctonía puso en las líneas argumentativas que prevalecieron en el debate y la retórica política ateniense para hacer posible su unidad democrática. Para lograrlo revisaremos brevemente dos conocidos diálogos: el primero nos llevará a una argumentación de política exterior: *El diálogo de Melos* escrito por TUCÍDIDES. El segundo versa sobre fundamentos de la vida política para el ciudadano con capacidad deliberativa: *Gorgias* de PLATÓN (específicamente el pasaje que enfrenta a Sócrates y Calicles).

A. EL DIÁLOGO. EL CRITERIO EXTRA POLIS

El diálogo de Melos (TUCÍDIDES, 2002, V, pp. 84-116) está considerado uno de los pasajes más crudos de la política real. Atenas, en una operación militar menor durante la Guerra del Peloponeso, somete a Melos, una pequeña polis de origen dorio. Sin embargo, antes de la acción militar se da un debate que tiene como fin negociar antes de las hostilidades. Sin aspavientos ni mayores concesiones los atenienses imponen a los melios un debate directo y

pragmático en el que se explicita lo que usualmente está implícito: la tensión entre derecho y poder. La racionalidad áspera se refleja en la frialdad con que se propone, en primer momento, el campo de argumentación: lo útil, no lo justo, pues lo justo es algo que se da entre iguales “...las razones de derecho inciden cuando se parte de igualdad de fuerzas, mientras que, en caso contrario, los más fuertes determinan lo posible y los débiles lo aceptan” (TUCÍDIDES, 2002, V, p. 89) pero no es el caso pues Melos es débil, y por lo mismo debe dar razones de conveniencia para Atenas.

Los habitantes de Melos argumentan desde los criterios helénicos globales y supuestamente igualitarios. Se apoyan en la voluntad de los dioses y la impiedad del acto ateniense y cómo éstas las repercutirá en las acciones de los espartanos por su relación genética. Esgrimen a su favor la esperanza que da la veleidad de la fortuna, ya sea próxima por los cambios impredecibles al modo de las tormentas que disminuyeron la fuerza persa en el ataque a Atenas, ya sea por los cambios en el futuro lejano, como en la eventual pérdida de la posición dominante de la misma¹⁷. Los embajadores atenienses contraargumentan no sólo manifestando una falta de temor a los dioses “Pensamos en efecto, como mera opinión en lo tocante al mundo de los dioses y con certeza en el de los hombres” (TUCÍDIDES, 2002, V, p. 105)¹⁸, sino que derechamente considerarán ingenuas las decisiones basadas en elementos imaginarios respecto de los cuales no hay experiencia cercana alguna. La fortuna, la amistad de los laconios, etc. no son más que argumentos infantiles. Lo real, lo presente, es la necesidad que tiene una potencia de hacer visible su poder y mantener su estatus, pues el poder de una ciudad se refleja en la capacidad de dominio e intimidación de aquellas ciudades dominables que están en su ámbito de influencia “...porque vuestra enemistad no nos perjudica tanto como vuestra amistad, que para los pueblos que están bajo nuestro dominio sería una prueba manifiesta de debilidad, mientras que vuestro odio se interpretaría como una prueba de nuestra fuerza” (TUCÍDIDES, 2002, V, p. 95)¹⁹.

¹⁷ GÓMEZ-LOBO (1989) p. 252, señala que “los melios no invocan el valor intrínseco de lo moral sino una situación futura (aunque pretérita para Tucídides al escribir el diálogo): a los atenienses les convendrá que se los trate con justicia y equidad cuando caiga su imperio. En ese instante, si no prevalecen principios de trato ecuánime, Atenas será víctima de una terrible y paradigmática venganza”.

¹⁸ *Idem.*, p. 256, “los atenienses no niegan en principio la gran división del mundo entre el dominio de los dioses y el de los mortales, pero el lenguaje que utilizan deja entrever un significativo escepticismo frente a lo divino”.

¹⁹ La teoría del poder en TUCÍDIDES tiene dos aspectos: el material basado en una política estable que fomenta la economía y permite el poder naval y la fortificación de la ciudad,

El diálogo supone el mito de autoctonía. Este actúa haciendo del estado ateniense un cuerpo orgánico pensante y unitario –como unidad social deliberante– distinto de las otras polis consideradas como cuerpos distintos. Esta perspectiva informa y da sentido configurativo a los datos y legitima el uso del poder sobre ese cuerpo distinto porque es otro. Esta falta de homogeneidad de las partes, y por tanto de obligaciones de justicia, implica que las fuerzas operan sobre una mecánica natural, es decir, necesaria y amoral. *“...que siempre que se tiene el mando, por una imperiosa ley de la naturaleza, cuando se es más fuerte. Y no somos nosotros quienes hemos instituido esta ley (...) sino que la recibimos cuando ya existía”* (TUCÍDIDES, 2002, V, p. 105)²⁰. Apoyados en una teoría epistémica subyacente en la argumentación política, se establece una exigencia lectora diagnóstica de la experiencia real –entendida como sintomática– para aceptarlas como apoyo a las aserciones argumentativas *“... a pesar de haber afirmado que ibais a deliberar sobre vuestra salvación, en todo este largo debate no habéis dado una sola razón con la que los hombres puedan contar para creer que van a salvarse; por el contrario, vuestros más fuertes apoyos están en la esperanza y en el futuro, y los recursos a vuestra disposición son muy escasos para que podáis sobrevivir frente a las fuerzas que ya están alineadas contra vosotros”* (TUCÍDIDES, 2002, V, p. 111).

El diálogo, en resumen, presenta el despliegue argumentativo desde un estadio inicial demarcado por la presencia de un mito de superioridad que se vincula con una ley natural (propia del hombre) y con ella obliga a iniciar

cuestión que se maneja de facto en el diálogo que nos ocupa pues los embajadores están secundados por 38 trirremes, y más de 3000 soldados entre hoplitas, arqueros y caballería, contra una ciudad pequeña que tiene una población total menor a 5.000 habitantes. El otro político, sostenido en la argumentación que nos ocupa, fundado en el temor efectivo que todo el material produce. El poder mismo es el temor.

²⁰ GÓMEZ-LOBO (1989) p. 251, señala que *“lo que desean los atenienses es dejar de lado toda discusión basada en principios morales o en el incipiente derecho internacional de la Hélade. En lugar de eso proponen algo que en el texto aparece en una difícil oración. Su sentido parece ser el siguiente: tanto nosotros como ustedes sabemos perfectamente bien que en los cálculos que hacen los seres humanos se utilizan dos categorías muy diferentes. Una de ellas es la de lo justo y ésta opera sólo cuando hay equilibrio de fuerzas. Dos individuos, por ejemplo, acuden ante el juez cuando ninguno de los dos puede imponer su voluntad por la fuerza. La otra categoría es la de lo posible [dynata], una palabra muy cercana, por cierto, al término “fuerza” [dynamis]. Lo posible, lo que la propia fuerza permite, es lo que imponen los fuertes. A los débiles no les queda más que ceder. Invocar la justicia en estas circunstancias es simplemente falta de realismo”*.

este diálogo desde un *factum* dado: el poder²¹. Las legitimaciones basadas en el honor, la sangre o el derecho igualitario fuera de los muros, en tanto que no son elementos establecidos en el hecho mismo, no son válidas para argumentar en una deliberación dirigida a la acción concreta. La exigencia epistémica explica por qué los Melios son acusados de no argumentar desde síntomas entregados por la experiencia y por lo tanto desde un diagnóstico de los hechos que están implicados en el conflicto. Producto de este “error” no se ubican en el campo argumentativo correcto, el campo de lo útil, sino que dialogan desde una imposible igualdad, y por consiguiente no logran persuadir a un interlocutor mucho más poderoso.²²

B. EL DIÁLOGO. IGUALDAD Y ACCIÓN COLECTIVA

El diálogo cooperativo opera sólo entre iguales, pero no por ello desaparecen las tensiones de una sociedad configurada por grupos accidentalmente diversos. Para acercarnos a nuestro propósito haremos, como adelantamos, una breve lectura sobre el *Gorgias* de PLATÓN, especialmente el pasaje Sócrates-Calicles (PLATÓN, 2002b, p. 481b-522e). En esta obra se desarrolla una larga discusión movida por la pasión provocada por la cercanía de la muerte de Sócrates y por los mismos conflictos que afectan al autor: el fracaso de Atenas en la guerra, la caída de una polis poderosa y orgullosa, y por la necesidad de llegar a una respuesta para este fracaso.

En esta viva discusión SÓCRATES va cambiando de interlocutor en un examen del discurso político, en lo que refiere a su sentido normativo y a sus fundamentos últimos de legitimidad: retórica y justicia. Sobre esta relación se extiende el diálogo Gorgias-Sócrates. La revisión crítica de la justicia en sí misma, respecto a los conceptos vigentes, es el tema Sócrates-Polos. A la mitad del desarrollo se abre la discusión de fondo: el discurso y su relación con la justicia. Por consiguiente el tema sigue siendo la importancia del diálogo, pues si refiere a la justicia, también lo hace a al dilema verdad-poder y,

²¹ *Idem.*, p. 261, “además, la teoría por su pretendido carácter descriptivo o fáctico, es decir, por su pretensión de describir el mundo tal como es y no como debería ser, queda también inmunizada frente a cualquier objeción moral. No se trata de que sea bueno o justo que los fuertes dominen a los débiles. Es sencillamente lo que sucede invariablemente.”

²² El llamado *Dilema de Tucídides* que enuncia la dificultad de asociar las nociones de democracia e imperio, solo es dilema desde una visión moderna e idealizada. Para Atenas no es problema y lo expresan sin problemas. Para el mundo contemporáneo, desde la experiencia, tampoco es un misterio. Solo basta recordar que Inglaterra, cuna de la democracia moderna, generó no sólo uno de los más grandes dominios militares, administrativos y económicos de la historia, sino también filosóficos y lingüísticos.

en consecuencia *“El Gorgias es sobre la retórica, y que la retórica importa”* (Rocco, 1996, p. 98)

Calicles²³ es un oponente de gran nivel y de extraordinaria franqueza. Político demócrata, participa con éxito en la asamblea. Sus afirmaciones pueden enunciarse, resumidamente, del siguiente modo: por una parte afirma que la relación entre hombres iguales es sólo una igualdad de oportunidades para la participación en la asamblea, y por lo tanto, la relación política efectiva es una lucha. Desde esta perspectiva asume que la asamblea es donde los fuertes se muestran como tales por su mayor aptitud para el gobierno y por su mayor capacidad decisiva en la acción. Esa misma fuerza se hace presente en la libertad que logra el más apto, entendiéndola negativamente, es decir, como aquel a quien que nada lo ata o domina. El fuerte no se reprime. La ley es el arma de los débiles para reprimir a quien no le corresponde naturalmente reprimirse *“Pero, según mi parecer, los que establecen las leyes son los débiles y la multitud”* (PLATÓN, 2002b, p. 483b).

A pesar de esta primera apariencia, Calicles no pretende imponerse por la fuerza, sino por la prevalencia de una habilidad discursiva. Si bien no tiene un metro ético interno, pues justamente entiende lo correcto como aquello que se sigue de la superioridad, no implica violencia ni abuso. La asamblea es el lugar del apto, no del tirano. Esta lucha es natural y se observa como una constante en nuestra especie. De aquí que Calicles la presente como ley natural *“Pero, según yo creo, la naturaleza misma demuestra que es justo que el fuerte tenga más que el débil y el poderoso más que el que no lo es. Y lo demuestra que es así en todas partes, tanto en los animales como en todas las ciudades y razas humanas, el hecho de que de este modo se juzga lo justo: que él fuerte domine al débil y posea más. En efecto, ¿en qué clase de justicia se fundó Jerjes para hacer la guerra a Grecia, o su padre a los escitas, e igualmente, otros infinitos casos que se podrían citar? Sin embargo, a mi juicio, estos obran con arreglo a la naturaleza de lo justo, y también, por Zeus, con arreglo a la ley de la naturaleza. Sin duda, no con arreglo a esta ley que nosotros establecemos, por la que modelamos a los mejores y más fuertes de nosotros, tomándolos desde pequeños, como a leones, y por medio de encantos y hechizos los esclavizamos, diciéndoles que es preciso poseer lo mismo que los demás y que esto es lo bello y lo justo. Lo bello y ajustado es que el fuerte domine y se apropie de lo que era del débil”* (PLATÓN, 2002b, p. 483d-e) En consecuencia *“Sucede entre los hombres igual que entre los animales y*

²³ La existencia real de este personaje ha sido discutida, sin embargo, el punto no ha sido definido. Referencia de esta discusión ver nota 1 de PLATÓN (2002b).

las ciudades: los fuertes gobiernan donde pueden y los débiles sufren lo que deben" (ROCCO, 1996, p. 110).

Sócrates, por su lado, se defiende oponiendo a la búsqueda del placer y el poder la excelencia; a la verdad funcional opone la verdad apofántica. Al orden natural dado por la fuerza, opone la naturaleza entendida como el orden propio de cada cosa, en tanto que es orden es justificante de la acción de las cosas *"Y al buen orden y concierto del alma se le da el nombre de norma y ley, por las que los hombres se hacen justos y ordenados; en esto consiste la justicia y la moderación. ¿Lo aceptas o no?"* (PLATÓN, 2002b, p. 504d). La excelencia sólo es posible como efecto del reconocimiento de un orden en el cual y por el cual un cuerpo es "sano". Sócrates habría puesto un sentido primitivo de la ley natural metafísica *"Una tesis que inicialmente se restringía al ámbito de los productos artesanales, los cuerpos y las lamas ahora se extiende a "cada cosa", a todo lo que existe. Los lógicos contemporáneos llamarían a esto un paso de generalización universal"* (GÓMEZ-LOBO, 1998, p. 185).

Podemos entender este diálogo, entonces, bajo las siguientes coordenadas: en el orden del fundamento, la igualdad aparece aceptada tradicionalmente por SÓCRATES, pero restringida y jerarquizada; en Calicles la igualdad es inicial, luego se juega el juego del más fuerte. En el orden argumental, la verdad aparece como criterio válido para ambos, aunque en el caso de Sócrates la verdad es apofántica y por consiguiente, constatable en el mismo orden formal del ser de las cosas, pudiendo darse que sea natural algo que no aparece constantemente, o que algo constante no sea naturalmente bueno. En Calicles el orden natural es fundamentado por la descripción de un hecho verdadero: el poder. Ese origen natural se reconoce como lo constante en el fenómeno natural y permite establecer la validez de la argumentación. De todo lo dicho no se sigue el mismo apego y el mismo deber frente a la comunidad y esto se nota en la intención comunicativa. Sócrates separa los procedimientos dialógicos y los hace responsables de éste efecto *"Recuerda, pues, que hemos establecido dos procedimientos para cultivar cada una de estas dos cosas, tal, cuerpo y el alma; uno consiste en vivir para el placer; el otro en vivir para el mayor bien, sin ceder al agrado, sino, al contrario, luchando con energía. ¿No es esta la distinción que hemos hecho antes? (...) Por consiguiente, ¿no debemos intentar atender a la ciudad y a los ciudadanos de manera que los mejoremos en el mayor grado posible? Pues sin esto, según hemos visto antes, no tiene ninguna utilidad el proporcionarles algún otro beneficio, si falta la recta y honrada intención de los llamados a adquirir grandes riquezas, algún gobierno sobre alguien o cualquier otra clase de poder"* (PLATÓN, 2002b, p. 513d -514a). La obediencia a estos criterios permiten hacer lo correcto y legítimo: lo prudente. Cualquiera sea el modo en que se entienda la modalidad argumentativa del mundo ateniense, en tanto que

opera sobre un orden natural sustancial²⁴, es prudencial. *“En resumen, mira si estás de acuerdo, respecto a todas las cosas, con lo que yo decía hace un momento: tal como produce la acción lo que obra la sufre lo que la recibe”* (PLATÓN, 2002b, p. 476d).

A pesar de estos múltiples acuerdos, sobrevive el dilema de todo diálogo real: verdad o poder. Calicles confiesa que no puede refutar a Sócrates pero no es convencido; Sócrates reconoce el valor, la inteligencia, la habilidad y franqueza de Calicles, pero no acepta sus afirmaciones. El debate visto como una lucha por el poder parece ser, a lo menos inicialmente, el espíritu triunfante; el mismo Sócrates cae bajo sospecha de erística *“Pues en realidad tú, Sócrates, diciendo que buscas la verdad llevas a extremos enojosos y propios de un orador demagógico la conversación sobre lo que no es bello por naturaleza y sí por ley. En la mayor parte de los casos son contrarias entre sí la naturaleza y la ley; así pues, si alguien por vergüenza no se atreve a decir lo que piensa, se ve obligado a contradecirse. Sin duda, tú te has percatado de esta sutileza y obras de mala fe en las discusiones, y si alguien está hablando desde el punto de vista de la ley, tú le interrogas desde el punto de vista de la naturaleza, y si habla de la naturaleza, le preguntas sobre la ley”* (PLATÓN, 2002b, p. 482e–483a). Las mismas exigencias procedimentales establecidas por Sócrates pueden ser interpretadas como una ventaja por cuanto no sólo pone a su “opponente” en su propio terreno, sino porque le permite manejar el ritmo del discurso; sin embargo, al final, prevalece el diálogo cooperativo, pues todo lo pedido como proceso es también una condición exigida para lograr la rigurosidad crítica mínima en el examen sobre la verdad *“Por el contrario, la fundamentación dialógica de las condiciones del dialogo y, en general, de la argumentación racional conserva toda su importancia y todo su interés sistemático, en tanto provee medios para reconstruir fragmentos importantes de la estructura de la racionalidad como tal. Lo que dicha toma de conciencia pone, sin embargo, de manifiesto es el hecho de que la posibilidad misma de emprender una fundamentación dialógica y de llevar a cabo sobre esa base una reconstrucción mas o menos ambiciosa de la estructura de la racionalidad depende ella misma de una opción ya tomada por el diálogo y la racionalidad como tales. Esta opción puede ser, por cierto, preparada y facilitada a través de la argumentación racional, pero nunca puede ser forzada sin más por esos medios”* (VICO, 2001, p. 18).

²⁴ De origen divino en la tragedia, en el orden descrito de la sofística y la de Calicles o el orden metafísico de Sócrates.

4. *¿Cómo lograron los atenienses la unidad en la diversidad? ¿Cómo formalizaron normativamente esas diferencias?*

Son tres los grandes ejes que nos atrevemos a proponer y que ayudan a entender la unidad y el empuje de este pueblo: el primero es que las divisiones internas se daban dentro de un mismo mito, por lo cual hacían de las contradicciones una clara falla a la comunidad que podían ser calificadas de inmorales directamente. Efectivamente los iguales lo eran por su contenido mítico configurante: ser ateniense era ser parte del grupo racial. No tenían la multiculturalidad como forma de división y, por consiguiente, no tenían la dificultad de unificar grupos cuya oposición no puede ser, por lo menos inmediatamente, calificada de inmoral o traidora. Lo segundo, bajo la concepción de que su condición colectiva era un cuerpo que poseía una resiliencia que debía ser privilegiada en su protección²⁵, crearon órdenes de control de la relativa diversidad. Si éste era amenazado por un notable, se usaba el ostracismo; si eran muchos, se usaba el olvido institucional. "En la Atenas del siglo V el procedimiento habitual de reconciliación es el olvido colectivo. No es casualidad que en el templo dedicado en la Acrópolis al rey mítico Erecteo, presunto creador de lo político, haya un altar en honor de la diosa Léthe, el Olvido. El ejemplo más notorio, que reaparece una y otra vez en los diferentes trabajos del presente volumen, es el final de la guerra civil que tuvo lugar en el año 403 a.c. tras una dictadura oligárquica. Los demócratas vencedores, por boca de una autoridad religiosa, apelan a la 'hermandad' de todos los atenienses para lograr la concordia con los oligarcas vencidos; donde cabría esperar las represalias del bando vencedor, encontramos lo que parece ser una disculpa por la victoria. Más aún, todos los atenienses sellarán la reconciliación jurando «no recordar los infortunios» (*mè mnesikakeîn*), y, si hemos de creer a Jenofonte, el pueblo se mantuvo fiel al juramento y años más tarde ambos partidos seguían participando en la vida pública. Tras la discordia, el olvido y el juramento: entendemos así por qué en la Teogonía hesiódica Léthe (Olvido) y Hórkos (Juramento) son hijos de Éris (Discordia)." (LÓPEZ, 2004, pp. 4-5)²⁶.

El uso del dialogo, el tercer eje, como forma de comunicación y decisión es también, y en unidad con la segunda proposición, una manera de entender la diversidad como una fuerza política basada en la tensión dinámica de grupos que disputan opciones diversas y por razones distintas y que serán, a

²⁵ Recordemos que la caída de una ciudad traía un alto riesgo de genocidio y destrucción total. Recordemos Platea y Melos entre otros.

²⁶ Lo más parecido en la actualidad es la política alemana de la unificación con el personal de la Stasi.

partir de votaciones divididas, fundamento de acciones conjuntas. La lucha de los contrarios así armonizados y sin pretensiones de inmovilizar ni unificar criterios, sino justamente usando la diversidad como fuerza, dieron a esta ciudad un sentido de cuerpo unitario que los llevó a cuidar y añorar su sistema hasta el último momento. *“La democracia clásica fue disuelta por primera vez en el año 411 por un golpe oligárquico que instauró el llamado régimen de los Cuatrocientos. Éste fue depuesto en menos de un año y la Asamblea decretó que la autoridad política quedaría en manos de los Cinco Mil, es decir, de un número limitado de ciudadanos. Esta decisión restringió los derechos políticos a los atenienses que podían costearse el armamento de hoplita (soldado de infantería pesada) y que por lo tanto poseían medios económicos de mediana cuantía. El sistema resultante podría describirse como oligarquía ampliada o democracia restringida, pero lo interesante es que Tucídides considera que por primera vez, al menos en su época, los atenienses se gobernaron bien porque consiguieron establecer una moderada confluencia de los intereses de los oligarcas y de los demócratas (VIII. 97).”* (GÓMEZ-LOBO, 1996, p. 232) es decir, *“En buena lógica heraclíteica, no existe estabilidad sin agitación, no existe ciudad sin división interna, o de otro modo, la división es la más fuerte de las uniones.”* (LÓPEZ, 2004, p. 4).

En síntesis la unidad que permitió la existencia de la diversidad ateniense puede ser explicada, finalmente, como la expresión política de una convicción fraterna de pertenencia material. Las distintas partes de la sociedad convergen como un cuerpo que pulsa gracias a la unidad dinámica que resulta justamente de la confrontación de las diferencias en el diálogo. Las diferencias son convertidas en fuerza en la medida que puede controlarse en un equilibrio. Este control se da de dos modos: por un lado el equilibramiento político y procedimental de los extremos de acción, y por otra parte, y en la dinámica normal de un cuerpo que por ser tal tiene su propio sentido. La regulación es, en consecuencia, prudencial, es decir, una intención honesta respecto al bien implícito de los otros y de la comunidad. La prudencia es el hábito racional que relaciona “sanamente” el fin dado por el mito y la experiencia como campo de la acción ética y política.

III. EL PROBLEMA FUNDAMENTAL

Uso de la razón como instrumento principal en la focalización y resolución de los conflictos sociales alcanzó, en la antigüedad, su máxima expresión en el mundo democrático ateniense. La ilustración clásica se definió concretamente como la necesidad de expresar las argumentaciones desde

fundamentos racionales naturales²⁷. La nueva ilustración, en cambio, afirma que cualquier intento de fundamentar argumentos desde las cosas, es decir, de la experiencia, del mito, etc. era de plano sospechoso. Como efecto de este proceso, la nueva Ilustración, la moderna, se distinguió ya por su objeto, ya por sus principios, ya por sus respuestas, pero no por la pregunta original. El problema esencial sigue siendo la unidad de la diversidad humana, en un contexto de libertad, como el expresa el mismo KANT (1784) en su respuesta al periódico *Berlinische Monatschrift* “Por todos lados, pues, encontramos limitaciones de la libertad. Pero ¿cuál de ellas impide la ilustración y cuáles, por el contrario, la fomentan? He aquí mi respuesta: el uso público de la razón siempre debe ser libre, y es el único que puede producir la ilustración de los hombres.” La restricción del poder de la razón implica la negación de la posibilidad de una argumentación metafísica o fenoménica en general. Lo “natural” aparece como oscuro, mítico y distinto de un acto propiamente racional “El programa de la ilustración era el desencantamiento del mundo. Pretendía disolver los mitos y derrocar la imaginación mediante la ciencia” (HORKHEIMER y ADORNO, 2005, p. 59). Pero por “acto supersticioso” se entendió todo aquel lenguaje que se inspira en una relación de diálogo con el mundo, que pretende ser verdadero como adecuación al ente, es decir, lo dado repetidamente, lo natural, que nos permite leer la que es en tanto que es “Pero cuanto más desaparece la ilusión mágica tanto más inexorablemente retiene el hombre la repetición bajo el título de legalidad en aquel ciclo mediante cuya objetivación en la ley natural él se cree seguro como sujeto libre. El principio de la inmanencia, que declara todo acontecer como repetición, y que la ilustración sostiene frente a la imaginación mítica, es el principio del mito mismo” (HORKHEIMER y ADORNO, 2005, p. 67).

En el antiguo diálogo se deliberó sobre las características de aquellos medios que traían virtualmente dado el fin; era una deliberación prudencial. Un lenguaje esencialmente cualitativo establecía la semejanza entre la naturalidad del movimiento de aquello de los cual se hablaba y el modo en que se proponía una acción. El moderno, al no apelar a la fuerza y contenido del valor verdadero del universal material, no quiere ni puede apelar al lenguaje que pretende hablar de cualidades, en especial el que habla pretendiendo todo ello como una verdad sobre cosas. El discurso referente a cosas es un hablar declarado como mitológico “...la ilustración reconoció en la herencia platónica y aristotélica de la metafísica a los antiguos poderes y persiguió como superstición la pretensión de verdad de los universales” (HORKHEIMER y

²⁷ La prescindencia de los dioses no es un ateísmo, sino una prescindencia de sus revelaciones para considerar las opciones de acción. No hay pérdida de la religiosidad, sino de la consideración de la mitología clásica.

ADORNO, 2005, p. 69) La racionalidad y la abstracción, como contraparte, "... son el instrumento de la ilustración" (HORKHEIMER y ADORNO, 2005, p. 68). La universalidad ilustrada es el resultado necesario del aborto de la referencialidad del lenguaje "...en cuanto signo, el lenguaje debe resignarse a ser cálculo; para conocer la naturaleza ha de renunciar a la pretensión de asemejarse" (HORKHEIMER y ADORNO, 2005, p. 72) y, por consiguiente, sus enunciado se remite a relaciones o contactos entre cosas "... lo que se parece a un triunfo de la racionalidad objetiva, la sumisión de todo lo que existe al formalismo lógico es pagado mediante la sumisión de la razón a los datos inmediatos" (HORKHEIMER y ADORNO, 2005, p. 80). Lo que no es calculable ni decible en lenguaje lógico formal es sospechoso; lo que no se puede objetivar y, por lo mismo, evita su acercamiento a la certeza, es apariencia de razón "... es la identidad del espíritu y su correlato, la unidad de la naturaleza, ante la que sucumbe la multitud de las cualidades" (HORKHEIMER y ADORNO, 2005, p. 65). Esta es la raíz que separó con mayor profundidad las ilustraciones; la consecuencia fue que epistemológicamente el examen hipocrático se reemplazó por el examen jurista formal; la búsqueda de sentido fue desplazada por la búsqueda de validez universal; el lenguaje cualitativo fue desplazado por el cuantitativo, y la verdad sustantiva por la certeza. De las cosas a las ideas, y de los vínculos con olor a tierra a aquellos asépticos de tiempos y lugares históricamente configurativos y relevantes.

1. ¿Es concebible la unidad procedimental y formal de la diversidad social?

El principio que dio sentido a esta comunidad, el contenido material general (la cultura y el idioma helénico) y el contenido material cercano (la autoctonía y la igualdad de linaje) unido a cierta conformidad en la fuente epistémico-experiencial vino a dar a los atenienses, en su relativa diversidad, una importante identidad a sus principios normativos fundamentales. La democracia ateniense dialogó y debatió sobre la acción práctica adecuada al bien de la ciudad, pues en lo esencial era una misma comunidad sustancial. El bien de Atenas era el bien de aquellos que eran participantes de un linaje y, por consiguiente, la ciudad era el lugar natural resultante de su propia condición cultural. Fue Atenas el reflejo del ateniense y la pregunta por la identidad y el sentido del ciudadano tenía la misma respuesta que aquella que inquiría por el bien de la comunidad. La deliberación se jugaba en un estadio establecido que hizo del dialogo una comunicación prudencial por cuanto el fin estaba puesto y lo deliberado era el medio. Fue una identidad de gran capacidad para vincular con sentido y fuerza existencial, pero excluyente e importable sólo ante la sumisión del otro. Pero esta misma prudencialidad del sistema, que supone la unidad de criterios fundamentales, nos indica que ciertos problemas actuales no se dieron en su contingencia: no existió el problema del estado multicultural, y por consiguiente no se enfrentó a una

diversidad de origen en la génesis normativa. Un sustrato cultural común y originario y el estado entendido analógicamente como un cuerpo orgánico, por un lado, y el diálogo y la virtud como el acto saludable de ese cuerpo, por el otro, hicieron de las diferencias una diversidad acotada y acotable y, por lo tanto, fue una relación conflictiva entre las partes del todo, no en la conformación del todo en cuanto tal.

El mundo moderno, en el mismo respecto, se enfrenta a dos formidables problemas: el primero es la heterogeneidad de fronteras a ordenar en una única frontera política y esto no sólo por su multitud, sino también por el carácter excluyente de éstas. La formalización procedimental propuesta por la modernidad es en definitiva un diálogo en una comunidad de comunidades de habla. Si consideramos el escenario multicultural, es decir, a la heterogeneidad de grupos étnicos en una misma frontera política, las múltiples fronteras económicas que son de hecho independientes de las otras en su formalización, las minorías, etc. y las vemos como vinculaciones de intereses excluyentes, entonces entendemos también que la vinculación no puede ser fundada en uno de los vínculos materiales que la componen. Por consiguiente, este moderno orden normativo ha de hacerse desde fuera de esas fronteras, ya no sólo por no pertenecer a ninguna, sino porque pide la anulación de los fundamentos de sentido material en su carácter normativo para integrarse en un todo normativo formal y mayor.. Para estas comunidades, formalizarse en este espectro significa laicizarse y, por lo mismo, anularse como convicción vinculante. Esta forma de vinculación ha de verse como un procedimiento que sólo en esa autonegación puede aspirar a normar lo diverso, en tanto que lo diverso por si mismo no permite la unidad de habla sin los costos de sumisión, para el que se integra, ya históricamente conocidos.

2. ¿Es suficiente la igualdad formal como fundamento del diálogo deliberativo?

Las diversas polis griegas jugaron sobre una difusa noción de pertenencia cultural, aunque no política. Hacia la segunda mitad del siglo V a.c. había un intento de comunicabilidad entre éstas, fundada en una primitiva federación que finalmente no fue consistente. Atenas, al contrario, logró su unidad porque no pretendió extenderse igualitariamente más allá de la que se daba sustancialmente, en tanto que tuvo como centro normativo el bien del cuerpo cuya alma fue su mito; es este mito el que aparece en el discurso y el epitafio, y que es anunciado como la razón de la ciudad, como su nexo formal. Todo esto solucionó el orden y la inclusión potencial de igualdad, pero sometió a una casta de iguales que, si bien fue relativamente masiva, hoy representaría una aristocracia con venia popular.

La modernidad funda su igualdad sobre la condición humana como tal²⁸. Sin embargo esta condición no es un hecho cultural, es decir, no es una fuente de actividad vinculante. Si bien todo hombre es igual por pertenecer a la especie, aquí termina dicha unidad. En adelante el ser humano sólo es entendible, en lo que nos importa, como un sujeto altamente situado. La conflictividad de intereses y fronteras, hacen pensable la unidad sólo si es posible procedimentalizar dichos núcleos en unidades mayores que, al menos inicialmente, no permita la prevalencia de ninguna de ellas. Pero dialogar negando la substancialidad que conecta concretamente a los sujetos de praxis es, con todo, pedir la cooperación accionaria desconectada de la fuerza motivante. No sirve alegar la pulcritud racional del argumento formal, por más que permita una inclusión en principio ilimitada, pues no da “motivo” sobre el cual se de una intrínseca cooperación humana. El vínculo formal, eso sí, pretende la posibilidad del diálogo en el espacio de una sistema multicultural que, negando a las partes una condición prevalente, permite la conexión de intereses que pueden, en algún punto, volverse vínculos sociales y con ello, normas discursivas para los diversos mitos o creencias. De no haber posibilidad de este tipo, la consecuencia es la indiferencia o el dominio y por esto la igualdad formal aparece como una opción necesaria posibilitada inicialmente por el tiempo y la interacción cultural.

3. *¿Es la misma pregunta, aquella que interroga por el principio que unifica y da existencia a la comunidad, que aquella otra, que enfoca el principio que legitima la normatividad puesta por el discurso, es decir, aquello que hace de la inclusión o la exclusión un hecho político?*

Las vinculaciones sustanciales o materiales son horizontes de sentido en los cuales se configuran comunidades de habla. Estas comunidades primigenias se vinculan normativamente en tanto que el mundo y su sentido es para ellos, lo mismo. En este caso la respuesta a ambos aspectos de la pregunta es la misma.

La modernidad define la inclusión políticamente válida como un ejercicio de ilustración que permite a todo hombre la libertad de raciocinio y la aceptación de la igual dignidad para todos. Hoy, más radicalizado que en sus orígenes, esa libertad abarca todo lo que concierna a la vida buena. Sin embargo esta libertad para hacer la propia vida implica que el ejercicio

²⁸ KANT (1784) p. :*“Un hombre, con respecto a su propia persona y por cierto tiempo, puede dilatar la adquisición de una ilustración que está obligado a poseer; pero renunciar a ella, con relación a la propia persona, y con mayor razón aún con referencia a la posteridad, significa violar y pisotear los sagrados derechos de la Humanidad.”*

normativo de una comunidad de comunidades heterogéneas debe, además de normar a éstas, ser capaz de proteger la individualidad y la emergencia de modos de vida no incluidos en el estado inicial. Por consiguiente el vínculo procedimental mismo es posible sólo si las comunidades de habla componentes de una comunidad de comunidades niega sus contenidos imperativos (el “yo mando” propio del imperativo moral) frente a las otras comunidades de habla contenidos en éste, y por consiguiente niega su fuerza existencial “Desde el punto de vista moral estamos obligados a hacer abstracción de las imágenes ejemplares de una vida conseguida o no fallida que nos transmiten los grandes relatos metafísicos y religiosos” (HABERMAS, 2002, p. 14) Esto implica que la unidad formal no puede de suyo resolver problemas cuya determinación supone valoraciones específicas, pues los procesos establecen los espacios y condiciones de comunicación pero no criterios existencialmente vinculantes “Por supuesto que los proyectos individuales de vida no se forman con independencia de los contextos vitales compartidos intersubjetivamente. Pero en el seno de una de una sociedad compleja, una cultura solo puede afirmarse frente a las otras convenciendo a sus nuevas generaciones (que también pueden decir “no”) de las ventajas de su semántica para abrir mundo y de su fuerza para orientar la acción. No puede ni debe protegerse ninguna variedad cultural.” (HABERMAS 2002, p. 13). En consecuencia, para las sociedades modernas, reguladas procedimentalmente, el principio que unifica una comunidad no es el mismo que aquel que lo hace en la complejidad cultural. En el caso de una comunidad homogénea, no se requiere el procedimentalismo formal. Es la complejidad la que lo exige.

Un sistema procedimental, debe ser negativo respecto a contenidos sustanciales ordenados. Pero esto ha llegado, en algunos casos, a ser confundido con la noción de que dicha negación imperativa debe considerar también la intimidad de las comunidades que la componen. Los conceptos que plantean que las pretensiones de origen filosófico son meramente observadoras de procesos, o narraciones ficticias, o construcciones; las que plantean que las definiciones de fe, los saberes que aceptan el misterio o las zonas oscuras a la lógica como relevantes para la vida buena son negables, son también, en último término, conceptos filosóficos que no pueden tener prevalencia en un sistema complejo. Si la Ilustración libera al hombre en tanto que éste hace su vida buena, entonces se propondrá como verdadera –signo propio de toda comunidad de habla que genera un genuino sentido existencial– y será capaz de dar respuestas a problemas cuya respuesta considera contenidos definidores. Si la Ilustración ha de salir de las aporías, en nuestra opinión, debe volver a su intención originaria: dejar en las manos de las comunidades la capacidad de vivir sus convicciones como reales sin ser obligados a abandonar, salvo en la comunicación compleja, los contenidos sustanciales. Dejar a cada comunidad el espacio para convencer en esa misma verdad a aquellos que

quieran abrazar una vida con cierto tono y color en el respeto a la siempre presente posibilidad de reconducirse, de decir no, de cambiar. HORKHEIMER y ADORNO, luego de revisar con una franqueza admirable sus más íntimas banderas de lucha nos recuerdan que “*La ilustración se realiza plenamente y se supera cuando los fines prácticos más próximos se revelan como lo más lejano logrado, y las tierras “de las que sus espías y delatores no recaban ninguna noticia”; es decir, la naturaleza desconocida por la ciencia dominadora, son recordadas como las tierras de origen*” ((HORKHEIMER y ADORNO, 2005, p. 94).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABARCA HERNÁNDEZ, ABARCA (2005): “Influjo de Kant en algunos pensadores políticos del siglo XX: Luhmann, Habermas y Kelsen”, *Revista InterSedes* (vol. 6 n° 10): pp. 1-15.

ESQUILO (2002a): *Los persas* (Madrid, Editorial Clásica Gredos).

_____ (2002b): *Orestíadas* (Madrid, Editorial Clásica Gredos).

GIL, Luis (2005): “Las primeras justificaciones griegas de la democracia”, *Cuadernos de filología clásica: Estudios griegos e indoeuropeos* (n° 15): pp. 95-105.

_____ (2001): “El Tropos Demokratikó: manipulación ideológica del lenguaje y efectos psicosociales”, *Logo: Revista de Retórica y Teoría de la Comunicación* (vol. 1 n° 1): pp. 93-102.

_____ (1996) “Sobre la raigambre griega del sistema democrático”, *Cuadernos de filología clásica: Estudios griegos e indoeuropeos* (n° 6) pp. 11-22.

_____ (1989): “La Ideología de la democracia ateniense”, *Cuadernos de Filología Clásica* (n° 23): pp. 39-50.

GÓMEZ-LOBO, Alfonso (1998): *La ética de Sócrates* (Santiago, Editorial Andrés Bello).

_____ (1989): “El dialogo de Melos y la visión histórica de Tucídides”, *Nova Tellus* (Universidad Nacional Autónoma de México, n° 7): pp. 9-31.

HABERMAS, Jürgen (2002): *El Futuro de la Naturaleza Humana ¿Hacia una eugenesia liberal?* (Traducc. R. S. Carbó, Barcelona, Paidós) 146 p.

HORKHEIMER, Max y ADORNO, Theodor (2005): *Dialéctica de la Ilustración* (Traducc. Juan José Sánchez, 7ª edición, Madrid, Editorial Trotta).

KANT, Immanuel (1784): *¿Qué es la Ilustración?* (Madrid, Edición de Roberto R. Aramayo, Alianza Editorial).

LÓPEZ CRUCES, Juan Luis (2004): “La unidad de la división según Nicole Loraux o el conflicto como fundamento de lo político”, *Praesentia* (Universidad de Los Andes, Venezuela, nº 3) 8 pp.

MUÑOZ VALLE, Isidoro (1974): “La Crisis de las Tradiciones en la Antigua Grecia y las Diversas Concepciones del Estado”, *Revista de Estudios Políticos* (nº 195-196) pp. 101-134.

PLATÓN (2002a): *Diálogos. Critón* (Madrid, Editorial Clásica Gredos). Vol. 1.

_____ (2002b): *Diálogos. Gorgias* (Madrid, Editorial Clásica Gredos). Vol. 2.

_____ (2002c): *Diálogos. Menexeno* (Madrid, Editorial Clásica Gredos). Vol. 2.

_____ (2002d): *Diálogos. Protágoras* (Madrid, Editorial Clásica Gredos). Vol. 1.

REINANTE, Diego Alejandro (2004): “Igualdad y Libertad en el marco de la participación y la antigua democracia ateniense”, *Actas de las II Jornadas Internacionales de Estudios Clásicos y Medievales* (Neuquén, Centro de Estudios Clásicos y Medievales, Facultad de Humanidades, Universidad Nacional del Comahue, Argentina). Disponible en < <http://investigadores.uncoma.edu.ar/cecym/ijj2004/Reinante.pdf>>, fecha consulta: 12 julio 2010.

ROCCO, Christofer (2000): *Tragedia e Ilustración. El pensamiento político ateniense y los dilemas de la ilustración* (Santiago, Editorial Andrés Bello).

SÓFOCLES (2002a): *Antígona* (Madrid, Editorial Clásica Gredos).

_____ (2002b): *Edipo Rey* (Madrid, Editorial Clásica Gredos).

TUCÍDIDES (2002): *Historia de la Guerra del Peloponeso* (Madrid, Editorial Clásica Gredos).

ENSAYOS

¿SE JUSTIFICA UNIFICAR EL TRATAMIENTO DE LOS CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES?

DIEGO MUNITA LUCO*

RESUMEN: En este ensayo el autor discurre acerca de la conveniencia de unificar el tratamiento de los contratos civiles y mercantiles, partiendo del supuesto que el derecho mercantil surge históricamente como un derecho de contratos. Luego de mostrar ciertas opiniones de autores nacionales y extranjeros, concluye que se justifica plenamente un diferente tratamiento de los contratos civiles y mercantiles en nuestra legislación.

ABSTRACT: In this paper the author thinks about the convenience of unifying the treatment of the civil and mercantile contracts, since the commercial law arises historically as a right of contracts. After showing certain opinions of national and foreign authors, he concludes that there justifies itself fully a different treatment of the civil and mercantile contracts in our legislation.

PALABRAS CLAVES: contratación mercantil – unificación contratación – derecho de contratos

ABSTRACT: mercantile contracting – unification contracting – right of contracts

* Profesor de Derecho Comercial Universidad Bernardo O'Higgins y Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: dmunita@ossabulnes.cl.

El derecho mercantil surgió históricamente como un derecho de contratos. No se puede separar el origen del derecho mercantil de la actividad creadora de contratos por parte de los comerciantes. La actividad mercantil, desde sus orígenes se ha desarrollado a través de la contratación. Como aclara PUGA VIAL, *“el contrato es el instrumento de creación y especulación propio del derecho mercantil”*¹.

El aparente conflicto que se plantea en la pregunta que hace de título a este ensayo, no puede entenderse sin una referencia al origen y posterior *crisis del derecho mercantil*, como la llama Joaquín GARRIGUES.²

En efecto, coinciden todos los autores en el sentido que el derecho mercantil surgió de una forma más bien espontánea, una creación de las mismas personas que tenían necesidad de él, que eran los comerciantes, siguiendo a PUGA VIAL, podemos decir que es un derecho que ha crecido *“desde abajo”*.³

Muy brevemente, por no ser materia de esta trabajo, pero como señalé, parece referencia indispensable para seguir una línea de pensamiento, recordaré que el comercio como actividad profesional, sólo pudo desarrollarse cuando se dieron las condiciones histórico-ambientales debidas, siguiendo al profesor OLAVARRÍA, *“fue menester para que se desarrollara que existiera un grado determinado de civilización y desapareciera la hostilidad inmotivada entre los hombres”*.⁴

Las condiciones históricas mencionadas fueron favorables al desarrollo de la actividad mercantil y en consecuencia al surgimiento de un derecho nuevo que vino a regularla, que se llamó derecho mercantil o *lex mercatoria*, en lenguaje de la época. Como señalé más arriba, el origen de esta nueva legislación estaba contenido principalmente en los contratos que celebraban las partes. Históricamente este momento se señala normalmente a partir del siglo XI.

Los comerciantes o personas que desarrollaban profesionalmente la actividad mercantil tuvieron que guiarse por criterios propios de regulación, pues el derecho existente hasta esa época no los satisfacía y, especialmente, no ofrecía ninguna respuesta a la necesidad de regular especialmente el tráfico

¹ PUGA (2005) p. 60.

² GARRIGUES (1987) p. 25.

³ PUGA (2005) p. 256.

⁴ OLAVARRÍA (1950).

internacional de mercadería, los contratos entre ausentes y obtener medios seguros de pago sin necesidad de recorrer grandes distancias con dinero en efectivo. Se excluyó del comercio, en consecuencia, las materias que estaban reservadas a la nobleza y a la Iglesia, como la propiedad raíz, la actividad minera y agrícola.

Atendida la falta de normas que pudieran regular esta creciente actividad mercantil, correspondió a los propios profesionales regular la actividad, llegando incluso a tener jurisdicción propia a través de los tribunales de comercio, destinados especialmente a regular las disputas entre comerciantes, formados no por letrados sino por comerciantes experimentados y respetados.

Esta regulación se hizo principalmente a través de la actividad creadora contractual de las partes, de manera que contratos que fueron demostrando utilidad en algunos lugares fueron rápidamente acogidos como de general aceptación. En esta materia se destaca por todos los autores la actividad creadora de los italianos.

Esta actividad en auge llegó a señalar que sería comercial todo contrato que los comerciantes consideraran tal y su cumplimiento o incumplimiento debía ser revisado por los tribunales de comercio. Sin embargo, este último punto fue el que comenzó a producir la crisis del sistema, pues los particulares muchas veces no se sentían cómodos ni adecuadamente amparados al ser llevados a comparecer ante estos tribunales de jurisdicción especial.

Estos conflictos de jurisdicción llegaron a oídos del Rey de Francia Luis XIV, quien mediante una ordenanza del año 1673, pretendió determinar la competencia consular para el caso de pleitos. Sin embargo, una expresión de esa ordenanza y su posterior interpretación por parte del codificador francés de 1807, dieron origen a lo que señalamos anteriormente como la crisis del derecho mercantil.

En efecto el artículo 4º del Título XII de la *Ordenanza de 1763*, en relación con las competencias de los cónsules, señalaba una serie de actos que serían reputados de comercio, y que, celebrados entre comerciantes, darían lugar en sus conflictos a los juicios mercantiles sujetos a la jurisdicción de esos cónsules.⁵

La ordenanza sólo pretendió determinar competencia jurisdiccional, y en ningún caso quitarles a los comerciantes el derecho de determinar, mediante

⁵ OLAVARRÍA (1959) p. 180.

su creación contractual y de costumbres aceptadas, el contenido de la actividad mercantil. Sin embargo, el codificador de 1807 fue más allá y comenzó el nuevo Código diciendo: *“La Ley reputa actos de comercio”*.

La interpretación del codificador francés también ha sido seguida por la doctrina nacional, por ejemplo, PUGA VIAL sostiene que *“las Ordenanzas de Luis XIV tienen una doble trascendencia. Son los primeros códigos mercantiles europeos, pero lo que es más importante, revelan la expropiación por parte del Estado del poder generador del derecho mercantil a las corporaciones comerciales. Con estos textos cristaliza un fenómeno que viene de antes, pero que se consolida con ellos: el derecho comercial no emana ya de los comerciantes, sino del Estado por medio de la ley. El derecho mercantil pasa a ser un dominio del Estado”*.⁶

Coincido con PUGA VIAL en cuanto a las conclusiones, pero disiento en cuanto a que ellas deben extraerse sólo a partir del Código de 1807 y no a partir de las ordenanzas, cuyo objetivo era muy distinto.

En Chile, en 1865 se aprobó el Código de Comercio que siguió el modelo del código francés, reservándose el legislador la facultad de determinar el ámbito objetivo del derecho comercial, encabezando el artículo tercero del mismo con la expresión: *“son actos de comercio ...”*.

Esta introducción me pareció necesaria, pues muy resumidamente explica cuál es el ámbito objetivo de la mercantilidad en nuestro país dentro de la cual estarían los contratos mercantiles, que son los que dan el título a esta exposición.

Definido el ámbito objetivo de lo mercantil en Chile, que, como se explicó, hoy en día es determinado por el legislador, corresponde plantearse la pregunta de si existen o no contratos mercantiles distintos a los contratos civiles o si esa diferenciación carece de sentido.

El artículo primero del Código de Comercio, dispone que éste rige las obligaciones de los comerciantes que se refieren a operaciones mercantiles, las que contraigan personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales, y las que resulten de contratos exclusivamente mercantiles.

⁶ PUGA (2005) p. 82.

La última parte de la norma declara la existencia de contratos exclusivamente mercantiles, pero ella claramente se refiere a los contratos expresamente regulados en el Código de Comercio, como por ejemplo, el contrato de cambio, artículos 620 y siguientes, el préstamo o mutuo mercantil, artículos 795 y siguientes, el contrato de asociación o cuentas en participación, artículos 507 y siguientes, entre otros. Dado que estos contratos están tratados expresamente en el código del ramo, me parece que no son relevantes para contestar la pregunta de si existen o no contratos mercantiles distintos de los civiles fuera de esta reserva.

El artículo tercero de nuestro código, siguiendo la idea del código francés, enumera lo que considera el ámbito de la mercantilidad, pero utiliza la expresión “actos”. Tradicionalmente se ha entendido esa expresión, en su sentido jurídico, como sinónimo de contratos, sin mayores contratiempos. De manera que muchas veces se interpreta el artículo tercero como una enumeración de contratos que serían mercantiles de reunir ciertas condiciones que la misma norma señala.

Los principales contratos a que se referiría esa norma son el contrato de compraventa de bienes muebles y el arrendamiento de los mismos. En consecuencia, podemos preguntarnos si existe una compraventa mercantil diferente de la compraventa civil o un arrendamiento mercantil que sería distinto del arrendamiento civil. El mismo ejercicio mental puede hacerse respecto de los demás contratos mencionados en la norma.

Me parece que la respuesta es negativa. El mismo encabezado del artículo tercero señala que estos “actos” que enumera pueden ser mercantiles ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos. Ello quiere decir que un mismo contrato puede ser mercantil, para ambos, mercantil para uno y civil para el otro o incluso civil para ambas partes.

En consecuencia no hay, fuera de los casos expresamente tratados en el código a que me referí con anterioridad, contratos puramente mercantiles y contratos puramente civiles. En este mismo sentido opina Puga Vial, al aseverar que *“una compraventa de bienes muebles es el mismo contrato si es civil o comercial, pero es mercantil si accede a una actividad mercantil. Un mandato en sí es idéntico siendo civil o mercantil, pero es mercantil si accede a una actividad mercantil”*.⁷

⁷ PUGA (2005) p. 112.

Aclarado que no existen contratos mercantiles propiamente tales, pues un mismo contrato puede ser civil o mercantil, debemos enfocarnos en los efectos del mismo contrato, esto es, los derechos y obligaciones que emanan del mismo.

En esta materia encontramos diferencias, pues si el contrato en estudio cumple los requisitos del artículo tercero para ser considerado mercantil quiere decir que al menos una de las partes va a resultar obligada conforme a la ley mercantil.

Puedo sostener que hoy en día, las consecuencias de quedar obligado conforme a la ley mercantil son bastante menores a las que tradicionalmente implicaban. En Chile no existen los tribunales especiales de comercio, de manera que el cumplimiento de esa obligación va a ser requerida judicialmente ante los mismos tribunales civiles y conforme a los mismos procedimientos. A esta misma conclusión llega por ejemplo Puga Vial.

Importa la distinción de si la obligación que emana del contrato es mercantil especialmente respecto de la ley de quiebras, hoy Libro IV del Código de Comercio, pues el incumplimiento de una obligación mercantil obliga al deudor calificado a pedir su propia quiebra, bajo sanciones penales, y tanto el régimen de apertura de la quiebra, en su caso, como las consecuencias de la quiebra misma son más drásticas. Importa también respecto de la prueba de la existencia de la obligación, pues en materia mercantil no rige la limitación de prueba de testigos consagrada en el Código Civil, también la prescripción de las obligaciones mercantiles es sólo de cuatro años. Es fundamental esta distinción respecto de la Ley de Protección al Consumidor, pues en su artículo 2º dispone que *“sólo quedan sujetos a las disposiciones de esta ley los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor”*, sin perjuicio de que la Ley n° 20.416, 3 febrero 2010 equiparó a las micro y pequeñas empresas a consumidores finales para efectos de la Ley n° 19.496. Por último, también me parece relevante el tema de la prueba y aplicación de la costumbre.

Aclarado que no existen contratos comerciales propiamente tales y que la importancia de determinar si las obligaciones que de ellos emanan son o no mercantiles está bastante acotada en nuestro derecho, me parece que puedo abocarme a responder derechamente la pregunta de si ¿Se justifica unificar el tratamiento de los contratos civiles y mercantiles?, que da el título a esta exposición.

La misma situación expuesta de que un mismo contrato puede ser civil o mercantil y el avance de la actividad económica han hecho que las disciplinas jurídicas vayan actuando con gran comunicación entre sí, de manera que tanto el derecho comercial se ha beneficiado de figuras extraídas del derecho civil como éste, por su parte se ha beneficiado de aquél. Joaquín Garrigues comentando esta situación señala que *“este hecho ha traído consigo otra consecuencia notable en el orden de la técnica jurídica, y es el traspaso al campo del derecho civil de normas e instituciones jurídicas originariamente dictadas para satisfacer peculiares exigencias del tráfico mercantil ... la posibilidad de usar la cláusula a la orden o al portador en los documentos civiles ..., la desaparición de la presunción de gratuidad en el mandato y otras muchas instituciones trasplantadas desde el terreno mercantil al civil en los códigos más recientes muestran hasta qué punto es verdadero el fenómeno de comercialización del derecho civil y facilitan la futura tarea de los legisladores en todas aquellas materias que no constituyen el fondo inalienable del derecho civil o el fondo inalienable del derecho mercantil”*.⁸

Existen países que han buscado unir las legislaciones, lo que ha sido logrado en forma incompleta, dentro de los cuales podemos mencionar a Inglaterra, Suiza e Italia. Este último caso es el de mayor relevancia doctrinaria, pues los dos primeros, carecían, por así decirlo, de una legislación mercantil paralela tan completa como la italiana, que mal que mal, fue la creadora de este derecho. De hecho, el debate en Italia congregó a autores de la talla de ROCCO, VIDARI, VIVANTE, BOLAFFIO y ASCARELLI.

En 1942, en Italia, se promulga un nuevo Código Civil que derogó el Código de Comercio y pretendió unificar ambas legislaciones, sin embargo se mantiene dentro de él un tratamiento diferenciado para *el empresario de comercio*. En este Código no se incluyeron materias tradicionalmente mercantiles como el derecho marítimo que siguió tratado en el Código de Navegación y el derecho de quiebras, que siguió regulado en una ley especial. Sin embargo, hay que destacar que este Código Civil sí trata de los actos de comercio, comerciantes, libros de comercio, los intermediarios de comercio, obligaciones comerciales en general; la venta, las sociedades y asociaciones comerciales; la letra de cambio y el cheque bancario; el contrato de cuenta corriente; el mandato comercial y comisión; el contrato de transporte; contratos de seguro; los almacenes generales; la prenda y otros contratos sobre mercaderías, entre otras materias normalmente consideradas mercantiles.

⁸ GARRIGUES (1987) p. 31.

Joaquín GARRIGUES trata profundamente esta materia, y luego de concluir que las futuras legislaciones debieran abordar el tema, nos entrega una conclusión de cómo debiera resolverse, proponiendo que: *“La distribución legislativa de las materias que hoy regulan los códigos civiles y los códigos de comercio podría, en suma, ser la siguiente:*

- a) Un código único para las obligaciones en el que se incluyesen también los contratos mercantiles que se han extendido al público en general, siendo indiferente, por tanto, que uno de los contratantes sea una empresa mercantil, ya que precisamente la actividad de las empresas va dirigida hacia el público.
- b) Un Código de Comercio, para las instituciones genuinamente mercantiles (estatuto del comerciante o empresario mercantil individual y social, patrimonio, patentes, signos distintivos y protección de la empresa, títulos-valores, operaciones bursátiles) y para aquellos contratos que antológicamente pertenecen a una empresa, de suerte que no pueden concebirse sin la participación de ella. Tal es el caso del seguro, de los contratos bancarios, del contrato de venta sobre documentos, del contrato de agencia, del contrato de transporte, del contrato de depósito en almacenes generales, del contrato de hospedaje, etc.
- c) *Un Código Civil, que contenga las normas sobre personalidad, familia y sucesiones”*.⁹

La experiencia del Derecho Comparado y las opiniones doctrinales más autorizadas demuestran que es posible intentar la unificación del Derecho Comercial con el Derecho Civil, intentando, en consecuencia, que los contratos tradicionalmente considerados mercantiles sean tratados por la ley civil. Sin embargo, tanto las legislaciones como la doctrina terminan concluyendo que esa asimilación no puede ser total.

En nuestro país, como expliqué más arriba las consecuencias de la distinción no son muy importantes, sin embargo, se sigue conservando la distinción, por motivos más bien de fondo.

Creo que en el fondo subsiste una diferencia, pues la motivación de las partes en los contratos mercantiles difiere de la causa que motiva la celebración de contratos civiles. En efecto, la contratación mercantil gira en torno a la especulación, la que generalmente no existe en los contratos naturalmente

⁹ *Idem.*, p.. 33.

civiles (podemos encontrarla en la especulación inmobiliaria, pero se trata, en mi opinión, de contratos artificialmente civiles).

Otra diferencia que me parece relevante y que ha sido considerada por nuestro legislador es el desequilibrio entre las partes en algunos contratos, cuando no son celebrados entre comerciantes profesionales, sino cuando una de las partes carece del bagaje intelectual o dominio del tema que posee la otra, lo que podría prestarse para abusos. Esto impide que este tipo de contratos sea tratado en el sentido de igualdad que presenta tradicionalmente el Código Civil. Remedios en este sentido existen en la Ley de Protección al Consumidor, ya citada, y en los contratos de seguro, entre otros.

Cuando los contratos se celebran entre comerciantes profesionales o en términos más modernos entre empresarios del comercio, parece a la generalidad de la doctrina, a la cual adhiero, no aconsejable aherrojar la iniciativa de éstos agentes que en la historia ha demostrado ser sumamente creativa. De haber sido encasillado en su momento el contrato de cambio dentro del sistema tradicional civil romano, jamás habríamos tenido el surgimiento de la teoría de los títulos de crédito, por ejemplo.

No se debe perder de vista también la globalización y el comercio internacional, que día a día nos enfrentan a nuevas formas de contratación que parece más razonable adoptar desde la óptica del derecho comercial tradicional que desde su encasillamiento en un Código Civil. En este sentido PUELMA ACCORSI nos representaba: *“El gran desarrollo del intercambio internacional que ha ocurrido en el mundo en los últimos años ha originado, entre otros fenómenos, el empleo o uso en Chile de formas contractuales provenientes de otros ordenamientos jurídicos, especialmente del mundo anglosajón. Las nuevas formas de contratación, en algunas ocasiones, son negocios jurídicos diversos de los conocidos en nuestro medio o importan nuevas modalidades de figuras jurídicas conocidas. Estas formas de contratación llevan envueltas en gran medida incógnitas tanto sobre su validez en nuestro país como en cuanto a la determinación de la forma concreta que la institución foránea ha sido acogida por nuestras prácticas. Lo expuesto hace cada vez más necesario el estudio sistemático de estas nuevas materias”*.¹⁰ En este mismo orden de ideas, se puede sostener que subsiste la idea de la *lex mercatoria* como una posibilidad de las partes a elegir por declaración de voluntad el derecho aplicable al contrato, y especialmente, en la determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de contratos internacionales.

¹⁰ Puelma (2002).

Como conclusión final, me parece que se justifica plenamente un diferente tratamiento de los contratos civiles y mercantiles en nuestra legislación, especialmente porque los que participan de la celebración de estos últimos se entienden regidos por normas diferentes en materias importantes como son el cierre a distancia, no cuesta imaginarse el diferente trato que daría a un fax una interpretación civilista frente a una mercantilista; el tratamiento y aceptación de las costumbres, que para los comerciantes se elevan a categorías inimaginables para los que no ejercen esta profesión; esto va unido a la buena fe y al concepto de crédito de los diferentes actores, los que siempre han aceptado, en materia comercial, que la mala fe y el incumplimiento culpable deben ser sancionados con la mayor severidad posible. Estos conceptos no pueden ser asimilados fácilmente por el derecho civil.

Por último, y para reforzar la idea de que debe mantenerse un tratamiento diferenciado hago presente que, por regla general en materia de contratación mercantil, ésta no se detiene en contratos específicos, sino que éstos normalmente forman parte de una negociación más amplia, y pretenden un fin que va más allá del mismo contrato, que en ese sentido toma una naturaleza, por así decirlo, instrumental. Esto hace que estos contratos deben ser interpretados como medios para lograr el fin que las partes convinieron, que es el resultado de la negociación, lo que complica al sistema interpretativo clásico civil.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

GARRIGUES, Joaquín (1987): *Curso De Derecho Mercantil* (7ª Edición, Bogotá, Editorial Temis) Tomo I.

OLAVARRÍA ÁVILA, Julio (1950): *Manual De Derecho Comercial*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

PUELMA ACCORSI, Álvaro (2002): *Contratación Comercial Moderna* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Santiago)

PUGA VIAL, Juan Esteban (2005): *El Acto De Comercio. Crítica A La Teoría Tradicional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

LA ACTITUD SOCRÁTICA ANTE LA MUERTE Y LA URGENCIA POR LA PREGUNTA DE LA INMORTALIDAD DEL ALMA EN EL *FEDÓN* DE PLATÓN

MATÍAS CORREA*

RESUMEN: En el *Fedón* de Platón se sostiene la tesis de que la auténtica dedicación a la filosofía obliga a quien realmente pretenda comprometerse con tal actividad a tener un especial cuidado por la propia muerte. Ahora bien, los argumentos a favor de dicha tesis dependen, a su vez, de la demostración de la inmortalidad del alma. En el presente artículo nos remitiremos al texto del *Fedón* para intentar elucidar cómo es que en ese diálogo platónico se establece la relación que hay entre ambos puntos y para subrayar el peculiar carácter lógico de dicha relación.

ABSTRACT: In *Fedon* (Platón) is supported the thesis that the authentic dedication to the philosophy forces who really tries to promise with such an activity to take a special care as the own death. Now then, the arguments in favour of the above mentioned thesis, depend, in turn, on the demonstration of the soul immortality. In the present article we will try to elucidate how it is that in this platonic dialog there is established the relation that exists between both points and to underline the peculiar logical character of the above mentioned relation.

PALABRAS CLAVES: actitud socrática – alma – inmortalidad – *logos* – muerte

KEYS WORDS: Socratic attitude – soul – immortality – *logos* – death

* Licenciado en Filosofía. Profesor de Lógica Jurídica, Universidad Bernardo O'Higgins. Correo electrónico: matias.correa@gmail.com.

LA ACTITUD SOCRÁTICA ANTE LA MUERTE

Estima Sócrates que el filósofo, si efectivamente es tal, no ha de temer a la muerte; antes, más bien, deberá procurar una actitud del todo diferente, pues, quien de veras y en serio dedica su vida a la filosofía, no se debe cuidar de otra cosa, sino de morir y de estar muerto (*cf.* 64a)¹. Está claro, sostener semejante opinión (tanto hoy en día como hace más de dos mil años) va en contra del sentido común, motivo suficiente para que Simmias, uno de los pitagóricos con los que Sócrates dialoga, se largue a reír después de oírle decir al filósofo que tal actitud le resulta lógica (*cf.* *ibídem*).

Pues bien, lo que hay de lógico en la actitud socrática ante la muerte tiene dos sentidos. En primer lugar, es lógico adoptar tal actitud debido a que es lógico también el razonamiento del cual se sigue que el filósofo no ha temer a la muerte. Así, pues, la actitud es lógica porque lógico (*i.e.*, lógicamente correcto) es el argumento que la justifica, argumento del cual, a continuación, ofrecemos la siguiente paráfrasis: (1) Puesto que nuestra alma es inmortal; (2) estamos vivos no sólo mientras tenemos este cuerpo², sino que (3) incluso estamos vivos después de que éste se ha descompuesto³; (4) ya que el alma⁴ que tenemos es vida en sí misma⁵; (5) la cual no admite “lo contrario a lo que ella siempre conlleva” (105d) –o sea, no admite a la muerte–; (6) lo que explica por qué ella subsiste incluso habiendo finalizado ya “este tiempo a cuya duración llamamos vivir” (107c).

Evidentemente, se podría alegar que el parafraseo que hemos ofrecido de la explicación que Platón da para justificar la actitud socrática ante la muerte comienza precisamente con aquello que en *Fedón* se quiere demos-

¹ Todas las citas de este ensayo, salvo aquellas que explícitamente aludan a alguna otra obra, hacen referencia a la traducción del *Fedón* realizada por GARCÍA BUAL (PLATÓN, 2004). Además, lo que se encuentra entre corchetes cuadrados, como también el uso de cursivas, es de mí responsabilidad, mientras que los corchetes angulares están reservados para todo aquello que sea añadido por los traductores de las obras citadas.

² Del cuerpo, sostiene PLATÓN, que es “semejante a lo humano, mortal, multiforme, irracional, soluble y que nunca está idéntico a sí mismo.” (80b).

³ “¿Acaso es otra cosa (La muerte) que la separación del alma del cuerpo?” (64c).

⁴ Para PLATÓN, el alma tiene el carácter de “divina, inmortal, inteligible, uniforme, indisoluble y que siempre está consigo misma.” (80b).

⁵ El alma es la idea [*eídōs*] del ser vivo: “–Contéstame entonces –preguntó él– ¿Qué es lo que ha de haber en un cuerpo que esté vivo [*i.e.*, cómo llamamos a la causa de que el cuerpo esté vivo]? –Alma –contestó–.” (105c)

trar, *i.e.*, la inmortalidad del alma⁶. Pero eso no es todo, porque, además, –y aquí podríamos toparnos con un alegato suplementario– es mucho más lo que hay que dar por cierto en el párrafo anterior para poder sostener el argumento –de hecho, éste supone no sólo una demostración suficiente de la inmortalidad del alma, sino que también involucra el desarrollo de los supuestos en los que se apoya, directa o indirectamente, tal demostración (un dualismo alma-cuerpo, la palingenesia, la anamnesis, la teoría platónica de las ideas y la noción de participación, entre otros), lo cual es precisamente la tarea que Platón se esfuerza por llevar exitosamente a cabo a lo largo de *Fedón*–. Sin embargo, lo que en este punto nos interesa observar es que, de acuerdo a Platón, *si* tenemos un alma inmortal, *entonces* el filósofo no ha de temer a la muerte, *porque*, por un lado, aquello que se destruye al morir es su cuerpo y no su alma, pero también debido a que el alma es vida y ésta no admite su contrario.

Así, pues, si contamos con alguna razón válida para sostener la inmortalidad del alma, se sigue lógicamente que el filósofo no ha de temer ante la muerte –y aquí, para evitar equívocos, no hay que leer ‘se sigue’ como si de un estricto entañamiento lógico-formal se tratase⁷, pues, la expresión en cuestión apunta, más bien, a que en *Fedón* contamos con buenas razones para sostener consistentemente la posición socrática ante la muerte–. De este modo, se vuelve necesario llevar a cabo una demostración de la inmortalidad del alma si queremos asegurar que resulta lógico asumir tal actitud. Entonces, tenemos que la inmortalidad del alma es, en último término, la razón por la cual el filósofo no ha de dejarse amedrentar por la incertidumbre antes de encaminarse al Hades.

⁶ Lo que PLATÓN demuestra en *Fedón* no es sólo que el alma sobrevive al cuerpo tras la descomposición de éste, sino, además, que aquella es imperecedera, vale decir, inmortal y subsistente. En el diálogo, ya al llegar a 84c se ha asegurado que el alma es preexistente e independiente con respecto del cuerpo (esto se logra recurriendo a las doctrinas de la palingenesia y de la anamnesis). De esta parte en adelante, tras haber hecho “silencio por largo rato”, Sócrates procede a demostrar que el alma no sólo es inmortal, sino también imperecedera; este argumento (apoyándose en la teoría platónica de las ideas y en la relación que sostienen los contrarios en sí y las cosas que de ellos participan) culmina al llegar a 105a-107a. Vale la pena señalar, con respecto a este punto, que ofrecer un análisis acabado de los argumentos con que PLATÓN demuestra la inmortalidad del alma escapa a los objetivos principales del presente trabajo.

⁷ La cuestión de si en *Fedón* es posible encontrar falacias y argumentos lógicamente inválidos, o elaborar plausibles interpretaciones que den lugar a contradicciones, no es algo que aquí nos interese investigar.

Si bien todo esto puede parecer de perogrullo, de lo anterior vale la pena observar, primero, que la pregunta por la inmortalidad del alma tiene el carácter de urgente –responderla es una exigencia que no puede ser aplazada indefinidamente– y, luego, que tal pregunta apremia especialmente al filósofo. ¿Por qué la necesidad imperiosa de atender esta cuestión? ¿En qué se funda la urgencia de semejante pregunta? ¿A qué se debe que sea el filósofo, él en especial, a quien le compete hacerse cargo de esta interrogante? Ahora bien, precisamente al plantear estas preguntas es que comienza a perfilarse la relevancia de un segundo sentido de lo lógico en la actitud socrática ante la muerte, el cual se funda en la relación que el *logos* articula entre el alma y lo que es en sí. Digámoslo con otras palabras: elucidar las conexiones que se descubren en la tríada el alma, lo que es en sí y el-*logos* será, pues, de suma relevancia para esclarecer un punto que –en contraste con la cuestión central de *Fedón*, i.e., la inmortalidad del alma– pareciera jugar un rol preliminar, mas no secundario, dentro de la investigación conducida por Platón en este diálogo. Nos referimos a la urgencia de la pregunta por la inmortalidad del alma, vale decir, al fundamento de tal urgencia y a la razón por la cual esta pregunta apremia eminentemente al filósofo antes que al resto de los hombres.

UN CONSEJO PARA EVENO

En *Fedón*, antes de que expresamente Sócrates proceda a presentar los argumentos preliminares a favor de la inmortalidad del alma, nos topamos en el diálogo con el siguiente recado: “[D]ile [a Eveno] que, si es sensato, me siga lo antes posible (61c)”.

Estas palabras, en boca de quien se encuentra pronto a ser ejecutado⁸, constituyen casi una bravuconada o la expresión de un oscuro sentido del humor; como sea, la recomendación de seguir los pasos del que tiene las horas contadas es difícil de tomar al pie de la letra. Pero la invitación a la muerte no lo es todo; el consejo a Eveno es aún más escandaloso, pues, Sócrates recomienda no sólo ser seguido, sino ser seguido cuanto antes, como si la muerte fuese un negocio de suma urgencia. A Cebes –quien junto con Simmias protagoniza el diálogo que Sócrates conduce– le parece que este consejo,

⁸ Recordemos que este diálogo platónico consiste en el relato que Fedón ofrece a Equécrates sobre lo ocurrido durante las horas previas a la muerte Sócrates, quien se encuentra encarcelado, acompañado de amigos y discípulos, a la espera de la ejecución de su condena. El *Fedón* gira en torno a la cuestión de la inmortalidad del alma, y fluye a lo largo de las conversaciones y discusiones que Simmias y Cebes entablan con el filósofo, antes de que este ingiera la mortal cicuta

además de extraño, es contradictorio, puesto que éste invita a dirigirse hacia la muerte, siendo que, a la vez, Sócrates repara en que sus palabras no recomiendan el suicidio:

“—¿No es filósofo Eveno⁹?

—Me parece que sí —contestó Simmias.

—Pues entonces Eveno estará dispuesto, como cualquier otro que participe de esta profesión. Sin embargo, probablemente no se hará violencia. Pues afirman que no es lícito.

Le preguntó entonces Cebes:

—¿Cómo dices eso, Sócrates, de que no es lícito hacerse violencia a sí mismo, pero que estará dispuesto el filósofo a acompañar al que muere?” (Ibídem)

La salida de este entuerto nos remite a un rasgo del hombre que hace de éste un ser excepcional: su inteligencia, la presencia del *logos* en el hombre, a lo cual suele llamársele razón. Debido a que el hombre es inteligente constituye para éste una impiedad el quitarse la vida, ya que “el que tenga inteligencia deseará siempre, sin duda, estar junto a lo que es mejor que él mismo” (62e) y lo que es mejor que el hombre mismo es lo divino que hay en él¹⁰. Es tarea de Sócrates probar esto último, pues, así, prueba también que no hay nada más sensato que sostener una actitud socrática ante la muerte. Ahora bien, tanto Sócrates como sus interlocutores están de acuerdo en que los hombres estamos en una especie de prisión¹¹ [...], que los dioses son los que cuidan de nosotros y que nosotros, los humanos, somos una posesión de los dioses. (62b)

Pero ¿qué implica que seamos “posesión de los dioses” y que éstos “cuidan de nosotros”? Para Cebes, de esto se sigue que lo más natural sería

⁹ Sobre la figura de Eveno, dice GARCÍA BUAL (PLATÓN (2004) p. 32): “Platón cita a Eveno, como sofista en *Apología* 20b y como especialista en el arte de la retórica en el *Fedro* 26a). Por lo que aquí [en *Fedón*] se dice, Eveno de Paros había compuesto, además, algunos poemas.”

¹⁰ Vid. n. 3.

¹¹ Sobre el cuerpo como prisión, dice PLATÓN, que “esto se declara en los misterios”, aludiendo aquí a doctrinas órficas. Con respecto a este punto, las aclaraciones de son especialmente iluminadoras (Cfr. PLATÓN (1976) p. 97, n. 29).

irritarse ante la muerte, pues, con ella, el hombre deja de estar al cuidado de los dioses y nada de bueno hay en que el hombre deje “*de estar junto a lo que es mejor que él sí mismo*” (62e). Para refutar esta posición Sócrates debe llevar a cabo una segunda apología más persuasiva que la que hizo ante los jueces (cfr. 63b) e incluso más importante que aquella, ya que si no logra defender satisfactoriamente el punto en cuestión, no sólo resultará que su actitud ante la muerte es la equivocada, sino, además, que la forma en que condujo su vida no fue la más correcta. De este modo, podemos apreciar que la urgencia de la pregunta por la inmortalidad del alma nos remite, ahora, no sólo a la cuestión de la actitud que el filósofo ha de sostener ante la muerte, sino también a cómo éste ha de vivir la vida.

LA MÁS ALTA MÚSICA

Un punto al cual todavía no le hemos brindado la suficiente atención es al de la relación que hay entre filosofía y muerte. ¿Por qué la recomendación de Sócrates vale de modo especial (o en exclusivo) para el filósofo? Lleguemos a responder esto por vía indirecta.

Esperando su ejecución, Sócrates decide componer fábulas. Esta incursión en la poesía no es un mero capricho, sino la tentativa “por experimentar qué significan ciertos sueños y purificarme” (60e). ¿Cuáles eran esos sueños? Aquellos que repetidas veces insistían en lo mismo: “¡Sócrates, haz música¹² y aplícate a ello!” (ibídem). Convencido de que “la filosofía era la más alta música” (61a), a ella consagró Sócrates su vida; de este modo, su coqueteo con la poesía no es sino la prerrogativa de quien, en un gesto no exento de cierta ironía, después de haber cumplido a cabalidad con aquella divina exhortación nada perdía con seguirla al pie de la letra.

Ahora bien, ¿por qué Sócrates se siente obligado a atender a este llamado que ha escuchado entre sueños? En primer lugar, porque el filósofo reconoce en sí mismo una aspiración, un deseo por lo que es verdad (cfr. 66b)¹³ y, si es que aquél efectivamente “ama a la sabiduría”, no puede renegar

¹² “[...] la música de la que habla Sócrates apunta más bien a las musas, es decir, a las divinidades de las ciencias y las artes, en la mitología griega, que estaban precedidas por el dios Apolo”. VIAL (1995) p. 20.

¹³ En 96a y ss. encontramos una breve biografía intelectual de Sócrates, en dónde este deseo por lo que es verdad toma la forma de una “investigación de la naturaleza” [phýse's historia] (“[...] me parecía algo sublime conocer las causa de las cosas, por qué nace cada cosa y por qué perece y por qué es.” (ibídem)), la cual lo lleva, luego, a preguntarse por la verdadera causa de lo que es en sí (“Voy, entonces, a intentar explicarte el tipo de causa

de tal aspiración –como el amante, si ama de veras, tampoco puede desoír la voz de su amada–. Este deseo por lo que es verdad se descubre en el trato cotidiano con el mundo, a partir del conocimiento sensible que se tiene de éste¹⁴. Sin embargo, también descubre el filósofo que es precisamente por la intromisión de lo sensible que él mismo se “colma de amores y deseos, de miedos y fantasmas de todo tipo” (66c), lo cual, “junto con el alboroto y la confusión” (66d) que los sentidos introducen en su investigación –pues éstos no garantizan ninguna verdad (cfr. 65b)–, llega perturbarlo a tal punto que ya no es capaz de concentrarse en contemplar la verdad y satisfacer su deseo de alcanzarla. Por tanto, dado que los sentidos y el conocimiento sensible son patrimonio de nuestro cuerpo, tenemos que éste se convierte en un impedimento en lo que atañe a la adquisición de la sabiduría (cfr. *ibídem*).

Resulta, entonces que, si el cuerpo se convierte en un obstáculo y un lastre, al menos, en lo que atañe a la realización de la aspiración del filósofo, es aparentemente imposible poder superar este impedimento, pues “[e]n esos menesteres esenciales del cuerpo todo el hombre pareciera empeñado. El alma yace, entonces, en el cuerpo; está como clavada (83d) en el cuerpo. Y lo

[eídos tês aítias] del que me he ocupado, [...] suponiendo que hay algo que es lo bello en sí, y lo bueno y lo grande y todo lo demás de esa clase. [...] Me parece, pues, que si hay algo bello al margen de lo bello en sí, no será por ningún otro motivo, sino porque participa de aquella belleza. Y por el estilo, eso lo digo de todo.” (100b); “[Así, pues, reconozco] que cada una de las ideas [eidôn] era algo y que las otras cosas tenían sus calificativos por participar de ellas” (102b)).

¹⁴ Dentro del esquema epistemológico platónico es posible defender una cierta prioridad de lo sensible con respecto a lo inteligible, pero sólo si se sitúa tal prioridad dentro del orden del descubrimiento (“reconocemos esto: que si lo hemos pensado no es posible pensarlo, sino a partir del hecho de ver o tocar o de alguna percepción de los sentidos” (75b)), mas no dentro del de la justificación (“todas las cosas bellas son bellas por la belleza [en sî]” (100e)). Sostener este punto no contradice la doctrina de la anamnesis –desarrollada no sólo en *Fedón*, sino también en *Fedro* y, ya más extensamente, en *Menón*; de acuerdo a esta doctrina, el conocimiento es posible porque el alma ha conocido las ideas antes de existir en un cuerpo, de modo que, después de haber nacido, cada vez que aprendemos algo estamos recordando ideas que ya habíamos aprehendido–, puesto que si bien “el llamado aprendizaje es una reminiscencia” (73b), es preciso que, primero, veamos la lira para, luego, poder recordar al amado (cfr. 73d). Asimismo, *mutatis mutandis*, no podemos recordar la idea en sí misma sin antes (en “este tiempo a cuya duración llamamos vivir” (107c)) haber visto, palpado, oído, etc. la cosa que de ella participa. En pocas palabras: es el “descubrimiento” de la cosa sensible lo que “gatilla el recuerdo de la idea”, sin embargo, es la idea en sí misma lo que “justifica” el que podamos conocer la cosa que de ella participa.

que ocurre, dice Sócrates, es que “examina la realidad a través de éste como a través de una prisión” (82d). Fácilmente puede llegarse a pensar, entonces, que el alma no sea sino un principio corpóreo [...]. La tesis de Sócrates, en cambio, es que el alma es de índole distinta. A esta índole distinta se la ha llamado, después, espíritu. [...] ¿Hay, acaso, alguna prueba de que el alma exista como un principio de índole diferente al cuerpo? [...] Sócrates responderá que la filosofía, por sí misma, constituye esta prueba”.¹⁵

Pero ¿en qué sentido la filosofía constituye tal prueba? El punto al cual aquí hemos llegado es de suma relevancia, ya que si no es posible legitimar para el alma un ámbito autónomo e independiente del cuerpo, no podremos alcanzar jamás aquello que es verdad, lo que es en sí mismo: Pues si no es posible por medio del cuerpo conocer nada limpiamente, una de dos: o no es posible adquirir nunca el saber o sólo muertos. Porque entonces el alma estará consigo misma separada del cuerpo, pero antes no. (67a)

Pero antes de remitirnos a la legitimidad del ámbito propio del alma demos un paso atrás y preguntémosnos: ¿qué es lo más funesto que podría ocurrirle al filósofo? ¿Que se esfumen los dulces placeres que dejará de experimentar una vez ya muertos? ¿Acaso, descubrir después de esta vida que los dioses nada saben de este ser insignificante que es el hombre?¹⁶ ¿Que nada vaya a encontrar tras el umbral de la puerta que separa al Hades del mundo de los vivos? Bien, pues, Sócrates sugiere ya una respuesta: que no sea posible adquirir nunca el saber (*cfr. ibídem*). Ilustremos esto con un símil: para el amante hay un único dolor más grande que la ausencia de la amada, dolor que consiste en que la mera posibilidad de posar sobre ella su mirada, quizá la forma más tenue y lejana de poseerla y de ser por ella poseído, le esté del todo vedada; asimismo, si hay algo de lo que un filósofo, un sincero amante de la sabiduría podría temer, es que la verdad no sea más que un fuego fatuo, pues, entonces, su vida (profesional, al menos) por completo carece de sentido –esto, ciertamente no lo admitirían muchos de los “filósofos” que, orgullosamente, disfrutaban de ser etiquetados como posmodernos–. Si la verdad es un objeto del todo inalcanzable y su búsqueda una empresa de antemano destinada al fracaso, si ni siquiera se nos concede atisbarla fugazmente tras un velo o poder agachar la cabeza ante la presencia de su sombra, bien podemos rasgar nuestras vestiduras y jalarnos los cabellos. Así, pues, queda claro que para el filósofo la muerte está lejos de ser lo peor que puede ocurrirle, aquello que más ha de temer. Todo lo contrario. Morir es para el filósofo la

¹⁵ VIAL (1995) pp. 18-19.

¹⁶ *Cfr.* RUSSELL (1994) pp. 190-193.

dicha más grande, pues, ahí es cuando se escucha, por vez primera, cantar a los cisnes de Apolo esa música más bella, la más alta: la filosofía.

¿Pero qué nos asegura que el filósofo efectivamente vaya a escuchar esta música? Es condición de posibilidad de tan bello espectáculo el que nuestras almas sean inmortales; no obstante, aun si el alma es inmortal, ¿podemos dar fe de que contamos con buenas razones para confiar en que nuestros oídos realmente vayan a ser capaces de captar las divinas notas de la filosofía?

EL LOGOS PURIFICADOR

Al morir el hombre decimos que éste algo perdido. De hecho, utilizamos *morir y perder la vida* como expresiones intercambiables *salva veritate*; el derecho a sustituir una por otra nos lo asegura la experiencia: cuando alguien muere, lo que queda de él no es más que un mero cuerpo inmóvil e inanimado; notamos, pues, que algo le falta: la vida, el alma. “¿Acaso es otra cosa [la muerte] que la separación del alma del cuerpo? ¿Y el estar muerto es esto: que el cuerpo esté solo en sí mismo, separado del alma, y el alma se quede sola, separada del cuerpo? ¿Acaso la muerte no es otra cosa sino esto?” (64c).

Vista así la muerte, ella se convierte en liberación, en una instancia última de purificación del alma. Entonces, sostiene Platón, ésta se queda sola consigo misma, se recoge, se concentra y se vuelve sobre sí. Para elucidar en qué consiste este estar-sola-consigo-misma del alma tenemos que remitirnos a su competencia, a aquello para lo cual el alma está natural y específicamente capacitada: “[S]iempre que estén en un mismo organismo alma y cuerpo, al uno le prescribe la naturaleza que sea esclavo y esté sometido, y a la otra mandar y ser dueña. Y según esto, de nuevo, ¿cuál de ellos te parece que es semejante a lo divino y cuál a lo mortal? ¿O no te parece que lo divino es lo que está naturalmente capacitado para mandar y ejercer de guía, mientras que lo mortal lo está para ser guiado y hacer de siervo?” (80a).

Quien, además de PLATÓN, habría observado algo semejante fue Anaxágoras, pues, “es la mente lo que lo ordena todo y es la causa de todo”, se dice que sostuvo éste (97c). Si bien *psýche* y *noûs*, alma y mente (o intelecto), han tendido a lo largo de la historia de las ciencias y de la filosofía¹⁷ a ser identificados o, al menos, confundidos, podemos sostener sin incurrir en grandes equívocos que hay entre el uno y la otra una íntima relación, la cual

¹⁷ En mucho de lo que se publica sobre ciencias cognitivas y filosofía de la mente se suelen utilizar ambas expresiones indistintamente, despreciando los importantes matices que las diferencian.

se aprecia con mayor claridad en el recogerse del alma al encontrarse sola en sí misma. Libre del cuerpo, purificada de éste, dice Sócrates, que “[el alma] se orienta hacia lo puro, lo siempre existente e inmortal, que se mantiene idéntico, y, como si fuera de su misma especie¹⁸ se reúne con ello, en tanto que se halla consigo misma y que le es posible, y se ve libre del extravío en relación con las cosas que se mantienen idénticas y con el mismo aspecto, mientras que está en contacto con éstas. ¿A esta experiencia es a lo que se llama meditación [*phronesis*]?” (79d).

Ahora bien, si leemos el fragmento anterior iluminado por las siguientes líneas: “¿No es, pues al reflexionar [*en tòi logízesthai*], más que en ningún otro momento, cuando se le hace evidente [*al alma*] algo de lo real [*ti tôn óntōn*]?” (65c)¹⁹, resulta evidente que justo cuando opera la mente (*noûs*), la causa del orden, es que el alma “reflexiona”, se “concentra” y se “halla consigo misma”; de este modo, podemos decir que lo que le compete al alma es aquello que la mente realiza y lleva a cabo. Así, las actividades de re-flexión y meditación del alma deben ser entendidas, a la vez, como (i) un volver sobre sí misma, (ii) un dirigirse hacia lo existente [*ti tôn óntōn*] y (iii) un movimiento inteligente (o del intelecto) que remite al *logos*.

¿Cómo hemos de resolver la relación entre (i), (ii) y (iii)? Bien, puesto que Platón identifica lo real con lo que es en sí mismo, *i.e.*, las ideas, y no con las cosas materiales que de ellas participan, el alma tiene que ser *a fortiori* de naturaleza no-material (*cfr.* 80b, 100b, 102b). Tenemos así que es posible que el alma y lo real logren reunirse, esto en virtud de que lo uno y lo otro comparten una misma naturaleza (de índole espiritual, podríamos decir). La purificación del alma, el liberarse del cuerpo, ha de leerse, entonces, como una preparación, un cuidado que el filósofo deberá procurar para que aquella pueda efectivamente encontrarse con lo real, con eso que es de su misma

¹⁸ Vid. n. 4.

¹⁹ La traducción del pasaje aquí citado (como también la del resto de las citas que se encuentran dentro del cuerpo principal de este texto) le pertenece a GARCÍA BUAL. EGGERS LAN, por su parte, traduce, no menos elegantemente: “¿Y no es en el manejarse con la razón [*en tòi logízesthai*] que se torna patente algo de las cosas reales [*ti tôn ónt" n*], si es que de algún modo puede decirse <que esto ocurre>?”, mientras que TREDENICK propone una versión inglesa del texto griego que, a nuestro parecer, sugiere una inequívoca interpretación de lo que GARCÍA y EGGERS traducen, respectivamente, como ‘algo de las cosas reales’ y ‘algo de lo real’: “Is it not in the course of reflection [*en tòi logízesthai*], if at all, that the soul gets a clear view of the facts [*ti tôn ónt" n*]?” (PLATÓN, 1980). ¿Acaso podemos equiparar los hechos con las cosas reales, *i.e.*, con aquello que es en sí, vale decir, las ideas [*eidón*]? Si bien esto da para prolongadas discusiones, nosotros creemos que no.

especie (*cfr.* 79d). En esto consiste, en parte, el cuidado por la muerte. Pero sólo parte, porque, además, dado que esta purificación del alma redundante, en último término, en quedarse ella sola consigo misma, hay que explicar cómo es que al volcarse el alma sobre sí se conecta con lo real. El gozne que media entre alma y realidad lo encontramos en el *logos*, en la operación inteligente de la mente por medio de la cual el alma alcanza a aprehender las ideas.

CONCLUSIÓN

Dijimos en un comienzo que la pregunta por la inmortalidad es una de carácter urgente, vale decir, una que no puede ser aplazada y que demanda una clara respuesta por parte del filósofo. Es éste quien, por excelencia, debe hacerse cargo de esta cuestión, ya que nadie más que él debiese preocuparse tan esmeradamente por cuidar del alma. La razón del especial cuidado del alma que debe procurar el filósofo se funda en que, precisamente, es a través del alma que éste alcanza a escuchar aquella música más alta y divina que es la filosofía. Cuidar del alma es, para el filósofo, llevar a cabo un ejercicio terapéutico de purificación, gracias al cual hace realidad –en el sentido más propio de la expresión– su deseo por la verdad. Este ejercicio terapéutico, a su vez, se constituye como una exigencia tras haber descubierto que la facultad específica del alma se funda en la mente, principio ordenador del *logos* que posibilita el acceso a aquello de su misma naturaleza, las ideas.

Por lo tanto, en virtud de la especial relación que hay entre el *logos*, el alma y lo que es en sí mismo, Sócrates está en lo cierto al afirmar que es lógico sostener una actitud ante la muerte como la que él propone. Pues, ningún filósofo que haya tomado en serio esta profesión, habrá de temer cuando, por fin, se vea libre de las cadenas de la carne. Habiendo consagrado esta breve parcela del tiempo que nos empeñamos en llamar vida a cumplir como corresponde con la vocación más divina, diría Sócrates, habríamos de estar dichosos cuando el sol se ponga por última vez. Porque, entonces, de veras comprenderá el filósofo que la inmortalidad del alma efectivamente significa no sólo vencer a la muerte, sino, sobre todo, dejar que la vida se manifieste en su máximo esplendor.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

PLATÓN (1976): *El Fedón de Platón* (Traducc. de C. Eggers Lan, Buenos Aires, Editorial Universitaria).

_____ (1980): *The collected dialogues of Plato* (Traducc. de H. Tredennick, Princeton, Princeton University Press).

_____ (2004): *Diálogos III* (Traducc. de C.García Bual, Madrid, Gredos).

RUSSELL, Bertrand (1994): "The Theologian's Nightmare", *Fact and fiction* (New York, Routledge).

VIAL, Juan de Dios (1995): "Cuerpo y alma en el pensamiento de Platón. ¿Qué es inteligencia?", *Seminarios de Filosofía* (nº 8, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile).

LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA REALIDAD: LA POSICIÓN DE PETER L. BERGER Y THOMAS LUCKMANN

RAÚL YÁÑEZ HENRÍQUEZ*

RESUMEN: El autor expone el pensamiento de los autores Peter L. BERGER y Thomas LUCKMANN, en base a la obra *La construcción social de la realidad*. Para estos autores, la realidad se establece como consecuencia de un proceso dialéctico entre relaciones sociales, hábitos tipificados y estructuras sociales, mirado desde un punto de vista social. El sentido y carácter de esta realidad es comprendido y explicado por medio del conocimiento. El autor señala y critica las definiciones de las tesis principales de la obra de los sociólogos en comento, y estructura el trabajo en dos partes, en la primera, trata de la sociedad como realidad objetiva, y en la segunda, a la sociedad como realidad subjetiva.

ABSTRACT: The author exposes the thought of the authors Peter L. BERGER and Thomas LUCKMANN, on the basis of the work *La construcción social de la realidad*. For these authors, the reality is established as consequence of a dialectical process between social relations, typified habits and social structures, looked from a social point of view. The sense and character of this reality is understood and explained by means of the knowledge. The author indicates and criticizes the definitions of the principal theses of the work of the sociologists in comment, and structures the work in two parts, in the first

* Profesor de la Facultad de Ciencias Humanas y Educación de la Universidad Bernardo O'Higgins, Profesor de Filosofía, Magíster Artium en Filosofía de las Ciencias y Doctor © por la Universidad Complutense de Madrid en Ética de las Comunicaciones. Correo electrónico: ryanezmeister@gmail.com.

one, treats about the society as objective reality, and in the second one, about the society as subjective reality.

PALABRAS CLAVES: Peter Berger – Thomas Luckmann – realismo – sociología

KEY WORDS: Peter Berger – Thomas Luckmann – realism – sociology

Desde sus comienzos la filosofía ha sido un intento por descubrir la verdad, la realidad –el ser- de las cosas y del mundo. Las preguntas esenciales de la ontología fueron referidas al ser en sí (*existencia*) y al ser en otro (*consistencia*). La primera pregunta corresponde a “¿quién existe?”. Esta pregunta supone una distinción entre el ser auténtico y el ser falso, entre el ser que es y el ser que no es. Contestar a la pregunta “¿quién existe?” equivale a responder quién es el ser en sí, cuál es el ser que no es reductible a otro. Se llama *metafísica* a la disciplina de la filosofía que se encarga de responder a esta pregunta.

La respuesta a la pregunta por la consistencia da origen a una teoría general de los objetos. Manuel García Morente¹ nos indica la existencia de cuatro regiones en que pueden dividirse los objetos: las cosas reales, los objetos ideales, los valores y los objetos metafísicos.

Los filósofos griegos antiguos fueron los primeros que se preguntaron por el ser. Ante la pregunta “¿quién existe?” su respuesta fue: “las cosas”. Sin embargo, hicieron un esfuerzo por distinguir la existencia real de la aparente. Buscaron, los griegos, el “principio” (*arjé*) de todas las cosas. Las respuestas fueron múltiples. Para algunos el *principio* era el agua, otros opinaron que el aire, otro que eran los cuatro elementos, otro opinó que no era algo determinado (*el ápeiron*), para otro era el número, etc.

En su búsqueda de respuestas, descubrieron el *pensamiento racional*. Y su primer esfuerzo racional fue el de distinguir entre las cosas que existen en sí y las que existen en otra cosa distinta de ella.

Las primeras respuestas tuvieron que ver con la naturaleza física de las cosas y del mundo. Con los primeros filósofos se muestra cómo el ser humano, en base al ejercicio de su propia inteligencia y raciocinio, intenta dar respuestas a las inquietudes que nacen del propio ejercicio de esa racionalidad naciente frente al mundo. Deben pasar muchos años antes que el hom-

¹ GARCÍA MORENTE (1971) pp. 49-64.

bre centre su atención en sí mismo. Parece ser que la actitud “natural” del hombre está en centrar primeramente su atención a lo “externo”.

Con SÓCRATES y los sofistas la atención de los estudiosos y teóricos de la época se centran en el estudio del ser humano y sus capacidades. El hombre comienza a pensar en sí mismo de manera metódica, utilizando como único instrumento de estudio la *razón*.

SÓCRATES defiende una posición universalista y objetivista de los valores y el conocimiento. Los sofistas defienden una posición subjetivista y relativista. Así, la filosofía va tomando un aspecto dialéctico para su desarrollo y progreso histórico.

También, comienzan a aparecer las distintas ramas y disciplinas de la filosofía, en la medida que cada filósofo centra su percepción sobre algún problema específico. Nacen así disciplinas tales como la *cosmología* (estudio del orden del universo), la *ontología* (estudio del ser y de lo real), la *teodicea* (estudio filosófico de Dios), la *antropología* (estudio filosófico del ser humano), la *lógica* (estudio del razonamiento correcto), la *ética* (estudio de la acción humana), etc.

Sin embargo, no es hasta el período moderno de la filosofía.-siglo XVII- donde el ser humano dedicado a los problemas teóricos centra plenamente su atención en las estructuras del conocimiento humano. El conocimiento es una de las principales preocupaciones de los filósofos de la época moderna. Se produce una escisión entre mundo natural y conocimiento humano.

Los filósofos antiguos, que aún no habían vivido la separación entre mundo natural externo y estructuras del conocimiento, hablaban del mundo sin problematizar mayormente la relación entre espíritu y mundo. Todavía no se realizaba la dicotomía ser-pensar.

Es en el período moderno donde algunos filósofos separan totalmente entre pensamiento y realidad. DESCARTES (1596-1650), por ejemplo, divide lo existente entre entes pensantes y entes extensos. Define al ser humano como “cosa pensante”. Afirma DESCARTES: “yo no soy, pues, hablando con precisión, más que una cosa que piensa” (Meditaciones Metafísicas, Segunda Meditación).

Queda así expresamente establecida la diferencia entre un ser pensante –el *sujeto*– que es el que conoce, y un *objeto* –lo conocido–. Es a partir de esa dicotomía que se originan una serie de problemas.

Algunos ejemplos de los problemas teóricos que se plantean ante la distinción entre sujeto y objeto como entes separados, son: ¿qué del objeto pasa al sujeto, para poder decir que es conocido?; ¿si son dos entidades totalmente distintas, cómo logran establecer cierta relación?; ¿conocemos al objeto en sí mismo o sólo una imagen de él?; ¿qué es lo real?; ¿qué conocemos de los objetos, en definitiva?; ¿son el sujeto y el objeto distinciones reales o sólo lingüísticas?; etc.

Así como son diversos los problemas, variadas son las respuestas. Por lo que se hace necesario sistematizarlos, para así poder clarificarlas.

Dos autores que representan claramente una posición contraria al realismo anteriormente expuesto² –el cual afirma que la realidad es dada y la podemos conocer– son Peter L. BERGER y Thomas LUCKMANN. Tomaremos como punto de referencia para analizar su visión acerca de la realidad su obra *La construcción social de la realidad*. Para estos autores, la realidad se establece como consecuencia de un proceso dialéctico entre relaciones sociales, hábitos tipificados y estructuras sociales, mirado desde un punto de vista social. Desde el ámbito individual: interpretaciones simbólicas, internalización de roles y formación de identidades. El sentido y carácter de esta realidad es comprendido y explicado por medio del conocimiento.

Sus tesis principales son que la realidad se construye socialmente y que la sociología del conocimiento³ debe ocuparse de analizar los mecanismos por los cuales se lleva a cabo la construcción social de la realidad. Reconocen como claves los términos “realidad” y “conocimiento”. Definen la *realidad* como “una cualidad propia de los fenómenos que reconocemos como independientes de nuestra propia volición (no podemos “hacerlos desaparecer”)”

² YÁÑEZ HENRÍQUEZ, Raúl (2006): “La objetividad y el conocimiento de la realidad”, *Ars Boni et Aequi* (vol. 6): pp. 243-253.

³ La sociología del conocimiento es un método de interpretación extrínseca de las ideas, en que éstas se examinan en el contexto social en que se originan o difunden, enfatizando sus elementos extrateóricos. Es decir, la sociología del conocimiento se centra en el análisis entre las ideas y su marco social, partiendo de situaciones históricas específicas, para luego establecer generalizaciones.

Se consideran como precursores de la sociología del conocimiento a Carlos MARX, Emilio DURKHEIM y Max WEBER. Como fundadores de tal disciplina se consideran a Max SCHELLER, Karl MANNHEIM y Georges GURVITCH. Peter BERGER, Thomas LUCKMANN, Werner STARK y Robert K. MERTON son considerados dentro de los sistematizadores de la sociología del conocimiento.

y al conocimiento como “*la certidumbre de que los fenómenos son reales y de que poseen características específicas.*”⁴

Las dos definiciones son deficientes por ser demasiado simples y no resisten un análisis filosófico profundo. También podemos encontrar una contradicción entre la definición que dan los autores acerca de la realidad (fenómenos independientes de nuestra volición) y su afirmación posterior de que la realidad es creada por el hombre. Parecen comprender la realidad, más que como una cualidad de los fenómenos, como una atribución que hace el ser humano a los fenómenos, aunque esa cualidad pueda llegar a ser independiente de la volición humana. Son los seres humanos quienes *definen* una situación como real y pueden redefinirla de una u otra manera, posteriormente. Por lo que podemos entender, sólo posteriormente, la situación definida como real se hace independiente de la voluntad humana y se reifica, tornándose válida la definición de los autores.

La definición dada por los autores acerca del conocimiento también es deficiente, en cuanto a que a veces refiere al sentido común y otras, a otras formas más elaboradas de conocimiento (filosófico, científico, etc.). Aunque normalmente se están refiriendo al conocimiento del sentido común.

LA SOCIEDAD COMO REALIDAD OBJETIVA

Según estos autores la sociología del conocimiento debe ocuparse de cómo el conocimiento interpreta y construye la realidad, especialmente la realidad de la vida cotidiana. Hacen éste análisis desde un enfoque filosófico, tomando como perspectiva la fenomenología. Señalan cinco elementos como fundamentales en la estructuración de la realidad: la conciencia, el mundo intersubjetivo, la temporalidad (carácter básico de la conciencia), la interacción social (que crea esquemas tipificadores) y el lenguaje.⁵

En su análisis de los fundamentos del conocimiento en la vida cotidiana, los autores, destacan como características de la conciencia: la intencionalidad, la temporalidad y la capacidad para moverse en diferentes esferas de la realidad. Que la conciencia sea *intencional* significa que siempre refiere a otra cosa que sí misma –“Toda conciencia es conciencia de algo”, no hay conciencia vacía, no hay conciencia de nada, ni tampoco de sí misma-. La *temporalidad* corresponde a la determinación de la conciencia por la estructura temporal de la vida cotidiana, el orden temporal. También tenemos

⁴ BERGER y LUCKMANN (1967) p. 13.

⁵ *Idem.*, pp. 13-35.

conciencia de que el mundo está compuesto por *realidades múltiples*; pasamos de una realidad a otra, lo que requiere un desplazamiento de la atención y diversos grados de tensión.⁶

Los autores consideran como característica fundamental de la vida cotidiana la de ser dada por supuesto. La realidad de la vida cotidiana se da por establecida, se impone como una realidad única. El *sentido común* corresponde a la evidencia de la realidad cotidiana y que es compartida con los demás de diversas maneras. Y es a través del lenguaje en que compartimos significados comunes y que contribuyen a percibir la vida cotidiana como no problemática⁷.

El lenguaje es el instrumento que nos permite compartir con los demás, puesto que sirve para construir mundos significativos y es el sistema de signos más importantes para construir símbolos, de tal manera que se convierte en un instrumento esencial para la aprehensión de la realidad del sentido común. El lenguaje, también, posibilita las objetivaciones, las legitimaciones y la internalización de la realidad. Por último, es de gran relevancia para la acumulación social del conocimiento y su distribución social⁸.

Para BERGER y LUCKMANN, entre individuo y sociedad se produce una relación dialéctica, es decir, se cumplen simultáneamente las siguientes afirmaciones: “*la sociedad está construida por los hombres*” y “*el hombre es un producto social*”. Esta dialéctica está compuesta por tres pasos: externalización, objetivación e internalización. Por *externalización* hay que entender que la sociedad es un producto de la actividad humana. Por *objetivación* hay que entender el que la sociedad es una realidad objetiva. Y por *internalización* el que el ser humano es un producto social.⁹

Dentro del proceso de construcción de la sociedad como realidad objetiva –en que la realidad tiende a independizarse de la conciencia humana que la produce–, sobresalen tres momentos básicos: *institucionalización*, *legitimación* y *socialización*. Por medio de los dos primeros procesos, la actividad humana se objetiviza, se hace ajena al hombre que la produce, y así la sociedad asume el carácter de realidad objetiva. Mediante el tercer proce-

⁶ *Idem.*, p. 45.

⁷ *Idem.*, pp. 47-52.

⁸ *Idem.*, pp. 52-65.

⁹ *Idem.*, pp. 66-90.

so (socialización) la realidad objetiva de la sociedad es internalizada por la conciencia¹⁰.

La *externalización* recalca la importancia de concebir la sociedad como un producto humano, negando el que la sociedad esté regida por leyes “naturales” y, al mismo tiempo, el concepto de “naturaleza humana”. El ser humano debe externalizarse continuamente en actividad y, al mismo tiempo, construye su propia naturaleza en su relación con los demás. El ser humano se construye a sí mismo en relación dialéctica con la sociedad y con la naturaleza.¹¹

Otra idea importante que fundamenta el concepto de *externalización* es la que se refiere a la constitución biológica del ser humano. Éste se caracteriza por su apertura al mundo y por la plasticidad de sus instintos. Los instintos humanos son inespecíficos y carentes de dirección. Para compensar estas características, el hombre debe producir un orden social que organice sus instintos y le de cierta estabilidad a su conducta. Todo esto último es llevado a cabo, siempre, socialmente¹².

Como se dijo más arriba, los procesos sociales por los que se verifica la objetivación del mundo social son la institucionalización y la legitimación.

El ser humano se forma en interacción con su ambiente cultural y social. El orden social no es considerado como algo externo al individuo, sino que aparece a través de una relación dialéctica con éste, como producto humano. La realidad institucionalizada tiene su origen en la tendencia a la habituación del ser humano, logrando así estabilidad e innovación, pues así evita dedicar su esfuerzo a tareas triviales y repetitivas¹³.

La *institucionalización* tiene su origen en la tendencia del ser humano a la habituación –repetición de la misma acción según pautas que se convierten en típicas–. Las acciones repetidas pierden su significado, al ser realizadas en forma rutinaria. Debido a los hábitos, que disminuyen las opciones posibles y disminuyen la tensión al no tener que elegir entre un número ilimitado de posibilidades, es que se logra orientar los instintos humanos. La habituación es el fundamento de la institucionalización. Esta institucionalización conlleva la tipificación recíproca de acciones entre los actores, hasta llegar a convertirse

¹⁰ *Idem.*, pp. 90-120.

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

¹³ *Idem.*, pp. 120- 163.

en una forma de control social. Posteriormente, este comportamiento institucionalizado se reifica, vale decir, se experimenta como una realidad objetiva, externa a la voluntad del individuo. Se aparecen al individuo que las creó como un hecho externo a él y coercitivo. Por ejemplo, en el caso de la transmisión de las instituciones de padres a hijos, el mundo social heredado aparece al niño como el único posible. El niño no distingue entre la objetividad del mundo natural y la de los fenómenos sociales¹⁴.

Los papeles sociales permiten a los individuos internalizar las instituciones sociales y el mundo social comienza a ser una realidad subjetiva. La misma idea anterior, la encontramos en palabras de los autores: *“El análisis de los ‘roles’ tiene particular importancia para la sociología del conocimiento porque revela las mediaciones entre los universos macroscópicos de significado, que están objetivados en una sociedad, y las maneras como estos universos cobran realidad subjetiva para los individuos”*¹⁵.

Un último problema que plantean los autores, provocado por la manera en que se objetiviza el orden institucional, es *“¿Hasta qué punto un orden institucional, o cualquier sector de él, se aprehende como facticidad no humana?”*¹⁶ Es decir, nos están planteando la cuestión de la reificación de la realidad social. Ellos, lo plantean así: *“La reificación es la aprehensión de fenómenos humanos como si fueran cosas, vale decir, en términos no humanos, o posiblemente supra-humanos. Se puede expresar de otra manera diciendo que la reificación es la aprehensión de los productos de la actividad humana como si fueran algo distinto de los productos humanos, como hechos de la naturaleza, como resultados de leyes cósmicas, o manifestaciones de la voluntad divina. La reificación implica que el hombre es capaz de olvidar que él mismo ha creado el mundo humano, y, además, que la dialéctica entre el hombre, productor, y sus productos pasa inadvertida para la conciencia”*¹⁷

Mediante la reificación el ser humano pierde la conciencia de que él es el autor del mundo social, independizándose éste último hasta el extremo en que lo percibe con el mismo grado de necesidad que el mundo de la naturaleza. Incluso la identidad personal puede llegar a reificarse, identificándose completamente el individuo con las tipificaciones que le han sido atribuidas socialmente.¹⁸

¹⁴ *Ídem.*, pp. 164- 174.

¹⁵ *Ídem.*, p. 103.

¹⁶ *Ídem.*, p.116.

¹⁷ *Ídem.*, pp. 116-117.

¹⁸ *Ídem.*, p. 174 y ss.

La transmisión de las instituciones a la generación siguiente más el problema de la integración de la sociedad, plantean el desafío de explicar y justificar el orden establecido. A éste proceso se le llama *legitimación*. Para los autores, la legitimación corresponde a: “La mejor manera de describir la legitimación como proceso es decir que constituye una objetivación de significado de “segundo orden”. La legitimación produce nuevos significados que sirven para integrar los ya atribuidos a procesos institucionales dispares. La función de la legitimación consiste en lograr que las objetivaciones de “primer orden” ya institucionalizadas lleguen a ser objetivamente disponibles y subjetivamente plausibles”¹⁹

Los autores definen la legitimación como una objetivación de significado de “segundo orden”, en cuanto que surge cuando las objetivaciones de significado se presentan como dudosas o requieren ser transmitidas a las nuevas generaciones. La legitimación entrega la *integración* que requiere el orden institucional y la *plausibilidad subjetiva* que otorga sentido a la vida del individuo, siendo, por lo mismo, un mecanismo fundamental para el mantenimiento del orden social²⁰.

Las *legitimaciones* comprenden elementos cognoscitivos y normativos, pues producen conocimiento y valores fundamentales para salvaguardar el orden social. También podemos encontrar varios niveles de legitimación. Se pueden distinguir:

Un primer nivel que es *preteórico*: se encuentra en la composición del vocabulario, por las cuales las instituciones se autolegitiman, sin necesidad de dar mayores explicaciones. Por ejemplo: cuando se afirma que “así se hacen las cosas”, simplemente porque sí.

Un segundo nivel que contiene proposiciones teóricas en forma embrionaria. Por ejemplo: moralejas, refranes, cuentos populares, etc.

Un tercer nivel corresponde a *teorías explícitas*, por medio de las cuales se explican y justifican una parte de las instituciones de la sociedad.

Un cuarto nivel corresponde a los *universos simbólicos*, y son definidos por los autores, así: “Los universos simbólicos constituyen el cuarto nivel de

¹⁹ *Idem*, pp. 120-121.

²⁰ *Idem.*, pp. 120 y ss.

legitimación. Son cuerpos de tradición teórica que integran zonas de significado diferentes y abarcan el orden institucional en una totalidad simbólica."²¹

La definición está compuesta por los siguientes elementos: los universos simbólicos son *cuerpos de tradición* teórica con mayor complejidad que los del tercer nivel de legitimación; integran zonas de significados diferentes para dar coherencia a todo el cuerpo social; abarcan todo el orden institucional de una sociedad (son universos); hacen referencia a realidades distintas de la experiencia cotidiana (son simbólicos).

Características de los *universos simbólicos*, son: (a) Forman el molde de todos los significados socialmente objetivados y subjetivamente reales (dan sentido a la historia y a la biografía de los individuos). (b) Son históricos (se producen socialmente en un momento de la historia). (c) Explican y justifican –legitiman– la biografía individual y el orden institucional, debido a su carácter nómico (dan sentido a la experiencia del individuo e integran el orden establecido en un orden significativo).²²

Los *universos simbólicos*, en cuanto al individuo, le ayudan a ordenar su percepción subjetiva de la experiencia biográfica, integrando las realidades marginales y las situaciones límites. Por ejemplo, legitiman la muerte, resguardándolo del terror y permitiéndole encarar su propia muerte sin caer en un terror excesivo²³.

En cuanto a la sociedad, los *universos simbólicos*, protegen y resguardan el orden institucional, ordenan la historia y ponen los acontecimientos sociales en una unidad coherente, integrando todos los sectores del orden institucional. *"La legitimación del orden institucional también se ve ante la necesidad continua de poner una valla al caos. Toda la realidad social es precaria; todas las sociedades son construcciones que enfrentan el caos"*²⁴.

Toda sociedad humana está amenazada por fuerzas anómicas, por la disgregación, por la muerte y el caos. Los universos simbólicos corresponden al intento de integrar y dar sentido a tales fuerzas.

Los universos simbólicos corresponden a mecanismos teóricos que sirven para sustentar las instituciones que han perdido su carácter de autoevidencia

²¹ *Idem.*, p. 124.

²² *Idem.*, p. 127.

²³ *Idem.*, pp. 135 y ss.

²⁴ *Idem.*, p. 134.

y se han vuelto problemáticas. Aunque los universos simbólicos también pueden volverse problemáticos y perder coherencia interna, haciéndose cuestionables para los individuos²⁵.

Históricamente han sido la mitología, la teología, la filosofía y la ciencia, los mecanismos conceptuales mantenedores de los universos simbólicos. Sin embargo, existen otros mecanismos, además de los conceptuales, para el mantenimiento de los individuos dentro de los universos simbólicos: los mecanismos sociales y los del poder²⁶.

Dentro de los *mecanismos sociales* están la división del trabajo y la autonomía del trabajo teórico (aparecen los *expertos* en legitimaciones, que ejercen un gran poder sobre la definición de la realidad). Pero es *el poder* el mecanismo más importante para el mantenimiento de los universos simbólicos. El poder social puede producir la realidad y coaccionar para mantener su monopolio sobre lo real, mediante diversos mecanismos de control social. La fuerza es el mecanismo que se ocupa, cuando los otros han fallado para instaurar un orden social determinado. A pesar de la importancia atribuida a este tema, los autores no desarrollan una teoría expresa sobre las relaciones entre poder y conocimiento.

LA SOCIEDAD COMO REALIDAD SUBJETIVA

El último capítulo de *La construcción social de la realidad* está centrado en la *internalización*, el tercer momento de la dialéctica entre individuo y sociedad. Comienza por el modo en que esta realidad reificada es asumida por los individuos, lo que nos lleva inevitablemente al terreno de la socialización. Mediante la internalización el mundo social es asumido e interiorizado por el individuo, de tal manera que llega a determinar las estructuras de su propia conciencia.

La internalización de la realidad construida socialmente se lleva a cabo por los procesos de socialización. Los autores distinguen dos procesos de socialización, los cuales denominan *primario* y *secundario*. El *primario*, que tiene lugar durante los primeros años de vida, sirve de base para la comprensión del mundo como un todo consistente e invariable, así como para la comprensión de la vida como un sistema donde el individuo existe en relación con los otros, y donde el “yo” cobra sentido como “yo social”. Además,

²⁵ *Idem.*, pp. 138 y ss.

²⁶ *Idem.*, pp. 148-163.

en esta etapa, el niño internaliza el mundo de sus otros significantes como el único mundo posible.

BERGER y LUCKMANN definen la socialización secundaria como “*es cualquier proceso posterior que induce al individuo ya socializado a nuevos sectores del mundo objetivo de su sociedad.*”²⁷ Durante la socialización secundaria, el individuo internaliza submundos diferentes, tiene acceso al conocimiento de una realidad compleja y segmentada. No accede a todo el conocimiento, sino a una parte de él en función de su papel y posición social. También el conocimiento se segmenta. Esto debido a que los medios de acceso al conocimiento se institucionalizan. Los roles específicos dependen de la división social del trabajo.

La socialización nunca es total: el mundo de cualquier individuo nunca corresponde exactamente con el mundo objetivo de la realidad. Por lo que se hace necesario un *proceso de mantenimiento* de la realidad internalizada. Este proceso es llevado a cabo gracias, principalmente, a la confirmación que hace el individuo de su propia realidad por medio de la comparación con la realidad de otros individuos, cuando ésta es compartida y común. Esto se hace a través del diálogo y la conversación. Pero también es necesaria una base social –*estructura de plausibilidad*- en que se sustenta el mundo objetivo social. Esta estructura se hace necesaria para la continuidad del mundo social objetivo, pues no puede sustentarse sólo en conceptos, sin referencia a los acontecimientos y estructuras de la sociedad²⁸.

Sin embargo, un cambio profundo de la realidad subjetiva puede tener lugar si se produce una reinterpretación radical de los hechos, lo que los autores llaman *alternación*. Estas requieren un proceso de resocialización en la nueva realidad. Ejemplos de alternaciones pueden ser las conversiones religiosas o la sicoterapia profunda²⁹.

La identidad del individuo se perfila dentro de una realidad objetiva, aunque es percibida dentro de una realidad subjetiva como algo externo, es en realidad un producto humano y surge de la relación dialéctica entre individuo y sociedad³⁰.

²⁷ *Idem.*, p. 166.

²⁸ *Ídem.*, pp. 164-174.

²⁹ *Ídem.*, p. 196.

³⁰ *Ídem.*, p. 204 y ss.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas (1967): *La construcción social de la realidad* (Buenos Aires, Amorrortu).

GARCÍA MORENTE, Manuel (1971): *Lecciones preliminares de Filosofía* (14ª edición, Buenos Aires, Editorial Losada).

COMENTARIOS DE
JURISPRUDENCIA

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR ROBOS EN ESTACIONAMIENTOS DE LOCALES COMERCIALES*

ERIKA M. ISLER SOTO**

RESUMEN: La autora realiza un análisis crítico del fallo emitido por la Corte Suprema el año 2008, en relación a la responsabilidad del proveedor en caso de robos en estacionamientos de locales comerciales, pues sostiene que exigir la existencia de un contrato de consumo para hacer aplicable el artículo 23 de la Ley de Protección al Consumidor, implicaría exigir un requisito que el legislador no exige. A su juicio la protección al consumidor procede si existe una relación de consumo, la que puede tener origen tanto en una obligación contractual como legal. Además, considera, que el otorgamiento de estacionamiento gratuito por parte de un proveedor, constituye un servicio dependiente de un contrato principal de consumo, en caso de que exista celebración de un contrato de tal naturaleza entre las partes.

ABSTRACT: The authoress realizes a critical analysis about a Supreme Court sentence dated 2008, in relation to the responsibility

* *Sernac con Cencosud Supercor S.A.*, Recurso de queja N° 5145-2008, sentencia de fecha 21 octubre 08. Disponible en registro público de sentencias del Servicio Nacional del Consumidor, <http://www.sernac.cl/vinculos/r_sentencias.php>.

** Abogado. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile. Magíster en Derecho ©, mención Derecho Privado, Universidad de Chile. Diploma en Políticas Públicas y Equidad de Género, Sernam. <erikaisler@yahoo.es>.

of the supplier in case of thefts in their parking lots, since she holds that to demand the existence of a contract to make the article 23 of the Consumer Protection Law applicable would imply demanding a requirement that the legislator does not demand. She thinks that the protection to the consumer proceeds not only if a relation of consumption exists, but also it can stem from a legal obligation. In addition, she considers, that the grant of free parking on the part of a supplier constitutes a service dependent on a principal contract, in case there exists one between the parts.

PALABRA CLAVES: responsabilidad del proveedor – robo en estacionamientos gratuitos del proveedor – protección al consumidor

KEY WORDS: supplier responsibility – theft in supplier’s free parking-lots – consumer protection

I. TEXTO DE LA SENTENCIA

“Vistos y teniendo presente:

- 1°).- Que en estos antecedentes ha interpuesto recurso de queja, el representante de la empresa Cencosud Supermercados S.A., contra los ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, Sres. Juan Manuel Muñoz Pardo y Manuel Antonio Valderrama Rebolledo, además del abogado integrante don Ángel Cruchaga Gandarillas, por la sentencia de veintiséis de agosto del año en curso, en cuyo mérito decidieron revocar el fallo absolutorio de primera instancia y, en su lugar, condenaron a la denunciada Cencosud a enterar una multa de ocho unidades tributarias mensuales en su calidad de infractora del artículo 23 de la Ley N° 19.496, en concordancia con el artículo 3°, letra d), de ese mismo texto. Además, se la condenó a satisfacer una demanda civil por doscientos noventa y nueve mil novecientos pesos (\$299.900).
- 2°).- Que el hecho del que conoció el Segundo Juzgado de Policía Local de Las Condes y que constituyó en definitiva la vulneración, corresponde al negligente servicio prestado a un consumidor que concurrió al establecimiento Jumbo de la denunciada, ubicado en calle Francisco Bilbao, a realizar algunas compras en su bicicleta, la que dejó estacionada en el lugar habilitado para ello por el supermercado. Sin embargo, cuando se retiró advirtió que aquélla no estaba.
- 3°).- Que en el dictamen del juez de Policía Local, se desestimó la denuncia y querrela contravencional, porque el lugar habilitado para el

estacionamiento de bicicletas, sería de libre acceso al público, sin que exista algún tipo de control en cuanto a la custodia de las mismas durante su estadía, en este estado de cosas, es posible concluir que cualquier persona, aún cuando no tenga la intención de concurrir al supermercado demandado, puede acceder a la estructura mencionada, sin que exista manera alguna de controlarlo (basamento cuarto). Más adelante agrega, en el motivo quinto, corresponde a quien decida utilizarlo, adoptar las medidas de seguridad que estime pertinentes, ya sea usar una o más cadenas con candado, traba ruedas u otras dadas las características de la estructura proporcionada para el aparcamiento de bicicletas, no compete al supermercado su seguridad, sino a quien opta por utilizarla, ya que el establecimiento no proporciona candados ni mantiene registro de las bicicletas ahí aparcadas, no pudiendo establecerse una efectiva relación entre los usuarios de la mencionada estructura de aparcamiento de bicicletas y el supermercado denunciado.

4°).- Que, por el contrario, al decidirse la condena en el edicto que ahora se impugna, los jueces de alzada decidieron que se encontraba demostrada la existencia de guardias en el lugar, para resguardar la seguridad de los clientes y de sus bienes (fundamento 1°), para en seguida expresar que para establecer legalmente dichos hechos había que tener en consideración la calidad de proveedora de la denunciada en los términos del artículo 1°, N° 2°, de la Ley N° 19.496, quebrantadora de lo ordenado en el artículo 3°, letra d), en consonancia con el artículo 23, de la misma ley, por cuanto ha prestado una deficiente prestación del servicio de estacionamiento y custodia de vehículos a los cuales estaba obligado, causando con ello un menoscabo al consumidor, que debe ser reparado (razonamiento 2°).

5°).- Que, sin embargo, como resulta posible apreciar de ese veredicto, tal como ha sido reclamado también por la recurrente, la última frase del raciocinio 1° que tiene por acreditada la existencia de los guardias para la seguridad de los clientes y sus bienes, no es más que una afirmación desprovista de todo asidero, ya que no se han expresado los elementos de prueba o las razones simplemente lógicas o de experiencia, que permitirían tener por demostrado tal aserto. Luego, cuando se ha pretendido basar legalmente el hecho descrito en la reflexión primera de esa decisión, se han señalado tres disposiciones legales, pero sin que el referido hecho aparezca efectivamente tipificado en ellas. En efecto, el artículo 1°, N° 2°, de la Ley N° 19.496 describe al proveedor, como las personas jurídicas o naturales, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores,

por las que se cobre precio o tarifa. Entonces, es efectivo que el supermercado Jumbo, de propiedad de la denunciada Cencosud S.A., está dedicado a la comercialización de bienes por los que cobra precio o tarifa, pero entre ellos no se contempla el arrendamiento de estacionamientos, sean para vehículos motorizados o bicicletas, porque si bien dispone de estacionamiento en sus dependencias, no cobra por aquél, precio o tarifa alguna, o cuanto menos, así no se ha comprobado. La simple existencia del espacio para estacionamiento de vehículos o de la estructura metálica necesaria para el aparcamiento de bicicletas, no impone que contractualmente, la empresa haya asumido la custodia de los bienes que en ellos se dejan y en esta parte resulta necesario precisar que para la construcción de un establecimiento comercial, como el que nos ocupa, las autoridades públicas encargadas de su fiscalización, exigen se disponga de un determinado espacio para los vehículos que necesariamente concurrirán a adquirir los productos del oferente, por cuanto en caso contrario, ello provocaría el colapso de las calles o arterias adyacentes. En este escenario, el simple otorgamiento de una estructura metálica para que cada usuario que lo estime conveniente, pueda encadenar su bicicleta o dejarla con las seguridades que considere del caso, no constituye una obligación del denunciado ni le impone mayores cargas, puesto que no ha cobrado por su seguridad. Tanto es así, que si lo estima prudente, Cencosud S.A., podría sacar la estructura en cuestión, sin que nadie tenga derecho a formular protesta por ello.

6°).- Que, a su vez, el artículo 3°, letra d), de la Ley de Protección al Consumidor, establece como derechos y deberes básicos del consumidor, la seguridad en el consumo de bienes y servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles. La adecuada comprensión de esta disposición conduce a que sea interpretada en el contexto que se inscribe, esto es, donde ya existe una definición de los bienes y servicios que serán consumidos, y que como ya se adelantó, corresponde a aquéllos por los que se cobra un precio o tarifa; de modo que la seguridad, protección y evitación de riesgos, está referida en el caso concreto de esta norma, a los productos que pueden ser objeto del consumo.

7°).- Que, finalmente, el artículo 23 de la ley ya citada, sanciona al proveedor que en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio. Tal como ya ha sido precisado, el acto negligente se atribuye al proveedor en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, por el que se ha pagado precio

o tarifa, porque en caso contrario, no tiene la calidad de proveedor. En el evento concreto, la denunciada es proveedora de las especies adquiridas por el consumidor involucrado, en la especie, como se lee de fojas 11, ha sido proveedora de cierta cantidad de pan de marraqueta, de pan batido integral, de mortadela de pavo, de queso soprole y de una bebida kontiki.

8°).- Que en la forma que se ha señalado, efectivamente los jueces recurridos han incurrido en una falta o abuso de carácter grave, al dar por probado un hecho, sin justificación alguna y al otorgar a preceptos legales precisos, un alcance que jamás han tenido. Este defecto sólo puede ser corregido por medio de este arbitrio disciplinario.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, SE ACOGE el recurso de queja deducido en lo principal de fojas 4 a 15 por el abogado Juan Guillermo Flores Sandoval, en representación de Cencosud Supermercados S. A. y, en consecuencia, se deja sin efecto la sentencia de veintiséis de agosto de dos mil ocho, escrita a fojas 95 y 96 de los autos traídos a la vista y en su lugar, se confirma la sentencia de veintitrés de mayo de dos mil ocho, que se lee de fojas 68 a 71 de la causa N° 33.313, rol del Segundo Juzgado de Policía Local de Las Condes, tenida a la vista.

Acordada con el voto en contra del abogado integrante Sr. Herrera, quien estuvo por rechazar el recurso de queja interpuesto, teniendo para ello en consideración, que la existencia del estacionamiento en un supermercado, sea de vehículos motorizados o de bicicletas, constituye la prestación de un servicio de tal manera inherente a la comercialización de bienes que se ejecuta, que no es posible concebir un establecimiento comercial de ese tipo, sin su correspondiente espacio para el aparcamiento de los vehículos de los clientes que concurren a consumir los productos que ofrece el proveedor. Si bien es cierto, no se cobra tarifa por ellos, constituyen un servicio que genera costos de mantención para el establecimiento y que es en su esencia, un elemento necesario para la entrega del producto, en los términos que dispone el artículo 1825 del Código Civil. Por tal motivo y dado que significa un beneficio económico para la denunciada, al constituirse en un elemento gravitante en la decisión del consumidor de optar por uno u otro establecimiento de comercio, ha de asumir la responsabilidad del cuidado de los bienes que allí quedan estacionados, siempre que, por cierto, el usuario haya adoptado las mínimas diligencias de cuidado. No se remiten estos antecedentes al pleno de este tribunal, por estimar que no existe mérito suficiente para ello y por no haberse acogido el recurso por unanimidad.

Se previene que el Ministro Sr. Rodríguez fue de parecer de remitir los antecedentes al Pleno de este tribunal, por constituir aquella decisión, una facultad privativa del tribunal pleno.

Agréguese copia autorizada de esta resolución al expediente tenido a la vista y, hecho, devuélvase. Regístrese y archívese.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez. Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U. y los abogados integrantes Sres. Oscar Herrera V. y Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica."

II. COMENTARIO

1. *Ámbito de aplicación de la Ley n° 19.496*¹

Constituye un problema reiterativo del Derecho del Consumidor, la determinación de su ámbito de aplicación. En efecto, mientras algunas legislaciones han optado por establecer un sistema subjetivo, esto es, determinado por la concurrencia de un proveedor y un consumidor final², otros se han inclinado por uno de corte objetivo, basado en la concurrencia de un contrato de consumo.

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, nuestra Ley no señala el sistema adoptado ni mucho menos define o establece los presupuestos de una relación de consumo.

Según la sentencia que se comenta, sólo puede darse un vínculo de tal naturaleza, en la medida de que medie un contrato de consumo³, el que a su vez adquiere el carácter de tal, por la calidad de las partes contratantes, las que deben ser un proveedor y un consumidor final. Por tal razón, es que concluyen los sentenciadores, que la denunciada sólo tiene el carácter de proveedor respecto de los bienes y servicios por los cuales efectivamente

¹ Ley que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, publicada en el *Diario Oficial* el 7 marzo 1997. En adelante LPC, o simplemente la Ley.

² Esta tesis ha sido adoptada por nuestro Tribunal Constitucional. *Ley 19.496, rol n° 980* (2008), considerando 9°: "el (...) Derecho de Protección al Consumidor constituye una moderna rama del Derecho Privado, (...) cuyo objeto es regular las relaciones jurídicas de consumo, entendidas por tales las que se anudan entre proveedores profesionales de bienes o servicios y los consumidores finales de tales satisfactores".

³ Cfr. Considerando 7°.

cobra un precio o tarifa⁴, mas no en lo relativo al estacionamiento gratuito, no siendo entonces precedente respecto de este último, la responsabilidad establecida en el Art. 23 LPC⁵. De esta manera, bajo una apariencia de objetividad, la Corte Suprema, adopta un sistema subjetivo de aplicabilidad de la LPC.

A mi juicio, tal consideración es errónea, puesto que exigir la celebración de un contrato de consumo como presupuesto de una relación de tal naturaleza, constituye establecer un requisito que el mismo legislador ha desechado. En efecto la LPC establece supuestos regidos y sancionados por ella, que no presuponen la celebración de convención alguna⁶.

De acuerdo a lo anterior, es que es posible sostener que el Derecho del Consumidor regula la relación de consumo en un sentido amplio, entendida a ésta simplemente como *“el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”*⁷. A esto es lo que se refiere la LPC en su Art. 1 cuando señala que tal ley tiene por objeto *“normar las relaciones entre proveedores y consumidores”*.

De esta manera, el vínculo jurídico de consumo, puede ser originado tanto por un contrato de consumo, como por disposiciones legales. Así, tienen naturaleza de consumo, tanto las obligaciones contractuales que deriven de los actos mixtos, como las obligaciones de orden legal.

2. El contrato de consumo

Una vez aclarado el punto acerca de si es posible la existencia de una relación de consumo de naturaleza distinta a la convencional, corresponde señalar qué debemos entender por un contrato de consumo.

Tal como se adelantó, parece desprenderse de los considerandos 5, 6 y 7 de la sentencia comentada, que sólo existirá contrato de consumo, en la medida de que medie el pago de un precio o tarifa⁸. De esta manera la denunciada no tendría la calidad de proveedora –y por consiguiente, no se

⁴ Cfr. Considerando 5°.

⁵ Cfr. Considerando 7°.

⁶ Así, por ejemplo los Artículos 3, 12, 13, 15, 18, 28, 28A, 28B, 29, 30, 32, 33, 35 de la LPC. Esto ha sido recogido también por alguna jurisprudencia, tal como se desprende de Corte de Apelaciones de Concepción. *Madariaga con Sodimac* (2007).

⁷ Artículo 3° Ley n° 24.240 *Defensa del Consumidor*, Argentina.

⁸ Cfr. Considerando 7.

configuraría un contrato de consumo– respecto del estacionamiento de la bicicleta, puesto que se trata de una prestación gratuita y que no corresponde al giro comercial de la empresa⁹. De acuerdo a lo anterior, es que la Corte concluye que la denunciada es proveedora sólo en lo tocante a lo que el consumidor efectivamente compró¹⁰.

A mi juicio, siguiendo a Perret, el contrato de consumo es fundamentalmente “un contrato mixto, comercial para el negociante y civil para el consumidor”¹¹, de tal manera, que cumpliéndose tales características, se encontrará determinada la naturaleza jurídica de la convención.

A lo anterior, se debe agregar que junto al contrato de consumo principal –como puede ser una compraventa de productos–, podemos encontrar otros negocios jurídicos anexos y dependientes de aquél, que se contagian de tal carácter y dan origen también a una relación jurídica de similar naturaleza. Es lo que ocurre en el caso de un servicio de estacionamiento gratuito, pero sólo en la medida de que acceda a un contrato principal de naturaleza mixta, esto es, comercial para el proveedor y civil para el consumidor¹².

En efecto, y tal como lo ha señalado correctamente, el voto de minoría de la sentencia comentada, *“la existencia del estacionamiento en un supermercado, (...) constituye la prestación de un servicio de tal manera inherente a la comercialización de bienes que se ejecuta, que no es posible concebir un establecimiento comercial de ese tipo, sin su correspondiente espacio para el aparcamiento de los vehículos de los clientes que concurren a consumir los productos que ofrece el proveedor”*. Lo anterior se fundamentaría en la circunstancia de que si bien se trata de una prestación por la que no se cobra precio o tarifa, constituye *“un servicio que genera costos de mantención para el establecimiento y que es en su esencia, un elemento necesario para la entrega del producto, en los términos que dispone el artículo 1825 del Código Civil”*.

⁹ Cfr. Considerando 5.

¹⁰ En este sentido, y respecto de casos similares, la gratuidad de un estacionamiento, ha llevado a cierta jurisprudencia a estimar que los Juzgados de Policía Local resultan incompetentes para conocer del litigio, *vid. v.g. Castro con Mall Florida Center* (2005).

¹¹ PERRET (1999) p. 22.

¹² Se debe tener presente que lo señalado no excluye la responsabilidad del proveedor, en caso de vulnerarse el derecho a la seguridad, no mediando contrato principal de consumo, como por ejemplo si un usuario concurre a un local comercial, pero decide no comprar producto alguno, e igualmente le roban su bicicleta del estacionamiento. En este caso, efectivamente no existirá contrato dependiente, pero sí puede configurarse una vulneración a otras obligaciones de orden legal, contempladas en los artículos 3 d) y 23 de la LPC.

Producto de lo anterior, es que el derecho a la seguridad en el consumo, establecido en el Art. 3 letra d) LPC, se extiende también al servicio anexo de estacionamiento, y no se limita –como erróneamente lo considera la sentencia comentada–, a la compra efectiva del consumidor, de tal manera que su vulneración, puede dar origen además a una infracción al artículo 23 inciso 1° de la LPC¹³. De esta manera, la gratuidad de un servicio o prestación anexa no torna el contrato accesorio en doblemente civil, lo que se ve reforzado por la circunstancia de que la empresa proveedora no es una persona jurídica sin fines de lucro, sino por el contrario, busca su beneficio económico.

3. Respetto de la responsabilidad de la denunciada

El artículo 3 letra d) LPC establece el derecho básico del consumidor a “la seguridad en el consumo de bienes o servicios”, pudiendo constituir su vulneración, también una trasgresión al artículo 23 inciso 1° de la LPC.

En este punto, la sentencia –en sintonía con el resto de sus consideraciones– estima que la denunciada no incurre en responsabilidad alguna, puesto que no ha cobrado por el uso de las estructuras destinadas a la guarda de las bicicletas, postulado que se reforzaría por la naturaleza voluntaria de tal prestación¹⁴.

Al respecto cabe señalar que el carácter discrecional de un servicio, no exime a la empresa de cumplir con la normativa legal vigente, de tal manera que resulta insostenible estimar que la voluntariedad de una prestación, autorizaría su otorgamiento de manera deficiente o lesiva de los derechos de los consumidores y usuarios. Así, una vez que un consumidor acepta un servicio ofrecido por un proveedor profesional, éste último debe cumplir con todas y cada una de las normas que rijan tal relación contractual. A modo de ejemplo, un local comercial no podría brindar degustaciones gratuitas y voluntarias, de productos en mal estado, por la sola circunstancia de que no existe obligación legal o contractual para ello.

¹³ Artículo 23 inciso 1° de la LPC: “Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”.

¹⁴ Cfr. Considerando 5°.

A lo anterior debemos agregar, que el servicio de estacionamiento, si bien es gratuito¹⁵, brinda igualmente un beneficio pecuniario a quien lo ofrece, puesto que el consumidor preferirá normalmente un establecimiento comercial u otro, en razón de la existencia de servicios anexos como aquél, tal como lo advierte el voto de minoría¹⁶.

III. CONCLUSIONES

1. Lo que determina la aplicación de la normativa de Protección al Consumidor, es la existencia de una relación de consumo, la que puede derivarse tanto de un contrato de consumo, como de una obligación legal.
2. El contrato de consumo constituye principalmente un acto mixto, a lo que se agrega que cuando es principal, al menos una de las obligaciones del consumidor debe ser el pago de un precio o tarifa. Esta última exigencia no rige respecto de los contratos de consumo dependientes de uno principal.
3. El carácter voluntario de una prestación no exime al proveedor del cumplimiento de las normas de protección al consumidor.
4. El otorgamiento de estacionamiento gratuito por parte de un proveedor constituye un servicio dependiente de un contrato principal de consumo, en caso de que exista celebración de un contrato de tal naturaleza entre las partes.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

PERRET, Louis (1999): "Protección al consumidor: En Canadá y Estados Unidos: principales técnicas", CORRAL TALCIANI, Hernán (editor), *Derecho del consumo y protección al consumidor* (Santiago, Cuadernos de Extensión n° 3, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes).

¹⁵ Lo señalado se entiende sin perjuicio de la discusión jurídica existente acerca del criterio que se debe utilizar para calificar un acto o contrato como gratuito u oneroso, cuestión que excede el presente comentario.

¹⁶ Cfr. Voto de minoría. En el mismo sentido, *Sernac con Supermercado San Francisco Buin S.A.* (2007), *Sernac con Supermercado San Bernardo Ltda.* (2008).

JURISPRUDENCIA CITADA

Castro con Mall Florida Center (2005): Tercer Juzgado de Policía Local de La Florida, 10 noviembre 2005, rol n° 1.580-05, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 10 mayo 2005, rol n° 8282-2005, disponible en Registro Público de Sentencias del Servicio Nacional del Consumidor, <<http://3ksernacdom.sernac.cl/Juridico/Sentencias.nsf/0/4dc892dc72c1439e842572df004d669e?OpenDocument>>, fecha consulta: 13 julio 2010.

Sernac con Supermercado San Francisco Buin S.A. (2007): Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago, 3 septiembre 2007, rol n° 1.334-07, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 23 abril 2008, rol n° 1122-08, se declara inadmisibles recursos de queja, Corte Suprema, 20 mayo 2008, rol n° 2.240-08, disponible en Registro Público de Sentencias del Servicio Nacional del Consumidor, <<http://3ksernacdom.sernac.cl/Juridico/Sentencias.nsf/0/eec4f8a266585d420425747a006248a4?OpenDocument>>, fecha consulta: 13 julio 2010.

Madariaga con Sodimac (2007): Corte de Apelaciones de Concepción, 24 diciembre 2007, rol n° 174-2005, *Legal Publishing* 37964.

Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Universal Agencia de Turismo Limitada, respecto del artículo 43 de Ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, en causa Rol n° 4898-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago (2008): Tribunal Constitucional, 13 mayo 2008, rol n° 980, disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/935>>, fecha consulta: 9 julio 2010.

Sernac con Supermercado San Bernardo Ltda. (2008): Juzgado de Policía Local de San Bernardo, 5 agosto 2008, rol n° 3.656-08, confirmada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, 20 noviembre 2008, rol n° 1.111-08, disponible en Registro Público de Sentencias del Servicio Nacional del Consumidor, <<http://3ksernacdom.sernac.cl/Juridico/Sentencias.nsf/0/234e4f0855456f4c8425751c0070d988?OpenDocument>>, fecha consulta: 13 julio 2010.

NORMAS CITADAS

Ley Argentina n° 24.240, Defensa del Consumidor. Disponible en <<http://www.filo.uba.ar/contenidos/carreras/edicion/catedras/derechos/sitio/leydedefensadelconsumidor.html>>, fecha consulta: 12 julio 2010.

Ley n° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, publicada en el Diario Oficial el 7 marzo 1997.

SEMBLANZA

DISCIPULUS MAGISTRO JUAN ARAB NESSRALLAH

CRISTIAN RAMÍREZ TAGLE*

Luego del impacto que generó en nuestro país el terremoto del 27 de febrero próximo pasado, quienes hacemos del Derecho nuestra pasión en el lado más humano que lo constituye la formación de futuros profesionales, perdimos a un académico de fuste intelectual y de un carisma inigualable: Juan Arab Nessrallah.

Comenzó sus estudios de Derecho en Concepción, para luego Licenciarse en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Su título de Abogado lo recibió de la Excm. Corte Suprema el año 1979.

En el ámbito docente puedo destacar las siguientes actividades:

- a) Profesor Ayudante de la Cátedra de Derecho Procesal, del Profesor Waldo Ortúzar Latapiat, entre los años 1979 a 1981, en la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- b) Profesor de Derecho Procesal desde el año 1982, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- c) Profesor de Derecho Procesal en la Escuela de Derecho de la Universidad del Desarrollo, desde el año 1989.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Bernardo O'Higgins. Egresado Magíster en Derecho, Universidad de Chile. Doctor © en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza, Argentina. Abogado Consejo de Defensa del Estado. Profesor de Derecho Procesal Universidades Bernardo O'Higgins, Finis Terrae, Pedro de Valdivia e Internacional Sek. Profesor de la Escuela de Carabineros. <cramireztagle@gmail.com >.

- d) Profesor de la Escuela de Gendarmería en la Cátedra de Derecho el año 1987.
- e) Profesor de Derecho Procesal en la Escuela de Derecho de la Universidad Bernardo O'Higgins, desde el año 1992.
- f) Profesor de Derecho Procesal en la Escuela de Derecho de la Universidad Finis Terrae desde el año 2000.
- g) Socio fundador del Instituto Chileno de Derecho Procesal, de acuerdo a su Acta de Constitución celebrada en Concepción en el año 1984.
- h) Profesor en la Academia Judicial desde el año 1996.

Cabe destacar que en este ámbito fue elegido como mejor Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile en tres oportunidades. Distinción que, en general, en todos sus alumnos siempre perduró.

En el ámbito profesional, el profesor Arab fue oficial de Justicia, llegando a ser Auditor General del Ejército desde el 28 de febrero de 2006 hasta su muerte.

Fue propuesto para abogado integrante de la I. Corte de Apelaciones de Santiago desde el año 1997, por Excma. Corte Suprema. Ministro de la I. Corte Marcial y, Ministro integrante de la Excma. Corte Suprema.

En síntesis, una notable carrera en la Academia y en su Ejército querido.

En la Universidad Bernardo O'Higgins fue profesor fundador. Recogió el llamado del Decano Sergio Gaete Rojas, quien a los inicios de los años noventa aglutinó a una masa importante de brillantes profesores que comenzarían a darle el sello distintivo a los hombres de Derecho formados al amparo del pensamiento ohigginiano a fin de enfrentar en mejor forma los desafíos del futuro, con una visión trascendente de nuestra patria.

Me integré a la docencia en Derecho Procesal en el año 1997 a expresa petición de Juan, me incorporó como su ayudante, ya había sido su alumno, no el más brillante, pero había que comenzar a trabajar, mejor dicho a aprender Derecho Procesal con Arab. Difícil y duro.

Habitualmente se seguía –y en parte aún se continua– la línea de una forma de pensar lo procesal, que se afirma que es sistémica –porque nadie después de la magna obra de Carnelutti, niega el sistema en el proceso–, pero que, sin embargo, no abandona las concepciones empíricas, el mero aprender de las leyes y los comentarios de las mismas, sin sustituir ese conocimiento por el de los principios y el sistema del proceso; tomando cada instituto, cada fenómeno por separado, haciendo una reunión de doctrinas más o menos acordes y procurando obtener soluciones prácticas.

He ahí las principales enseñanzas de Juan Arab, la vinculación de la enseñanza del derecho procesal a las concepciones empíricas. Un poco alejado de los principios y de los sistemas del proceso. Sus clases alcanzaban ribetes excepcionales. Claro, directo, con un extraño humor, que envolvía. Quizás lo más notable hayan sido sus exámenes, que capacidad de obtener de su alumno la relación necesaria de conocimientos, alejados de conceptos y requisitos, vinculados sólo con lo que la práctica exige al futuro letrado.

A mí me sorprendió siendo estudiante cuando me hizo leer los *Fundamentos de Couture*. Me dijo que ese libro no era de iniciación, sino para iniciados y que no era para solucionar problemas sino para no tener problemas en el futuro.

En cada una de sus clases se proponía motivar y generar instancias de reflexión. Siempre me manifestó una especial inclinación por el proceso penal, quizás por su formación en la Justicia Penal Militar, pero se revelaba contra aquellos que sostienen que dicha rama le pertenece al Derecho Penal.

Con una condición docente comprometida, generosa y responsable, dotado de la virtud de poder transmitir todos sus conocimientos adaptando su discurso a quienes lo reciben ya se trate de una clase de grado, posgrado o de taller de jurisprudencia en la Academia Judicial. Era seguidor de aquella frase de Miguel de Unamuno por la que señalaba que “*es detestable esa avaricia espiritual que tienen los que, sabiendo algo, no procuran la transmisión de esos conocimientos.*”

En lo más íntimo, nada de lo humano le era ajeno, compartir un café, una cena o una simple reunión siempre eran motivo de alegría, vivió la vida de la manera más simple, apegado a sus hijos, a su mujer, a sus cercanos, a sus grandes amigos.

Ya habrá tiempo para analizar la obra del Maestro. Ya no está. Sin embargo, tengo para mí que sigue estando, que su legado continúa, que su enseñanza perdurará. Nuestro deber es que así sea.

Discipulus magistro, locución latina que significa del discípulo al maestro, Couture tenía una feliz expresión que refleja esta alocución: “*por un curioso fenómeno de semántica, en nuestro país se llama maestro al que enseña en la escuela; profesor al que enseña en la universidad; pero al profesor de profesores, se le vuelve a llamar otra vez, Maestro*”. Nos vemos, Maestro.