

# Revista de Derecho

Universidad Católica de Temuco



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE TEMUCO



ESCUELA DE  
DERECHO

Prohibida la reproducción total o parcial de esta  
publicación sin la autorización escrita de los editores

©Universidad Católica de Temuco 2000

Av. Alemania 0211, Tel: 205 426, Temuco, Chile

Diseño y Diagramación: Pehuén Editores

Producción: Pehuén Editores

Tel. (45) 215 418

Impresa en los talleres de Ril Editores

Tel/Fax (56-2) 2238100 / 2254269

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

# Escuela de Derecho

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO

## Consejo de Redacción:

KAREN ATALA RIFFO  
ALEJANDRA DÍAZ GUDE  
JUAN JORGE FAÚNDES PEÑAFIEL  
JAIME LÓPEZ ALLENDES  
MARIO ROMERO KRIÉS

## Comité Editorial:

RODRIGO COLOMA CORREA  
JESÚS ESCANDÓN ALOMAR  
GONZALO NAVARRETE VILLEGAS

## Colaboradores:

SOLEDAD BISCAR RODRÍGUEZ  
ALEJANDRO MATAMALA PÉREZ  
PATRICIA MUÑOZ GARCÍA  
LORENA RIQUELME MOREIRA  
PATRICIA RUBILAR ULLOA





# ► índice

## ESTUDIOS

• <i>Proyecto de Código Procesal Penal y Principios Constitucionales</i>	
JUAN PABLO BECA FREI .....	9
• <i>El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal Chilena</i>	
RODRIGO DE LA BARRA COUSIÑO .....	27
• <i>La protección de medio ambiente y las relaciones comerciales internacionales, una perspectiva desde Chile</i>	
DOMINIQUE HERVÉ ESPEJO Y MARIE CLAUDE PLUMER BODIN .....	45
• <i>Áreas silvestres protegidas, derecho a la vida y comunidades indígenas</i>	
JUAN JORGE FAÚNDEZ PEÑAFIEL .....	83
• <i>La regulación y supervisión del mercado financiero en Chile</i>	
JUAN EDUARDO FERNÁNDEZ SAN MARTÍN .....	93
• <i>Violencia Sexual. Análisis de la Nueva Ley</i>	
JUAN CARLOS TOBAR SALA .....	107

## PONENCIAS Y SEMINARIOS

• <i>Las acciones de filiación</i>	
IAN HENRÍQUEZ HERRERA .....	117
• <i>Discurso de clausura Seminario Ley de Filiación</i>	
JOSEFINA BILBAO MENDEZONA .....	127

## RESEÑA Y CRÍTICA DE LIBROS

• <i>Violencia Sexual, Análisis de la nueva Ley. Autor: Juan Carlos Tobar S.</i>	
ALFREDO ETCHEBERRY .....	135
• <i>Factoring. Autores: Silvio V. Lisoprawski y Carlos G. Gerscovich</i>	
MARIO ROMERO KRIÉS .....	137



# ► estudios

• *«La protección de medio ambiente y las relaciones comerciales internacionales, una perspectiva desde Chile»*

DOMINIQUE HERVÉ ESPEJO

MARIE CLAUDE PLUMER BODIN

• *«La regulación y supervisión del mercado financiero en Chile»*

JUAN EDUARDO FERNÁNDEZ SAN MARTÍN

• *«Proyecto de Código Procesal Penal y Principios Constitucionales»*

JUAN PABLO BECA FREI

• *«El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal chilena»*

RODRIGO DE LA BARRA COUSIÑO

• *«Violencia Sexual. La nueva Ley»*

JUAN CARLOS TOBAR SALA

• *«Áreas Silvestres Protegidas, derecho a la vida y comunidades indígenas»*

JUAN JORGE FAÚNDES PEÑAFIEL



# «Proyecto de Código Procesal Penal y Principios Constitucionales»

---

JUAN PABLO BECA FREI  
Profesor de Derecho Constitucional  
Escuela de Derecho  
Universidad Católica de Temuco

## I. INTRODUCCIÓN

Diversos tratados internacionales sobre Derechos Humanos, incorporados a nuestra Constitución en virtud del Artículo 5°, exigen a los estados firmantes establecer algunas garantías procesales, entre las que encontramos la existencia de un tribunal competente, independiente e imparcial. Es así como el Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, el Pacto) dispone que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial”, y el Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención) dispone que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”.

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 18.825 —que modifica el inciso segundo del Artículo 5° de la Constitución— y de diversos tratados internacionales sobre Derechos Humanos que el Estado de Chile ratifica, promulga y publica, especialmente entre los años 1989 y 1992, nuestro país se incorpora al sistema internacional de protección y promoción de los Derechos Humanos. Esta entrada de Chile al mencionado sistema deja de manifiesto la incompatibilidad de nuestra legislación en variadas materias, y en lo atinente al presente Artículo, en lo que se refiere a la imparcialidad del tribunal y la oralidad del juicio penal.

Esta incompatibilidad obliga al Estado chileno a adecuar su legislación, obligación contenida en Artículo 2° de la Convención y en el Artículo 2.2 del Pacto. El primero de ellos dispone: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legisla-

tivas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. A su vez, el Pacto dispone: “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

## 2. LA IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL

Como ha quedado de manifiesto, los instrumentos internacionales mencionados, ambos vinculantes para el Estado de Chile, exigen la existencia de tribunales imparciales, y en caso de no existir tribunales con estas características, el Estado se encuentra internacionalmente obligado a crearlos.

La imparcialidad del Tribunal exige separar las funciones de investigar y juzgar. Es por ello que estructuralmente el sistema inquisitivo actualmente vigente no es imparcial; y dado que es un problema estructural, el esfuerzo personal de muchos de los actores del sistema por lograr la imparcialidad, resulta necesariamente infructuoso.

Resulta digno de destacar el hecho de que el Presidente Jorge Montt, el año 1894, refiriéndose al sistema inquisitorio, señalara: “Todos los argumentos aducidos en contra de este sistema pueden resumirse en uno solo. El juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentre indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aún sin que él lo sospeche, no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario” (Código de Procedimiento Penal, 1986:14).

El tribunal Constitucional español, basado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido que la coincidencia de las funciones de investigar, acusar y fallar es violatoria de los Derechos Humanos.

Al separar las funciones, como lo hace el proyecto en análisis, el tribunal queda con la función propiamente jurisdiccional, lo que garantiza su imparcialidad. En este esquema las partes —el acusador y el acusado— se enfrentan con “igualdad de armas”, expresión acuñada por la jurisprudencia europea sobre Derechos Humanos, y recogida por el mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal.

### 3. LA ORALIDAD DEL JUICIO

A diferencia de lo que ocurre con la imparcialidad del tribunal, la garantía de un juicio oral no está establecida expresamente por los tratados internacionales de Derechos Humanos; sin embargo, se puede colegir que, al menos la Convención y el Pacto, dan por supuesta la existencia de un juicio oral, puesto que consagran ciertos derechos que sólo se comprenden dentro de este juicio. Es así como se consagran el derecho de las partes a interrogar a los testigos (Art. 14.3 letra e del Pacto y 8.2 letra f de la Convención); el derecho a ser asistido por un intérprete (Art. 14.3 letra f del Pacto y 8.2 letra a de la Convención); el derecho a estar presente en el proceso (Art. 14.3 letra d del Pacto y 8.2); el derecho a ser oído públicamente (Art. 14.3 letra del Pacto), y la publicidad del proceso penal (Art. 8.2 letra h de la Convención). Es fácil comprender que estos derechos sólo puedan ser ejercidos en la medida en que exista un proceso oral y público, puesto que no se puede interrogar, no se puede ser oído o no se puede estar presente en un proceso escrito.

### 4. PROCEDIMIENTO PENAL Y GARANTÍAS INDIVIDUALES

En el procedimiento penal existe una tensión entre la pretensión punitiva del Estado y las garantías individuales. Se enfrentan por una parte el interés del Estado en identificar y sancionar a los responsables de los delitos que se cometen, y por la otra el interés de las personas en que sus derechos sean respetados.

Actualmente la tensión se resuelve a favor de la pretensión punitiva del Estado. Avaladas en dicha pretensión surgen las instituciones procesales penales que hoy conocemos, como el secreto del sumario, la detención preventiva, el arraigo de pleno derecho y otras. Esto no se corresponde con la idea de ciudadanía en un Estado Democrático de Derecho ni con las obligaciones internacionales del Estado chileno.

El mensaje del proyecto en análisis reconoce que los Derechos Humanos son uno de los compromisos más delicados del Estado chileno en la actualidad, y que el sistema de enjuiciamiento criminal es un indicador del grado de respeto por los derechos de las personas en el ordenamiento estatal. Una visión moderna de los Derechos Humanos y de la idea de ciudadanía, así como las obligaciones internacionales del Estado, obligan a cambiar el procedimiento inquisitivo por uno de carácter acusatorio.

El proyecto de Código Procesal Penal se estructura en torno a la garantía del juicio previo, definida por el mensaje del mismo como “ el derecho de todo ciudada-

no a quien se le imputa un delito a exigir la realización de un juicio público ante un tribunal imparcial que resuelva por medio de una sentencia si concurren o nos los presupuestos de aplicación de una pena o medida de seguridad.” (Mensaje remitido por el Ejecutivo a la H. Cámara de Diputados, página 13).

El método oral que se propone el proyecto asegura este derecho. La oralidad lleva implícita la inmediación, puesto que el tribunal conoce a las personas que juzga. Ello tiene gran importancia, puesto que garantiza el ejercicio del derecho a ser oído, derecho que se encuentra garantizado, como ya se dijo, por el Pacto.

En un Estado democrático de Derecho el poder debe ser legítimo, exigencia que alcanza no sólo a la función ejecutiva, sino igualmente a la función jurisdiccional que ejerce el Estado. La legitimidad es la convicción que tienen los gobernados respecto de la bondad y la justicia de las decisiones y procedimientos. La publicidad que lleva implícita la oralidad le otorga legitimidad al sistema; la comunidad va a percibir como legítimos el modo de resolver los conflictos, y por añadidura, las decisiones que se adopten al resolverlos. La transparencia del sistema contribuirá fuertemente a crear una sensación de justicia, la que hoy parece no existir. Esto sin duda repercutirá en una mejor imagen pública del Poder Judicial y del sistema jurisdiccional en general.

## **5. PRINCIPIOS DEL PROYECTO.**

El proyecto que analizamos presenta dos novedades en materia de técnica legislativa. Por un lado titula cada uno de los Artículos, siguiendo una práctica común en derecho comparado e internacional, lo que facilita la lectura y análisis del texto; y comienza enunciando y explicando los principios que orientan las normas contenidas en los restantes títulos. A continuación analizaré cada uno de los principios enunciados en el proyecto, manteniendo el orden y los títulos usados en el mensaje con que se inició el proyecto, haciendo presente, cuando corresponda, las modificaciones que ha sufrido durante el trámite parlamentario.

### **5.1 Juicio Previo y Única Persecución.**

Bajo este título el proyecto establece: “Ninguna persona podrá ser condenada, penada o sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial, previo juicio oral y público, desarrollado en conformidad a las normas de este Código.

El condenado, absuelto o sobreesido definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometido a un nuevo procedimiento por el mismo hecho”.

La redacción que contempla el proyecto en su actual estado de tramitación es levemente diferente, señalando: “Ninguna persona podrá ser condenada, penada o sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad a las normas de este Código.

La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”.

Como puede apreciarse, se garantizan aquí dos aspectos distintos, por una parte, el derecho al juicio previo, tal como se enuncia en el mensaje, y por la otra se hace referencia a la institución de la cosa juzgada.

### *5.1.1 Juicio Previo*

Este derecho se encuentra garantizado en el Artículo 14.1 del Pacto y en el Artículo 8.1 de la Convención, Artículos ya citados en el presente trabajo.

En el proyecto de Código Procesal Penal se amplía la garantía del proceso previo legalmente tramitado establecido en el inciso 5° del Artículo 19 N°3 de la Constitución. En materia penal el procedimiento debe ser no sólo previo y legalmente tramitado, además debe ser oral y público, y debe ser tramitado por un tribunal imparcial, lo que, como ya se dijo, supone necesariamente separar las funciones de investigar y juzgar. Si este tribunal, fruto del procedimiento previo, oral y público, decide que alguna persona debe ser condenada, penada o sometida a una medida de seguridad, deberá declararlo en una sentencia.

### *5.1.2 Cosa Juzgada*

En materia de cosa juzgada existe una contradicción entre lo que establecen el Pacto y la Convención. El Pacto, en el Artículo 14.7 establece: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país”. La Convención a su vez dispone en el Artículo 8.4 que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Como podrá apreciarse, es más amplia la garantía establecida en la Convención, puesto que, habiendo sido absuelta la persona inculpada no procede un nuevo juicio, pero este sí procede si la persona ha sido condenada, existiendo en consecuencia la posibilidad de revisar sentencias condenatorias, lo que evidentemente constituye una excepción al principio de la cosa juzgada. En cambio conforme a lo establecido

en el Pacto el nuevo juicio se prohíbe sólo si la sentencia ha sido absolutoria, lo que significa que, bajo la regulación del sistema de Naciones Unidas, quien ha sido condenado no tiene posibilidad de que su causa sea revisada.

Ante la disyuntiva de seguir uno u otro sistema, el legislador debió optar por el más garantista, puesto que en materia de Derechos Humanos, conforme al principio *pro hominis*, debe ser esta la forma de interpretar normas contradictorias. El proyecto en comento sigue la línea del Pacto, sin hacer excepción al principio de cosa juzgada en caso de sentencias condenatorias. Esto generará problemas, pues nos vamos a encontrar con tres normas vigentes que regulan una misma materia de forma distinta, a saber, las normas del Pacto y del Código procesal Penal (las que apuntan en una misma dirección), y otra norma más garantista establecida en la Convención.

Para resolver el problema debemos determinar qué norma es la que garantiza de mejor manera el derecho del inculpado, pues la garantía de la cosa juzgada o única persecución se establece en su beneficio. El Estado chileno se ha obligado internacionalmente a respetar este principio al ratificar los instrumentos que estamos analizando, y la única forma de respetar este compromiso es accediendo a la posibilidad de revisar sentencias condenatorias, pues al no hacerlo vulnera la Convención, mientras que el revisar estas sentencias no vulnera el Pacto, el que obliga al Estado a no revisar sentencias absolutorias firmes. La regulación de derecho interno que complementa las disposiciones de los instrumentos internacionales debe mejorar la garantía de los derechos, pues los derechos esenciales son progresivos. La propia Convención establece entre sus normas de interpretación que ningún Estado puede suprimir el goce y ejercicio de los derechos establecidos en ella, y si el estado chileno suprime el derecho a la revisión de una sentencia condenatoria estaría vulnerando sus obligaciones internacionales.

## 5.2 Juez Natural.

Bajo este título el proyecto original establece: “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la Ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta”.

Se reproduce aquí el inciso 4° del Artículo 19 N°3 de la Constitución, que guarda a su vez relación con el Artículo 8.1 de la Convención, el que dispone, en la parte pertinente, “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley.”

Curiosamente ninguna de las normas transcritas señalan con anterioridad a qué

debe estar establecido el tribunal. Siguiendo el criterio más garantista, podemos afirmar que el tribunal debiera estar establecido con anterioridad a los hechos que motivan el juicio, criterio que siguió el Tribunal Constitucional al establecer que el Congreso Nacional no puede conocer, en materia de acusación constitucional, de hechos acaecidos antes de su instalación en marzo de 1990. Sin embargo, cabe señalar que la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución optó por un criterio distinto, interpretando esta disposición en el sentido que el tribunal debe estar establecido con anterioridad al inicio del proceso. Cualquiera de las interpretaciones anteriores resulta aceptable, lo que no resulta aceptable bajo ninguna circunstancia es considerar que el Tribunal se encuentre establecido con anterioridad a la dictación de la sentencia.

Durante la tramitación parlamentaria se cambia la redacción de la norma que analizamos, señalando expresamente que quien debe juzgar es el “tribunal que señale la Ley y que se halle establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”, despejando de esta forma el problema planteado. El legislador estaría optando, si en definitiva se aprueba esta redacción, por el criterio más garantista, que es precisamente el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional.

### **5.3 Tratamiento del imputado como inocente e interpretación restrictiva.**

Bajo este título el proyecto establece: “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal durante el procedimiento, en tanto no sea condenada por medio de una sentencia firme.

Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente. En consecuencia tampoco se las podrá aplicar análogamente”.

La presunción de inocencia es uno de los principales derechos garantizados por los sistemas internacionales de Derechos Humanos en materia procesal. El Pacto en el Artículo 14.2 dispone: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley.”

A su vez, la Convención establece en su Artículo 8.2: “Toda persona inculpada en un delito tiene derecho a que se presume su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”

El imputado debe ser tratado como inocente mientras no se rompa la presunción por las pruebas aportadas por la parte acusadora, lo que tiene vital importancia para la determinación y aplicación de las medidas cautelares. Tratándose de una persona inocente, no se podrá restringir el ejercicio de otras libertades o derechos, sino

en casos muy justificados. Es por ello que en el proyecto original se vincula el principio de la presunción de inocencia con la interpretación de las normas que establecen medidas cautelares. Como cualquier norma excepcional, debe ser interpretada en forma restrictiva y no puede ser aplicada analógicamente.

El proyecto en su actual estado trata en Artículos distintos la presunción de inocencia (manteniendo tal cual el inciso primero del Artículo 4° propuesto), y lo que denomina “Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad.” Al efecto establece: “No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las Leyes.

Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

Hubiese sido deseable mantener la estructura del proyecto original para realzar la vinculación entre ambos temas, aunque los efectos prácticos de la propuesta original y la actual sean idénticos.

Las medidas cautelares, además de ser excepcionales en su interpretación y aplicación, siempre deben ser objeto de control jurisdiccional, aún cuando no haya comenzado el juicio y no haya intervenido previamente el juez. En este caso deberá intervenir el juez de control de instrucción, quien debe autorizar y supervisar las actuaciones del Fiscal que impliquen la restricción de algún derecho.

Durante la tramitación parlamentaria se incorpora un nuevo Artículo denominado “Autorización judicial previa”, el que dispone: “Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa”. Esta disposición, contenida ya en el Artículo 80 A de la Constitución, viene a reforzar el principio de presunción de inocencia, pues las medidas que priven del ejercicio de un derecho, o las que dificulten su ejercicio, reciben el mismo tratamiento sea que afecten al imputado o a terceros, quedando claro, en consecuencia, que esta restricción no es una pena, toda vez que pueden sufrirla terceras personas ajenas al procedimiento si la investigación o el juicio lo requieren, siempre y cuando concurren los requisitos que en cada caso se exigen para afectar algún derecho.

#### 5.4 Víctima.

Bajo este título el mensaje del ejecutivo establece: “La protección y reparación de la víctima del delito constituirán objetivos del procedimiento penal. Los fiscales

del ministerio público estarán obligados a velar por sus intereses en todas las etapas del mismo. Por su parte, los jueces garantizarán la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.

Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de afectado, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que deba intervenir.”

Se ha criticado el carácter garantista del nuevo proceso penal, en el sentido de que protegería exageradamente los derechos de los delincuentes en perjuicio de los derechos de las víctimas. Al respecto cabe precisar que el imputado no es un delincuente mientras no se logre probar y se destruya así la presunción de inocencia. Por otro lado, el imputado se enfrenta en el proceso con el Estado mismo, representado por el Ministerio Público, resultando, dentro del mismo, más vulnerable que la víctima. Por ello se hace necesario, para lograr que el enfrentamiento sea con igualdad de armas, que los derechos del imputado sean regulados con especial cuidado y atención.

Sin embargo, el empeño que pone el legislador en la regulación de los derechos y garantías del imputado, no le hace olvidar la regulación de los derechos y garantías de la víctima. En el Artículo 4º del proyecto del ejecutivo se establece, a nivel de principio básico del nuevo código, que la protección y reparación de la víctima deben ser objetivos del procedimiento. Ello es de trascendental importancia, pues deja de manifiesto que el proceso penal no sólo busca hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado, sino también el legítimo interés de la víctima en lograr protección y una justa reparación del daño sufrido. Consecuente con el principio que se enuncia, se impone la obligación a jueces, fiscales, policías y demás órganos auxiliares de otorgarle a la víctima un trato acorde con su condición, procurando facilitar al máximo su participación en todos los trámites que requieran su intervención.

El proyecto en su actual estado de tramitación establece, bajo el título “Protección de la víctima”, lo siguiente: “El Ministerio Público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, los jueces garantizarán conforme a la Ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.

Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir”.

La nueva redacción cambia el principio propuesto por el ejecutivo, pues la protección y reparación de la víctima dejan de ser un objeto del procedimiento penal,

por lo que, entendemos, el objeto del mismo será tan sólo hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado. Por otro lado, el Ministerio Público no estará obligado a velar por los intereses de la víctima, como se expresaba en el mensaje, sino a velar por su protección, lo que constituye sólo una parte de sus intereses.

La víctima, de acuerdo a la nueva redacción, no tendrá derecho a reparación, sino sólo a protección y a ser tratada conforme a su condición.

### 5.5 Defensa.

Bajo este título el mensaje establece: “Salvo las excepciones expresamente previstas en este Código, el imputado y su defensor tendrán derecho a intervenir en todas las actuaciones del procedimiento que puedan servir a la incorporación de elementos de prueba o que puedan dar lugar a restricciones en sus derechos, así como a formular los planteamientos y alegaciones que consideren oportunos.

El imputado tendrá derecho a designar un defensor letrado de su confianza, desde la primera actuación del procedimiento hasta el término de la ejecución de la sentencia. Si no lo hiciere, el tribunal le designará de oficio un defensor gratuito antes de que se produzca su primera declaración judicial.

Si el imputado prefriere defenderse por sí mismo, el tribunal lo autorizará sólo cuando ello no perjudique la eficacia de la defensa; en caso contrario, designará de oficio un defensor letrado, sin perjuicio del derecho del imputado a formular planteamientos y alegaciones por sí mismo, según lo dispuesto en el inciso primero de este Artículo.”

El proyecto en su actual estado de tramitación considera un Artículo titulado “Ámbito de la defensa”, el que dispone: “El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra.

El imputado tendrá derecho a intervenir en todas las actuaciones del procedimiento que puedan servir a la incorporación de elementos de prueba o que puedan dar lugar a restricciones en sus derechos, así como a formular los planteamientos y alegaciones que considere oportunos, salvos las excepciones expresamente previstas en este Código”.

Se consagra aquí el derecho a defensa e intervención del letrado. Es interesante hacer notar que se propone que el letrado intervenga desde la primera actuación del procedimiento hasta la ejecución de la sentencia. Dado que el procedimiento se inicia antes del juicio, el letrado comienza a intervenir igualmente antes del inicio del juicio, lo que implica que debe estar presente en cualquiera de las actuaciones descritas en el

inciso primero del Artículo propuesto por el mensaje o en el inciso segundo del Artículo propuesto por la Cámara de Diputados, entre las que cabría, a modo de ejemplo, la declaración del imputado ante la policía, la que no podrá practicarse sin la presencia de un abogado, aún cuando en el referido inciso segundo no se mencione expresamente la intervención del defensor, tal como lo hace el inciso primero en el proyecto del ejecutivo.

Este derecho ya se encuentra garantizado en el inciso segundo del Artículo 19 N°3 de la Constitución, así como en los instrumentos internacionales que vinculan al Estado chileno.

La Convención y el Pacto establecen el derecho a la defensa (Artículos 8.2 letra d y 14.3 letra d respectivamente), la que puede ser en forma personal o por medio de un defensor. El Pacto señala, entre los derechos de la persona acusada, el derecho “a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, el derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre un defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”. A su vez, la Convención garantiza el “derecho del imputado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.”

El Pacto y la Convención garantizan el derecho a la defensa, la que podrá ser personal o por medio de un defensor, sin indicarse que el defensor deba ser letrado. La Constitución chilena, a su vez, establece el derecho a la defensa y prohíbe impedir, restringir o perturbar la intervención del letrado si esta ha sido requerida. Existe pues una diferencia en la forma como los instrumentos internacionales y el constituyente abordan el tema. Para los instrumentos internacionales la intervención del defensor —no necesariamente letrado— es facultativa y alternativa a la defensa personal, mientras que para la Constitución procede siempre la intervención del defensor letrado, exista o no defensa personal.

Una vez más se sigue el criterio de la norma que mejor garantiza el derecho. El defensor debe ser letrado, lo que asegura una defensa jurídica y técnica, en manos de una persona capacitada para llevar adelante la defensa y enfrentarse durante el procedimiento con la Fiscalía, representada por una persona de características similares.

Entre las normas citadas, la del Pacto es la única que se refiere a la intervención obligatoria del defensor, la que existe sólo excepcionalmente si el interés de la justicia lo requiere. En el proyecto del ejecutivo la intervención del letrado es facultativa mientras el imputado no deba prestar una declaración judicial, pues desde ese mo-

mento es obligatoria, lo que permite colegir que el hecho de existir una declaración judicial, hace presumir que el interés de la justicia se ve involucrado, y exige por tanto la presencia de un defensor. Ello no se señala en la redacción aprobada –por ahora– en el Congreso, no existiendo por tanto la obligatoriedad de una defensa letrada antes del juicio oral.

El proyecto del ejecutivo amplía la garantía del Pacto al exigir que el defensor tenga la calidad de letrado; sólo excepcionalmente, conforme a este proyecto, el imputado podría prescindir de la defensa letrada, para lo cual requerirá autorización judicial, debiendo el juez velar porque la defensa no sea perjudicada. En ningún caso el imputado puede ser impedido de hacer planteamientos propios, lo que viene a reforzar la idea de que la intervención del defensor no es alternativa a la defensa personal sino complementaria.

El proyecto en su actual estado de tramitación debilita la intervención del defensor letrado con relación a la propuesta del ejecutivo. La nueva redacción establece el derecho a ser defendido por un letrado, sin importar si ha sido designado por el imputado o por un tercero, o si es de confianza del imputado, mientras el proyecto del ejecutivo establecía el derecho del imputado a designar un defensor de su confianza. Este derecho asistía al imputado desde la primera actuación del procedimiento hasta el término de la ejecución de la sentencia. La nueva redacción no señala hasta cuando el imputado tiene derecho a ser defendido, quedando abierta la posibilidad de interpretar la norma en el sentido de concluir la defensa letrada con el término del juicio, quedando el condenado expuesto a eventuales abusos o ilegalidades en la ejecución de la sentencia.

El inciso primero facultaba al imputado y a su defensor para intervenir en determinadas actuaciones y para formular planteamientos y alegaciones, mientras el proyecto en su estado actual sólo faculta al imputado para realizar las acciones descritas, quedando el defensor, en consecuencia, imposibilitado de hacerlo.

## 5.6 Calidad de imputado.

Bajo este título el proyecto establece: “Las facultades y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras Leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible o participe en él, formulada por o ante alguna de las autoridades de persecución penal que este Código establece.”

Este Artículo fija el momento desde el cual se adquiere la calidad de imputado, quedando desde ese momento habilitada la persona en cuestión para ejercer todos

los derechos que se le confieren. Basta para ello cualquier indicio formulado por o ante cualquier órgano de persecución criminal que señale que dicha persona tuvo cualquier grado de participación en un hecho punible. Es digno de hacer notar la amplitud de esta norma, que permite a la persona sospechosa de haber participado de un hecho punible ejercer sus derechos desde el momento en que dicha sospecha ponga en acción al aparato de persecución penal, no siendo necesaria por tanto ninguna declaración formal que otorgue la calidad de imputado.

En su actual estado de tramitación, la materia se regula de la siguiente manera: “Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras Leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la compleja ejecución de la sentencia.

Para ese efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquier diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante alguna de las autoridades de persecución penal que establece la Ley, en la que se atribuya a una persona responsabilidad en un hecho punible”.

La redacción aprobada por el Congreso es aún más amplia que la propuesta del ejecutivo, apuntando en el mismo sentido. Más aún, las facultades y garantías reconocidas al imputado podrán ejercerse no sólo hasta el término del procedimiento, como proponía el ejecutivo, sino que hasta la completa ejecución de la sentencia.

### 5.7 Aplicación temporal Ley Procesal Penal

Bajo este título el proyecto original establece: “Las Leyes que se refieran a las facultades o garantías previstas en la Constitución, en los tratados internacionales vigentes en Chile o en el presente Código, no serán aplicables retroactivamente a los procedimientos ya iniciados, cuando la Ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”.

El proyecto en su actual estado de tramitación dispone: “Las Leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando la Ley anterior, a juicio del tribunal, contuviere disposiciones más favorables al imputado”.

Este Artículo amplía la garantía establecida en el Artículo 19 N°3 inciso 7° de la Constitución que establece la irretroactividad de la Ley Penal. En los mismos términos se garantiza ahora la irretroactividad de la Ley Procesal Penal, la que en consecuencia, sólo podrá tener efecto retroactivo si favorece al imputado.

Este principio debiera ser un elemento importante como criterio a utilizar, en la etapa de transición del procedimiento inquisitivo al acusatorio, para determinar qué

procedimiento resulta más favorable al imputado en cada caso particular, lo que generará sin duda una interesante jurisprudencia.

### 5.8 Aplicación de normas constitucionales y de tratados internacionales.

Bajo este título el mensaje establece: “Serán directamente aplicables al procedimiento penal las normas constitucionales que fijen las bases generales del ordenamiento jurídico y las que establecieron los derechos y garantías individuales. También lo serán las normas contenidas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile. Asimismo, serán aplicables, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código, las normas comunes a todo procedimiento contenidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil”.

Esta norma no se contempla en la última versión del proyecto.

En virtud de esta norma, junto con hacerse aplicables las reglas comunes a todo procedimiento, se introduce como una verdadera novedad legislativa en nuestro país, la aplicación directa de normas constitucionales e internacionales.

En lo que se refiere a la Constitución, se establece que son directamente aplicables las normas contenidas en los Capítulos I y II de la misma, las que establecen las bases generales del ordenamiento jurídico y los derechos individuales respectivamente. Los principios contenidos en el primer capítulo de la Constitución, como el Bien Común, el hecho de que el Estado deba estar al servicio de la persona humana o el principio de igualdad, por mencionar sólo algunos, deberán orientar el actuar de los distintos operadores del sistema procesal penal y servir como criterio de interpretación de las normas. Los derechos fundamentales cumplirán un rol similar, siendo importante destacar las garantías procesales, contenidas fundamentalmente en los números 3 y 7 del Artículo 19 de la Carta Fundamental, pero sin que ello nos lleve a dejar de lado la aplicación de otros numerales del mismo Artículo. Al igual que en el caso anterior, será interesante ver cómo reaccionan los tribunales y la jurisprudencia que se pueda generar al respecto.

Aún cuando la mención expresa a la aplicación de la Constitución y los tratados internacionales no se contemple en el nuevo Código Procesal Penal (si no se reintroduce la propuesta del ejecutivo), estas normas serán igualmente aplicables en virtud del principio de supremacía constitucional y de lo dispuesto en el inciso segundo del Artículo 5° de la carta fundamental. Sin embargo, la expresa mención resulta interesante, pues la norma contenida en el proyecto del ejecutivo es más clara y más amplia que la norma constitucional. La Constitución señala que los derechos garantizados en los tratados internacionales deben ser respetados y promovidos por los

órganos del Estado, lo que se ha entendido en el sentido de hacer aplicables las normas de dichos tratados a los casos que se someten a consideración de los tribunales, interpretación que me parece acertada, pero no está de más la disposición del Artículo 8° del proyecto del ejecutivo que ahorra toda necesidad de interpretación por la claridad de la disposición en este sentido.

Es interesante anotar otras diferencias entre la norma constitucional y la norma propuesta en el proyecto. Los tratados a los que hace referencia el constituyente son los “ratificados por Chile que se encuentren vigentes”, mientras la norma ya citada del proyecto se refiere a los tratados “ratificados por Chile”, sin hacer mención a la vigencia. Esto nos lleva a pensar que, de prosperar la propuesta del ejecutivo, al menos en materia procesal penal, debieran quedar superadas las discusiones sobre el problema de la vigencia. Bastará ahora con que el tratado haya sido ratificado por Chile, sin ser necesarias su promulgación y publicación en el Diario Oficial, lo que para buena parte de la doctrina es un requisito de su vigencia en el plano interno. Tampoco será necesario esperar su entrada en vigencia en el plano internacional, cuestión que puede dilatarse en el tiempo por la demora de otros Estados en depositar los instrumentos correspondientes, quedando así separados los problemas de aplicabilidad de las normas en el plano interno con las obligaciones internacionales del Estado chileno.

Es interesante destacar que el proyecto del ejecutivo se refiere a los tratados “sobre” Derechos Humanos y no a tratados “de” Derechos Humanos, puesto que esta redacción permitirá aplicar normas contenidas en tratados de cualquier índole que contengan alguna norma “sobre” Derechos Humanos. Un tratado sobre extradición, o un tratado comercial, por mencionar algunos ejemplos, pueden perfectamente incluir normas que garanticen ciertos derechos, y más específicamente, pueden incluir garantías de tipo procesal.

Las normas constitucionales e internacionales no son de aplicación subsidiaria, a diferencia de lo que ocurre con las normas comunes del Código de Procedimiento Civil. Respecto de las primeras, el Artículo 8° del proyecto, ya transcrito, señala que serán “directamente aplicables”, mientras que las segundas lo serán “en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código”. Puede entonces generarse un problema de contradicción entre normas del Código con normas constitucionales o con normas de algún tratado sobre Derechos Humanos, siendo ambas aplicables ( sea en virtud de lo dispuesto en el Artículo que comentamos o en la Constitución). El problema debiera resolverse aplicando el principio *pro hominis*, vale decir, aplicando la norma que en el caso en cuestión garantice de mejor forma el derecho que podría vulnerarse.

Como ya mencionamos, en el proceso penal se da una tensión entre la pretensión punitiva del Estado y las garantías individuales, tensión que en un Estado Democrático de Derecho debe resolverse a favor de las garantías individuales. La aplicación directa de principios y normas constitucionales e internacionales al proceso penal refuerza esta idea, y permite regular el procedimiento a través de los principios que a su vez regulan la relación del individuo con el Estado. El propio mensaje señala que así se resalta la importancia de los principios por sobre mecanismos procesales. Las normas procesales, por tanto, deben interpretarse de tal forma que den preeminencia a estos principios.

### **5.9 Exclusividad de la investigación.**

Bajo este título, durante el trámite parlamentario se introdujo un Artículo nuevo que señala: “El ministerio público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acreditaran la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la Ley”.

Esta norma es prácticamente idéntica al inciso primero del Artículo 80 A de la Constitución Política de la República. Resulta de máxima importancia que sea exclusivamente el Ministerio Público quien dirija la investigación, quedando separadas las funciones de investigar y juzgar, lo que permite la existencia de un tribunal imparcial.

Esta disposición hay que entenderla en relación con el inciso tercero del citado Artículo 80 A, que faculta al Ministerio Público para dar ordenes directas a las fuerzas de orden y seguridad durante la investigación. El Ministerio Público pasa a ser el responsable de la conducción de la investigación, pero en ningún caso será quien realice cada uno de los actos que la misma involucra, pues para ello deberá contar con la colaboración de Carabineros e Investigaciones, quienes quedan obligados a cumplir las órdenes del Ministerio Público, en los mismos términos en que deben cumplir las órdenes emanadas de los tribunales.

### **5.10 Cautela de Garantías.**

Bajo este título se introdujo durante la tramitación parlamentaria un Artículo nuevo que dispone: “En cualquier etapa del procedimiento en que el tribunal reparare, o se le expusiere fundadamente que el imputado no está en condiciones de ejercer plenamente las garantías legales de un procedimiento y una investigación racionales y justos, o las garantías judiciales que establecen los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará las medidas necesarias para

resguardarlas, si la causa que pudiere motivar la infracción de las garantías fuere subsanable.

Si estimare que la causa no es subsanable, ordenará la interrupción del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia, en la cual, luego de oírlos si concurrieren, y con el mérito de los antecedentes que hubiere reunido, decretará la reanudación del procedimiento o le pondrá término, mediante resolución fundada que producirá el efecto del sobreseimiento definitivo”.

En virtud de esta disposición los jueces, tanto de garantía como del tribunal oral, quedan obligados a velar porque el imputado esté en condiciones de ejercer las garantías procesales que le asisten. Si ello no ocurre, y los jueces no pueden resguardarlas adecuadamente, el procedimiento no podrá continuar. Resulta interesante esta disposición en virtud de la cual se resguarda fuertemente la garantía del debido proceso, a tal punto que si la situación no es subsanable, el procedimiento deberá concluir con efecto de sobreseimiento definitivo, privilegiando las garantías del imputado por sobre la pretensión punitiva del Estado.

Por otro lado, al incorporar el legislador las garantías establecidas en tratados internacionales, viene a confirmar la interpretación señalada en párrafos anteriores en el sentido de que los mismos son directamente aplicables al procedimiento penal.



# «El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal Chilena»

---

RODRIGO DE LA BARRA COUSIÑO  
Abogado, Magister en Instituciones Legales,  
Universidad de Wisconsin-Madison,  
Docente Universidad Diego Portales.

---

## INTRODUCCIÓN

Situados en los albores de la implementación de un importante cambio en las estructuras legales del Procedimiento Penal Chileno, existen una serie de interrogantes y expectativas respecto de la institución del Ministerio Público. La naturaleza o la dirección del cambio o paradigma procesal explican y justifican esta preocupación casi principal por el Ministerio Público ya que éste es hijo o producto del principio acusatorio, principio rector del cambio procedimental propuesto en la Reforma. De esta forma la introducción del Ministerio Público permite la encarnación de la persecución estatal en un órgano diverso al judicial.

Sin perjuicio de lo anterior, esta relación aparentemente simple entre principio acusatorio y Ministerio Público no es tal, ya que un mínimo realismo legal nos enseña que el Derecho no vive en la mera interpretación abstracta de las normas legales a través de las sentencias, sino que opera en un contexto material, social y político —en definitiva cultural— que trasciende incluso las posibilidades e intenciones del legislador que teóricamente lo crea.

Por distintas razones, el Ministerio Público es, ha sido y creemos seguirá siendo una institución problemática, tal como lo demuestra la experiencia comparada.<sup>1</sup> En el curso de la historia esta institución ha debido responder a diversidad de paradigmas, falta de claridad en su rol y disonancia de objetivos y atribuciones. Sumado a lo anterior, su ubicación en el procedimiento penal lo transforma en víctima de toda la complejidad, precariedad e incluso contradicciones que circundan la justificación de la acción estatal en materia de aplicación de las normas penales. Problemática siempre

---

<sup>1</sup>Tbáñes Perfecto, Andrés, «El Ministerio Público entre “Viejo” y “Nuevo” Proceso», en *Revista de Ciencias Penales*, Quinta época, año 1990-1993, Número especial, Editorial Cono Sur, Santiago, Chile página 49.

presente y que se proyecta al conjunto representado por el rol estatal en materia de seguridad.

Afortunadamente, muchas de estas aprehensiones se encuentran resueltas en la estructuración de nuestro actual Ministerio Público. En efecto, al Ministerio Público Nacional se le ha dado un rol eminentemente penal, liberándolo de pretensiones de control institucional de legalidad, constitucionalidad y otras tantas materias de las cuales debe ocuparse en la experiencia comparada. A pesar de ello, el rol del Ministerio Público en cuanto titular privilegiado de la acción y de la investigación penal, abre un amplio campo de estudio y elaboración, en especial en el contexto nacional actual, marcado por el inicio del difícil tránsito desde el paradigma inquisitivo hacia tendencias acusatorias en el quehacer procesal penal.

En la presente exposición pretendo entregar un esquema interpretativo que nos permita apreciar el eventual rol del Ministerio Público en el ordenamiento jurídico, entendiéndolo por tal no sólo la arquitectura normativa, sino también las principales rutinas e interacciones con los demás actores del proceso. En esta pretensión procuraremos dejar de lado el mero análisis legal y evitaremos la tentación de buscar respuesta a la eventual naturaleza jurídica del Ministerio Público, abocándonos a dilucidar algunos de los desafíos y posibles problemas que esta institución puede presentar en el corto y mediano plazo. La referencia a experiencias comparadas y a desarrollos doctrinarios se empleará sólo como una herramienta al servicio de nuestro objetivo, esto es, pretender analizar su posible funcionamiento e impacto en las políticas institucionales de persecución dentro de las cuales ubicamos el proceso penal.

## 1. EL MINISTERIO PÚBLICO CHILENO: UNA MIRADA DESDE EL PROCEDIMIENTO INQUISITIVO

El profesor argentino Julio Maier nos sitúa en una explicación del principio acusatorio y del Ministerio Público a partir de la imagen del juez instructor propio del sistema inquisitivo. Él describe a este hombre o mujer como “encerrado entre dos fuegos, la necesidad de averiguar la verdad, y su labor judicial de protector de las garantías ciudadanas, papeles contrapuestos que se pretende jueguen al mismo tiempo, culmina por diluir las funciones que le son adjudicadas...”<sup>2</sup> Cabría agregar que más que diluir las funciones, tiende a que estas sean suplidas por otros órganos o instituciones dise-

---

<sup>2</sup>Maier Julio, B. J., «Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal», en *Reformas Procesales en América Latina*, CDJ, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago 1993, página 42.

ñadas con otros fines. En efecto, en el procedimiento penal actual, es posible sostener que por una parte, la investigación está de manera principal a cargo de la policía, y por otra que la consulta y la apelación, muy a *grosso modo*, cumplen la función de velar por la adecuación de las resoluciones al Derecho.

En efecto, desde un plano funcional, atendiendo más a las funciones que a las definiciones o pretensiones retóricas, en el modelo inquisitivo el direccionamiento de la investigación y su ejecución permanecen de manera casi exclusiva en la policía. Si bien en esta etapa del proceso, la experticia criminalística y policial es y debe seguir siendo el parámetro para la toma de decisiones, no es menos importante que su direccionamiento jurídico, esto es, sus límites y marco de acción sea definido desde la experticia legal concretizando el rol protector de la norma penal, elemento esencial y contenido material de garantía ciudadana frente al Estado del Derecho.

Por el lado del control de la legalidad de la investigación, el modelo inquisitivo centra sus aspiraciones en el control jerárquico de las resoluciones importantes del proceso, estableciendo las vías de apelación y consulta. Esta forma de estructuración del proceso penal, presenta graves problemas a la luz de los planteamientos constitucionales paradigmáticos tales como el debido proceso y a la interpretación que de ellos se realiza en el actual estado de la doctrina política, constitucional, penal y procesal penal. A esto se agrega el grave atentado a los principios de independencia interna que debieran regir al interior del sistema judicial ya que se confunde o altera la función de impugnación que deben cumplir los recursos judiciales con las vías de control de tipo disciplinario.

En materia de principios, la incorporación del Ministerio Público al proceso penal, sin duda implica un reconocimiento de la necesidad de llevar a este ámbito de la actividad pública aquel viejo principio del sistema de frenos y contrapesos en la actividad estatal. Principio ya presente en la estructuración del Estado Colonial en lo que a Derecho Público se refiere, pero que no logró plasmarse al interior del proceso penal heredado del imperio.<sup>3</sup> Así, se ha sostenido de forma reiterativa, que el proceso inquisitivo es la expresión racional del absolutismo basado en la concentración absoluta del poder, la concepción utilitaria del proceso en pos de los fines estatales y la degradación y cosificación del imputado.<sup>4</sup>

El advenimiento del iluminismo y el nacimiento del Estado Republicano impactan el proceso penal continental modificando sus derroteros. Esta vinculación

<sup>3</sup>En este sentido ver Maier en Id. Página 35 y siguientes.

<sup>4</sup>Rusconi, Maximiliano, «División de Poderes en el Proceso Penal», en *El Ministerio Público en el proceso penal*, VVAA, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, página 106.

entre forma de Estado y proceso penal ampliamente señalada por autores como Maier, Binder y Rusconi en nuestro medio cercano, destacan la correlación directa que existiría entre el Estado democrático de derecho post iluminismo y el modelo de procedimiento acusatorio. En una hermosa figura se resalta la idea señalando que “la historia del derecho procesal penal es una parte esencial de la historia de la relación entre el ciudadano y el Estado y tal relación caracteriza también hoy la configuración del proceso penal”.<sup>5</sup> De esta forma, si definimos la relación ciudadano y Estado en un esquema de democracia representativa basada en los principios del Estado de Derecho se impone la necesidad de modificar o al menos reinterpretar el proceso penal. (caso español por medio de la jurisprudencia constitucional)

La incorporación del Ministerio Público, supone entonces el rechazo al “autocontrol” implícito en la figura del juez de instrucción, aunque atenuado por la constatación funcional de la delegación de atribuciones en la policía y actuarios, y el reemplazo por un esquema de controles de tendencia horizontal entre las partes frente al juez. (fiscal, juez de garantía, querellante, defensor)

En este esquema, al menos de manera teórica, se soluciona el reclamo de parcialidad de juez inquisidor y se eleva a una posición de tercero imparcial, virgen del prejuicio investigativo y focalizado en su objetivo natural. Objetivo esencial de resolver el asunto sometido a su decisión velando por la debida protección de los derechos de los intervinientes en el proceso en general y en particular por los del imputado, ahora sujeto procesal quien se presume inocente.

De esta forma, y situados en un esquema de transición del paradigma inquisitivo al acusatorio, el Ministerio Público debe ser mirado como instrumento de plasmación del principio acusatorio y en consecuencia un medio para liberar al juez de la carga asumida por el rol múltiple, o al menos doble de velar por la eficiencia de la persecución y la protección de los derechos del imputado. Tal como ha señalado Binder, en un contexto de reforma como la nuestra, el Ministerio Público sólo puede ser entendido y explicado como un medio de superación del sistema inquisitivo.<sup>6</sup> Un incentivo a los actuales jueces para desprenderse de la pesada carga administrativa de la investigación para centrarse en un rol garante, rol desde donde es posible dar sentido a los principios que rigen la jurisdicción, tales como legalidad, imparcialidad e independencia. En efecto, estos principios característicos de la jurisdicción le son en gran medida privativos ya que no son aplicables de igual forma respecto de la actua-

<sup>5</sup>Id. Página 107, citando a Zipf H.

<sup>6</sup>Binder, Alberto, «Funciones y Disfunciones del Ministerio Público», en *El Ministerio Público*, CDJ, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago 1994, páginas 74 y siguientes.

ción del Ministerio Público por el simple hecho de estar llamados a una función diversa.<sup>7</sup>

Planteados entonces en esta perspectiva, nuestro Ministerio Público debe ser entendido como un mecanismo para la superación del sistema inquisitivo mediante la separación de funciones, la realización del principio acusatorio, el rechazo al autocontrol y en definitiva la liberación del juez de la investigación.

De esta forma, la incorporación del Ministerio Público y del principio acusatorio permiten centrar el momento jurisdiccional por excelencia en el Juicio Oral y Público. El Juicio Oral surge como aquella forma de ejercer la jurisdicción en el Estado Republicano.<sup>8</sup> Momento respecto del cual la investigación preparatoria o fiscal es tributaria y funcional. En este sentido, la labor del Ministerio Público es funcional y se dirige al momento jurisdiccional. El momento judicial, definido en base a la oralidad se nos presenta como la forma más perfecta de conocer y resolver la adjudicación de responsabilidad penal. Al desjudicializar la ejecución de la investigación penal se libera al juzgador de la elaboración de hipótesis de condena durante el proceso para posicionarlo sólo frente al momento de la prueba, esto es en el juicio oral. Ahora bien, esta pretensión explicativa que se funda en la superación del sistema inquisitivo, no se agota en el proceso penal como veremos, sin embargo es éste el lugar privilegiado desde el cual proyecta su accionar. El procedimiento penal de corte inquisitivo, al ser un reflejo de la relación entre el ciudadano y el Estado no es un mero mecanismo de aplicación de penas y medidas de seguridad, sino que en torno a él se ha ido elaborando toda una política de persecución criminal de corte autoritario.<sup>9</sup> Política criminal eminentemente selectiva cuyas definiciones básicas han estado, en los hechos, entregadas principalmente a la policía. De esta manera, el desafío del Ministerio Público en cuanto instrumento de superación del inquisitivo no se agota al interior del proceso sino que se proyecta a un segundo gran objetivo, cual es la modificación de las políticas de persecución penal, misión que debiera lograrse principalmente a través de sus relaciones con la policía.<sup>10</sup>

De esta forma y a modo de conclusión provisoria, dos son las grandes tareas que enfrenta nuestro Ministerio Público. La primera tarea es la superación del sistema

---

<sup>7</sup>Si bien el Ministerio Público se rige por los principios de la Legalidad y Objetividad, a diferencia de los Tribunales la jerarquización y el principio de unidad de actuación priman sobre la independencia interna de manera de permitir el establecimiento de políticas centrales de persecución penal.

<sup>8</sup>Ver Maier en Op. Cit.

<sup>9</sup>Binder, Alberto, en Op. Cit., página 70.

<sup>10</sup>Id.

inquisitivo al interior del procedimiento por medio de la liberación del juez de las funciones investigativas, permitiendo la realización del principio acusatorio. Es decir, la separación de las funciones de investigar, a cargo de una instancia no jurisdiccional de la de juzgar a cargo de los tribunales. La segunda gran tarea que se desprende de la incorporación del Ministerio Público al proceso penal chileno se proyecta más allá de las fronteras delineadas en torno a la acusación y la condena relacionándose a la modificación de las políticas institucionales de persecución penal. Esta tarea sin duda es más compleja que la anterior y se relaciona principalmente al impacto que el Ministerio Público debiera tener respecto de la actuación policial.

## 2. ACTUACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Esclarecidas las principales tareas que a mi juicio debiera encarar el Ministerio Público en el contexto de la reforma nacional, es necesario revisar su configuración, funciones y atribuciones, buscando establecer las posibilidades concretas de realización de estos cometidos.

Lamentablemente en la evaluación comparada de la implementación de las reformas, uno de los puntos más bajos se relaciona a la actuación de esta institución. Así en el contexto regional se ha señalado que el Ministerio Público “no ha causado mucho daño, no es el actor principal del cambio y a veces ni siquiera secundario en el proceso”.<sup>11</sup> Fuera del proceso, el Ministerio Público tampoco ha logrado posicionarse en el liderazgo de las políticas de persecución penal, lo que ha llevado a calificar a la institución como un adolescente (Maier), una institución raquítica carente de política propia y de historia, el cual genera desconfianza entre los ciudadanos. En definitiva una institución ausente.<sup>12</sup>

Ahora bien, muchos de estos calificativos son producto del contexto de reforma propio en que surge el Ministerio Público en América Latina. Es decir, el tránsito de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio formal. En efecto, al ser el derecho una expresión humana, la reforma al procedimiento penal implica sin duda un cambio cultural y como todo cambio cultural, es lento y progresivo. De esta forma, al interior de una cultura inquisitiva, el Ministerio Público es un extraño, un convidado de piedra, una pieza que no calza<sup>13</sup> y que deberá generar su espacio progresivamente en la dinámica procesal, institucional y política. De su éxito o fracaso en la generación

---

<sup>11</sup>Id. Página 69.

<sup>12</sup>Id.

<sup>13</sup>Id página 75.

de este espacio dependerá en gran medida la implementación de un real sistema acusatorio.

Hecha esta salvedad, veamos la caracterización que se ha realizado del Ministerio Público procurando establecer las señales que permitan delinear las funciones matrices.

Partiendo de la idea de que el Ministerio Público es una especie de *alien* o extraño en el proceso inquisitivo, su incorporación progresiva ha ido planteando diversos modelos en la experiencia comparada. Desde su rol de representante del ejecutivo en la administración de justicia en el caso español<sup>14</sup>, a su rol de custodio o garante de la ley en parte de la doctrina alemana<sup>15</sup>, el Ministerio Público ha iniciado el largo camino de superación del proceso inquisitivo en diversas maneras, sin duda unas más exitosas que otras.

En esta diversidad de caminos es posible establecer una marcada evolución o tendencia, al menos en los países de Europa continental, en orden a ir consolidando las funciones investigativas en el marco del proceso penal y a monopolizar el ejercicio de la acción penal. Atrás han ido quedando las funciones de representante del ejecutivo, custodio de la interpretación judicial u órgano de enlace entre el ejecutivo y el judicial<sup>16</sup>. De esta forma, los roles de investigador y órgano estatal de la persecución penal se han consolidado dilucidándose una serie de problemas y conflictos derivados de las amplias y a veces contradictorias expectativas que los legisladores han tenido respecto a esta institución<sup>17</sup>. Esta tendencia está recogida por nuestra Constitución en el artículo 80. A al circunscribir el Ministerio Público al ejercicio de la acción penal y a la dirección de la investigación.

Asumiendo el riesgo de toda sistematización, es posible describir dos grandes funciones o grupos de funciones que les corresponden al Ministerio Público en el contexto del modelo acusatorio que se busca implantar en Chile. En primer lugar, las funciones que el Ministerio Público debe cumplir al interior del proceso y en segundo lugar aquellas que está llamado a desempeñar al exterior del mismo. Reitero que esta separación tiene solo un afán explicativo y de orden para el posterior análisis de los problemas que cada una de ellas presenta. De más esta decir que en los hechos la actuación institucional se presentará más bien como un continuo integrando las funciones e impactando indistintamente tanto al interior como al exterior del proceso penal.

---

<sup>14</sup>Paz, José María, «El Ministerio Fiscal en España», en *Revista de Ciencias Penales*, Quinta época, año 1990-1993, Número especial, Editorial Cono Sur, Santiago, Chile, página 9.

<sup>15</sup>Roxin, Claus, *Posición Jurídica y Tareas Futuras del Ministerio Público*.

<sup>16</sup>Paz, José María, en Op. Cit., página 13.

<sup>17</sup>Id.

### 3. FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO AL INTERIOR DEL PROCESO PENAL

#### 3.1. Ejercer las acciones penales.

Tal como lo he señalado anteriormente, dentro de esta gran tarea institucional del Ministerio Público de colaborar en la sustitución del sistema inquisitivo, los fiscales están llamados a materializar el principio acusatorio. Esto es, ser los titulares privilegiados de la acción penal y ejercerla en los casos que corresponda según el marco legal específico.

Esta función principal de “ejercer las acciones penales” constituye una de las funciones singularizantes del actual ministerio público, sin embargo su concreción no ha sido una materia pacífica en la experiencia comparada y tampoco debiera serlo en el caso chileno. En España, por ejemplo, la concentración de la titularidad de la acción penal en manos del ministerio público fue un proceso progresivo, no exento de dificultades.

Una de las principales distorsiones fue el denominado sistema de la doble ventanilla en virtud del cual cabía la posibilidad de presentar denuncias indistintamente en los tribunales o fiscalías<sup>18</sup>. Algo similar se describe para el caso italiano en el período inmediatamente posterior a la vigencia del Código de 1989. En este caso la policía remitía copia de las denuncias tanto al Ministerio Público como a los tribunales, buscando generar ordenes de investigar provenientes de ambos frentes<sup>19</sup>.

En nuestro país, la tarea sin duda será ardua, toda vez que en la discusión parlamentaria de la reforma constitucional que introdujo el Ministerio Público se puso de relevo en forma reiterada la intención de mantener vigente la existencia de otras vías para el ejercicio de la acción penal, tales como la víctima u ofendido y demás personas establecidas por Ley<sup>20</sup>. De esta forma el denominado “señorío” de la acción penal para el Ministerio Público se ve seriamente restringido, existiendo el riesgo permanente de que esta función de ejercer la acción penal sea afectada por la intervención directa de los ofendidos mediante la presentación de querrelas en los tribunales. En estas hipótesis será el juez

---

<sup>18</sup>Ibáñez Perfecto, Andrés, en Op. Cit., página 70.

<sup>19</sup>Nicola, Boati, *The Efficiency of Penal System: Several Lessons from the Italian Experience*. 17 Int J Rev. L&Econ. 155, 177 (1997)

<sup>20</sup>Pfeffer U. Emilio, *Ministerio Público, Antecedentes de la Reforma Constitucional*, Editorial Cono Sur, Santiago 1997, páginas 45 y siguientes.

receptor de la acción penal el que, previo examen de admisibilidad, la remitirá al Ministerio Público<sup>21</sup>.

Esta norma supone una clara distorsión al principio acusatorio y abre la puerta al sistema de doble ventanilla español y al inicio de investigaciones judiciales, o al menos de pre-hipótesis investigativas de parte de los jueces.

Estas limitaciones al principio acusatorio (o pervivencia del inquisitivo) se ven profundizadas en todas aquellas normas que permiten la intervención del afectado ante el juez de garantías impugnando la decisión del fiscal de no ejercer la acción penal. En efecto, el PRCPP establece la posibilidad de que la víctima recurra al juez cuando el fiscal se niegue a ejercer la acción penal, en los casos de archivo provisional, no inicio de investigación o principio de oportunidad<sup>22</sup>.

En todos estos casos, la discreción de los fiscales cede ante el juez, quien es en definitiva el que determina si aquella acción generará o no un proceso penal. En caso que el juez admita a tramitación la querrela, el fiscal se verá forzado a investigar mediante un impulso judicial investigativo.

Aparece claro entonces, que el Ministerio Público para poder cumplir su rol en cuanto a herramienta de superación del inquisitivo y liberador del juez para transformarlo en juzgador deberá recibir gran ayuda de parte de los tribunales. Los tribunales, por así decirlo, deberán mantenerse firmes frente a la tentación de encarnar el principio acusatorio, como lo han venido haciendo hasta ahora en el sistema inquisitivo. De esta forma, el proyecto deja abierta esta riesgosa posibilidad, y corresponderá a los jueces su control y minimización

### 3.2 En materia de investigación.

Asumir la investigación será una de las funciones principales de los nuevos fiscales. Ahora bien, ¿qué entendemos por investigación penal?. El procedimiento inquisitivo construyó la investigación en base a un modelo formalista y burocrático, que más que trabajar en base a hipótesis contrastables con la realidad, se ocupa de cumplir trámites rituales, muchas veces sin una dirección clara ni determinada, sino dirigida tan sólo a la configuración del expediente<sup>23</sup>. La escrituración, al basar la decisión en el expediente y el registro, aleja la centralidad de la prueba como medio de convicción y se conforma en el registro escrito, mediato, de su producción.

La introducción del Ministerio Público al nivel de la investigación debiera sig-

---

<sup>21</sup>Art. 139 Proyecto de Reforma al Código Procesal Penal.

<sup>22</sup>Arts. 241 a 244 Proyecto de Reforma al Código Procesal Penal.

<sup>23</sup>Binder, en Op. Cit., página 80.

nificar la desformalización de la investigación y su administrativización. Por desformalización entenderemos la ausencia de rigidez y de fórmulas sacramentales para evaluar su suficiencia procesal.

Por administrativización entenderemos su carácter no jurisdiccional y en consecuencia su rol meramente preparatorio o funcional a la acusación. En efecto, de reconocer valor probatorio a las actuaciones del fiscal, o mejor dicho a las constancias escritas de sus actuaciones, le estaremos dando valor jurisdiccional y en consecuencia desfigurando el juicio oral como momento jurisdicente principal. La desformalización y administrativización de la investigación fiscal se presentan entonces como garantía, o al menos como uno de los medios más eficaces para preservar el juicio y en consecuencia el rol jurisdiccional. En caso contrario, de optar por ritualizar la investigación fiscal en base a un parámetro como el del expediente tipo o completo por una parte y de reconocerle mérito probatorio por la otra, estaremos tan sólo sustituyendo la firma del juez por la del fiscal en el expediente<sup>24</sup>.

Nuestra gran tarea de librar al juez de la investigación para permitirle ser juez, conlleva además otros objetivos. En efecto, se ha argumentado que la incorporación del Ministerio Público debiera permitir la creación de un real poder investigativo a través del cual el trabajo en equipo de fiscales y policías logre integrar la experticia criminalística con la experticia legal penal, posibilitando la persecución de determinadas modalidades delictivas que estarían actualmente fuera del alcance de los tribunales. De esta manera, se ha argumentado que el Ministerio Público debiera ser capaz de afectar aquellos tipos de criminalidad revestidas de una sofisticación que en la actualidad generaría su impunidad, tales como las realizadas por organizaciones criminales. En esta línea, se ha señalado que el Ministerio Público debiera ser capaz de generar investigaciones para actuar contra las redes del narcotráfico, tráfico de armas y de menores, delitos económicos y ecológicos, entre otras.

Si bien el sólo aumento de la capacidad instalada del sistema de persecución pudiera dar luces acerca de determinados desarrollos en materia de persecución de la criminalidad organizada y la denominada criminalidad de cuello blanco, me parece un tanto simplista establecer la relación directa con la incorporación del Ministerio Público. En efecto, las prácticas de selección penal son reflejos de condiciones sociales y culturales que superan por mucho las orientaciones de los actores del sistema penal, relacionándose más bien a condiciones estructurales de tipo económico, social y político que no debieran afectar por medio de cambios en las estructuras de enjuicia-

---

<sup>24</sup>Id., página 82

miento. De esta forma, esperar del Ministerio Público el inicio de la denominada “persecución de los poderosos” resulta quizás ingenuo, al menos en un primer momento ya que es claro que los criterios de selección penal reflejan una serie de componentes de carácter valórico, ético, social y político bastante profundos y que no dependen de manera directa del diseño de los órganos de persecución. En esta materia, debiéramos contentarnos con esperar el diseño de pautas racionales, intersubjetivas y públicas de los criterios de selección empleados en la persecución.

Sin perjuicio de lo anterior, la liberación del juez de la dirección y materialización de la investigación y su posicionamiento en cuanto a real control de juridicidad y garantías de las investigaciones puede significar un aumento en la tecnificación de las investigaciones al menos desde el punto de vista legal. Es decir, si los jueces asumen realmente su rol en materia de control de las garantías de los intervinientes es posible prever una mayor complejidad y profundidad en las investigaciones penales. La conformación de equipos de trabajo integrados conjuntamente por fiscales y policías, la acumulación de antecedentes e información puede facilitar la pesquisa criminal en materias jurídicamente complejas tales como las figuras legales que ocultan el blanqueo de capitales provenientes de actividades ilícitas.

### **3.3 En materia de actuación policial.**

Ahora bien, la potencial labor del Ministerio Público en materia de investigación, no se agota en el ejercicio de la acción penal o en la dirección de la investigación, sino que se proyecta más allá hacia la acción policial. En efecto, la incorporación del Ministerio Público, y este es uno de los objetivos expresados por el mensaje del CPP, debiera permear las estructuras policiales en un esfuerzo dirigido a lo que podríamos denominar despolicizar la investigación criminal para dotarla de mayor juridicidad.

Para esta actividad, el Ministerio Público cuenta con una vía principal cual es la que se dirige a reducir el valor en el proceso de la investigación y del atestado o información policial, reemplazándola por la investigación fiscal. Esto que pudiera parecer una mera sustitución de títulos tiene al menos la potencialidad de establecer nuevos estándares de juridicidad para la actividad policial. El punto no es menor ya que en el actual esquema, el mito de la actuación meramente ministerial y de aplicación de la ley en la actuación policial ha permitido una especie de omisión de parte de los poderes públicos entregando a la actividad policial amplios márgenes de discreción sin que existan controles rigurosos.

La ausencia de atención por lo policial desde los actores del proceso penal y la

falta de interacciones reguladas y específicas no han permitido en forma adecuada la integración del saber criminalístico con el saber jurídico-penal, generando un importante vacío y distanciamiento, sentido e incluso a veces resentido, tanto por los policías como por los jueces. El Ministerio Público sería entonces llamado a cumplir esta función integradora en donde la verdad policial procesada de acuerdo a los criterios técnico-legales se transforma en antecedentes y elementos dirigidos a lograr la convicción judicial, en definitiva, y llegado el momento, para transformarse en prueba<sup>25</sup>.

En esta perspectiva, el Ministerio Público, tal como lo ha señalado Binder, se transforma en una institución bifronte, con una cara mirando al mundo policial y la otra cara mirando al mundo judicial<sup>26</sup>. Esta función que podríamos denominar de enlace o de punto de encuentro entre la experticia criminalística y los requerimientos legales y constitucionales de una persecución enmarcada en el Estado de Derecho debiera contribuir a generar una cultura común, permeando de mayor legalidad las estructuras operativas. Esta relación, tal como puede apreciarse a simple vista, tiene un enorme potencial para transformarse en una fuente de diálogo e interacción que contribuya a la construcción de una oferta conceptual alternativa o al menos complementaria de las orientaciones meramente militares que tradicionalmente han mantenido nuestras policías<sup>27</sup>.

Tal como esta tarea representa un enorme potencial de impacto en materia de prácticas policiales, también representa un enorme riesgo de policización del Ministerio Público.

En efecto, el carácter nuevo de la institución y la ausencia de doctrinas y rutinas institucionales definidas ponen a esta institución en peligro de extrema permeabilidad al discurso simplista de la seguridad ciudadana. De esta forma, el encuentro con la policía, institución caracterizada por una sólida tradición, formación y mística no deja de ser un punto sensible a considerar.

En esta línea, el Ministerio Público motivado por obtener una figuración fácil y dividendos políticos e incluso financieros, puede verse tentado de asumir una postura meramente represiva y de inflación penal bajo el alero de gran apelativo político propio del discurso de las víctimas y la eficacia retórica del Derecho Penal. En esta línea, no es difícil imaginar un Ministerio Público endosando sus responsabilidades en materia de criminalidad a la necesidad de nuevas leyes penales y la promulgación de herramientas legales que amplíen sus facultades, fundando sus peticiones en promesas

<sup>25</sup> Binder, en Op. Cit., página 82.

<sup>26</sup> Id.

<sup>27</sup> En esta línea ver Binder, en Op. Cit., página 82.

basadas en un estado de seguridad pública o ciudadana que el Derecho Penal no es capaz de lograr, cosa que ha sido ampliamente constatada no sólo por la doctrina penal y la experiencia comparada, sino también por nuestra experiencia reciente en materia de leyes penales especiales. (Drogas, Violencia en los Estadios, etc.)

### 3.4 Protección del Juicio Oral.

Por último y también al interior del proceso penal el Ministerio Público está llamado a desempeñar un rol central en lo que se refiere a elevar el papel del juicio oral en cuanto receptáculo exclusivo de las pruebas. Sin perjuicio de la tendencia natural a que el Ministerio Público busque sobrevalorar su investigación a la categoría de prueba, los tribunales están llamados a rechazar esta pretensión, toda vez que de aceptarlo se estaría replicando en cierta medida la crítica al modelo inquisitivo respecto de la existencia de jueces de instrucción. En efecto, de reconocer valor probatorio a la mera pesquisa fiscal, se desfigura el juicio oral y la atención vuelve nuevamente a la investigación en lugar del juicio como ocurre en el actual sumario.<sup>28</sup>

### 3.5 Funciones del Ministerio Público fuera del proceso penal.

El proceso penal al ser el mecanismo de aplicación y concreción de las normas penales, es parte importante del sistema penal y en consecuencia de los instrumentos dirigidos a la realización del control formal. En efecto, el proceso penal en cuanto norma adjetiva no sólo produce sus efectos en la adjudicación de la responsabilidad para el caso concreto sino que proyecta su acción más allá, impactando las políticas criminales en general y de persecución en particular.<sup>29</sup>

#### 3.5.1 Ministerio Público, Política de Persecución y Selectividad

El modelo de Ministerio Público nacional expresamente establece estas funciones que podríamos denominar extra-proceso. La LOC del MP, recientemente aprobada, reconoce en su artículo 11 letra A la atribución del Fiscal Nacional para definir la política de persecución. La política de persecución es parte de la política criminal y supone en esencia el conjunto de decisiones destinadas a definir los objetivos de la persecución y producir acciones destinadas a su materialización, podríamos decir, administrar la acción penal de acuerdo a criterios preestablecidos como deseables.

<sup>28</sup> Maier, en Op. Cit., página 43.

<sup>29</sup> En esta línea ver Winfried Hassemmer, «Lineamientos de un proceso penal en el estado de derecho», en *Crítica al Derecho Penal hoy*, Editorial Ad-Hoc, páginas 66 y siguientes.

Desde esta perspectiva, y dado el reconocimiento de las limitaciones objetivas de cualquier sistema procesal para conocer y encausar todos los hechos que pudieran tener carácter delictivo, es que las tendencias actuales del Derecho Procesal Penal incorporan una serie de mecanismos dirigidos a filtrar los casos principalmente en base a dos criterios: El primero, descongestionar el sistema (alternativas al juicio oral) y el segundo minimizar las consecuencias desfavorables e incluso criminógenas que se le reconocen al proceso penal y la pena. Ahora bien, la contra cara de la incorporación de estas alternativas radica en el potencial riesgo que estos mecanismos se conviertan en los hechos en una forma de ampliar la aplicación de medidas a segmentos que anteriormente se hallaban fuera de control.

Este reconocimiento de la discrecionalidad fiscal reglada y bajo estricto chequeo judicial establecida en el PRCPP abre todo un nuevo campo a desarrollos de un riquísimo potencial. Las facultades de archivo provisional, no investigación y principio de oportunidad, utilizadas sabiamente por los fiscales pueden significar una reorientación de la política de persecución hacia el desarrollo de criterios extra penales de solución de conflictos que permitan focalizar los recursos de persecución y en definitiva la cárcel para aquellas modalidades delictivas de relevancia y mayor impacto social.

### *3.5.2 El Ministerio Público y el funcionamiento del sistema de procesamiento de casos (Alternativas al juicio oral)*

Ahora en el sentido de alternativas al proceso oral, la incorporación de la suspensión condicional, los acuerdos reparatorios y el procedimiento abreviado, sin perjuicio de las limitaciones normativas contenidas en el Proyecto pueden traer interesantes desarrollos en orden a producir soluciones penales que permitan descongestionar el sistema de juicio oral para aquellos procesos relevantes y en donde realmente exista controversia.

Este tema deberá ser abordado seriamente por el Ministerio Público, procurando diseñar incentivos para que los imputados acepten estos mecanismos. Algunos análisis y evaluaciones de reformas similares como el caso Guatemalteco indican un crecimiento del juicio oral más allá de lo esperado, hecho que sin duda pone en grave riesgo el funcionamiento del sistema proyectado. (datos MINGUA).

Otro de los puntos complejos relacionados al tema de las alternativas al proceso y que no es del caso desarrollar aquí dice relación con el potencial riesgo de surgimiento de una justicia negocial, masiva, barata y de base inquisitiva en donde los acuerdos fiscal-imputado toman preeminencia frente a un juicio oral limitado y selec-

tivo. Este riesgo de desjudicialización del proceso penal ampliamente criticado en la doctrina presenta además el riesgo que el ejercicio del derecho a juicio oral sea castigado con mayores penas como se describe en la situación adversarial de los EEUU.

Por ahora quedémonos con la idea de que la discreción reglada y judicialmente chequeada que el proyecto garantiza a los fiscales tiene el potencial de dar pie a interesantes desarrollos dirigidos a abrir la persecución penal a las alternativas, materializando las aspiraciones de diversión o diversificación penal para el encuentro de modalidades extra-penales de solución del conflicto basado en el delito.

En esta línea, algunos autores han llegado a plantear que sería una función del Ministerio Público la de limitar el Derecho Penal,<sup>30</sup> aspiración que sin embargo aparece seriamente contrastada con la realidad de los ministerios públicos en la experiencia comparada los que generalmente y de manera comprensible se ubican tras las políticas penales más represivas. (EEUU)

### *3.5.3 Ministerio Público y el rol simbólico de la Persecución Penal*

Otro punto de interés acerca de las posibles funciones del Ministerio Público al exterior del proceso dice relación con la conveniencia de que exista algún organismo público que se haga responsable de la persecución frente a la sociedad y que sea capaz de encarnar de alguna forma la preocupación pública por los valores que se suponen violados por el delito. Sin pretender entrar al debate profundo acerca de los fines de la pena, creo importante señalar que la incorporación del Ministerio Público en el proceso penal representa una interesante oportunidad de encarnar en un ente público los bienes jurídicos que sustentan los tipos penales y en consecuencia la persecución penal.

Este rol de asumir la responsabilidad por la persecución penal y el respaldo de los valores sociales que se verían infringidos por el delito, de canalizarse adecuadamente puede traducirse en un aumento de la seguridad subjetiva. El simple hecho de existir más agentes estatales encargados de velar por la aplicación de la ley penal debiera ampliar el acceso de la ciudadanía a la denuncia y la persecución,<sup>31</sup> posibilitando de esta forma una mayor conciencia en la ciudadanía de que el rompimiento del supuesto orden en que se sustenta la norma penal trae aparejado algún tipo de reacción estatal, revalidando en la medida de lo posible el valor del respeto a la norma penal.

---

<sup>30</sup>En esta línea ver Becerra, Nicolás, *El Ministerio Público y los Nuevos Desafíos de la Justicia Democrática*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 1998.

<sup>31</sup>Esta situación de mejoramiento en el acceso a la denuncia puede resultar compleja ya que puede traducirse en un incremento de las estadísticas criminales y en consecuencia de un empeoramiento de la evaluación oficial de la criminalidad.

Resulta necesario destacar sobre este punto el hecho de que esta reacción estatal provenga de un organismo de persecución específico y no de los tribunales. Tal como hemos señalado, los tribunales están llamados a una función principal diversa que se ve complementada por la persecución, esta función principal es la de juzgar. La sociedad no debe esperar de sus tribunales la encarnación de los valores de la persecución directa y apasionada, sino la evaluación tranquila y objetiva propia del acto jurisdiccional. La diversidad de enfoques y la separación clara de ambas funciones públicas, debe contribuir a revelar la importancia y complementariedad de cada una de ellas, presentando ante la ciudadanía claridad de roles y por tanto de responsabilidades.

#### *3.5.4 Ministerio Público y Política de Persecución Participativa.*

Que el tema de la seguridad pública o ciudadana es tarea de todos ya constituye un lugar común. Dicho lo anterior, ¿en qué medida el Ministerio Público puede contribuir a hacer de esto una realidad al menos parcial? Es claro que el problema de la seguridad ciudadana es complejo y multidimensional y que la política de persecución de delitos poco puede incidir en los índices de criminalidad, apuntando las soluciones más al tema de la prevención que a la persecución y represión.

Ahora bien, en el rango que corresponda y especialmente en el ejercicio de la discrecionalidad reglada permitida por el proyecto, el Ministerio Público debiera ilustrar sus criterios de oportunidad, archivo provisional, suspensión condicional y demás facultades discrecionales en base a procesos lo más participativos posible, de manera de concordar criterios no sólo con los demás actores del sistema penal, tribunales, gendarmería, policía, etc. sino también con los cuerpos sociales, asociaciones y grupos intermedios varios. Todos estos actores deben contribuir a iluminar la discrecionalidad garantizada al Ministerio Público en el ejercicio de sus atribuciones, disminuyendo el riesgo de una mera reproducción legalista y alejada de la realidad y necesidades concretas de persecución, que profundice la brecha entre los énfasis de persecución deseados por el cuerpo social y la aplicación de las herramientas legales y alternativas a la persecución.

Esta fluida interacción del Ministerio Público con los demás actores del sistema penal y con la comunidad organizada, debiera contribuir además a un proceso recíproco de educación en materia de criminalidad, abriendo el debate a toda la complejidad y dramatismo que se esconde actualmente bajo el secreto del expediente escrito.

Este proceso social educativo sin duda permitirá poner de manifiesto aquellos

valores sociales que subyacen la regulación penal, valores muchas veces ignorados o no adecuadamente visualizados por el debate fácil y efectista que rodea el tratamiento mediático del conflicto penal. Será pues, del Ministerio Público crear estos canales o vías de comunicación, fomentarlos y alimentarlos.

## CONCLUSIONES

La creación del Ministerio Público Penal y el establecimiento de una estructura acusatoria de enjuiciamiento criminal sin duda presenta una serie de complejidades y desafíos para nuestro actual esquema de interacciones en el ámbito procesal penal. Las funciones principales de ejercer las acciones penales y dirigir la investigación se presentan como el núcleo central desde el cual el Ministerio Público debiera proyectar su acción.

Al interior del proceso, el Ministerio Público debe ser capaz de liberar al juez de la investigación para permitirle ser juez, deberá propender a la desformalización de la investigación, buscando la focalización del control penal de acuerdo a criterios objetivos, sustentados técnicamente y en miras a la correcta administración de los recursos siempre escasos del proceso, la pena y la cárcel.

Fuera del proceso y frente a la ciudadanía, el Ministerio Público debe ser capaz de hacerse responsable de la persecución penal, encarnar sus valores y propender al aumento de la juridicidad o legalidad de la acción policial.

Ahora bien, en el logro de las expectativas creadas en torno a su creación, más temprano que tarde los fiscales se toparán con problemas de tipo estructural que están presentes en la sociedad chilena, problemas que sin duda trascienden lo procesal penal y que se relacionan directamente a condiciones sociales, económicas y políticas de un país relativamente nuevo y en plena creación. Problemas de base que debieran seguir impactando la forma de hacer justicia, justicia que plasmada en las decisiones de los tribunales trata de congeniar la retórica legal y la realidad social.

El juicio oral plantea un terreno fértil para la apertura de un necesario diálogo social en el cual se encuentren y discutan los dramas y valores que se ubican en el centro de nuestra convivencia. Realidades muchas veces olvidadas por el público y sus autoridades, realidades complejas con las cuales el actual juez convive a diario en el secreto de los expedientes.



# «La protección del medio ambiente y las relaciones comerciales internacionales, una perspectiva desde Chile»

---

DOMINIQUE HERVÉ ESPEJO

Abogada, Master en Derecho Ambiental (LL.M). Universidad de Londres

MARIE CLAUDE PLUMER BODIN

Abogada, Especialista en Relaciones Económicas Internacionales

---

*Este artículo abordará la relación entre comercio internacional y medio ambiente. En primer lugar, nos referiremos a la discusión internacional sobre esta relación. Discusión que ha cobrado importancia en los últimos años en el mundo, y que se podría explicar indicando que esta relación dual se puede manifestar en diversos planos, tales como la cuestión del posible daño al medio ambiente que podría producirse con la internación de productos importados y la eventual pérdida de competitividad que enfrentan los países que imponen estándares, normas y políticas ambientales estrictos frente a los que no lo hacen. Luego se abordarán aspectos generales de la inserción de Chile en la economía global. Paso seguido, se analizarán los acuerdos comerciales con incidencia ambiental, en los que Chile ha tenido participación, entre ellos, el proceso de negociación de Chile para acceder al TLC o NAFTA, el Acuerdo de Cooperación Ambiental Chile- Canadá y el Mercosur. A continuación nos referiremos a los acuerdos ambientales con incidencia comercial, especialmente el Protocolo de Montreal, desde la perspectiva chilena.*

---

## 1. RELACIÓN ENTRE COMERCIO INTERNACIONAL (GATT/OMC) Y MEDIO AMBIENTE

**E**l Acuerdo General de Comercio y Tarifas (GATT) fue adoptado en 1947 como un acuerdo internacional para promover el comercio entre los Estados, reducir los aranceles aduaneros y prevenir las barreras al comercio. Este tratado no incluyó referencia alguna a la protección del medio ambiente. Acuerdos complementarios<sup>1</sup> al GATT han sido adoptados en las décadas siguientes, contribuyendo al perfeccionamiento del sistema, aunque siempre considerando el tema ambiental en forma marginal. Incluso el Acuerdo en virtud del cual se crea la Organización Mun-

---

<sup>1</sup> Por ejemplo: *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; Acuerdo sobre Barreras Técnicas al Comercio.*

dial de Comercio (OMC), resultado de las negociaciones de la Ronda de Uruguay realizadas entre los años 1986 y 1994, y que reconoce en su preámbulo el objetivo del desarrollo sustentable, no establece disposiciones de protección ambiental.

Esta aproximación al tema es consistente y refleja la poca importancia que se le ha dado dentro del régimen del GATT a la política, derecho y economía ambiental. En efecto, la prioridad de este sistema siempre ha sido el asegurar buenas condiciones para la globalización de las economías sin considerar la necesidad de incorporar el criterio de sustentabilidad en el crecimiento y desarrollo económico facilitado por el libre comercio<sup>2</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, desde la Cumbre de Río de 1992 al menos existe un consenso político en la comunidad internacional en cuanto a que los problemas del medio ambiente están estrechamente vinculados a temas relacionados con el derecho internacional comercial y su estructura reguladora.

En este contexto y considerando que en los últimos años se ha expandido la producción de bienes aumentando la presión sobre los recursos naturales renovables y no renovables, es que se dice que el debate entre comercio y medio ambiente se refiere a la relación que existe entre dos intereses en conflicto o dos objetivos opuestos: la liberalización del comercio y la protección ambiental.<sup>3</sup> De esta manera han surgido dos posiciones alternativas muy claras al respecto<sup>4</sup>. Para los grupos ambientalistas la preocupación que surge con frecuencia es que la apertura, definida en términos de liberalización de los regímenes de comercio e inversión extranjera, tendería a aumentar el deterioro ambiental en los países en desarrollo. Esto se basa en que, por una parte, aumentaría la explotación de recursos naturales, pues en ellos se basan principalmente las exportaciones de estos países, y una liberalización va acompañada de una fuerte promoción de las exportaciones. Por otra parte, los ambientalistas también temen un aumento en contaminación industrial en los países en desarrollo producto de la migración de industrias contaminantes desde países con regulaciones

---

<sup>2</sup> Charles Arden-Clarke (1991), *The General Agreement on Tariffs and Trade, Environmental Protection and Sustainable Development*, WWF International Discussion Paper, p.10.

<sup>3</sup> Véase en relación al debate entre comercio y medio ambiente: Cameron, Demaret & Geradin, ed., (1994), *Trade and the Environment. The Search for Balance* (Cameron May, London); John Jackson (1992), *World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?*, Washington and Lee Law Review, Vol. 49, N°.4; Steve Charnovitz (1993), *Environmentalism confronts GATT Rules. Recent Developments and New Opportunities*, Journal of World Trade, Vol.27, N°2; Steve Charnovitz (1991), *Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX*, Journal of World Trade, Vol.25 No.5; Thomas Schoenbaum (1992), *Free International Trade and Protection of the Environment: Irreconcilable Conflict?*, The American Journal of International Law, Vol.86.

<sup>4</sup> CONAMA, *Comercio Internacional y Medio Ambiente. Contexto Normativo e Institucional*, Documento de Trabajo N°5, Serie Economía Ambiental, 1998.

ambientales más estrictas. Los defensores del libre comercio, en cambio, señalan que el deterioro ecológico proviene de la producción y el consumo de bienes y no del comercio internacional en sí. La apertura comercial presiona a los países en desarrollo a efectuar inversiones en tecnologías más limpias, puesto que los consumidores de países desarrollados están cada vez más preocupados por el desempeño ambiental de un producto. Sin embargo, el problema más importante en la relación comercio/medio ambiente es el concepto de “externalidades”. Por lo tanto, gran parte del debate se centra en cómo internalizar los costos de protección ambiental. Esto implica generalmente una confrontación entre incentivos estatales y reglas de liberalización del comercio, que implican problemas legales e institucionales que deben ser resueltos.

A pesar de la importancia de la discusión, este debate aún no encuentra una solución normativa. El régimen GATT/OMC carece de normas sustantivas para la protección ambiental y no ha sido capaz de crear o adaptar normas comerciales para hacerse cargo de las crecientes preocupaciones ambientales. Esta situación ha llevado a conflictos legales y políticos que han sido discutidos tanto a través del Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC como del Sistema de Solución de Controversias.

### 1.1 Régimen normativo del GATT/OMC

Los principios fundamentales del régimen GATT/OMC están recogidos en las siguientes normas:

a) El Artículo I sobre la *no discriminación y el tratamiento general de la nación más favorecida*. Por este artículo, todos los productos de características similares deben tratarse de la misma manera, independientemente de su lugar de origen. Es decir, cualquier ventaja comercial concedida por un país a otro debe hacerse extensiva a todas las partes del GATT.

b) El Artículo III, por su parte, exige que una vez que el producto haya entrado en un mercado nacional, tiene que ser *tratado de manera no menos favorable que los productos nacionales similares*. En este sentido, el significado del término “productos similares” constituye uno de los aspectos más difíciles de resolver en el debate entre comercio y medio ambiente. Algunos Paneles del GATT han señalado<sup>5</sup> que medidas restrictivas del comercio en contra de un producto basándose en diferencias relacionadas con los métodos de producción, en la medida que no se reflejan en las características de los productos finales, son discriminatorias en contra de “productos similares”. Por ejem-

---

<sup>5</sup> Casos asunto de los delfines y asunto de las tortugas, ver punto I.3.

plo, medidas como la prohibición de importación de productos de atún, basada en que el proceso de pesca involucra la captura incidental de delfines; pieles obtenidas a través de trampas para animales; langostas cuyo proceso de pesca involucra métodos que matan a las tortugas de mar, son todas medidas que se refieren a los métodos de producción y no a los productos finales. Por lo tanto, la adopción de medidas comerciales ambientales basadas en los métodos de producción es difícil de justificar en el actual contexto del régimen GATT/OMC.

A pesar que el GATT no establece explícitamente en estos artículos ni en ninguna otra parte que el comercio debe tener preferencia sobre las preocupaciones ambientales, y que las excepciones a estas normas ofrecieron inicialmente esperanzas a los ambientalistas de la existencia de una excepción “verde” a los principios del GATT, las interpretaciones judiciales y políticas han dicho lo contrario. En efecto, las principales excepciones a los principios generales del GATT desde un punto de vista ambiental están contenidas en los Artículos XX(b) y XX(g). El Artículo XX(b) provee de una excepción a los principios del libre comercio ya enunciados con relación a aquellas medidas comerciales “necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”. Por su parte, el Artículo XX(g) excepciona aquellas medidas “relativas a la conservación de los recursos naturales agotables a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional”. Ambas excepciones están sujetas al requisito de que tales medidas no constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevaalezcan las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio internacional.

Estas excepciones podrían, en teoría, permitir a los países apartarse de los principios fundamentales para lograr ciertos objetivos políticos. Surge eso si, el problema del alcance geográfico del Artículo XX, ya que no especifica dónde debe localizarse el objetivo de las medidas ambientales (si en el territorio del país importador o también fuera de dicho territorio).

En todo caso, los Paneles<sup>6</sup> del GATT han interpretado consistentemente estas excepciones de manera restrictiva limitando el alcance de la protección ambiental.

## 1.2 Comité de Comercio y Medio Ambiente

Este Comité fue creado en 1994 como una forma de incorporar los temas ambientales y de desarrollo sustentable en el trabajo de la OMC, aspectos que no

---

<sup>6</sup> Véase el punto I.3.

fueron incluidos en las negociaciones de la Ronda de Uruguay. Expertos en medio ambiente temían que la OMC no fuese un foro adecuado para manejar los conflictos entre comercio y medio ambiente si no se modificaba sustancialmente el sistema en su conjunto, incluyendo el Sistema de Solución de Controversias. En efecto, el caso entre Estados Unidos y México<sup>7</sup> que se centró en el uso de medidas unilaterales con el objeto de cambiar políticas ambientales en otros países demostró que el uso de estas medidas no era considerado consistente con las normas del GATT. El mandato del Comité fue formulado entonces con el objeto de establecer la relación existente entre las medidas comerciales y las medidas ambientales con el fin de promover un desarrollo sustentable y de hacer recomendaciones oportunas sobre si son necesarias modificaciones de las disposiciones del sistema multilateral del comercio en este sentido.

El primer informe de este Comité fue sometido a discusión en la primera reunión ministerial de la OMC, en diciembre de 1996. Fue considerado un producto decepcionante, sin substancia y sin mayores modificaciones a las normas de la OMC. Además, cabe resaltar que en el proceso de deliberaciones no se incluyó la participación de muchos actores que habrían otorgado un balance en la búsqueda de soluciones, como es el caso de los países en desarrollo y de las ONGs. En efecto, los países en desarrollo no participaron en el debate de todos los puntos de discusión de la Agenda del Comité<sup>8</sup>, sino que focalizaron su atención fundamentalmente en aspectos relacionados con el acceso a los mercados. Esto se debió al vínculo existente entre el acceso a los mercados, la mayor riqueza y bienestar económico y la mejor protección ambiental.

Por otra parte, las ONGs no fueron invitadas por el Comité a participar y proporcionar información que pudiese haber puesto más presión para responder a las preocupaciones de los países en desarrollo.

<sup>7</sup> Basado en la prohibición de importación de productos de atún originarios de México en el mercado de los Estados Unidos, debido a que el proceso de pesca involucraba la captura incidental de delfines.

<sup>8</sup> La Agenda del Comité incluía once temas, entre los cuales cabe mencionar: Relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre medio ambiente; relación entre las políticas ambientales relacionadas con el comercio, las medidas ambientales que tengan efectos comerciales significativos, y las disposiciones del sistema multilateral del comercio; relación entre los mecanismos de solución de controversias del sistema multilateral de comercio y los previstos en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente; efecto de las medidas ambientales en el acceso a los mercados, especialmente en lo relativo a los países en desarrollo, en particular los menos adelantados, y los beneficios resultantes para el medio ambiente de la eliminación de las restricciones y distorsiones del comercio; aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio; y participación de las ONGs en la OMC.

Los resultados del Comité han sido entonces decepcionantes fundamentalmente porque no se han adoptado recomendaciones para modificar las normas del régimen GATT/OMC ni para obtener interpretaciones de autoridad con relación a aspectos conflictivos tales como la legalidad de las medidas comerciales adoptadas en conformidad a Tratados Ambientales Multilaterales.

En resumen, el Comité no ha aportado ni generado un avance claro en la discusión de los problemas entre comercio y medio ambiente bajo el régimen del GATT/OMC.

### 1.3 Sistema de Solución de Controversias

El Sistema de Solución de Controversias adoptado por la OMC es fundamental para su funcionamiento. El nuevo acuerdo ha simplificado y reforzado este sistema en relación con los procedimientos previos del GATT. Cualquier Estado Miembro puede presentar una queja en contra de otra parte y un Panel de Solución de Controversias será citado para llegar a una decisión. Antes que este nuevo sistema fuese acordado, se requería el consenso de todas las partes contratantes para adoptar una decisión del Panel. De hecho, en dicho sistema cualquier Estado Miembro (incluyendo la parte perdedora) podía bloquear una decisión adversa debido a que se requería de unanimidad para hacer efectiva y obligatoria una decisión. Bajo el nuevo sistema, en cambio, si un Estado decide no sujetarse a una decisión del panel, la OMC permite a sus miembros la imposición de sanciones económicas a ese país. Además, el nuevo régimen establece que todas las decisiones de los Paneles serán adoptadas automáticamente dentro de sesenta días a menos que las partes, en consenso, voten en su contra. Opción que en la práctica resulta políticamente poco realista.

Considerando que el Comité de Comercio y Medio Ambiente no ha otorgado claras recomendaciones en cuanto a la relación entre comercio y medio ambiente y que el régimen jurídico del GATT/OMC carece de normas sustantivas para lograr el desarrollo sustentable y la protección ambiental, es que resulta necesario referirse a las interpretaciones judiciales otorgadas por los órganos de solución de controversias con relación a aspectos de comercio y medio ambiente.

Diversos paneles para la solución de controversias han sido establecidos para casos que se relacionan directa o indirectamente con conflictos ambientales internacionales relevantes. La primera decisión ambiental tuvo lugar en 1982<sup>9</sup>, pero sin duda los casos más notables en este sentido han sido los relativos al “asunto de los delfines”

---

<sup>9</sup> Caso entre Canadá y Estados Unidos.

o la *prohibición de la importación del atún*, que tuvieron lugar en 1991 y 1992. Posteriormente, desde que el nuevo sistema de Solución de Controversias entró en vigor en 1994<sup>10</sup>, tres casos claves para el debate comercio/medio ambiente han sido resueltos: el *Caso sobre las Hormonas en la Carne*, el *Caso sobre la Gasolina* y el *Caso sobre las Tortugas*.

En los casos relativos a la *prohibición de importación del atún* el órgano de solución de controversias del GATT concluyó que la prohibición impuesta por los Estados Unidos a la importación del atún originario de México, debido a que el proceso de pesca involucraba la captura incidental de delfines, no estaba de acuerdo con el régimen del GATT y no permitía invocar las excepciones del Artículo XX. Las razones del Panel para adoptar esta decisión fueron que la prohibición en cuestión constituía una medida comercial dirigida a la conservación de recursos fuera del territorio de los Estados Unidos; que los Estados Unidos no logró demostrar que la medida estaba dirigida *primordialmente* a la conservación; y que la prohibición discriminaba en cuanto al método de producción y no a las características mismas del producto final. Un segundo Panel fue convocado con el objeto de resolver el problema de la importación de atún desde México a través de terceros Estados, afectando por lo tanto a los importadores europeos del atún mexicano. La decisión de este segundo Panel reflejó la misma postura adoptada por el primero, a pesar que el razonamiento efectuado fue diferente puesto que el problema aquí discutido fue que las medidas destinadas a forzar un cambio en la política interna de terceras partes no eran justificables bajo las excepciones del Artículo XX (b) o (g).

Ambos casos relativos a la prohibición de importación del atún fueron discutidos antes de la entrada en vigencia del nuevo Sistema de Solución de Controversias y no fueron adoptados por los países partes del GATT. Técnicamente, por lo tanto, no tuvieron un efecto legal obligatorio. Sin embargo, sentaron precedente para el posterior razonamiento de los órganos de solución de controversias (que ha utilizado los precedentes cada vez más como un factor de peso al momento de decidir) y para el reclamo generalizado del público en contra del proceso de solución de controversias del GATT. Se critica el que éste sea realizado a puertas cerradas, y que no permitiese la participación de ningún tercero en la discusión de estos casos. En efecto, muchos ambientalistas argumentan que la operación del GATT es en general muy ajena a los mecanismos democráticos. Señalan que los procedimientos del GATT en general no permiten reuniones abiertas, restringen el libre acceso a los documentos y

<sup>10</sup> Casos anteriores a 1994 relacionados con aspectos ambientales internacionales son: *Caso sobre impuestos a sustancias químicas por EEUU* (1987); *Caso del Salmón Canadiense* (1988); y el *Caso sobre las restricciones de Tailandia en la importación de cigarrillos* (1990).

que no hay información disponible en detalle para el público sobre la formulación de políticas y normas<sup>11</sup>. Los ambientalistas también señalan que el proceso completo de solución de controversias es defectuoso puesto que impide que grupos de la sociedad civil presenten y formulen argumentaciones que algunos gobiernos pudiesen no querer escuchar.<sup>12</sup> Por último, indican que los Paneles del GATT no tienen los conocimientos científicos ni ambientales requeridos para balancear el libre comercio con el medio ambiente. Por lo tanto, no cabe duda que el Sistema de Solución de Controversias del GATT/OMC ha sido fuertemente cuestionado en cuanto a sus procedimientos “antidemocráticos”. Sin embargo, la situación puede estar cambiando actualmente puesto que por primera vez se ha admitido la participación del público en la discusión del “asunto de las tortugas”, en el cual tres presentaciones del público fueron aceptadas.

El *Caso sobre la Gasolina* (1996) fue el primer conflicto en llegar al Órgano de Apelación del nuevo Sistema de Solución de Controversias. Este conflicto tuvo su origen en un reclamo presentado por Brasil y Venezuela en contra de ciertas normas establecidas por los Estados Unidos relativas a estándares para la gasolina. La discusión se centró en si las especificaciones extremadamente técnicas establecidas por la EPA para la gasolina a ser vendida en territorio norteamericano, y que eran aplicables a los importadores y refinadores de Estados Unidos, eran discriminatorias. Estas normas fueron dictadas con el objeto de frenar el daño a la capa de ozono y la contaminación en ciudades norteamericanas, situaciones que eran producidas a raíz de emisiones de vehículos. La forma en que los Estados Unidos quiso lograr este objetivo fue considerada como proteccionista por sus vecinos productores de petróleo y fue atacada como discriminatoria a favor de las multinacionales norteamericanas. El Panel decidió que las normas en cuestión constituían una barrera para el comercio de productos extranjeros. En la apelación se llegó a la misma conclusión aunque con fundamentos diferentes. El Órgano de Apelación sostuvo que las medidas para descontaminar el aire eran medidas legítimas de política ambiental que cumplían con los requisitos necesarios para constituir una excepción de las indicadas en el Artículo XX (b) o (g)<sup>13</sup>. Pero el caso fue decidido en referencia al encabezado del

<sup>11</sup> John Jackson (1994), *Greening the GATT: Trade Rules and Environmental Policy*, en James Cameron (ed.), *Trade and Environment: The Search for Balance*, (London: Cameron May Ltd.) p. 42.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.43.

<sup>13</sup> Este caso es el primero en sostener el punto de vista que una medida comercial con objetivos ambientales cumple con los requisitos del Artículo XX (g). Por lo tanto, este fallo puede ser considerado como el más importante dentro del Sistema de Solución de Controversias de la OMC hasta la fecha, en el tema ambiental.

Artículo XX, puesto que se consideró que al no haber consultado previamente a los países afectados, Estados Unidos había incurrido en una discriminación injustificable y en una restricción encubierta al comercio internacional. Esta decisión puede ser vista simultáneamente como una interpretación amplia y restrictiva del Artículo XX. En efecto, al mismo tiempo refuerza la importancia de las excepciones ambientales al libre comercio, y restringe la aplicación del Artículo XX a través de una interpretación más rigurosa de su encabezado.<sup>14</sup> Esto significa que la medida fue considerada o caracterizada como ambiental e inconsistente con el libre comercio, no por su naturaleza, sino que porque Estados Unidos podría haber sido menos arbitrario antes de adoptar la medida.

En el *Caso sobre las Hormonas en la Carne* (1998) Estados Unidos impugnó exitosamente, en primera instancia, la Directiva de la Comunidad Europea que prohibía la importación de la carne inducida mediante hormonas. Sin embargo, el Órgano de Apelación modificó partes de la sentencia. Estados Unidos sostenía que utilizaba hormonas mediante un método que era completamente seguro para el consumo humano, que la Comunidad Europea no tenía base científica alguna para dictar la Directiva en cuestión y que ésta perjudicaba las exportaciones de carne de los Estados Unidos a Europa. El Panel consideró que la prohibición europea era inconsistente con el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. El Órgano de Apelación aún cuando confirmó la mayoría de las conclusiones del Panel, aceptó el argumento de la Comunidad Europea en el sentido de la relevancia del principio precautorio, el que sin embargo, no excluía el cumplimiento de ciertas obligaciones bajo el Acuerdo ya mencionado. Esta decisión no implicó una interpretación jurídica acerca del carácter del principio precautorio en el derecho internacional pero sí constituye una afirmación de que dicho principio se encuentra incorporado en el Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y que tiene aplicación general en el régimen de libre comercio.

Finalmente, el *Caso sobre las Tortugas* (1998) consiste en una controversia entre Tailandia, Malasia, India y Pakistán en contra de Estados Unidos con relación a una normativa que exige el uso de dispositivos especiales (Turtle Excluder Devices, TEDS) en la pesca de langostas cuando éstas sean exportadas a los Estados Unidos. Este caso puede ser catalogado como un caso de conservación y ha sido la última controversia ambiental. Los principales hechos del caso son: que las tortugas de mar son animales altamente migratorios que viajan entre los países reclamantes; que las tortugas de mar son patrimonio común de la humanidad y no constituyen un recurso de

<sup>14</sup> James Cameron y Karen Campbell, *Challenging the Boundaries of the DSU through Trade and Environment Disputes*, Dispute Resolution in the WTO (1998), p.211.

ningún Estado en particular; que la mortalidad de las tortugas de mar aumenta rápidamente durante las estaciones de pesca de langosta; que los programas de conservación no son suficientes para prevenir la futura disminución de las poblaciones de tortugas; que los TED son baratos y efectivos; y que, además, han sido suministrados por el gobierno de los Estados Unidos sin costo para los destinatarios. El Panel del GATT consideró que la prohibición de los Estados Unidos de importación de langostas o productos de langostas era inconsistente con el GATT 1994 y no podía justificarse como una excepción del Artículo XX. El Órgano de Apelación revirtió la decisión del Panel y consideró que la medida sí cabe dentro de la excepción del Artículo XX(g) pero no cumple con los requisitos del encabezado del artículo. A pesar que el lenguaje utilizado por el Órgano de Apelación es similar al utilizado en el caso del atún, el razonamiento fue diferente, puesto que las preguntas analizadas fueron más bien la existencia de una discriminación injustificada o arbitraria, la de restricciones encubiertas al comercio internacional, y más específicamente, la unilateralidad de las medidas. De hecho, pareciera que si los Estados Unidos hubiese simplemente realizado un esfuerzo para resolver el conflicto antes de imponer sanciones económicas unilateralmente, probablemente la decisión hubiese sido diferente.

De los casos recientemente expuestos podemos concluir que los aspectos principales que han surgido en las interpretaciones judiciales del debate comercio/medio ambiente incluyen los siguientes: la existencia de discriminaciones arbitrarias o injustificadas; restricciones encubiertas al comercio internacional; la interpretación del requisito de necesidad y del objetivo primordial de conservación de recursos naturales agotables; la unilateralidad de las medidas; la protección del medio ambiente nacional o de otros países; y la protección del medio ambiente más allá de la jurisdicción nacional.

Existe en las interpretaciones judiciales mencionadas cierta falta de coherencia o consistencia, aunque resulta incuestionable que la tendencia ha sido interpretar las excepciones ambientales al régimen del GATT en forma muy restrictiva.

## 2.- INSERCIÓN DE CHILE EN LA ECONOMÍA GLOBAL

La relación entre comercio y medio ambiente, adquirió especial relevancia en la discusión pública chilena con la posible adhesión de Chile al NAFTA (North American Free Trade Agreement)<sup>15</sup>. Por tanto, estamos ante una discusión interna muy incipiente, que sólo se tuvo con gran intensidad entre los años 1994 y 1996, para luego no

<sup>15</sup> Eduardo Dockendorff V. *Regulaciones Ambientales en las Relaciones Económicas Internacionales y su Importancia para Chile*, Centro de Estudios del Desarrollo, 1993, p. 12.

seguir abordándolo en términos tales que permitan ir formando una opinión de país respecto a la relación comercio y medio ambiente, y a la forma de cómo se enfrentará Chile ante los futuros requerimientos internacionales. Lo anterior, es sin perjuicio que en el año 1998, la Comisión Nacional del Medio Ambiente<sup>16</sup>, determinó cuáles serán, en esta materia, las políticas ambientales que liderará el Gobierno para aspirar a un desarrollo sustentable<sup>17</sup>.

Esto significa que Chile no ha sido la excepción en relación a los demás países de América del Sur. La preocupación por la protección ambiental no ha sido, al menos, en los momentos de mayor crecimiento económico, la preocupación sustancial. Ella no estaba en las prioridades a ser abordadas en los procesos de toma de decisiones. Los objetivos eran distintos: empleo, fortalecimiento de la economía, etc. La preocupación ambiental en nuestro país, por tanto, es relativamente reciente y, muy reciente es, la consideración de esta variable en los procesos de negociación de los acuerdos comerciales con terceros países.

La plena inserción de Chile en los mercados mundiales ha sido un proceso que se ha consolidado en los últimos diez años. Luego de una economía cerrada, comprendida entre la década de los treinta hasta fines de los cincuenta, basada en el fortalecimiento de la industria interna y en la sustitución de las importaciones<sup>18</sup>, Chile inicia una progresiva entrada en los mercados internacionales. Es así como en la década del sesenta, la voluntad del entonces Presidente de Chile, Eduardo Frei Montalva, era, en el ámbito internacional, la de “integrarse”, como una “forma de resolver simultáneamente la autonomía política y la independencia económica”<sup>19</sup>. Ejemplo de esto último, es la creación del Pacto Andino; el apoyo a la Comisión Económica

---

<sup>16</sup> La Comisión Nacional del Medio Ambiente es la Agencia Ambiental de Chile.

<sup>17</sup> El Gobierno profundiza los esfuerzos para complementar y potenciar las políticas económicas- especialmente la relativa a comercio internacional con la política ambiental en el ámbito nacional, regional e internacional.

Esto exige mejorar la coordinación de las políticas, el diseño de instrumentos complementarios y, especialmente, la armonización de las negociaciones y acuerdos, así como los procedimientos de solución de controversias ambientales y comerciales con los lineamientos de la Organización Mundial de Comercio. La participación activa de Chile en foros internacionales como la OMC, y regionales como APEC y MERCOSUR, presentando una postura país frente a los temas ambientales en el comercio exterior, es un elemento importante de este objetivo. Para ello es necesario mantener una coordinación permanente entre CONAMA y el Ministerio de Relaciones Exteriores”. Documento, *Política Ambiental para el Desarrollo Sustentable*, CONAMA/ Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Enero de 1998.

<sup>18</sup> El período histórico conocido como sustitución de importaciones alcanzó su auge y caída aproximadamente durante los años 1964 y 1973. Pablo Camus/ Ernst R. Hajek, *Historia Ambiental de Chile*, 1998, pp. 381- 386.

<sup>19</sup> Francisco Rojas A, «Chile: cambio político e inserción internacional, 1964-1997», *Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, Julio- Diciembre 1997, p. 383.

Latinoamericana (CECLA) (órgano de consulta y coordinación de políticas de carácter latinoamericano que buscó promover el diálogo Norte-Sur para superar los problemas del subdesarrollo regional) y, el apoyo a la creación del CIPEC (agrupación de países productores de cobre).

A fines de los años sesenta e inicios de los años setenta, Chile vivía un momento de profundo cambio político y social. En todo caso, la política exterior del gobierno de la época, denominado de la Unidad Popular, no se apartó de los elementos centrales que constituían las bases fundamentales de la política exterior chilena y que dieron continuidad y coherencia a la preponderancia del modelo estatal<sup>20</sup>.

Ahora bien, el proceso de inserción internacional chileno no estuvo exento de altibajos y conflictos. Gran retroceso representa, por ejemplo, el período comprendido entre 1973-1990, período que si bien, se caracteriza por un desarrollo económico elevado y la liberalización de la economía interna, no representó avances en torno a alianzas político- comerciales con países de relevancia o grupos de países, que permitieran a Chile insertarse verdaderamente, en la vertiginosa internacionalización de las economías nacionales<sup>21</sup>. Sin embargo, la persistencia en la apertura económica, en la orientación exportadora y en la búsqueda de las ventajas comparativas, generaron las bases para una nueva inserción económica internacional de Chile. Efectivamente, durante el período 1973-1990, se efectuaron cambios estructurales en el Estado y en la economía nacional. Dichas transformaciones tuvieron un alto costo social<sup>22</sup>. El proceso de recuperación económica se alcanzó en el período final del gobierno militar, el cual se profundizó y amplió con la apertura democrática a partir de 1990.

Con el retorno de la democracia, Chile inicia un fuerte proceso de reinserción internacional<sup>23</sup>. Se adopta como política de gobierno, la necesidad de relacionarse con el mayor número de países, idealmente, a través de acuerdos bilaterales y, bajo la premisa de no formar parte de grupos de integración o bloques comerciales cerrados. El objetivo, no tener barreras, ni políticas, ni económicas, que condicionen la asociación con determinado país. Chile se planteó como meta lograr un nivel de crecimiento económico que le permita, en una década, romper la brecha que lo separa de los países desarrollados y superar los todavía significativos niveles de po-

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Lo anterior es relevante no sólo como dato histórico, respecto a la evolución de las relaciones económico internacionales de Chile en los últimos 25 años, sino también para comprender que en los años 1990 y siguientes, con el retorno de la democracia en Chile, la imagen de un *Chile lleno de oportunidades*, y a su vez, la gran expectativa que generaba por parte del resto de los países, generó una muy buena recepción e iniciativas de las economías mundiales.

<sup>22</sup> Francisco Rojas A., op.cit.

<sup>23</sup> Ibidem.

breza. El camino elegido fue reforzar la apertura económica y desarrollar una vinculación creciente con los mercados mundiales<sup>24</sup>. En este sentido, es posible citar, por ejemplo, que uno de los objetivos centrales del gobierno de transición fue reinsertar a Chile en el lugar que históricamente se había ganado en la comunidad internacional, fijándose como metas, entre otras la de: universalizar nuestras relaciones internacionales; impulsar la integración económica y la concertación política latinoamericana y, desarrollar una política económica externa abierta y moderna que vincule a Chile con los núcleos dinámicos de crecimiento e innovación tecnológica<sup>25</sup>.

Algunos autores denominan este período de la política exterior chilena como “regionalismo abierto”, el cual se manifiesta en el imperativo aceptado de realizar esfuerzos conducentes a mejorar la inserción internacional de los países de la región e incorporarse a mercados globalizados o a otros bloques económicos que sean funcionales con los planes de integración subregional o regional<sup>26</sup>, es decir, una estrategia comercial de negociación regional y bilateral<sup>27</sup>. Son expresión de ello: la suscripción de innumerables Acuerdos de Complementación Económica (ACE) suscritos por Chile<sup>28</sup>. Estos acuerdos son bilaterales, de carácter comercial, y suscritos bajo el alero de la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración); el ingreso al Foro del APEC (Foro de Cooperación Económica del Asia Pacífico), que es un foro de cooperación de carácter comercial<sup>29</sup>; la suscripción del Acuerdo bilateral entre Chile y la Unión Europea<sup>30</sup>; la suscripción del ACE Chile-Mercosur, etc. Ahora bien, en todos estos acuerdos, no existe una preocupación especial por la protección del medio ambiente, salvo referencia expresa en el Acuerdo con la Unión Europea<sup>31</sup>, y recientemente el Acuerdo de Cooperación Chile-Canadá.

---

<sup>24</sup> Pablo Villarroel, «Riesgos y Desafíos Ambientales de la Inserción de Chile en la Economía Global», *Revista Ambiente y Desarrollo*, Diciembre, 1994, pag. 7.

<sup>25</sup> Francisco Rojas A., op.cit.

<sup>26</sup> Jorge Grandi, «Déficit democrático y social en los procesos de integración», *Revista Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, N°119-120, 1997, p. 436.

<sup>27</sup> *Acuerdo de Complementación Económica CHILE-MERCOSUR*, Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, 1996.

<sup>28</sup> Con Argentina, México, Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela.

<sup>29</sup> APEC ha incorporado progresivamente el tema ambiental en su agenda de trabajo, en la medida en que éste ha ido asumiendo un papel más destacado en las relaciones comerciales entre naciones. No existe un grupo de trabajo o comité exclusivamente dedicado al tema ambiental, aunque en el programa de liberalización de mercados, llevado a cabo por el Foro, se han ido asumiendo consideraciones al respecto.

<sup>30</sup> El proceso de fortalecimiento de las relaciones entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y Chile se desarrolla en cuatro ámbitos: diálogo político, comercio, economía y cooperación. El Acuerdo no estipula requerimientos ambientales específicos, salvo en el caso de los estándares sanitarios y fitosanitarios y a la posibilidad de cooperación en materias ambientales.

<sup>31</sup> Dicha referencia es genérica y no constituyó materia especial de negociación.

Sin embargo, algunos autores sostienen, y con razón, que luego de una primera fase de apertura económica, caracterizada por el escaso valor agregado a los productos de exportación y la baja preocupación por los problemas ambientales, el país comienza a transitar hacia la segunda fase del modelo exportador. Esta fase, que supone un mayor valor agregado en la producción, tendría como contexto una mayor presión interna y externa para proteger el medio ambiente<sup>32</sup>. Además de la diversificación de productos y destinos, esta nueva etapa, exigiría mayores niveles de calificación de la mano de obra y creciente competitividad y, un “sello” de calidad ambiental resultaría fundamental para fortalecer esta última y disponer de ventajas comparativas con otros países.

### **3.- ACUERDOS COMERCIALES CON INCIDENCIA AMBIENTAL**

#### **3.1 North American Free Trade Agreement (NAFTA) o Tratado de Libre Comercio (TLC)**

##### **a) Características Generales**

Como se indicó en los párrafos anteriores la relación entre temas ambientales y comercio internacional es algo relativamente reciente en el ámbito internacional. La experiencia del NAFTA o TLC, abrió, a nivel mundial, la discusión de si es conveniente o no, y si lo es, hasta qué medida, incorporar expresamente regulaciones ambientales en acuerdos comerciales. Dicha discusión, como se indicará más adelante fue abordada, al menos incipientemente, en Chile.

Cabe hacer presente que, los distintos tipos de acuerdos de integración o preferenciales, se clasifican en base a la amplitud de la liberación del comercio entre sus miembros y el grado de homogeneización o coordinación de sus políticas económicas, a saber, área o zona de comercio preferencial; tratado o acuerdo de libre comercio; unión aduanera; mercado común y unión económica. En un acuerdo de libre comercio se eliminan todas las barreras arancelarias y para-arancelarias para el comercio entre los países miembros. En la práctica, sin embargo, algunos bienes quedan excluidos de esta liberalización del comercio recíproco. Cada país mantiene sus propios aranceles y política comercial frente a terceros. El NAFTA o TLC es un ejemplo de este tipo de acuerdo<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Pablo Villarroel, op.cit.

<sup>33</sup> Carmen Celedón y Raúl E. Sáez, *Características y Perspectivas de los Acuerdos Regionales en las Américas de los Noventa*. Notas Técnicas CIBPLAN, p. 10.

El tratado del NAFTA o TLC, suscrito en 1992, entre Estados Unidos, Canadá y México, fue el resultado de un largo y arduo proceso de negociación que involucró a grupos ambientalistas, así como, a los intereses industriales de los países miembros del Acuerdo.

El referido Acuerdo tiene características únicas o especiales, que lo hacen diferenciarse sustancialmente de los acuerdos comerciales suscritos hasta la fecha a nivel mundial.

Efectivamente, una de las características de éste es que rompe con una tendencia tradicional de alianzas entre los países. En este Acuerdo vemos que países desarrollados y que tradicionalmente se asocian entre ellos (socios horizontales/EE.UU.-Canadá), hoy, a través del NAFTA, se unen con países en vías de desarrollo o de economías más débiles (socios verticales/EE.UU.-Canadá-México).

Otra característica relevante y especial, es que por primera vez, en la historia comercial internacional, se incorporan disposiciones expresas en materias de protección ambiental en un acuerdo de libre comercio. Así el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte, fue el primer tratado de comercio internacional en adoptar el objetivo del desarrollo sustentable como el contexto más deseable para la liberalización y expansión del comercio mundial<sup>34</sup>.

El NAFTA o TLC, está estructurado en el propio Tratado de Libre Comercio y en dos Acuerdos Complementarios, uno de carácter laboral y otro de carácter ambiental, este último es el que nos interesa para los efectos de este artículo.

El Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACAAN) especifica las obligaciones y compromisos que los países suscriptores adquieren, crea una Comisión sobre Cooperación Ambiental y contiene un mecanismo de consultas y solución de controversias, incluyendo las medidas a adoptarse en caso de resolución en contra de uno de los países parte del Acuerdo.

Los compromisos y obligaciones se refieren a las acciones destinadas a hacer cumplir las leyes y regulaciones ambientales, la publicación de éstas, las garantías de acceso del sector privado a recursos judiciales y al debido proceso, tanto judicial como administrativo. Algunas de las obligaciones generales son la elaboración y publicación periódica de informes sobre la situación ambiental, la elaboración de medidas ante posibles emergencias ambientales, el fomento de la investigación científica y el desarrollo de tecnologías en materia ambiental, la evaluación de impactos ambien-

<sup>34</sup> Sanford Malman, «Los Temas Ambientales en un Tratado de Libre Comercio entre Chile y Norteamérica», *Revista Ambiente y Desarrollo*, Septiembre 1994, p. 8.

tales y la promoción del uso de instrumentos económicos para la obtención de manera eficiente de los objetivos ambientales<sup>35</sup>.

El NAFTA o TLC, no considera obligaciones sobre niveles de protección ambiental u homogeneización de normas, regulaciones y/o leyes ambientales. En el Artículo 3 del Acuerdo Ambiental, reconoce explícitamente el derecho de cada país a establecer sus propios niveles de protección ambiental, así como sus prioridades y políticas ambientales, y, por tanto, a adoptar y modificar sus propias leyes y regulaciones ambientales. En todo caso, indica el Acuerdo, cada país deberá garantizar “altos niveles de protección ambiental”<sup>36</sup>.

La principal obligación que se adquiere al suscribir el Acuerdo es que cada país deberá, de manera efectiva, exigir el cumplimiento de sus leyes y regulaciones ambientales (enforcement). En el Acuerdo se especifican las acciones gubernamentales que deben adoptarse para ello, por ejemplo, el nombramiento y entrenamiento de inspectores, vigilar el cumplimiento de las leyes y la investigación de posibles violaciones a éstas, iniciar los procedimientos judiciales, cuasi-judiciales o administrativos para obtener sanciones o las soluciones adecuadas ante violaciones de las leyes ambientales. Esta es la única obligación cuyo incumplimiento daría lugar a una controversia y, eventualmente, a una sanción.

De lo someramente indicado en los párrafos anteriores, se desprende que las exigencias ambientales del Acuerdo son jurídicamente discutibles en cuanto se sitúan entre metas ideales y obligaciones reales. El Acuerdo asume que ya existe una legislación ambiental en el país miembro, no crea normas nuevas, y, sobre todo, conserva el principio de la soberanía de cada país miembro para fijar sus propios niveles de protección ambiental.

Es en ese contexto que durante el proceso de negociación del Acuerdo, distintos grupos de interés surgen y se hacen escuchar e influyen en la determinación del acuerdo final. A continuación se desarrollará en términos breves cuáles fueron estas opiniones.

## **b) ACAAN y los grupos de interés**

Como es de público conocimiento el NAFTA o TLC, y sus acuerdos paralelos, fueron objeto de una fuerte oposición durante el proceso de negociación. En lo

---

<sup>35</sup> Raúl E. Saez, *Disposiciones Relativas al Medio Ambiente en las Reglas del Comercio en la OMC y el Nafta*, Colección de Estudios CIEPLAN N° 44, 1996, p. 20.

<sup>36</sup> Concepto que no es definido en el Acuerdo y que ha dado margen a discusión al interior de cada país suscriptor del Acuerdo por su imprecisión.

que se refiere al ACAAN, la discusión y los conflictos producidos durante las conversaciones entre Estados Unidos y México, se originaron básicamente a partir de la opinión de grupos ambientalistas estadounidenses y también en los juicios de algunos políticos, en el sentido que un acuerdo de libre comercio es potencialmente perjudicial al medio ambiente en los Estados Unidos, porque agravaría los problemas ambientales en la zona fronteriza con México e implicaría una armonización de estándares ambientales a niveles más bajos<sup>37</sup>. De tal manera que existieron básicamente tres argumentos principales:

- i) La posibilidad que las diferencias en regulaciones ambientales y las “menores” exigencias mexicanas hacia los productores, pudiesen traducirse en una forma de competencia desleal, a través de “dumping”<sup>38</sup> ecológico, llevando a México a convertirse en un “Paraíso Ambiental”, en el sentido que sus menores exigencias le permitieran atraer empresas más contaminantes.
- ii) La posibilidad que por la misma razón México se convirtiera en “basurero” de Estados Unidos y Canadá y,
- iii) La posibilidad que fruto del Tratado, la calidad ambiental de la frontera común empeore sustantivamente.

En esta postura más crítica estuvieron organizaciones como Greenpeace, quienes consideraron que la relación entre apertura comercial y la sustentabilidad ambiental son incompatibles<sup>39</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, existieron grupos ambientalistas que apoyaron el NAFTA o TLC, como la Federación Nacional de Vida Silvestre. Estos grupos, consideraban que un comercio más libre y la protección ambiental son objetivos compatibles, así un comercio más libre, indican, eleva los niveles de ingreso, la calidad de vida y por ende la calidad ambiental<sup>40</sup>.

El gran triunfo de los grupos ambientalistas fue la incorporación de cláusulas ambientales a los acuerdos comerciales. Las futuras negociaciones de comercio de amplio espectro, al menos, al interior de Estados Unidos, muy probablemente incluirán cláusulas ambientales.

Otra materia que algunos consideran como avance o como logro en esta cuestión es la referida a que se obtuvo ciertas mejoras sobre el status quo en relación a las reglas del comercio que tienen impacto sobre el ambiente. El Acuerdo desalienta la

<sup>37</sup> Eduardo Dockendorff V, op.cit.

<sup>38</sup> Ventaja desleal en los precios basada en una incorporación baja o inexistente de los costos derivados de externalidades ambientales negativas.

<sup>39</sup> Lyuba Zarsky, «La política después del NAFTA», *Revista Ambiente y Desarrollo*, Diciembre 1994, p. 62.

<sup>40</sup> Ibidem.

creación de “paraísos de contaminación” y otorga prioridad a las obligaciones adquiridas a través de los acuerdos ambientales internacionales como el Protocolo de Montreal sobre Sustancias Dañinas a la Capa de Ozono.

Por otro lado, no fue abordado por estos grupos ciertos temas ambientales cruciales, tales como, la liberalización del comercio agrícola y su impacto en la diversidad genética y, que a consecuencia de la celeridad de las negociaciones no se evaluaron el impacto ambiental de sus cláusulas.

Existe consenso en considerar que las fuerzas anti-NAFTA o TLC, fueron claves en la obtención de las cláusulas ambientales.<sup>41</sup> La presencia, por tanto, de grupos de interés, en este caso expresados en organizaciones no gubernamentales, muy preparadas, con gran influencia y organización y, con el apoyo de una fuerte e informada participación ciudadana, permitieron dar este gran paso en la historia de la evolución de la protección ambiental, la incorporación de esta variable en acuerdos de carácter comercial.

### c) Chile y el NAFTA o TLC

Con los profundos cambios en la política mundial de fines de los 80' y las crecientes expectativas generadas por el proceso económico y político experimentado por Chile, sumado al surgimiento de bloques comerciales amplios y en la búsqueda de mercados seguros y estables, los países del NAFTA o TLC, invitan a Chile a integrar este conglomerado<sup>42</sup>. Es en este contexto que el Gobierno de Chile recibe la invitación por parte de los países miembros del NAFTA o TLC a ingresar a éste. Con gran satisfacción y exitismo recibe Chile dicha invitación, no solo por el hecho que representaba el reconocimiento a la estabilidad de la economía interna, la cual era aceptada y reconocida como un gran logro por parte de países como Estados Unidos y Canadá, sino que también por constituirse, por un lado, en el primer país invitado a formar parte de esta alianza y por otro, a ser eventualmente el primer acuerdo comercial de envergadura que Chile podría suscribir. El interés manifestado por las autoridades chilenas en incorporarse, cuanto antes al Acuerdo fue evidente. Las razones de aquello fueron básicamente que la incorporación de Chile al NAFTA o TLC, mejoraría la imagen del país y de sus políticas económicas y se reduciría la prima riesgo-país. El resultado de la incorporación de Chile al NAFTA sería probablemente, un incremento de la inversión extranjera.<sup>43</sup> De lo anterior, se deduce que el

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> José Morandé L., *Chile y Canadá en un Entorno de Libre Comercio*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, p. 4-12.

<sup>43</sup> Carmen Celedón y Raúl E. Saez, op.cit.

tema ambiental para Chile no era el relevante de abordar, sino que lo sustantivo para el país eran los efectos comerciales que la suscripción del Acuerdo generaría.

Es importante tener presente que Chile fue invitado a “adherirse” al NAFTA o TLC, ello indudablemente limitó el margen de negociación, se trató en definitiva, de revisar un texto ya adoptado y el cual, por tanto, era de difícil modificación.

### **i. Medio ambiente, proceso de negociación y actores relevantes**

Chile es un país con muy poca experiencia en procesos de negociación en acuerdos internacionales, más aun con países como Estados Unidos y Canadá.

La anterior afirmación, no solo se refiere a nivel de Gobierno, sino también y especialmente a nivel de las organizaciones ciudadanas y de los grupos de presión. Ello se manifestó de alguna manera en la forma y características de este proceso en relación al NAFTA o TLC y, especialmente en lo que se refiere al ACAAN.

A continuación se hará referencia a las opiniones y tendencias manifestadas por los distintos sectores de la sociedad chilena durante el breve período de discusión en Chile.

### **Gobierno**

Al respecto cabe indicar que, como se puede deducir, el Gobierno en esta materia fue claro, su objetivo era ingresar al NAFTA o TLC y consecuentemente a sus acuerdos complementarios, en forma rápida y en la medida de lo posible, sin mayores dilaciones.

En lo que compete a cómo el Gobierno enfrenta la negociación del ACAAN, es preciso previamente indicar que, no podemos hablar de un proceso propiamente de “negociación”, en el sentido de discutir los términos de un texto, sino por el contrario, aquí ya existía previamente el texto y Chile debía negociar su adhesión al mismo, es decir, al cómo iba asumir sus compromisos, plazos de cumplimiento, etc. El ámbito de acción era limitado.

Ahora bien, el Gobierno formó para estos efectos un equipo negociador, integrado por representantes e integrantes de la propia Administración, como asimismo con asesores externos. Así la responsabilidad política de la misma se concentró en cuatro Ministerios: Relaciones Exteriores, Hacienda, Economía y Secretaría General de la Presidencia<sup>44</sup>. El punto focal o el ente coordinador estaba en el Ministerio de Hacienda.

<sup>44</sup> Genaro Arriagada (ex Ministro Secretario General de la Presidencia), «Política Ambiental Nacional y el NAFTA», *Revista Ambiente y Desarrollo*, Junio de 1995, p. 14.

Dentro del marco de las negociaciones económicas internacionales y, en el marco del ACAAN, los criterios del Gobierno en el tema ambiental fueron:

a) Iniciar una negociación pragmática<sup>45</sup>, basada en tres argumentos:

- Coincidencia con los objetivos de la política interna. El objetivo aquí, a nivel interno, era avanzar en la legislación ambiental y en su fiscalización (independientemente del NAFTA o TLC o de un acuerdo de libre comercio), ello permitiría tener una base más sólida para asumir los compromisos del ACAAN.
- Posibilidad de cooperación técnica en el tema. Este punto referido básicamente a asistencia técnica, el equipo negociador vio en este objetivo, una posibilidad cierta de cooperación especializada, que permitiera aprender de países que llevan una larga trayectoria en el intento de compatibilizar el cuidado del medio ambiente con el desarrollo económico.
- Acceso a instancias adecuadas de solución de controversias. Se preveía que en forma paulatina se iba a producir una institucionalización en la conexión entre acuerdos comerciales y cláusulas ambientales, y por lo tanto, era mejor disponer de reglas claras de resolución de controversias. Se señaló al respecto, "...es mejor, entonces, comprometerse a cumplir las leyes que nosotros estimemos apropiadas y tener procedimientos de solución de controversias que eviten sorpresas tan costosas"<sup>46</sup>.

b) Que se está muy lejos de cualquier intento de armonización de las políticas medioambientales. Si por armonización se entiende, políticas que son iguales entre distintos países, ésta es inconveniente desde todo punto de vista, pues tanto las realidades medioambientales como el grado de avance de los países son diferentes<sup>47</sup>.

c) Que debe haber un compromiso real del Gobierno con el criterio de equivalencia de las políticas del medio ambiente. Ello significa que a partir de realidades distintas, se demuestre que el esfuerzo que hace Chile en estas materias es similar al que hacen sus contrapartes de los tratados. Para ello, el país tiene que acreditar que su normativa y políticas medioambientales son serias y fiscalizables<sup>48</sup>.

d) Que se debe demostrar fehacientemente que Chile ha sido capaz de implementar políticas nacionales que muestren la calidad del esfuerzo en materia ambiental.

e) Que sobre la base de lo anterior, no parecería difícil negociar los aspectos ambientales del NAFTA o TLC, ya que este último, como se ha reiterado en este artículo, no establece estándares o normas comunes respecto a la calidad del medio ambiente<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Andrea Butelmann, «Las Negociaciones Comerciales y el Medio Ambiente», *Revista Ambiente y Desarrollo*, Septiembre 1994, p. 17.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

No se debe olvidar que el contexto de esta discusión se dio durante los años 1994 y 1996, período en que recién se formaba la Institucionalidad Ambiental en Chile, y por tanto, era un período de elaboración de textos reglamentarios relevantes en esta área, como lo fue por ejemplo el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que hacía operativa una parte importante de la Ley 19.300, de Bases del Medio Ambiente<sup>50</sup>. Lo anterior, no es un hecho aislado, citado al azar, sino que representó para Chile, quizás el momento más propicio para iniciar una negociación como la del ACAAN. Efectivamente, el esfuerzo institucional que se estaba dando al interior del Gobierno para concluir diversos textos normativos y dar coherencia al modelo ambiental creado a partir de la Ley 19.300, fue de gran envergadura, y ello pudo haberse constituido en un muy buen argumento para invocar a los miembros del NAFTA o TLC<sup>51</sup>.

Es importante agregar que el Ministerio de Hacienda, expresó preocupaciones fundamentales en cuanto a las cláusulas ambientales de un tratado de libre comercio. La principal preocupación se refería a que los estándares ambientales extranjeros puedan conducir a acusaciones de “dumping ecológico” hacia los productos chilenos, generando nuevas barreras al comercio.

Otra preocupación era “limitar el gasto agregado en medidas de control ambiental, tanto para mantener los equilibrios macroeconómicos internos como para resguardar la competitividad de los productos chilenos en los mercados internacionales”<sup>52</sup>. Esto es relevante en el sentido que fortalecer las regulaciones ambientales y su fiscalización requieren un aumento del gasto público asignado al tema, lo que a su vez, podría acarrear potenciales beneficios económicos, como penetración a mercados más sensibles a la calidad total de procesos y productos, como en mejorar la imagen ambiental del país exportador.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> La Ley 19.300, de 1994, es la primera Ley chilena que regula en términos globales y establece los principios de una gestión ambiental. Es una Ley Marco, y a partir de su vigencia se han dictado varias reglamentaciones que han permitido dar operatividad a instrumentos tan relevantes como el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

<sup>51</sup> En el mismo artículo citado anteriormente (Nº44), el Ministro de Secretaría General de la Presidencia de Chile de ese entonces indica “... Es por esto que el país necesita tener definidos lo antes posible todos los instrumentos que permitan una política medioambiental coherente y eficaz. Tenemos la Ley 19.300, el reglamento de normas y el sistema de evaluación de impacto ambiental... En el ámbito de los planes de recuperación ambiental debiéramos encontrar otras zonas saturadas en las cuales ensayar la experiencia que hemos obtenido en Talcahuano...” , p. 14.

<sup>52</sup> Sanford Malman, op.cit.

<sup>53</sup> Comisión Económica Para América Latina y el Caribe, *Medio Ambiente y Comercio Internacional en América Latina y el Caribe*, 1993.

## Sector Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) y Grupos de Interés

El impacto en la protección del medio ambiente y en la calidad de vida que pueden generar las cláusulas ambientales ingresadas a acuerdos comerciales, constituyen, quizás, los puntos cruciales de las preocupaciones de los grupos ambientalistas que participaron en el debate del NAFTA o TLC.

Es importante indicar que las ONGs ambientalistas estadounidenses y canadienses, que estuvieron fuertemente involucradas en los debates sobre medio ambiente y comercio, no siempre han hablado en términos unísonos<sup>54</sup> y, por cierto, ello se expresó en las negociaciones del NAFTA o TLC y, luego en la posible adhesión de Chile a éste.

Según los antecedentes que se recopilaron para el desarrollo de este artículo, es posible indicar las principales ideas manifestadas por este sector en torno a la incorporación de Chile al NAFTA o TLC:

- a) La mayor parte de las ONGs ambientalistas<sup>55</sup> no buscarían la imposición de mayores salvaguardas ambientales, aunque sí presionarían por una garantía de un mayor rol de la participación ciudadana y por el libre acceso a la información. Otras ONGs por el contrario, sí pedían mayores garantías ambientales, es el ejemplo conocido de Sierra Club<sup>56</sup>.
- b) Otro argumento invocado por las ONGs ambientalistas estadounidenses fue el que las bajas regulaciones ambientales de países como Chile, generaría “dumping ecológico”. Este argumento también es esgrimido por el sector empresarial.
- c) Se generará un “paraíso de la contaminación”, es decir que estándares bajos o inexistentes en un país extranjero estimularían la inversión en ese sector de empresas contaminantes. Para el caso chileno, este argumento era un poco lejano, por la distancia geográfica con el mercado estadounidense.
- d) Para organizaciones como el Instituto de Ecología Política (IEP), como para el Comité Pro Defensa de la Flora y Fauna (CODEFF), la incorporación al NAFTA o TLC, significaría un proceso más rápido y con restricciones ambientales más débiles que las que implicaría un tratado bilateral con Estados Unidos<sup>57</sup>.
- e) Otros sectores indicaron, que si bien reconocen que la economía chilena ha sido una de las que ha alcanzado un mayor crecimiento en la región latinoamericana, dicho crecimiento y modelo económico se ha basado, indican, en la explotación irracional

<sup>54</sup> Sanford Malman, op.cit.

<sup>55</sup> Reunión informal en Santiago, el 12 de julio de 1994, entre representantes de CODEFF, Instituto de Ecología Política (IEP), Renace, Rechip y Cipma. Sanford Malman, op.cit.

<sup>56</sup> *Ong ambientalista norteamericana.*

<sup>57</sup> Sanford Malman, op.cit.

de los recursos naturales, sin un marco regulatorio eficiente. Agregan que en esta apertura económica exitista se utilizó la no regulación ambiental como una ventaja de competitividad de los productos chilenos en el mercado internacional<sup>58</sup>.

f) También se escucharon voces en el sentido que Chile no estaba preparado para negociar un acceso al NAFTA o la suscripción de un acuerdo bilateral con Estados Unidos<sup>59</sup>. Lo anterior, basado en el estado de desregulación ambiental, como se indicaba anteriormente, y de la falta de voluntad política para compatibilizar el crecimiento económico con protección ambiental. Otra de las razones indicadas es que el NAFTA o TLC es débil en lo ambiental y, en el fondo, lo único que plantea es que Chile debe cumplir su legislación y fiscalizar<sup>60</sup>.

g) La instalación en Chile de industrias contaminantes, también fue indicado como efecto perjudicial por estas organizaciones. Lo anterior, debido a las regulaciones ambientales más laxas que los demás miembros del Acuerdo<sup>61</sup>.

h) Por otro lado, este sector indicó, cuáles deberían ser las condiciones previas que Chile debía cumplir para estar en condiciones de negociar un acuerdo de la naturaleza del NAFTA o TLC, se enuncian algunas:

- Reconocer la “desregulación ambiental”, expresada en inexistencia de leyes, carencias de instituciones, etc.
- Realizar una evaluación de los impactos económicos, ambientales y sociales, que un acuerdo de esta naturaleza pueda provocar.
- Disponer una legislación ambiental aplicable en la práctica.
- Armonizar la legislación ambiental.

De lo indicado precedentemente, como se indicó en los párrafos anteriores, las críticas de algunas organizaciones ecologistas sobre el impacto ambiental de un eventual acuerdo de libre comercio vía NAFTA, fueron orientadas en indicar que la causa de los problemas ambientales, que se han agravado en los últimos veinte años, ha sido provocada, por la apertura de la economía nacional. Para otras organizaciones ecologistas, la causa es la escasa prioridad que ha tenido el tema ambiental por

<sup>58</sup> Sara Larraín en *Normas Ambientales del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica*, Cámara de la Producción y del Comercio de Concepción 1995, p. 56.

<sup>59</sup> Sara Larraín en «Libre Comercio, Regulación Ambiental y Medio Ambiente», *Revista Ambiente y Desarrollo*, Septiembre 1994, p. 20.

<sup>60</sup> Sara Larraín en *Normas Ambientales del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica*, Cámara de la Producción y del Comercio de Concepción 1995, p. 60.

<sup>61</sup> Sara Larraín en «Libre Comercio, Regulación Ambiental y Medio Ambiente», *Revista Ambiente y Desarrollo*, Septiembre 1994, p. 22.

parte de las autoridades del Estado<sup>62</sup>, y la falta de regulación normativa que garantice el cumplimiento de las normas ambientales.

### Sector Empresarial

La presencia empresarial en el debate ambiental, fue precaria, este sector se preocupó mucho más en el Tratado comercial que en el ambiental. No obstante lo anterior, existen algunas reflexiones expresadas por representantes de este sector que son relevantes de destacar:

a) “Dada la apertura económica de nuestro país y la importancia de los mercados extranjeros, nuestras políticas ambientales tendrán una gran incidencia en nuestro futuro. Pero no por efecto de este tratado del NAFTA. Tampoco por efecto del MERCOSUR, cuya referencia al tema es mínima. En MERCOSUR, el compromiso ambiental es una paginita, con una declaratoria de buenas intenciones y nada más...”<sup>63</sup>.

b) “El tratado del NAFTA o TLC, es un convenio que en la parte ambiental es bastante débil. La obligación que se contrae es la de cumplir con nuestras propias normas y leyes ambientales. No se trata de que se nos imponga, ni las normas de la EPA, ni las normas que tienen los canadienses, que son bastantes rigurosos en muchos aspectos.

El acuerdo no generará un impacto positivo o negativo para Chile, pero sí tiene una importancia enorme de mercado<sup>64</sup>.

c) Respecto al argumento de algunos sectores, en el sentido que el ACAAN produciría un “paraíso de contaminación” en Chile, a consecuencia de la menor regulación ambiental, el sector empresarial, indicó que ello no es efectivo, debido a que los factores que determinan la ubicación de empresas son de otra naturaleza, a saber, cercanías de las materias primas, o la del mercado, costo de la mano de obra, disponibilidad de energía, etc.

Es posible indicar que el sector empresarial, una vez que saldó sus interrogantes en torno a que el ACAAN no implicaba la homogeneización de los estándares ambientales entre los países; que la soberanía para fijar los propios niveles de protección ambiental era inviolable<sup>65</sup> y que, la exigencia mayor y sanción eventual no estaba diri-

<sup>62</sup> G. Geisse G y F. Sabatini D, «Acuerdos de Libre Comercio y Medio Ambiente», *Revista Ambiente y Desarrollo*, Junio 1994, p. 5 y 6.

<sup>63</sup> Anibal Mege Thierry, Gerente del Departamento de Medio Ambiente de la Sociedad de Fomento Fabril, SOFOFA, *Normas Ambientales del Tratado en Libre Comercio de Norteamérica*. Cámara de la Producción y el Comercio de Concepción, 1997, p. 46.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> Jaime Dinamarca G, Jefe del Departamento de Medio Ambiente de la Cámara de la Producción y el Comercio de Concepción, *Normas Ambientales del Tratado en Libre Comercio de Norteamérica*. Cámara de la Producción y el Comercio de Concepción, 1997, p. 34.

gida a su sector, sino al Estado, a través de su obligación de fiscalizar eficientemente el cumplimiento de la normativa que el propio país dispone en materia ambiental, su disposición al ACAAN fue más positiva pero en caso alguno efusiva.

## ii.- Algunos efectos de la experiencia chilena frente al NAFTA o TLC/ falencias, logros y oportunidades

El gran efecto de la experiencia del NAFTA fue la suscripción del Tratado de Libre Comercio con Canadá y sus Acuerdos Ambiental y Laboral. Este acuerdo se suscribe por parte de Chile, esperando tener con ello un mayor apoyo y reconocimiento de los Estados Unidos para acelerar la adhesión al NAFTA o TLC.

Efectivamente, el acuerdo con Canadá es muy parecido en cuanto a contenido con el NAFTA, al menos su Acuerdo Ambiental. Así, el Acuerdo con Canadá, debería constituir, para algunos autores, un recuerdo a Estados Unidos que Chile está preparado para suscribir el NAFTA o TLC y, que dicha decisión esté condicionada en parámetros objetivos y no en otras consideraciones políticas<sup>66</sup>.

La experiencia chilena en relación al NAFTA o TLC, fue frustrante para ciertos sectores, especialmente, a nivel de Gobierno y del sector privado. Ciertamente, ello fue más significativo frente a los reiterados rechazos al fast track<sup>67</sup> por parte de los representantes demócratas del Congreso de Estados Unidos. En todo caso, es posible identificar logros para Chile, a partir de esta experiencia:

El gran logro de este proceso de negociación, fue la suscripción del Acuerdo de Cooperación Ambiental Chile-Canadá. Ella es posible calificarla como una “externalidad positiva” de la frustrada negociación del NAFTA o TLC. Por tanto, sea cual fuere la causa final de la suscripción del acuerdo con Canadá<sup>68</sup>, lo cierto es que la incorporación de cláusulas ambientales en un acuerdo comercial, es un gran paso para los defensores de la protección ambiental.

## 3. 2 Acuerdo de Cooperación Ambiental Chile-Canadá

### a).- Antecedentes Generales

El Acuerdo de Cooperación Ambiental Chile-Canadá (TLCCC), es un verda-

<sup>66</sup> José Morandé L, *Chile y Canadá en un Entorno de Libre Comercio*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, p. 14.

<sup>67</sup> El procedimiento denominado “fast track” hace referencia a un protocolo de negociación más rápido que el habitual, puesto que no requiere la ratificación por parte del Congreso de Estados Unidos. Se quiso aprobar por esta vía el Tratado de Libre Comercio propiamente tal, sin los acuerdos paralelos, lo que significó el permanente rechazo de los grupos de demócratas representados en el Congreso estadounidense.

<sup>68</sup> A través de su suscripción acelerar y facilitar el acceso al NAFTA o TLC.

dero instrumento de apoyo para la aplicación y vigencia eficaz de este último. Efectivamente, uno de los objetivos centrales y recurrentes del Acuerdo de Cooperación Ambiental es evitar la creación de distorsiones o de nuevas barreras en el comercio. Este punto es crucial, por cuanto, el Acuerdo no podrá interpretarse o ejecutarse con la finalidad de crear tales distorsiones o barreras y, además, servirá de foro para discutir si tales medidas ambientales adoptadas en relación con materias cubiertas por el TLCCC, tienen por finalidad provocar efectos distorsionadores. El mencionado objetivo, es reforzado por otros, que tienden, justamente a lo mismo, esto es, evitar crear barreras al comercio. Así tenemos, por ejemplo: mejorar la observancia y la aplicación de las leyes y reglamentos ambientales; promover la transparencia y la participación de la sociedad en la elaboración de leyes, reglamentos y políticas ambientales.

Finalmente, otro aspecto relevante de destacar de esta vinculación, es la referida al Sistema de Solución de Controversias del Acuerdo Ambiental. Efectivamente, como se verá más adelante, para iniciar la vía arbitral, a través de la formación de un Panel Arbitral, es necesario alegar una “pauta persistente de omisiones a la aplicación efectiva de la legislación ambiental” en que incurra una parte, siempre que esta esté vinculada a: los lugares de trabajo, las empresas, las compañías, o los sectores que produzcan bienes o proporcionen servicios, siempre que estos sean objeto de comercio entre los territorios de las partes o que compitan en territorio de la parte demandada con bienes producidos o con servicios proporcionados por personas de la otra parte. La condición así establecida, de vinculación entre “pauta persistente de omisiones y sectores productivos” vinculados al comercio Chile-Canadá, ilustra, claramente la dependencia entre ambos instrumentos.

Además y, reiterando lo indicado, el Acuerdo tiene entre sus objetivos “facilitar la adhesión de Chile al Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte”.

Ahora bien, y sin perder el horizonte, el Acuerdo de Cooperación Ambiental, es como su título lo indica, un “Acuerdo de Cooperación”, lo que se manifiesta en áreas, todas vinculadas a la protección ambiental, cooperación para mejorar el medio ambiente, cooperación en la elaboración de normativa, cooperación en la investigación científica y tecnológica, cooperación en la educación y capacitación, etc.

Un aspecto relevante del Acuerdo, es el referido al concepto de “legislación ambiental”, concepto que determinará el inicio o no de los procedimientos de reclamo y de solución de controversias.

Es relevante indicar, que las partes reconocen el derecho que cada una de ellas tiene, para establecer, en lo interno, sus propios niveles de protección ambiental, y sus

propias políticas y prioridades de desarrollo ambiental. Es decir, que manteniendo el mismo esquema del NAFTA o TLC, el Acuerdo, no impone ni exige que las partes asuman determinado sistema de protección ambiental, sino que, dentro de la autonomía de los Estados, estos acuerdan que, sus respectivas normativas ambientales (algunas más permisivas que otras y que se enmarquen dentro de ciertas características), serán cumplidas, de lo contrario, podrán ser objeto de reclamaciones o de aplicación de sanciones, según se verá más adelante.

Se ha indicado que, según lo acordado por las partes, estas se comprometen a “mejorar la observancia y la aplicación de las leyes y reglamentos ambientales” y a “garantizar que sus leyes y reglamentos prevean altos niveles de protección ambiental”. Para lo anterior, cada parte a su vez, se compromete a asegurar la disponibilidad, conforme a sus respectivos derechos, de procedimientos judiciales, cuasijudiciales, o administrativos para aplicar su normativa ambiental, con el fin de sancionar o reparar las violaciones a éstos.

Lo distintivo del Acuerdo en análisis, es que establece una definición de “legislación ambiental” especial, respecto de la cual, las partes asumen la obligación de cumplir dentro de sus respectivos territorios<sup>69</sup>

De acuerdo a la definición de legislación ambiental del Acuerdo, sólo la normativa vinculada a “descontaminación” (ejemplo: normas de calidad ambiental, planes de prevención y de descontaminación), y la normativa vinculada a la protección de los recursos naturales con fines de conservación, están comprendidas en la definición de legislación ambiental del Acuerdo. Por tanto, para los efectos del Acuerdo, no constituye “legislación ambiental”, toda la normativa vinculada a la protección de los recursos naturales con fines comerciales, ni la recolección o extracción de recursos

<sup>69</sup> a) La definición de: *legislación ambiental* del Acuerdo es la siguiente:

“cualquier ley o reglamento de una parte, o de sus disposiciones, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente, o la prevención de un peligro contra la vida o la salud humana, a través de i) la prevención, la reducción o el control de una fuga, descarga, o emisión de contaminantes ambientales, ii) el control de sustancias o productos químicos, otras sustancias, materiales o desechos peligrosos o tóxicos, y la diseminación de información relacionada con ello, o

iii) la protección de la flora y fauna silvestre, incluso especies en peligro de extinción, su hábitat, y las áreas naturales bajo protección especial, en el territorio de la parte, pero no incluye cualquier ley o reglamento, ni sus disposiciones, directamente relacionados con la seguridad e higiene del trabajo”.

b) Para mayor certidumbre, el término *legislación ambiental* no incluye ninguna ley ni reglamento, ni sus disposiciones, cuyo propósito principal sea la administración de la recolección, extracción o explotación de recursos naturales con fines comerciales, ni la recolección o extracción de recursos naturales con propósitos de subsistencia o por poblaciones indígenas.

c) El propósito principal de una disposición legislativa o reglamentaria en particular, para efectos de los incisos a) y b) se determinará por su propósito principal y no por el de la ley o del reglamento del que forma parte.

naturales con propósitos de subsistencia o por poblaciones indígenas, ni la normativa vinculada a la seguridad e higiene en los lugares de trabajo.

Al contrastar esta definición, con la definición de “medio ambiente” consagrada en la Ley 19.300, es posible concluir que esta última es una definición amplia y comprende prácticamente toda la normativa vinculada a la protección del medio ambiente, a diferencia de la indicada en el Acuerdo en análisis. Esto último plantea un problema importante para la parte chilena, por cuanto, en Chile, existen más de mil disposiciones de relevancia ambiental, respecto de las cuales, es necesario precisar cuáles, del universo indicado, se encuentran enmarcadas dentro de la definición del Acuerdo.

Ahora bien, dentro del proceso de negociación del Acuerdo, se acordó establecer para la parte chilena, tres listados, denominados en el Acuerdo “apéndices”. Cada uno de ellos contiene un listado de normas de relevancia ambiental nacional, en total suman 194 normas. Lo relevante de cada apéndice, es que las partes, acuerdan aplicar respecto de ellos, una vigencia diferida, es decir, el apéndice 44.b.1, contiene normas, que entran a regir, para los efectos del Acuerdo, a la fecha de entrada en vigencia del mismo, esto es, el 5 de julio de 1997; el apéndice 44.b2, contiene normas, que entran a regir, para los fines del Acuerdo, a los seis meses de su entrada en vigencia, esto es, el 6 de enero de 1998, y el apéndice 44.b3, contiene normas, respecto de las cuales, la parte de Chile, se compromete a entregar, a los seis meses de entrada en vigencia del Acuerdo, un programa de cumplimiento de ellas.

Sin perjuicio de lo anterior, a los dos años de entrada en vigencia del Acuerdo, esto es, el 5 de julio de 1999, toda norma ambiental, que se enmarque dentro de la definición de “legislación ambiental” del Acuerdo, esté o no listada, entrará a regir para los efectos del mismo.

La pregunta que surge es, por qué se estableció este sistema sólo para la parte chilena. La respuesta está dada básicamente por la característica del Estado de Canadá. Efectivamente, a diferencia de Chile, Canadá es un Estado Federal Parlamentario, formado por un gobierno central (federal) y diez gobiernos regionales (provinciales).<sup>70</sup> Es decir, que sólo aquellas provincias que hayan aprobado el Acuerdo, estarán sometidas a sus efectos y a los derechos y obligaciones que de él emanan.

Por otro lado y, también a diferencia de la realidad nacional, la Constitución de Canadá, no contempla expresamente la protección del medio ambiente. Es a través

---

<sup>70</sup> El Acuerdo indica que, Canadá presentará una lista de las provincias por las cuales Canadá estará sujeto respecto de los asuntos comprendidos en la jurisdicción interna de dichas provincias (Anexo 41 del Acuerdo).

de la asignación de facultades entre el Parlamento Federal y las legislaturas provinciales que se divide la autoridad en este campo. Por tanto, en la práctica, la competencia sobre la protección al ambiente la comparten el Parlamento Federal y las legislaturas provinciales.

Teniendo presente, por tanto, la realidad de la parte canadiense, resulta entendible que el equipo negociador chileno, haya acordado las listas indicadas precedentemente.

Efectivamente, si estas no se hubiesen acordado, a la entrada en vigencia del Acuerdo, toda la normativa nacional ambiental, sin excepción, estaría sujeta a los efectos del Acuerdo y, en cambio, respecto de Canadá, habría que distinguir si:

*-la normativa ambiental es federal* (caracterizada por representar un conjunto de leyes, destinadas principalmente a fomentar la cooperación federal-provincial). Esta normativa federal, para los efectos del Acuerdo, entra a regir a la fecha de entrada en vigencia del mismo.

*-la normativa ambiental es provincial* (caracterizada porque cada provincia tiene su propia ley ambiental, que fija los parámetros generales que permiten regular la calidad del agua, aire, suelo, etc), y que para los efectos del Acuerdo, entra a regir, sólo respecto de aquellas provincias que lo hayan aprobado.

Por tanto, la situación no sería igualitaria para ambas partes. Considerando lo anterior, se pactan los ya indicados apéndices, los que a esta altura es posible deducir cuáles fueron las razones que motivaron al equipo negociador a hacerlo, a saber:

- dar tiempo a la parte nacional, para que armonice su legislación y,
- dar tiempo a la parte de Canadá para que el mayor número de provincias apruebe el Acuerdo.

El Acuerdo establece un sistema de solución de controversias, distinto al TLCCC. Este sistema establece dos posibilidades:

a) Peticiones relativas a la aplicación de la legislación ambiental (que puede dar origen a la formación de un Expediente de Hechos) (art. 14 y 15)

Consiste en que cualquier persona (ciudadano de cualquiera de las partes) u organización no gubernamental (ambos conceptos definidos en el Acuerdo, art. 44), puede presentar ante cualquiera de los secretariados de las partes, peticiones que aseveren que una ellas está incurriendo en *omisiones en la aplicación efectiva de su legislación ambiental*. Respecto a este último punto, el Acuerdo indica, en términos negativos (art.44) que “no se considerará” omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental, y señala: “no se considerará que una parte haya incurrido en omisiones en la aplicación efectiva de su legislación ambiental, o en incumplimiento del art. 5(1) en un caso en particular en que la acción u omisión de que se trate, por parte de las

dependencias o funcionarios de esa parte, refleje el ejercicio razonable de su discreción con respecto a cuestiones de: investigación, judiciales, regulatorias o de cumplimiento de la ley, o resulte de decisiones de buena fe para asignar los recursos necesarios para aplicar la ley a otros asuntos ambientales que se consideren de mayor prioridad”.

Luego de un corto procedimiento, el Comité Conjunto Revisor de Peticiones (órgano encargado de determinar si una petición amerita o no que origine un expediente de hechos), decide formar un expediente de hechos, el que será elaborado por un “experto”, designado de una lista acordada previamente por las partes.

El expediente de hechos, en el caso que se confirmen las causas de la petición, constituye sólo un “téngase presente” a la parte afectada, por cuanto, no genera sanción patrimonial alguna, pero sí constituye una advertencia para que mejore la aplicación de la normativa alegada, antes que motive el inicio de la segunda posibilidad de iniciar un proceso de reclamación, esto es, la Consulta y el Sistema de Solución de Controversias.

b) Consulta y Solución de Controversias. (arts. 20 a 36)

En este caso, los únicos titulares para iniciar este procedimiento son las partes, y se inicia con un proceso de consultas, respecto a la “existencia de una pauta persistente de omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental de la otra parte”. El Acuerdo define, qué se entiende por “*pauta persistente*” (art. 44): “*un curso de acción o de omisiones sostenido y recurrente posterior a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo*”.

En el hecho, se inicia un verdadero procedimiento de conciliación, en que las partes realizan todo lo posible para llegar a un acuerdo, y evitar continuar el asunto. Sin embargo, en caso de no existir el referido consenso, y cumplido un largo procedimiento, se constituirá un Panel Arbitral (formado por 5 miembros), el que determinará la efectividad de la existencia de una pauta persistente de incumplimiento de la legislación ambiental de la parte en conflicto. En el caso que se constate dicho incumplimiento, el Panel podrá sancionar a través de la determinación de una “contribución monetaria”, la que no puede ser superior a 10 millones de dólares o su equivalente en la moneda nacional de la parte demandada.

Ahora bien, lo excepcional de este Acuerdo, es lo referido al destino de la contribución monetaria, efectivamente, esta no está destinada a acrecentar las arcas de la parte que motivó el procedimiento (regla general en materia de responsabilidad internacional), sino que deberá ser depositada en un fondo especial, para ser utilizado en mejorar o fortalecer el medio ambiente o la aplicación de la legislación ambiental de la parte demandada, de conformidad con su ley. Por tanto, la contribución mone-

taria no constituye compensación para la otra parte, sino que es una sanción que tiene una destinación previa, esto es, asignar el monto de dinero fijado como contribución monetaria, a mejorar la norma en déficit de aplicación de la propia parte afectada.

### 3.3 Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y Chile

El Mercosur está sujeto a la base jurídica de la ALADI, es decir, al Tratado de Montevideo de 1980. Este marco establece que un ACE puede ser constituido a lo menos bilateralmente, pero a condición que sea abierto, previa negociación, a la adhesión de los restantes miembros de la ALADI que manifiesten interés por ello. No obstante la plena validez de esta disposición, el ACE N°18 precisa que la adhesión de otros miembros se regirá conforme a lo dispuesto en el Tratado de Asunción, donde se especifica que las solicitudes de adhesión de los países de la ALADI, que formen parte de esquemas de integración subregional o extraregional, serán examinadas no antes de cinco años de la vigencia del MERCOSUR, tiempo que correspondía al período de transición. Esto implicaba que en el intertanto no se negociaría con Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, por ser miembros del Grupo Andino, ni con México por formar parte del NAFTA. Por lo tanto, el único socio de la ALADI que tenía las puertas abiertas para adherirse al MERCOSUR durante su fase de transición era Chile<sup>71</sup>. Luego de dos años de negociaciones, ambas partes lograron firmar un ACE en junio de 1996.

Es preciso dejar presente que Chile no es miembro pleno del MERCOSUR, es un miembro asociado y, por tanto, no participa en la institucionalidad del MERCOSUR y, su asociación tiene un carácter, al menos, inicialmente, netamente económico y no de integración. Actualmente, Chile ha realizado una serie de iniciativas tendientes a lograr incorporarse como miembro pleno de este Tratado de integración.

Por otro lado, es dable indicar que el acuerdo entre Chile y el MERCOSUR carece de disposiciones referidas al medio ambiente. Más aun el texto del Tratado de Asunción (1991), que es el constitutivo del MERCOSUR, se refiere al medio ambiente en términos indirectos<sup>72</sup>. No obstante ello, hay instancias paralelas que se ocupan de

<sup>71</sup> *Evolución, Análisis y Perspectivas del Mercado Común del Sur*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 1997, p. 20.

<sup>72</sup> “El Tratado de Asunción, establece que para lograr los objetivos del Tratado, se debe alcanzar el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, en base a los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrios”. Leila Devia, «La Política Ambiental en el Marco del Tratado de Asunción», en *MERCOSUR y Medio Ambiente*, Buenos Aires, 1996, p. 28.

este tema, a través por ejemplo, de las reuniones de Ministros del Medio Ambiente, o como el Grupo de Trabajo N°6, encargado de estudiar el tema ambiental del MERCOSUR<sup>73</sup>.

Chile se ha integrado paulatinamente a los Grupos de Trabajo del MERCOSUR, especialmente en el Grupo indicado, en un comienzo como simple oyente y hoy día con derecho a voz. El medio ambiente en el MERCOSUR, ha ido adquiriendo cada vez mayor importancia y además las partes van adoptando conciencia en la necesidad de incorporar este tema como parte integrante del proceso de integración. Actualmente, se está trabajando hacia la armonización de las políticas ambientales y de la institucionalidad ambiental en los países. Lo anterior como una forma de evitar distorsiones al comercio por medidas ambientales<sup>74</sup>.

Efectivamente, el Grupo de Mercado Común ha instituido, dentro del MERCOSUR, el Subgrupo de Trabajo N° 6 (SGT 6) de Medio Ambiente, el cual sostiene los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio definidos en el Tratado de Asunción, los principios emanados de la "Declaración de Canela" y de la necesidad de promover el desarrollo sustentable.

El objetivo general del SGT 6, consiste en formular y proponer estrategias y directrices que garanticen la protección y la integridad del medio ambiente de los Estados Partes en un contexto de libre comercio y consolidación de unión aduanera, asegurando, paralelamente, condiciones equánimes de competitividad, teniendo como premisas la excelencia y la eficacia y considerando las Directrices Básicas de Política Ambiental aprobadas por la Res. N°10/94. A partir de este objetivo general, se destacan los siguientes de carácter específico:

- Promover el desarrollo sustentable a partir de las acciones acordadas que garanticen la integración de los Estados Partes en las áreas de medio ambiente y relaciones económico-comerciales.
- Evitar la creación de distorsiones o de nuevas restricciones al comercio.
- Realizar estudios y proponer acciones y prácticas para la prevención de la contaminación y la degradación del medio ambiente y al mejoramiento de la calidad ambiental en el territorio de los Estados Partes.
- Promover medidas ambientales efectivas y económicamente eficientes.

---

<sup>73</sup> *Manual: Condicionantes Ambientales Internacionales de la Producción Nacional*, CIPMA/CONAMA, 1997, p. 7-10.

<sup>74</sup> "El comercio es un tema de gran importancia dentro de la problemática ambiental porque las políticas ambientales pueden provocar distorsiones comerciales y las políticas comerciales pueden generar resultados ambientalmente negativos. Dentro de las repercusiones ambientales de las políticas comerciales se encuentran los acuerdos comerciales". Leila Devia, op.cit.

Han sido tareas prioritarias de estudio en el SGT 6 las siguientes:

- Analizar las restricciones y medidas no arancelarias que tengan relación con la temática ambiental y elaborar la propuesta de armonización o eliminación de tales medidas y restricciones. El proceso de armonización o eliminación abarca tanto la compatibilización como el mantenimiento de restricciones y medidas no arancelarias, cuando éstas resulten justificadas adecuadamente en tanto constituyen medidas y restricciones de protección al medio ambiente.
- Contribuir para establecer en materia ambiental condiciones de adecuada competitividad entre los Estados Partes y entre éstos y terceros países y/o esquemas de integración regional. Promover estudios que atiendan la valoración e inclusión del costo ambiental en el costo total del proceso productivo, de modo que permita condiciones ecuanímes de protección ambiental y competitividad.
- Acompañar el proceso de elaboración, discusión, definición e implementación de la serie ISO 14.000 - Gestión Ambiental, y analizar los impactos de su posible aplicación como factor diferenciador de competitividad para productos originarios del MERCOSUR en el mercado internacional.
- La elaboración de un documento que tomará como referencia los ordenamientos legales nacionales, temas específicos de gestión ambiental, teniendo como objetivo la optimización de los niveles de calidad ambiental en los Estados Partes.
- Diseño, desarrollo y puesta en operación de un sistema de información ambiental sustantivo, a nivel de las máximas instituciones nacionales de los Estados Partes y,
- Desarrollar un proceso tendiente a la definición y formalización de un sistema sello verde MERCOSUR.

## 4.- ACUERDOS AMBIENTALES CON INCIDENCIA COMERCIAL

### 4.1 Consideraciones Generales

De acuerdo con el principio 12 de la Declaración de Río, los acuerdos internacionales son claramente preferibles a las acciones unilaterales en la búsqueda de soluciones a los problemas ambientales transfronterizos. Actualmente existen más de 180 tratados multilaterales ambientales, dentro de los cuales alrededor de 20 incorporan medidas comerciales<sup>75</sup>. Tres clases de objetivos ambientales han perseguido estas

---

<sup>75</sup> The Royal Institute of International Affairs, International Economics Programme, Briefing Paper N°35, February 1997, *Trade and Environment: An Update on the Issues*, p.4.

medidas<sup>76</sup>; proteger la vida silvestre<sup>77</sup>; proteger el medio ambiente del país importador de productos peligrosos<sup>78</sup> y la protección de los recursos comunes<sup>79</sup>. Es así como estas medidas han sido incluidas en tres de los tratados ambientales más importantes: la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), la Convención de Basilea sobre Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, y el Protocolo de Montreal sobre Sustancias Agotadoras de la Aapa de Ozono.

Sin embargo, surge un problema al tratar de compatibilizar las normas de los acuerdos sobre libre comercio (como el GATT/OMC) con estos tratados, puesto que las medidas comerciales establecidas en los tratados ambientales, y que contribuyen significativamente a su éxito, pueden constituir un incumplimiento a los principios del libre comercio. Este es en teoría el mismo conflicto que ha surgido de la aplicación de medidas comerciales unilaterales con objetivos de protección ambiental<sup>80</sup>. El asunto ha sido discutido por el Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC con el objeto de definir en qué condiciones las medidas comerciales adoptadas en conformidad con tratados ambientales multilaterales pueden ser consideradas necesarias según los términos del Artículo XX del GATT. Por su parte, las ONGs han argumentado a favor de una modificación del GATT con el objeto de crear una presunción de compatibilidad con los tratados ambientales multilaterales, siguiendo el ejemplo del NAFTA<sup>81</sup>. En efecto, se ha sugerido una nueva excepción al GATT específicamente para estos casos, de manera que las obligaciones del GATT no afecten las obligaciones que las partes hayan adquirido o adquieran en el futuro en relación a la protección del medio ambiente.<sup>82</sup> Por último, también existe una postura que sostiene que las normas del GATT/OMC deben ser aplicadas para impedir la incorporación de medidas restrictivas del comercio en futuros tratados ambientales multilaterales<sup>83</sup>.

---

<sup>76</sup> Phillippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, p. 685.

<sup>77</sup> En este caso las medidas comerciales tienen por objeto limitar las importaciones y exportaciones entre las partes, generalmente a través de un sistema de permisos y también restricciones al comercio con países que no son parte.

<sup>78</sup> En este caso las medidas consisten generalmente en restricciones a las importaciones y exportaciones.

<sup>79</sup> En este caso (Protocolo de Montreal) no se restringe el comercio entre las partes sino que se controla la importación y exportación de ciertas sustancias agotadoras del ozono desde y hacia los países no miembros del tratado.

<sup>80</sup> Ver primera parte de este artículo.

<sup>81</sup> The Royal Institute of International Affairs, op.cit., p.4. En el NAFTA se establece expresamente que CITES, el Convenio de Basilea y el Protocolo de Montreal prevalecen sobre las reglas del NAFTA.

<sup>82</sup> Steve Charnovitz, *Multilateral Environmental Agreements and Trade Rules*, Environmental Policy and Law, 26/4 (1996), p.166.

<sup>83</sup> Ibidem.

El análisis legal de la relación entre las reglas del GATT y las medidas comerciales contempladas en los tratados ambientales, permite distinguir diversas situaciones. Por ejemplo, la situación menos compleja ocurre cuando dos partes son miembros tanto del GATT como del tratado ambiental en cuestión, y la medida comercial es adoptada con el objeto de regular el intercambio entre ellos. En este caso, el tratado ambiental puede ser visto como una norma especial<sup>84</sup> y posterior<sup>85</sup> que se sobrepone a las normas del GATT por mutuo consentimiento. Otra situación existe cuando dos países son miembros de la OMC pero no son ambos miembros del tratado ambiental. En este caso, las posibilidades de conflicto son mayores si se implementa una medida comercial contemplada en el tratado ambiental en contra del país que no es miembro. La legalidad de las medidas en este caso no está clara, y en parte dependería de la interpretación que se haga de las excepciones y del encabezado del Artículo XX del GATT.

En todo caso, cabe destacar que hasta ahora no han surgido conflictos dentro del sistema del GATT/OMC en relación a medidas comerciales adoptadas en conformidad con tratados ambientales multilaterales, de manera que no se han adoptado interpretaciones al respecto por los Paneles de la OMC. Se ha sugerido, que sería conveniente cambiar el foro en el que se discutirían estos casos con el objeto que la OMC no los resuelva, al menos mientras no exista un sistema más balanceado de solución de controversias en su interior<sup>86</sup>.

Por último, cabe mencionar los diversos criterios que se han establecido con el objeto de evaluar la legalidad de las medidas comerciales incorporadas en los tratados ambientales<sup>87</sup>. Estos criterios pueden ser utilizados en diversas formas. Ya sea como indicación para la elaboración de nuevos tratados ambientales, con el objeto de prevenir conflictos; como criterios para el órgano encargado de resolver un conflicto; o como principios para justificar tratados ambientales ya existentes. Algunos de estos criterios son: la *necesidad* de una medida comercial; el *uso no discriminatorio* de estas medidas; la *proporcionalidad*; la *efectividad y legitimidad* del tratado ambiental; el grado de *certeza científica*; la *transparencia* en la elaboración del tratado ambiental; y que la medida sea lo *menos restrictiva* posible.

---

<sup>84</sup> Derecho internacional consuetudinario.

<sup>85</sup> Artículo 30.4 (a) Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

<sup>86</sup> Ya sea que la competencia recaiga en la Corte Internacional de Justicia; en el sistema de solución de controversias del propio tratado ambiental multilateral, si existe; o en el foro regional en el caso de acuerdos comerciales regionales como el NAFTA.

<sup>87</sup> Steve, Charnovitz, op. cit., p.167.

## 4.2 Protocolo de Montreal sobre Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono

Con el objeto de reducir el progresivo adelgazamiento que ha venido sufriendo la capa de ozono, la comunidad internacional suscribió el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, el cual fue complementado con el Protocolo de Montreal y con sucesivas enmiendas (Londres y Copenhague). Este conjunto normativo, obliga a los países a limitar, congelar y eliminar el consumo de sustancias que agotan la capa de ozono en plazos diferenciados de acuerdo a la nocividad y certezas científicas de cada sustancia en particular.

La primera obligación de las partes es reducir el nivel de consumo y producción de sustancias agotadoras de la capa de ozono. Para tal efecto, el Protocolo de Montreal distingue entre países desarrollados y países en desarrollo. Respecto de los primeros establece un calendario de reducción y eliminación de tales sustancias, esta última obligación se cumplió en 1996. Por otra parte, los países en desarrollo, tienen un plazo de gracia de 10 años para cumplir con las medidas de control establecidas, de esta manera la eliminación del consumo queda fijada para el año 2010.

Chile ratificó el Protocolo en 1990. Si bien en Chile no se producen sustancias agotadoras de la capa de ozono, el consumo está determinado por las importaciones. Otras obligaciones para Chile que emanan del Protocolo de Montreal son la presentación de datos de importaciones de sustancias controladas, la prohibición de importación de dichas sustancias de estados que no sean parte del mencionado Protocolo y, finalmente, la cuarta obligación es la prohibición de importación de productos elaborados con sustancias controladas desde países no partes.

En 1991, Chile identificó las áreas más significativas en el uso de las sustancias agotadoras de la capa de ozono (SAO). Una vez identificadas, confeccionó un programa que se presentó en 1992 al Fondo Multilateral del Protocolo de Montreal. Este programa delineó las estrategias a seguir para lograr la eliminación total de SAO en el país. El camino escogido no impone restricciones explícitas al uso de sustancias agotadoras de la capa de ozono, sino que la reconversión de industrias está basada en mecanismos de mercado, a través, especialmente de presiones en la oferta y la demanda<sup>88</sup>. El programa indicado comprendía cuatro componentes, a saber: una campaña de movilización de opinión pública; la implementación de un sello ozono; subsidios para la reconversión tecnológica y un componente de capacitación.

Como resultado de las actividades combinadas de este programa, se eliminaron cerca de 128 TM/año<sup>89</sup> adicionales. Al mismo tiempo, en el período 1997 hasta julio de

<sup>88</sup> *La Eliminación de Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono en Chile: Un Balance Preliminar*. Documento CONAMA.

<sup>89</sup> Toneladas Métricas por Año.

1998, se financiaron proyectos de reconversión tecnológica, que significaron la eliminación adicional de SAO (principalmente CFC-11) estimada en 126 TM/año<sup>90</sup>.

Los resultados de la implementación del Protocolo de Montreal en Chile, producto del esfuerzo público y privado, han sido hasta el momento muy satisfactorios. Nuestro país ha eliminado entre los años 1989 y 1997, cerca de 248 TM/año de CFC-12 en aerosoles y en la fabricación de aparatos de refrigeración comercial, 280 TM/año de CFC-11 en la producción de espumas flexibles y rígidas de aislación; totalizando cerca de 530 TM/año eliminadas en este período<sup>91</sup>.

### 4.3 Convención sobre la Diversidad Biológica

La primera vez que la comunidad internacional reconoció que la pérdida de biodiversidad tenía un impacto global tanto para el mantenimiento de las funciones ecológicas del planeta como para el establecimiento de sistemas socio/culturales sostenibles, fue en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, llevada a cabo en Estocolmo, en 1972. Ocho años más tarde la Estrategia para la Conservación Mundial (ECM) entregó un marco conceptual para la integración de la conservación y el desarrollo sostenible. En 1992, en el marco de la Cumbre de Río se dió origen a la Convención de la Diversidad Biológica.

Los acuerdos del Convenio están estipulados en 42 artículos, los cuales dan cuenta de temas tales como: medidas generales de conservación y utilización sostenible; conservación in-situ; conservación ex situ; investigación y capacitación; acceso a los recursos genéticos; transferencia y acceso a tecnología; intercambio de información; y provisión de recursos financieros.

A pesar de reconocer el valor que tiene la biodiversidad para las actuales y futuras generaciones, se está propiciando una pérdida de biodiversidad a todos los niveles. Algunas de las causas fundamentales de esta pérdida son las altas tasas de crecimiento poblacional y de consumo de recursos naturales, la existencia de sistemas económicos y políticos que no evalúan adecuadamente el ambiente y sus recursos, y la existencia de sistemas legales e institucionales que permiten regímenes de explotación que no son sostenibles. Los mecanismos de pérdida de biodiversidad más importantes son la introducción de especies, la sobreexplotación de plantas y animales, la pérdida de hábitats, la contaminación del suelo, el agua y la atmósfera, el cambio climático global, y actividades como la agricultura, la silvicultura y la pesca industrial, entre otras<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> *La Eliminación de Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono en Chile: Un Balance Preliminar*. Documento no publicado- CONAMA.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> Fuente CONAMA/1998

Chile ratificó el Convenio sobre la Diversidad Biológica, en 1994, y está vigente desde 1995. Las principales actividades desarrolladas por Chile en el marco de ésta Convención, han sido: Elaboración del Catastro del Bosque Nativo; creación de áreas protegidas; dictación de leyes, especialmente la Ley de Caza, entre las más relevantes.

La gran falencia de la aplicación del convenio en Chile es la desregulación en materia del acceso a recursos genéticos. Esto permitiría una fuga de dichos recursos sin mayores restricciones y sin beneficios, al menos económicos por parte del país propietario de los recursos.

#### **4. 4 Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES)**

Esta convención, es un tratado multinacional redactado en 1973, destinado a regular y restringir el comercio de animales y plantas consideradas en peligro de extinción, y preservar así el patrimonio animal y vegetal de toda la humanidad. CITES, entró en vigor el 28 de enero de 1975 y cuenta actualmente con 144 países miembros. El objetivo central de CITES es prohibir el comercio internacional de especies amenazadas mediante su inclusión en una lista aprobada, y reglamentar y vigilar continuamente el comercio de otras que puedan llegar a estarlo.

CITES, entró en vigencia en Chile el año 1975, siendo las principales actividades vinculadas a él, la dictación de normativa, que protege a especies en peligro de extinción y resguarda su comercio<sup>93</sup>.

Hemos visto que la relación comercio y medio ambiente, se ha consolidado en los últimos años. Prueba de ello es la incorporación paulatina de medidas comerciales como instrumentos o mecanismos a utilizar en el contexto de tratados ambientales multilaterales, ejemplo de ello, es el Protocolo de Montreal. Por otro lado, los acuerdos comerciales tienden cada vez más a incorporar la variable ambiental como un factor que permite garantizar un sistema adecuado de libre comercio, ejemplo de ello es el NAFTA y el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá. Chile no ha sido ajeno a estas tendencias mundiales, más aun se ha convertido en un actor relevante en la adopción de instrumentos tanto comerciales como ambientales. Su importancia no es menor, considerando que Chile es un país en desarrollo y, por lo tanto sus iniciativas, éxitos o fracasos en estos intentos, pueden significar un efecto importante en los demás países vecinos.

---

<sup>93</sup> Ley de Caza y su Reglamento.

# «Áreas Silvestres Protegidas, derecho a la vida y comunidades indígenas»<sup>1</sup>

---

JUAN JORGE FAUNDES PEÑAFIEL  
Profesor, Escuela de Derecho,  
Universidad Católica de Temuco

---

**L**as distintas naciones del orbe enfrentan el problema de la sobre explotación de sus recursos naturales, acentuado por el impacto de los actuales fenómenos de cambio climático. Al mismo tiempo, con frecuencia los respectivos órganos gubernamentales no generan programas globales y hemisféricamente relacionados, dirigidos al manejo de los recursos naturales y a la protección de los ecosistemas frágiles, circunstancias que repercuten directamente en la sostenibilidad de los sistemas sociales.

De esta manera, como forma de paliar la falencia descrita, regularmente, se recurre a la protección de ciertos espacios geográficos delimitados, “congelándolos” respecto del resto del territorio del respectivo Estado, estableciendo barreras dirigidas a impedir la intervención humana y la consecuente degradación de los ecosistemas.

Estos espacios territoriales se han seleccionado en base a su especial riqueza biótica y se les otorga la protección estatal mediante el establecimiento de un régimen jurídico especial, denominándolos genéricamente **Áreas Silvestres Protegidas**.

Los regímenes jurídicos localizados deberían incidir positivamente en los sistemas sociales en que circunscriben, sin embargo, ello no siempre ocurre y por el contrario, suelen generarse graves conflictos respecto de los asentamientos humanos que tradicionalmente han interactuado con tales espacios territoriales.

La idea de aislar o “congelar” ciertos sectores obedece a que en la cultura occidental la relación hombre naturaleza siempre se ha presentado con un carácter utilitario vertical. Por ello, suelen generarse dinámicas destructivas respecto del medio natural; situación que exige que a los ecosistemas frágiles se les otorgue protección jurídica específica. De ahí que los Estados suelen establecer restricciones a la interacción

---

<sup>1</sup> Este trabajo se basa en una investigación de mayor extensión titulada *Áreas Silvestres Protegidas y la Subsistencia de Comunidades Indígenas en Chile*, desarrollada en conjunto por el autor de este artículo y Jeannette Margarita Jalabert Rojas (Asistente Social), para la Fundación Instituto Indígena de Temuco.

de los individuos con las Áreas Silvestres Protegidas, de tal forma que el accionar humano se reduce, en general, a actividades recreativas bajo un estricto control administrativo.

Sin embargo, existen otros grupos humanos –las comunidades indígenas– que, a la luz de su cosmovisión, desarrollan dinámicas horizontales de convivencia respecto de su entorno natural. Pero, las acciones estatales de protección no discriminan la forma de interactuar de la sociedad común, versus la distancia relación de las comunidades indígenas, de tal forma que los pueblos originarios que históricamente han convivido sustentablemente con lugares hoy declarados Áreas Silvestres Protegidas, se ven afectados en la subsistencia misma.

En el presente texto se pretende dilucidar de qué forma el ordenamiento jurídico chileno regula las dinámicas existentes entre las poblaciones indígenas y las Áreas Silvestres Protegidas con que se encuentran vinculadas territorialmente.

Buscamos poder identificar las eventuales garantías constitucionales afectadas por las medidas adoptadas por los poderes públicos.

## COSMOVISIÓN Y ECONOMÍA DE SUBSISTENCIA.

En la cosmovisión indígena la tierra y la naturaleza cumplen un rol vital; existe una Tierra “viva”; donde cada elemento tiene una función en la construcción y equilibrio del cosmos. En este escenario el hombre es un elemento más, y se relaciona de manera simétrica con el resto de los elementos constituyentes de dicho sistema. En este sentido, en las culturas indígenas el axioma gnoseológico *“Todo lo que haces a la naturaleza te lo haces a ti mismo”*, se hace profundamente real, y el concepto de sustentabilidad asume la trascendencia de la sobrevivencia humana misma.

Desde otro punto de vista, creemos que la sobrevivencia de los pueblos indígenas no es un problema que pueda circunscribirse sólo a este segmento social, porque estamos convencidos que el aporte de estas culturas resulta esencial para la sustentabilidad y sobrevivencia del resto de la sociedad<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Al respecto el investigador norteamericano Jerry Mander señala que: “Finalmente, necesitamos volver a reflexionar sobre nuestra relación con la naturaleza y con los pueblos nativos. Esto incluye el reaprendizaje de la historia y el enfrentamiento que hicieron que tal historia se desarrollase de la manera en que lo hizo (...) En verdad, este cambio es inevitable si la cordura y la sustentabilidad habrán de prevalecer... Es un avanzar hacia una relación renovada con valores y principios eternos que se han mantenido vivos para beneficio de la sociedad occidental por la misma gente que hemos tratado de destruir. (...) Hasta el momento, los únicos que como grupos se han mantenido, con una postura clara frente a este asunto son los pueblos nativos, sencillamente porque han mantenido vivas sus raíces en la filosofía

El uso especial que las culturas indígenas dan a los recursos naturales y la preocupación por mantener el ecosistema es una situación consabida para las autoridades gubernamentales chilenas. Así, la CONAMA, en su *Perfil Ambiental de Chile*, reconoce que la presencia de comunidades indígenas disminuye la incidencia de la contaminación en los predios de la IX región, incluso refiere que de no existir esta población los niveles de contaminantes y deterioro serían similares a los de la X región, dado que la actividad económica imperante es similar en ambas<sup>3</sup>.

Podemos citar el caso específico de los mapuche-pehuenche, residentes en el Área de Desarrollo Indígena del Alto Bio-Bio (VIII Región) y en la comuna de Lonquimay (IX Región). Tanto la recolección, como el pastoreo son actividades profundamente arraigadas en la cultura de dicha etnia y se han constituido en el principal medio de subsistencia.

Sabemos que el concepto fundamental que los caracteriza y define es el “pehuén” o Araucaria; sin esta especie y/o sus frutos, se los desestructuraría, dado que tanto sus valores culturales, como la economía, giran y se sustentan en la conífera.<sup>4</sup> En la cosmovisión pehuenche el “pehuén” está en el centro de la relación hombre y entorno. Viven de su fruto, el “gnillio” o “piñon”, construyen sus viviendas con su madera y el árbol representa la forma de comunicación entre los vivos y antepasados.

A modo de ejemplo, en el sector de Lonquimay, hasta 1995, el 60% de la economía mapuche-pehuenche se basaba en la recolección, manipulación y comercialización del piñón y sus derivados; lo restante corresponde a pastoreo o pequeña ganadería. Estas actividades involucran desplazamiento humano a zonas de alta concentración de Coníferas Araucarias Araucanas y de pastizales perennes (veranadas).

Las Araucaria se encuentran fundamentalmente en las Áreas Silvestres Protegidas circundantes a dichas comunidades (en el ejemplo: Reserva Forestal Alto Bio-Bio

---

alternativa basada en la naturaleza, que ha demostrado su eficacia a lo largo de decenas de miles de años, y que ha salvaguardado aquellas dimensiones del conocimiento y de la percepción que se han tornado opacas para nosotros. Son las sociedades nativas y no la nuestra las que poseen la clave de la sobrevivencia futura.” *En ausencia de lo sagrado (In The Absence of the Sacred)*. Traducción de Elisabeth Medina y otros; Editorial Cuatro Vientos, Santiago de Chile, 1994 (Pag. 469-470).

<sup>3</sup> *Perfil Ambiental de Chile*. Corporación Nacional del Medio Ambiente. Pag. 215-216. Impresos Palma. Segunda Edición. Santiago Chile 1995.

<sup>4</sup> Al respecto, cabe considerar que la potencialización agroproductiva de los suelos cordilleranos es muy baja, lo que limita la adaptación a nuevas estrategias de subsistencia y determina la dependencia directa de la recolección de piñones.

y Reserva Forestal Malalcahuello), lo que nos conduce directamente al centro del problema, porque aparecen dos intereses en un aparente conflicto. Por una parte, las comunidades indígenas que para sobrevivir y mantener su economía tradicional deben introducirse en las Áreas Silvestres Protegidas; versus el interés general, que persigue la rigurosa preservación de estas tierras. La pugna de intereses resulta ilusoria y nos corresponde encontrar en el Derecho las herramientas que permitan encausar ambos bienes jurídicos dignos de protección.

## MARCO LEGAL

### A) Legislación Nacional:

El artículo 35 de la Ley Indígena 19.253 dispone:

*“En la administración de las áreas silvestres protegidas, ubicadas en las áreas de desarrollo indígenas, se considerará la participación de las comunidades ahí existentes. La Corporación Nacional Forestal o el Servicio Agrícola y Ganadero y la Corporación, (CONADI) de común acuerdo, determinarán en cada caso la forma y alcance de la participación sobre los derechos de uso que en aquellas áreas corresponda a las Comunidades Indígenas”.*

### Comentarios:

1) El documento *Perfil Ambiental de Chile* define las **Áreas Silvestres Protegidas** como: “...los ambientes naturales, terrestres o acuáticos pertenecientes al Estado y que éste protege y maneja para lograr los objetivos de conservación fijados para las tres categorías de áreas en protección”, lo que comprende los espacios territoriales categorizados como: Parques Nacionales, Reservas Forestales o Monumentos Naturales”

Por su parte, el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado de Chile (SNASPE) define:

a) **Parque Nacional** como “un área generalmente extensa, donde existen diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad ecológica natural de un país, no alterados significativamente por la acción humana, capaces de autoperpetuarse, y donde las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas presentan algún interés particular. Los objetivos de esta categoría de manejo son la preservación de muestras de ambientes naturales, de rasgos culturales y escénicos asociados a ellos, la continuidad de los procesos evolutivos y en la medida compatible, la realización de actividades de educación, investigación o recreación”.

b) **Monumento Natural** como “un área generalmente reducida, caracterizada por

la presencia de especies nativas de flora y fauna o por la existencia de sitios geológicos relevantes desde el punto de vista escénico, cultural, educativo o científico. Teniendo por objetivos los mismos que la categoría de Parque Nacional.

c) **Reserva Forestal o Nacional** como “áreas cuyos recursos naturales es necesario conservar y utilizar con especial cuidado por su susceptibilidad a sufrir degradación o por su importancia en el resguardo del bienestar de la comunidad. Su objetivo es la conservación y protección del recurso suelo y las especies amenazadas de fauna y flora silvestre, la mantención o mejoramiento de la producción hídrica y el desarrollo y aplicación de tecnologías de aprovechamiento racional de la flora y fauna”

2) El artículo 35 de la Ley Indígena determina que sólo aquellas comunidades indígenas que se encuentren en territorios declarados “Áreas de Desarrollo Indígena”<sup>5</sup>, podrán hacer ejercicio de dichos beneficios. Esta disposición reduce considerablemente el alcance de la norma. En definitiva, el ámbito de aplicación estará delimitado por dos requisitos copulativos:

- a) por una parte, **la necesaria circunscripción a un Área Silvestre Protegida;**
- b) y, por otra, que el **territorio en cuestión esté inserto en un sector declarado Área de Desarrollo Indígena**<sup>6</sup>.

Si efectuamos una breve revisión de la situación de la VIII Región podemos observar que los supuestos exigidos sólo se cumplen en el caso de la Reserva Nacional Ralco, al interior del Área de Desarrollo Indígena del Alto Bio-Bio. Por su parte, en la IX Región<sup>7</sup>, sólo ocurre con el Parque Nacional Nahuelbuta que se ubica en el Área de Desarrollo Indígena Lumaco-Purén.

3) Es necesario prestar especial atención a los conceptos “participación” y “uso” empleados en el artículo 35, puesto que al analizarlos se debe considerar expre-

<sup>5</sup> La Ley 19.253 en su artículo 26, Título II, párrafo 2º, define a las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI) como: “espacios territoriales en que los organismos del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades. Para su establecimiento deberán concurrir los siguientes criterios: a) Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas; b) Alta densidad de población indígena; c) Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas, d) Homogeneidad ecológica; y e) Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, tiberas, flora y fauna.

<sup>6</sup> Es importante destacar el caso de la comuna de Lonquimay, cuya declaración como Área de Desarrollo Indígena aún no se concreta y sólo se encuentra en estudio. En ella han sido declaradas dos Reservas Forestales: Malalcahuello y Alto Bio-Bio ; y un Parque Nacional: el Conguillio. Reservas relacionadas con un número significativo de comunidades indígenas.

<sup>7</sup> Llama la atención que la cuenca hidrográfica del Budi ubicada en la IX Región (Área de Desarrollo Indígena), pese a que el Lago del mismo nombre se caracteriza por sus especiales propiedades hídricas (único lago salado), y por su ecosistema, no se han declarado mayores medidas de protección ambiental. Sector en que también existen comunidades indígenas ligadas.

samente la realidad que vivencian las personas indígenas que se encuentran directamente relacionadas con las Áreas Silvestres Protegidas.

La palabra “uso” debe entenderse en un sentido amplio, superando la concepción quirritaria. En especial, se debe evitar la sustantivización jurídica originada en las dinámicas sociales de las poblaciones indígenas; es decir, sin ser excluyente, el concepto de “uso” no debe reducirse a los “derechos de uso”, tan comunes en las relaciones entre indígenas, amparadas por la ley 19.253.

En conclusión, debe emplearse un sentido ordinario que, necesariamente, también involucre los aspectos sociológicos y productivos tradicionales. Así entonces, el término “uso” se encuentra intrínsecamente relacionado con la subsistencia.

4) El artículo 35 citado dispone que se “considerará la participación de las comunidades ahí existentes” y que los acuerdos celebrados por CONAF, SAG y CONADI deben determinar la forma y alcance de la participación sobre los derechos de uso que en aquellas áreas corresponda a las comunidades indígenas.

Tales acuerdos podrán señalar los diversos aspectos de la actividad que desarrollen las comunidades, pero en caso alguno deben establecer la exclusión de dicha participación, por que ello conduciría a infringir el espíritu mismo de la disposición.

La participación social indígena, ordenada en el artículo 35 de la ley 19.253 no sólo implica una “discriminación positiva” hacia los indígenas (aspecto central de la norma); sino, además, constituye una herramienta político-administrativa que tenderá a sostener la administración pertinente de estas Áreas Silvestres, en un dimensión cultural y no sólo contractual.

## **El turismo.**

Sin perjuicio del problema de subsistencia descrito y con la finalidad de superarlo en alguna medida, a partir de 1995, respondiendo a lo establecido en la Estrategia de Desarrollo Regional, las ONG y los municipios se han preocupado por apoyar y potencializar proyectos de carácter turístico, actividad a la cual se están incorporando paulatinamente las comunidades indígenas, quienes se caracterizan por el grado de cuidado empleado en el manejo de los recursos naturales y su entorno.

Pero, dichas iniciativas de eco o étnoturismo son desarrolladas al margen de las actividades públicas enmarcadas en las Áreas Silvestres Protegidas. En este punto es donde existe la mayor deficiencia, ya que paralelamente se han implementado sendos proyectos turísticos, en que CONAF otorgó a particulares concesiones para el desa-

rrrollo turístico de las Áreas Silvestres Protegidas, sin la menor consideración a las comunidades, y más aún, con consecuencias difíciles de determinar para las mismas. Tal actividad pugna con el artículo 35 de la ley 19.253, porque su mandato debe comprender el uso que se haga de las Áreas Silvestres Protegidas desde la perspectiva del desarrollo turístico, especialmente, dado que la disposición se refiere a la *participación en la administración de dichas áreas*<sup>8</sup>.

En definitiva, del artículo 35 se desprende que las personas naturales indígenas que formen parte de una comunidad legalmente reconocida y que residen dentro de un espacio territorial con calidad de Área de Desarrollo Indígena, o aledañas a él; tienen derecho a participar en la toma de decisiones, hacer uso y obtener provecho de aquellas tierras que ancestralmente han utilizado y que en la actualidad han sido declaradas Áreas Silvestres Protegidas. Todo, en conformidad a los acuerdos alcanzados entre CONADI, SAG y CONAF, ya sea desde el punto de vista de sus actividades tradicionales de subsistencia, o bien, desde la perspectiva de los nuevos programas de desarrollo turístico.

## B) Obligaciones Internacionales<sup>9</sup>:

En materia de derechos de los pueblos indígenas, el Estado de Chile ha asumido variados compromisos internacionales y señalamos a continuación los aspectos más relevantes de tales pactos, con el objeto de dilucidar si la actividad estatal respecto de las Áreas Silvestres Protegidas y las Comunidades Indígenas se condice con las obligaciones asumidas.

Con ocasión de la “**Conferencia de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo**”, celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en 1992<sup>10</sup>, Chile aprobó sin modificaciones los siguientes capítulos de los **Acuerdos Marco XXI o Agenda 21**:  
· N°II relativo a la “**Ordenación de los ecosistemas frágiles: lucha contra la desertificación y sequía...**”

<sup>8</sup> Pese a lo expuesto, debe advertirse que con la inducción hacia actividades económicas alternativas, como el turismo, se corre el riesgo de causar efectos importantes de desarraigo cultural.

<sup>9</sup> El alcance de los imperativos jurídicos externos depende de la naturaleza de los mismos. Por ello, sin perjuicio de estimar que todas las normas internacionales citadas, en mayor o menor medida, imponen obligaciones a los órganos del Estado chileno, es elemental tener en cuenta que ellas no tienen el mismo valor, y por lo tanto, su alcance es diferente. De ahí que al momento de citar una disposición será necesario examinar si se trata de tratados solemnes, acuerdos en forma simplificada o declaraciones emanadas de conferencias u organizaciones internacionales.

<sup>10</sup> Cumbre de Río de Janeiro, realizada del 03 al 14 de junio de 1992; en la cual se trabajó en una serie de acuerdos multilaterales denominados “MARCO SIGLO XXI”, o también llamados “Agenda 21”, propuestos por las Naciones Unidas para la protección del Medio Ambiente y el Desarrollo en el continente Americano y el Caribe.

- N° XV sobre “**Conservación de la Biodiversidad Biológica**”.
- Más tarde, a raíz de la Primera Cumbre de las Américas celebrada en Estados Unidos, nuestro país ratificó el **Capítulo N° XIII** que trata de la “**Ordenación de los ecosistemas frágiles: desarrollo sostenible de las zonas de alta montaña**”.

Al revisar los acuerdos mencionados, resalta como reiteradamente se dispone la necesaria participación de las comunidades indígenas y/o precolombinas en la planificación y toma de decisiones en torno a su territorio, particularmente a aquellos que, considerándose ecosistemas frágiles, hayan sido protegidos; pero, respecto de los cuales, existe pleno conocimiento de la capacidad ecológicamente sustentable que manejan los comuneros para administrarlas. Así por ejemplo, pueden destacarse: el Capítulo XV, artículos 15.5 y 15.11; Capítulo XII, artículo 12.27.

Así mismo, resulta ilustrativo traer a la vista el Capítulo XXVI, relativo a los objetivos, cuyo artículo 26.3 señala que:

*“La agenda 21 establece como objetivo específico:*

*i) Instituir un proceso encaminado a invertir de autoridad a las poblaciones indígenas y a sus comunidades, mediante la adopción de medidas que incluyan:*

*ii) El reconocimiento de que las tierras de las poblaciones indígenas y sus comunidades deben estar protegidas contra actividades que presenten riesgos para el medio ambiente o que la población indígena de que se trate considere improcedentes desde los puntos de vista social y cultural;*

*iii) El reconocimiento de sus valores, sus conocimientos tradicionales y sus prácticas de ordenación de los recursos, con miras a promover un desarrollo ecológicamente racional y sostenible;*

*iv) El reconocimiento de que la dependencia tradicional y directa de los recursos renovables y ecosistemas incluidos el aprovechamiento sostenible, sigue siendo esencial para el bienestar cultural, económico y físico de las poblaciones indígenas y de sus comunidades”.*

### C) Mecanismos de protección:

Tomando en cuenta todos los antecedentes referidos en este trabajo, al reflexionar sobre las acciones que competen a las comunidades indígenas para salvaguardar sus respectivos derechos, aparece el **Recurso de Protección**, consagrado en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, como una acción de reclamación idónea. Sin perjuicio de que el recurso pueda fundarse en varias garantías, en este trabajo, conforme lo ya desarrollado sostenemos que la garantía constitucional principalmente afectada es el **derecho a la vida**, consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Constitución.

La prohibición de acceder a los medios tradicionales de subsistencia es tan grave que deriva, necesariamente, en una amenaza a la sobrevivencia de la comunidad. Este fenómeno se desencadena producto de la imposibilidad efectiva y actual

de emprender nuevas actividades de subsistencia, lo que socava las condiciones económicas de las familias y consolida el desarraigo cultural.

Así, para fundamentar una acción de protección constitucional deberemos entender como **ILEGAL** todo acto que amenace impedir, impida o limite, tanto, el acceso de las comunidades indígenas a las Áreas Silvestres Protegidas, como, el desarrollo en ellas de las actividades tradicionales de subsistencia. Por ejemplo: demarcaciones y cerramientos, prohibiciones de ingreso, dictación de reglamentos y/o llamados a licitación de concesiones, contrarios a la Ley 19.253 o a los acuerdos ya referidos. Del mismo modo, también serán ilegales las conductas omisivas, como la no consideración en los llamados a licitación o en la toma de decisiones públicas que le afecten.

Conjuntamente, serán **ARBITRARIOS**, dichos actos u omisiones, cuando no contengan fundamento alguno, o bien, si responden a motivos ligeros, antojadizos, carentes de una razón legal. Ejemplos son: la dictación de reglamentos abusivos, la falta de adecuación a las estrategias de desarrollo, reticencia a aplicar la ley, etc.

Por otra parte, frente a disposiciones legales que pueden estimarse atentatorias a las garantías fundamentales que establece la Constitución, como el derecho a la vida (desde el prisma sostenido), puede impetrarse la acción constitucional contemplada en el artículo 80 de nuestra Carta Fundamental, para que, en cualquier cuestión judicial, se declare la inaplicabilidad de aquella norma infractora. Así por ejemplo, podría solicitarse en un juicio en que se esté ordenando el lanzamiento de las personas asentadas al interior de una Área Silvestre Protegida; también en un juicio de cerramiento, de servidumbre y/o apertura de camino, cuando se pretenda negar el acceso a una Área Silvestre Protegida en que históricamente se han desarrollado actividades tradicionales.

Por último, si analizamos las normas contempladas en los tratados internacionales actualmente vigentes y ratificados por Chile, podemos constatar que al consagrar la protección de las economías de subsistencia de las comunidades indígenas, derechamente se está protegiendo el derecho a la vida y entonces nos situamos frente a derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En consecuencia, las disposiciones deberán ser consideradas de jerarquía superior a la de las restantes disposiciones, de conformidad a lo contemplado en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución. Y siguiendo la moderna doctrina y jurisprudencia del Derecho Constitucional<sup>11</sup>, evitando entrar a discutir el grado específico de jerarquía, sin lugar a dudas, tales disposiciones tendrán una aplicación preferente y por lo tanto, los Tribunales de Justicia deberán ajustar sus fallos a ellas.

---

<sup>11</sup> Humberto Nogueira, Emilio Pfeffer, Cecilia Medina, Jorge Precht, Mario Verdugo, etc.

## CONCLUSIONES

1) Desde el punto de vista de la relación directa hombre-territorio, el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley Indígena, apuntaría a un doble propósito; por una parte, reconocer la cultura de los pueblos originarios, la razón de su tradición y cosmovisión; y por otro, procurar el manejo sustentable de los recursos naturales de las áreas en discusión.

En este sentido, de acuerdo a la cosmovisión de las culturas indígenas, considerando el valor que éstas asignan a la naturaleza y su relación cognoscitiva con el mundo, desde una perspectiva de igualdad y sincronía, permitir y facilitar la participación de las comunidades indígenas en la administración de las Áreas Silvestres Protegidas, puede constituir mucho más que un criterio de discriminación positiva. Ello puede facilitar una dinámica de eficiencia, en que la sustentabilidad y protección de la pirámide biótica, sin dejar de ser objetivos sociales, para las comunidades tradicionales, sean la base de la subsistencia y comprensión del universo. Así, asegurando la sobrevivencia de las comunidades se consolida la preservación y cuidado de las Áreas Silvestres Protegidas, propendiendo en definitiva a la sostenibilidad de toda la sociedad.

2) En relación a las dinámicas propias de las Áreas Silvestres Protegidas, se puede concluir que desde cualquiera de los ámbitos vistos, existen imperativos jurídicos que obligan a las instituciones estatales a tomar medidas concretas para integrar a las comunidades indígenas en los procesos de toma de decisiones, ya sea, en la administración o el desarrollo turístico; o bien, otorgando todas las facilidades necesarias para el desempeño de las actividades tradicionales de subsistencia, en el marco de la conservación y sustentabilidad de dichos lugares.

El incumplimiento de estos imperativos otorga a los afectados el derecho de reclamar la protección judicial de las garantías constitucionales que esta infracción afecte.

3) Sin perjuicio de los derechos que otorga el artículo 35 de la ley 19.253 que, como se vio, se circunscribe a dos supuestos específicos<sup>12</sup>, el fenómeno de la subsistencia de las comunidades indígenas es mucho más amplio y por lo tanto, deben buscarse mecanismos de protección que superen el encuadramiento de esta norma. Entonces cobran relevancia los compromisos internacionales que el estado de Chile haya asumido al respecto porque generan un nuevo ámbito de mecanismos de reclamación.

<sup>12</sup>La existencia de un sector formalmente declarado Área de Desarrollo Indígena y que al interior de éste, respectivamente, se haya declarado un espacio como Área Silvestre Protegida.

# «La regulación y supervisión del mercado financiero en Chile»

---

JUAN EDUARDO FERNÁNDEZ SAN MARTÍN  
Profesor de Derecho Económico

Universidad Autónoma del Sur y Universidad Católica de Temuco

«Con los bancos vino el poder, dado a pocos ciudadanos privados, para producir dinero. Tal vez es por esto que los banqueros son tan solemnes: su tarea implica cierta responsabilidad».

John Kenneth Galbraith  
*La época de la incertidumbre*

---

*El presente trabajo pretende describir y analizar las principales características que, en general, presenta el mercado financiero y que lo hacen acreedor a una regulación y supervisión especial, así como determinar cuáles son las principales tendencias e instrumentos que se hacen cargo de tales regulación y supervisión, tanto desde el punto de vista jurídico como económico. Del mismo modo y particularmente, se pretende analizar cómo estas tendencias e instrumentos se han plasmado en la legislación nacional y en los órganos encargados de regular y fiscalizar el mercado bancario.*

---

## I. INTRODUCCION: ¿POR QUÉ EL SISTEMA FINANCIERO?

**E**l mercado financiero se caracteriza, entre otras cosas, por contar con una regulación y una supervisión de la cual carecen otros mercados y negocios jurídico-económicos, que está marcada por la impronta de su rigor técnico y su complejidad jurídica. Dado que esto no es más que una consecuencia de un importante y significativo conjunto de características, vale la pena preguntarse por qué.

Una de las primeras respuestas y característica la podemos encontrar en la actividad que es propia de los entes integrantes del mercado financiero —bancos y sociedades financieras—. Estos se dedican básicamente a dos grandes grupos de actividades: por un lado el financiamiento de los sujetos económicos por medio de concesión de créditos y, por el otro, la administración del dinero de estos mismos sujetos. Por su parte, para financiar estas actividades los bancos, como cualquier otra empresa, emiten deuda y capital. (Reinstein, Vergara, 1993:102). Es lo que clásicamente se ha denominado como «intermediación financiera».

De esta primera gran característica, por su parte, se pueden desprender consecuencias de gran importancia. Es así como en primer lugar, los bancos y sociedades financieras pueden ser identificados como importantes asignadores de recursos, canalizando los recursos desde los ahorrantes hacia los demandantes de crédito, enfocando sus negocios hacia aquellas actividades menos riesgosas. Es por ello que parte importante de la doctrina económica señala que una adecuada regulación de este mercado no pasa tanto por restringir las operaciones que pueden desatrollar los bancos, sino por limitar los riesgos a los cuales pueden acceder o estimular la incursión en actividades y negocios de menor riesgo.<sup>1</sup>

En segundo lugar, los integrantes del mercado financiero son, en buena medida, responsables del normal funcionamiento del sistema de pagos de cualquier economía. Lo anterior, ya que si los bancos incumplen masivamente sus obligaciones, ello no tiene efectos única y exclusivamente sobre sus acreedores insatisfechos sino que genera un efecto multiplicador sobre el conjunto de la economía, efecto que, a su vez, se ve agravado si la crisis afecta no sólo a un banco sino a un conjunto o la totalidad de ellos.

Esto nos lleva a un elemento crucial: la confianza de los sujetos económicos en los bancos y, en definitiva, en el conjunto del sistema. Buena parte de los instrumentos propios de la regulación y supervisión del mercado financiero (entes fiscalizadores, seguros a los depósitos, etc.) obedecen a la intención de conservar la confianza en estos entes que administran el dinero de terceros, terceros que confían en que, cuando ellos lo requieran, sus acreencias serán satisfechas, ya sea por el mismo banco, por el Banco Central como prestamista de última instancia o, por último, por el Estado vía garantías o seguros, en caso de que éstos existan. «La desconfianza de los depositantes en los bancos genera externalidades» (Reinstein, Vergara, op.cit.: 107).

Resulta interesante enfatizar que la confianza de los sujetos en el sistema puede verse nutrida o reforzada mediante los instrumentos técnicos y jurídicos que la respectiva regulación implemente. Sin embargo, este supuesto es, por sobre todo, un supuesto psicológico y, por ello, difícil de medir y de moldear en forma consistente. Los sujetos no siempre necesitan buenas razones para dejar de confiar en un banco o en el conjunto del sistema.

Un elemento nada desdeñable de este mercado y que muchas veces se da por supuesto, es el objeto que, por esencia, se transa en este mercado: el dinero. Aunque el concepto de dinero se haya ampliado significativamente en las últimas décadas y

<sup>1</sup>Volveremos sobre esto más adelante al referirnos a nuestra actual Ley General de Bancos y al seguro estatal a los depósitos.

según expresa nuestra Ley Orgánica Constitucional, el dinero siguen siendo los billetes y monedas que sirven como medio de pago de obligaciones dinerarias, tienen circulación ilimitada y curso legal forzoso en el territorio nacional. Y este dinero clásicamente conceptualizado —y también en sus manifestaciones modernas— circula y cumple sus propósitos, en buena medida, a través del mercado financiero.

A las anteriores características, sin embargo, se han ido añadiendo en las décadas y años recientes otras que han generado los necesarios ajustes de las regulaciones respectivas. Es así como los bancos han ido, primeramente, ampliando su giro más allá de la tradicional intermediación financiera hacia operaciones más rentables, con los consecuentes incrementos de riesgos en dichas operaciones y, por tanto, la inicial y natural conducta conservadora de las respectivas autoridades al permitir su realización.

Del mismo modo, los bancos han ido abriendo sus operaciones al exterior, tanto en uno como en otro sentido, con el consecuente e inevitable incremento del riesgo, el cual debe ser, por tanto, evaluado y restringido. Más adelante veremos como estos fenómenos han sido asumidos por nuestra propia legislación en las modificaciones sufridas por la Ley General de Bancos los años 1986 y 1997.

Con todo lo anterior se pretende demostrar que el mercado financiero no sólo requiere de una regulación y supervisión, si no que ésta debe presentar ciertas características mínimas, tales como:

- a) Exigencias para la entrada al sistema bancario.
- b) Riesgos compatibles con las características antes descritas para este mercado.
- c) Aprovechamiento de los riesgos de pérdidas.
- d) Transparencia, entendido como un óptimo flujo de información, tanto respecto de la autoridad fiscalizadora como respecto de los demás sujetos económicos.
- e) Salida ordenada del sistema financiero, específicamente en las situaciones de insolvencia y liquidación de un banco y consecuente pago a sus acreedores. (Held, 1994: 3 l).

Sin perjuicio de lo anterior, no puede dejarse de mencionar que existen otras opiniones sobre la materia y que apuntan a la denominada «autorregulación» o «self regulation», esto es, a la eliminación de la regulación gubernamental del sistema bancario y que, por tanto, las regulaciones estatales no son necesariamente más efectivas y eficientes que una adecuada autorregulación. (Chu, 1997) (Bordo y Schwartz, 1995).

Lo anterior demuestra que en la actualidad el debate no parece pasar, mayoritariamente, por si es necesario contar con tales regulación y supervisión bancarias, sino en compatibilizar éstas con la diversificación y la búsqueda de la eficiencia, entre otros, de modo que este marco regulatorio sea «prudencial»

La relativamente reciente dictación de la Ley N° 19.528 no sólo supuso drásticas modificaciones a la normativa sustantiva de la denominada Ley General de Bancos, sino que además, supuso una transformación en el modo en que se concebía la fiscalización de los bancos y sociedades financieras por parte de la Superintendencia de Bancos.

La actual concepción de este ente fiscalizador y sus actuaciones pasa por las ideas matrices de tecnificación de su actuar, inserción plena y acabada en el Estado Democrático de Derecho y aplicación de estándares y parámetros internacionales en el marco de la apertura a nuevos negocios y nuevos mercados por parte de los bancos y las sociedades financieras, tanto nacionales como extranjeros.

Hay que destacar, sin embargo, que los fenómenos antes referidos y según veremos en el apartado siguiente, no se han limitado al mercado financiero y sus integrantes, sino que han adquirido carta de nacionalidad en la mayor parte de los mercados que cuentan con órganos y mecanismos de fiscalización generales y permanentes en nuestro país.

## II. ÓRDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y MERCADO FINANCIERO.

La tendencia actual, al momento de regularse la actividad jurídico-económica de los sujetos, es proporcionarles a estos grados crecientes de certeza y estabilidad en las normas aplicables a sus respectivas actividades, lo cual, adicionalmente, debe encontrarse en equilibrio con la necesaria regulación y fiscalización de ciertas actividades, sujetos y mercados. Esto, en definitiva, implica generar un justo equilibrio entre la libertad declarada y reconocida a los individuos y la necesidad que tienen las actividades económicas, en mayor o menor medida de ser objeto de regulación.

De este modo, la lógica general de nuestro ordenamiento en la relación ente administrativo-sujeto fiscalizado ha sido «objetivar» de manera creciente el actuar de los primeros en pro de la certeza y la proscripción de actuaciones arbitrarias respecto de los segundos. Es así como las facultades de análisis subjetivo y discrecional por parte de los entes administrativos respecto del mérito, conveniencia, bondad u oportunidad de una actuación, han dejado paso, progresivamente, a la constatación objetiva de la concurrencia o no de los supuestos proporcionados por la norma general—generalmente la Ley— y ya no por el mero análisis circunstancial del intérprete.

Lo anterior ha concretado en la mayor parte de los casos un progresivo tránsito desde la técnica del Orden Público Económico denominada «del control» a una

técnica «de la regulación o reglamentación». Ello supone que el ente administrativo respectivo no abandona sus funciones de regulación y fiscalización del sujeto, actividad o mercado de que se trate, pero sí que su intervención se ajusta a parámetros predeterminados por una norma general que se limita a desarrollar al aplicar a los sujetos económicos y no se limita, por tanto, a afirmar su personal opinión sobre el mérito, conveniencia, oportunidad y/o bondad de la actividad a realizar.

Hay que precisar, sin embargo, que la anterior tendencia, complementada, según se expresará, con el necesario control jurisdiccional del quehacer de estos entes, presenta zonas o aspectos donde el tránsito desde lo subjetivo a lo objetivo queda incompleto, ya sea por la naturaleza y características de las conductas, de los mercados o de los bienes jurídicos que entran en juego e, incluso, en posible colisión, según ya veremos al tratar la situación actual de la Superintendencia de Bancos.

Esto quiere decir que una vez definida desde el punto de vista técnico la necesidad de esta regulación y supervisión, es preciso ajustarlas a nuestros instrumentos jurídicos.

Supone ello reconocer la existencia de un mercado donde la libertad de los individuos sigue siendo objetivo y motor de su actuación, y el cual presenta particularidades descritas en el apartado anterior que demandan su regulación. En definitiva, supone el reconocimiento que nuestra Constitución hace en su Artículo 19, N° 21, al reconocer el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, «respetando las normas legales que la regulen».

Tal realidad y tendencia tiene manifestaciones concretas en nuestra actual Ley General de Bancos, de las cuales podemos exhibir algunos ejemplos:

- a) El antiguo texto legal permitía a la Superintendencia rechazar un prospecto, en el proceso de formación de un banco, fusión de dos o transformación de una sociedad financiera en banco, sin necesidad de expresión de causa. Hoy, la Superintendencia no sólo debe fundar tal rechazo, sino que este sólo puede basarse en el incumplimiento de los requisitos que en términos generales y objetivos se encuentran establecidos y descritos por la propia Ley. (Artículos 28 y 30).
- b) Se establecen criterios objetivos que permiten a la Superintendencia clasificar a los bancos según su gestión y solvencia, lo cual se hará de acuerdo a normas específicas dictadas por esta autoridad, las cuales, sin embargo y de acuerdo al principio de la no discriminación arbitraria, deben «tratar de igual forma a las instituciones financieras ante situaciones de características y naturaleza equivalentes». (Artículos 59 y siguientes).
- c) La imposibilidad de un banco para desarrollar ciertas actividades, tales como cons-

tituir filiales (Artículo 70), desarrollar actividades en el extranjero (Artículo 77) o abrir nuevas oficinas en el país (Artículo 37), es un impedimento excepcional y que sólo puede fundarse en la circunstancia de encontrarse el banco calificado en alguna de las dos últimas categorías por parte de la Superintendencia.

d) La aplicación de medidas correctivas frente a situaciones de irregularidad de un banco (hechos que afectan la situación financiera e insolvencia) tienen como presunción básica las proporciones objetivas que al efecto establece el Artículo 66 (Artículos 118 y 122).

e) Es relevante también mencionar cómo se da valor positivo al silencio de la Superintendencia ante peticiones o presentaciones de los bancos, con lo cual no sólo se pretende incrementar la certeza sino también la celeridad de estos procesos (Artículos 30, 73 y 79).

Esos ejemplos nos permiten enfatizar la idea de que si se ha optado por regular esta actividad dadas sus características especiales, también se ha pretendido tener presente que este es sólo un marco regulatorio donde el principio de la libertad sigue operando como telón de fondo y que a este marco regulatorio se le imponen principios tales como la no discriminación arbitraria, la primacía del actuar objetivo del órgano fiscalizador y la presteza y oportunidad con que debe desarrollar sus funciones.

### III. ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN

En el marco antes descrito, es necesario detenerse en tres aspectos específicos de que da cuenta tal regulación, como lo son la garantía o seguro estatal a los depósitos, la apertura a nuevos mercados y la aplicación de criterios comunes de supervisión y el rol del Banco Central en este mercado. Estos aspectos, en nuestra legislación, ilustran claramente una opción efectuada por el legislador al momento de plantearse la regulación y supervisión del mercado financiero.

#### 1. Seguro o Garantía Estatal a los Depósitos

En este proceso de regulación y supervisión de los bancos, uno de los aspectos más debatidos es el establecimiento o no de una garantía o seguro respecto de los depósitos, así como sus requisitos y consecuencias en caso de que se opte por estos.

Al respecto, nuestra ley optó por establecer una garantía estatal a los depósitos (Artículos 144 y siguientes), si bien lo hizo con limitaciones, ya que esta institución sólo puede beneficiar a personas naturales, titulares de depósitos y captaciones a plazo y

cubriendo sólo un 90% de la respectiva obligación. Con esto nuestra legislación se mueve en el precario equilibrio entre el establecimiento de este mecanismo y las limitaciones al mismo para limitar el denominado «riesgo moral», al cual ya nos referiremos.

Es así como en esta materia nuevamente confluyen intereses y consecuencias que no resulta del todo fácil conciliar, como lo es, por un lado, la evidencia de que, dada la confianza de los depositantes y los indeseables efectos de las crisis bancarias, es necesario establecer un mecanismo que proteja a los titulares de los depósitos. Por el otro lado, al saberse los depositantes protegidos por la garantía o seguro y al saber los bancos que cuentan con este respaldo, los primeros se preocupan más de la rentabilidad que esperan obtener que de fiscalizar o controlar a los bancos, y los segundos incurrir en actividades más riesgosas pues saben que en aquella parte en que no puedan satisfacer sus obligaciones concurrirá el Estado pagando a sus acreedores. Esto es lo que se denomina el «riesgo moral».

Tal eventualidad o percepción de la garantía o seguro ha sido atacada por las diversas regulaciones de diversos modos tales como las exigencias de provisiones por pérdidas, la clasificación y ponderación de los activos según su riesgo, las restricciones al ingreso al mercado bancario y las restricciones respecto de las operaciones que los bancos pueden realizar y el modo en que pueden ejercerlas. Tales opciones, obviamente, son rechazadas en mayor o menor medida por quienes predicen las bondades de la «autorregulación» y pretenden demostrar que la incidencia de las insolvencias e irregularidades bancarias no es mayor en los bancos regulados que en aquellos regulados al modo de nuestra legislación.

Con las anteriores consideraciones se plantea que un mecanismo que otorgue seguridad, que no entorpezca la gestión de los bancos, es el establecer a los bancos—como cualquier otro negocio privado— una prima por el seguro o garantía a los depósitos, la cual, como ocurre en los seguros en general, se deberá regular de acuerdo al riesgo de las operaciones realizadas por los bancos o el riesgo de sus activos, instrumento este último que acoge, como hemos visto, la legislación nacional.

Tal elemento no es establecido por nuestra Ley, lo cual es criticado como una de sus falencias, pese a su relativamente reciente modificación. «La ley bancaria hace explícito el seguro de depósitos, lo cual es positivo. El problema estriba en que no se establece un precio por el mismo». (Reinstein y Vergara. Op. cit.: 132).

En otras palabras, podemos resumir el dilema en lo siguiente:

- Sin perjuicio de sus particularidades, la banca es un negocio privado, en el cual sus operadores deben asumir los riesgos de la actividad,

- Las particularidades referidas hacen necesario establecer un mecanismo de seguro o garantía ante el incumplimiento de las instituciones financieras, y
- Estos mecanismos, a fin de evitar la excesiva confianza y consecuente relajación de los bancos así como de sus depositantes, requiere de una regulación que limite los riesgos cubiertos y que los bancos paguen el precio por este servicio que –en el caso chileno– les presta el Estado.

## 2. Apertura de la banca hacia mercados externos y sus consecuencias en la supervisión.

En diversas oportunidades e instancias se ha planteado que una de las tendencias del mercado financiero durante los últimos años es a la diversificación de su giro, esto es, a incorporar a su giro actividades que no estaban incorporadas en el tradicional concepto de «intermediación financiera» que se les ha atribuido clásicamente a los bancos.

Nuevamente esto, sin embargo, ha supuesto colocar a la regulación y supervisión bancaria en un ajustado punto de equilibrio, entre la necesaria expansión hacia nuevas actividades –por razones que ya expondremos– y el mayor riesgo que estas actividades suponen en la actividad tradicional del mercado financiero.

Los argumentos que se han esgrimido con frecuencia para que las diversas regulaciones permitan esta diversificación son, resumidamente, las siguientes:

- a) Las ganancias que resultan de la mayor competencia en los giros incorporados.
- b) El aprovechamiento de las economías de escala y de alcance por parte de las instituciones financieras.
- c) Beneficios por diversificación al reducir la variabilidad de sus ingresos operacionales. (Morandé y Sánchez, 1992: 43 y ss).

Nuestra legislación ha recogido esta tendencia, con un modelo de cautela, por medio de las nuevas actividades que pueden desarrollar los bancos, ya sea por sí mismos o por medio de filiales (Artículos 70 y siguientes). Vale la pena a lo menos mencionar, y ya que hablamos de supervisión, que no ha estado exenta de críticas la opción de entregar la supervisión de ciertas filiales a una Superintendencia diversa a la de Bancos (Valores y Seguros), dado que el vínculo y giro principal sigue siendo el bancario y las dificultades de las filiales siguen eventualmente repercutiendo en el banco.

Sin embargo, la discusión respecto de la diversificación no se ha limitado a las actividades que pueden o no incorporarse al giro de los bancos, sino que, fruto de la apertura de los mercados, la globalización y la libre circulación de capitales, ha alcanzado también a las operaciones que los bancos pueden realizar en el exterior.

Este punto es de vital importancia en la perspectiva de la supervisión, ya que al abrirse los mercados financieros al exterior, la supervisión ya no sólo pretende satisfacer objetivos y otorgar garantías internas, sino que debe, además, tender a conciliar parámetros con sistemas de supervisión extranjeros y exigir, a la vez, su cumplimiento en el momento en que instituciones financieras deseen realizar sus actividades en nuestro país.

Este aspecto no puede tratarse sin hacer referencia a los principales aspectos del Acuerdo de Basilea cuyo origen es el Consejo de Basilea.<sup>2</sup>

Según este Acuerdo, entre otros aspectos, se pretende que las diversas legislaciones implementen gradualmente el principio del capital ajustado por riesgo, es decir, el establecimiento de requisitos de capital para los bancos y sociedades financieras fundados en el riesgo de los activos de que sean titulares, de conformidad a su Principio N° 6. Esto, según hemos ya señalado, fue recogido por la Ley N° 19.528, al modificar la Ley General de Bancos, estableciendo dicha relación en su Artículo 66 y la clasificación de los activos para su posterior ponderación en el Artículo 67.

Según Larraín, los beneficios de una adecuada dotación de capital por parte de los bancos pueden resumirse en los siguientes:

- Menor probabilidad de insolvencia bancaria.
- Menos incentivos para tomar riesgos y mayor compromiso del directorio en la marcha del banco.
- Reducción de la exposición del seguro de depósito y consecuente efecto sobre el patrimonio público. (Larraín, 1995: 132).

Sin embargo, el aspecto que nos interesa destacar en este punto respecto del Acuerdo de Basilea es que su punto de partida es, según su Principio N° 1, «proporcionar un sistema de supervisión bancaria efectivo en el cual las responsabilidades y proyectos estén bien definidos para cada una de las instituciones involucradas, permitiendo así la supervisión de organizaciones bancarias».

Tal supervisión no se agota ni puede agotarse en el análisis del quehacer de las instituciones de un país por parte de su respectivo ente fiscalizador, sino que requiere la cooperación de los organismos de supervisión, la cual debería tener tres aspectos centrales como son la definición de procedimientos comunes en materia de apertura de negocios bancarios en el extranjero, la mejoría de los conductos que permitan un adecuado y oportuno intercambio de información y la coordinación de acciones conjuntas de carácter preventivo o remedial.

---

<sup>2</sup>Los integrantes del Consejo son Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido, Suecia y Suiza. No obstante lo anterior se ha buscado la aceptación lo más amplia posible de los principios que lo componen.

Tales características han sido recogidas por nuestra actual legislación bancaria. Es así como nuestra legislación permite a los bancos chilenos abrir sucursales u oficinas en el exterior, efectuar inversiones en acciones de bancos establecidos en el extranjero o efectuar inversiones en acciones de empresas constituidas en el extranjero que se dediquen a alguno de los giros que nuestra ley permite a las sociedades filiales o sociedades de apoyo al giro bancario. (Artículos 76, 70 y 74).

Sin embargo, para que se puedan materializar tales actividades y junto a otros requisitos, se prescribe que el país en que se abrirá la oficina o se realizará la inversión debe contar con las condiciones de fiscalización que permitan apreciar el riesgo de sus operaciones. (Artículo 77). El anterior requisito, por tanto, no es sólo una exigencia para el banco nacional sino también para el otro país, en el sentido de adaptarse a los principios y criterios de Basilea si desea que bancos extranjeros inviertan o se instalen en él.

En el mismo sentido, si un banco extranjero desea participar en la creación de un banco chileno, adquirir acciones de un banco chileno o constituir en nuestro país una sucursal, requerirá que en el país de su casa matriz exista una supervisión que permita vigilar el riesgo de sus operaciones, deberá contar con autorización del respectivo ente fiscalizador y deberá ser posible el intercambio de información relevante entre las respectivas entidades de supervisión. (Artículo 29). Al igual que en el caso anterior, la señal es clara no sólo para las instituciones financieras extranjeras sino, sobre todo, para sus respectivos gobiernos y órganos de supervisión.

De este modo, vemos como se entrelazan dos tendencias del quehacer en los mercados financieros, como son la diversificación de sus giros, la cual, sin embargo, no es posible en la actualidad sin considerar una adecuada supervisión con estándares comunes para cualquier mercado nacional.

### **3. Rol del Banco Central en el mercado financiero.**

En nuestro ordenamiento jurídico el Banco Central está definido como el principal ejecutor y regulador de las políticas monetaria, crediticia y cambiaria y cuyo objetivo es velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos.

Sin embargo, en esa lógica global, corresponde al Banco Central un importante aporte sino de supervisión sí de regulación del mercado financiero, generando de este modo mediante sus acuerdos una nueva fuente formal del Derecho Bancario a la cual deben someterse los integrantes de este mercado. En este aspecto, por tanto, el Banco Central se preocupa básicamente de la liquidez del sistema financiero.

Hay que destacar este aspecto, no sólo desde la perspectiva técnico-económica, sino también jurídica, ya que el ejemplo del Banco Central es el paradigma de un ente administrativo autónomo dotado de potestad normativa con rango constitucional, es decir, de la posibilidad de dictar normas generales y permanentes en el ámbito de su competencia sin perjuicio de las limitaciones que a tal actuar impone un Estado Democrático de Derecho.

Además, tradicionalmente, los Bancos Centrales —y es el caso del nuestro— han cumplido una función de «Bancos de los bancos» o prestamista de última instancia de los mismos respecto de instituciones financieras en problemas. Es en esta lógica que se define, por ejemplo, la posibilidad de los bancos y sociedades financieras de acceder a los denominados créditos de urgencia del Banco Central en casos de una transitoria falta de liquidez (Artículo 36 de la Ley N° 18.840) y la posibilidad de proporcionar recursos a una institución en proceso de liquidación forzosa a fin de pagar a sus acreedores y en caso que sus recursos propios fueran insuficientes.

Adicionalmente, no podemos olvidar los instrumentos que en cuanto gestor de la política monetaria tiene el Banco Central y, en muchos de los cuales, y dado que sólo puede efectuar operaciones con bancos y sociedades financieras, usa a éstos como verdaderas cajas de resonancia de las medidas adoptadas, por ejemplo, al fijar las tasas de encaje, descontar o redescontar documentos, etc.

#### IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones del presente trabajo, vale la pena destacar las siguientes:

1. Es preciso reconocer las particularidades del mercado financiero, tanto aquellas que le han sido tradicionalmente propias (confianza, asegurador del sistema de pagos, efecto multiplicador de las crisis bancarias, etc.) como aquellas que se han ido incorporando más recientemente (diversificación del giro bancario, atenuación de las regulaciones, apertura a mercado externos, etc.).
2. Es preciso reconocer, fruto de lo anterior, la necesidad de que un mercado como este cuente con mecanismos especiales de regulación y supervisión, lo que no se contradice con el principio general de la libertad para emprender y desarrollar cualquier actividad económica.
3. Es preciso reconocer, sin embargo, que esta supervisión ha adquirido en el último tiempo características que más que atenuarla la han hecho coherente con los demás componentes de nuestro Orden Público Económico y con demandas técnicas propias de la hora actual de este mercado.

4. Es preciso reconocer, por último, la supervisión adecuada al mercado financiero si recordamos que este es ante todo una actividad privada y que su supervisión requiere de patrones comunes a nivel internacional.

## BIBLIOGRAFIA

- Aragón, Manuel. «*Las fuentes de la contratación bancaria. En particular el problema de los estatutos de los bancos y de las circulares del Banco de España*», Revista Española de Derecho Constitucional, Año 12, N° 35, mayo-agosto, 1992, pp. 41-61.
- Avilés Hernández, Víctor Manuel. «*Orden Público Económico y Derecho Penal*», Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1998.
- Barth, James R., Daniel E. Nolle, y Tara N. ffice. «*Commercial banking structure and performance: an internacional comparison*», Economics Working Paper, 1997.
- Bordo, Michael D. Y Anna J Schwartz. «*The performance and stability of banking systems under 'self regulation': theory and evidences*», The Cato Journal, Vol. 14, N° 3, 1995, [www.cato.org/pubs/journal/cj14n3-5.html](http://www.cato.org/pubs/journal/cj14n3-5.html).
- Chu, Kam Hon. «*Is free banking more prone to bank failures than regulated banking?*», The Cato Journal, Vol. 16, N° 1, 1997, [www.cato.org/pubs/journal/cj16n1-3.html](http://www.cato.org/pubs/journal/cj16n1-3.html)
- Fernandois Vohringer, Arturo. «*Naturaleza jurídica de los acuerdos del Banco Central de Chile y su conflicto con la ley de quiebras*», Revista Chilena de Derecho, Vol. 22, N°3, 1995, pp.365-387, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Held, Günther. «*Liberalización o desarrollo financiero*», Revista de la CEPAL, N° 54, pp. 27-45, Santiago, Chile, 1994.
- ILADES, «*Proyecto de ley que moderniza el sector bancario*», TASC N° 65, Santiago, Chile, [www.ilades.cl/ecobeta/t65.html](http://www.ilades.cl/ecobeta/t65.html), s/f.
- Kaufman, George G. «*Bank failures, systemic risk and bank regulations*», The Cato Journal, Vol, 16, N° 1, 1997, [www.cato.org/pubs/journal/cj16n1-2.html](http://www.cato.org/pubs/journal/cj16n1-2.html)
- Larraín P, Christian. «*Internacionalización y supervisión de la Banca en Chile*», Revista Estudios Públicos, N° 60, pp. 117-144, Santiago, Chile, 1995.
- «*Modernización de la supervisión bancaria*», Revista de la CEPAL, NI 54, pp. 97-110, Santiago, Chile, 1994.
- Ley General de Bancos, texto refundido, sistematizado y coordinado establecido por el DFL N° 3 de 1997. Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, N° 18.840.
- Miller, Roger LeRoy y Robert W. Pulsinelli. «*Moneda y Banca*», McGraw Hill, Bogotá, Colombia, 1992.
- Morandé L., Felipe y José Miguel Sánchez C. «*La expansión del giro bancario tradicional a los negocios no bancarios*», en «*La banca ante nuevos negocios y mercados*», Colección economía y Finanzas, Volumen XVI, Asociación de Bancos e Instituciones Financieras, Santiago, Chile, 1992.
- Nacur, Miguel Angel, «*Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras*», Tópicos de Legislación Bancaria 1, Asociación de Bancos e Instituciones Financieras de Chile A.G., Santiago, Chile, s/f

- Pfeffer Urquiaga, Emilio, Francisco y Pedro. «*Ley General de Bancos*», Editorial Jurídica Cono-Sur, Santiago, Chile, 1998.
- Reinstein, Andrés y Rodrigo Vergara. «*Hacia una regulación y supervisión más eficiente del sistema bancario*», Revista Estudios Públicos, N° 49, pp. 99-136, Santiago Chile, 1993,
- Rosende, Francisco. «*Apertura financiera: efectos macroeconómicos y restricciones*», Revista Estudios Públicos, N° 55, pp. 115-142, Santiago, Chile, 1994.
- Strecker Prieto, Jorge. «*Orden Público Económico*», Apuntes de Clases, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1985.
- Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador. «*Principios básicos para la supervisión efectiva de Basilea*», [www.ssf.gov.sv/basilea.html](http://www.ssf.gov.sv/basilea.html), s/f.
- Valdés Prieto, Domingo. «*La discriminación arbitraria en el derecho económico*», Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1992.
- Varios Autores. «*La banca ante nuevos negocios y mercados*», Colección Economía y Finanzas, Volumen XVI, Asociación de Bancos e Instituciones Financieras, Santiago, Chile, 1992.
- Vergara, Rodrigo. «*Privatización de la banca: la experiencia chilena*», Revista Estudios Públicos, N° 63, pp. 335-345, Santiago, Chile, 1996.
- Yáñez González, Wilfredo, «*Régimen jurídico de las operaciones de crédito de dinero*», Metropolitana Ediciones, Santiago, Chile, 1997.



# «Violencia Sexual. La Nueva Ley»

JUAN CARLOS TOBAR SALA

Abogado, Magister en Derecho. Universidad de Chile  
Profesor de Derecho Penal y Medicina Legal  
Universidad Católica de Temuco

## I. LA VIOLENCIA SEXUAL. CARACTERÍSTICAS

**L**a violencia sexual, como una de las formas en que se manifiesta la violencia social, tal vez por su naturaleza, aparezca como la más silenciada. Ello, a pesar de la magnitud del daño que ocasiona a la persona, no solo en su integridad física, sino también desde el punto de vista psicológico y moral.

El concepto de violencia sexual no sólo se refiere al uso de la fuerza física, sino que incluye diversas y variadas formas de coacción, agresiones y abusos en torno a la sexualidad, caracterizada por el sometimiento entre agresor y víctima la cual es forzada a la actividad sexual que no desea o se encuentra incapacitada para consentir en ella por falta de discernimiento. Es aquí donde radica la especificidad de esta forma de violencia, que afecta fundamentalmente a los más débiles de la sociedad, esto es, niñas y niños.

Se trata de un fenómeno social complejo y multiforme, que admite enfoques diversos desde distintas disciplinas, pero respecto del cual nadie discute la estrecha relación e interdependencia que presenta con el entorno cultural.

Modernamente, se coincide en definir el abuso sexual como un acto de poder, de dominación, de violencia, ejercido fundamentalmente contra personas jerárquicamente inferiores como mujeres y niños, y estimulado por la cultura. A partir de elementos culturales ínsitos en la civilización occidental tradicional, el modelo se basa en la creencia de que el hombre sería superior a la mujer debiendo éste demostrar como características de la masculinidad, dosis de agresividad y de conquista sexual frente a la mujer. Esta ideología “machista” se retroalimentaría por la cultura y los patrones educativos tanto del niño como de la niña<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Mock. “Una teoría sobre la agresión sexual y la cultura”, en *Revista Latinoamericana de Sexología* Booll 11 - N° 2- 87, pág. 145-157. En esta misma idea, Susan Brownmiller. *Contra nuestra voluntad*, Barcelona, Ed. Planeta (1981)

La relación existente entre cultura y violación por ejemplo es analizada exhaustivamente por Prescott<sup>2</sup>, quien investiga 156 sociedades demostrando que la violación no es una conducta universal, ya que existen de hecho sociedades que no presentan este tipo de prácticas. Según su investigación, las culturas que derrochan afecto físico en sus hijos tenderían a no sentir inclinación hacia la violencia.

En la misma idea respecto de la influencia cultural sobre la violencia sexual resulta interesante destacar la existencia de diversos mitos referidos no sólo al hecho mismo, sino también a sus actores: particularmente a la mujer violada y al victimario; y que atribuyen un carácter netamente sexual a esta forma de violencia, ignorando precisamente la importancia de los aspectos socio culturales que conlleva. Sólo a vía ejemplar, uno de los mitos nucleados en torno al agresor sexual lo hace aparecer como perteneciente a una minoría, marginal, con características psicopáticas, y que se encuentra fuera del círculo de personas conocidas y cercanas de la víctima. Sin embargo, y precisamente en nuestro país, la realidad nos demuestra exactamente lo contrario: la violencia sexual se ejerce mayoritariamente dentro del ámbito de la familia y del hogar, principalmente por parientes, en un gran porcentaje los padres, o conocidos de la víctima; por lo que el fenómeno en nuestro país presenta varios aspectos comunes con la violencia doméstica.

### **La violencia sexual en Chile**

Aparte de desarrollarse fundamentalmente al interior de la familia, las agresiones sexuales más comunes y que son protagonizadas casi exclusivamente por varones, adultos o jóvenes adultos, son la violación, los recientemente tipificados abusos sexuales (antiguos abusos deshonestos); y la violación sodomítica (actualmente asimilada a la violación). Una alta proporción de estos atentados se materializan en sectores rurales, predomina en ellos la intención de acceso carnal por parte del agresor, y no registran resistencia activa por parte de la víctima la que consiente en el acto sexual en virtud de la amenaza psicológica o del empleo de fuerza física o armas que hace el atacante. Por último, existe una gran cantidad de atentados sexuales (7 de cada 10) que por razones culturales o deficiencias del sistema legal, no llegan a conocimiento judicial.

---

<sup>2</sup> Citado por Sernam.Documento N°21.*La violencia sexual en Chile*. pág. 16.

## II. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR LA NUEVA LEY

La Ley 19.617, publicada en el Diario Oficial de fecha 12 de julio de 1999, que modifica los Códigos Penal y de Procedimiento Penal y en menor medida otros cuerpos legales, tiende a la protección, en lo fundamental, de dos bienes jurídicos: la libertad sexual de las personas y la indemnidad sexual de los menores de edad.

### La libertad sexual de las personas

La nueva legislación en esta materia consagra como bien jurídico fundamental protegido, el derecho humano a la libertad o autodeterminación sexual de la persona. Concepto entendido en un sentido amplio tanto desde un punto de vista activo como “la libre disposición por la persona de sus potencialidades sexuales, sea en su comportamiento particular y privado como frente a terceros”, cuanto, en su aspecto defensivo, como “el derecho de la persona a no verse o sentirse involucrada por otro y sin su consentimiento en un contexto sexual”<sup>3</sup>.

Al efecto, la nueva ley con el empleo de la voz “persona” incorpora como sujeto pasivo al hombre en los delitos de violación y estupro, precisando sus tipos penales al mismo tiempo que ampliándolos no sólo al acceso carnal por vía vaginal sino también, anal u oral.

### La indemnidad sexual de los menores de edad

Conceptuamos este bien jurídico protegido por la nueva ley, como el derecho de los menores de edad a desarrollar su sexualidad en forma natural y normal sin interferencia de hechos que por su naturaleza anormal o desviada tengan la capacidad potencial o real para pervertir, corromper o impedir dicho desarrollo.

De hecho, la nueva ley protege específicamente la indemnidad sexual del menor no sólo a través de la antigua figura de sodomía (Art. 365)<sup>4</sup>, y de abuso sexual (Art. 366) sino que creando, además, dos nuevas figuras específicas al efecto, como son las contempladas en el nuevo Artículo 366 quater que tipifica el delito de involucración de menores de 12 años en situaciones de contexto sexual o pornográfico. En esta misma idea, la nueva ley agrava la penalidad de todas las conductas atentatorias contra la indemnidad sexual de los menores de 12 años.

---

<sup>3</sup>José Luis Díez Ripolles. “*La protección de la libertad sexual*”. Bosch. Casa Edit.S.A. Barcelona, 1985).

<sup>4</sup>Todos los artículos citados corresponden al Código Penal Chileno.

### III. PRECISIÓN Y AMPLIACIÓN DE TIPOS YA EXISTENTES

Violación (Arts. 361, 362, 369, Inc. 3ª y 372 bis).

En el tipo básico del Art. 361 el legislador precisa la conducta típica como acceder carnalmente a la víctima, contra o sin su voluntad, ampliándola al mismo tiempo, no sólo al acceso carnal por vía vaginal, sino también, por vía anal o bucal.

De esta forma se pone fin a la histórica y ardua polémica originada en la interpretación del antiguo verbo rector “yacer” que dividió a los autores y Jurisprudencia entre quienes sostenían el concepto de yacimiento restringido a la vía vaginal como típico de la violación (Del Río) remitiendo los casos de acceso rectal o bucal a la antigua figura de abusos deshonestos y aquéllos que, como el profesor Etcheberry, ya a comienzos de los sesenta eran partidarios de incluir en el concepto yacer tanto la penetración de la víctima por vía vaginal como por la vía anal, e incluso bucal, cuando esta última constituya “un verdadero remedo de la cópula”<sup>5</sup>.

Por “acceso carnal” entendemos la penetración sexual, del órgano genital masculino en la vagina, ano, o boca de la víctima, lo que excluye la posibilidad de que la mujer pueda ser considerada sujeto activo de este delito.

Respecto del acceso sexual a través de aparatos o animales primó entre los legisladores la opinión de que estas conductas, reprochables penalmente, constituirían formas genéricas de abuso sexual más o menos graves, según las circunstancias. Al tenor del nuevo articulado creemos que estas conductas quedan comprendidas dentro del Art. 366 N° 1, en el entendido que la víctima de este tipo de abusos se encuentra en alguna de las circunstancias del Art. 361, al cual el Art. 366 se remite para los efectos de la penalidad. Ello por cuanto no nos cabe duda que para poder realizar una conducta de esa naturaleza (penetrar forzosamente a través de aparatos o animales), el hechor habrá debido emplear fuerza o intimidación, y por su parte, el sujeto pasivo habrá estado privado de sentido o incapacitado para oponerse a tal aberrante conducta.

Lamentablemente, este análisis no es sólo académico<sup>6</sup>.

A nuestro juicio, debió tipificarse especialmente la conducta de toda persona que penetrara sexualmente a otra a través de aparatos o de animales, asignándosele una penalidad, a lo menos tan severa, como la de la violación, por la dosis adicional de brutalidad y perversión que dicha conducta conlleva por parte del hechor.

<sup>5</sup> Alfredo Etcheberry. *Derecho Penal*. Parte especial, pág. 57 Tomo ÁV. Edic. 1998. Edit. Jurídica de Chile

<sup>6</sup> De hecho en nuestro país, se utilizó perros amaestrados para violentar sexualmente a detenidas. *Informe Rettig*. Tomo 1 pág. 112 y 113. Tomo 11 pág. 480. Reedición de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Andros Impresores. 1992

### El *Iter Criminis* en la violación.

En razón de espacio, me limitaré a reseñar, aún brevemente, nuestra posición en relación al *iter criminis* o grado de desarrollo de este delito.

La nueva ley, al derogar el antiguo artículo 362, deja la violación regida por las reglas generales de la participación criminal contempladas en el N°7 del Código Penal. Al respecto, somos partidarios de diferenciar el análisis del *iter criminis* respecto de este delito, según cual sea la vía empleada por el hechor para acceder carnalmente a la víctima. Así, cuando la violación se materialice por la vía vaginal o anal de la víctima nos bastará para entenderla consumada la penetración, aun parcial del miembro viril en dichos orificios (*inmissio penis*). Sin embargo, tratándose del acceso por vía bucal nos parece demasiado drástico otorgar el mismo tratamiento por lo que en este caso nos parece exigible no sólo la penetración total del miembro viril en la boca de la víctima, sino que objetivamente deberá tratarse de un verdadero remedo de la cópula, para entender consumado el delito. Nuestra opinión se fundamenta por una parte en la lejanía que presenta objetivamente la boca respecto de las zonas genitales, así como en la naturaleza y funciones de estas últimas lo que nos lleva objetivamente a concluir que el órgano bucal no representa objetivamente la misma relevancia sexual para la víctima que la vagina o el ano. Idea no sólo respaldada por el simple sentido común sino también recogida por el propio legislador en la figura agravada de violación con homicidio (Art. 372 bis) la que sanciona con mayor penalidad cuando el acceso se produce por vía vaginal o anal, que por vía oral.

### Estupro (Art. 363)

En relación a la antigua situación la nueva ley innova respecto de esta figura, básicamente, en dos aspectos. Por una parte, en cuanto a la calidad del sujeto pasivo, eliminando la exigencia de doncellez de la víctima, la que ahora también puede ser un varón. Y por otra, conceptuando como núcleo esencial del estupro el abuso o prevalimiento del hechor respecto de la víctima, quedando relevado a un plano residual y secundario el elemento engaño y que, anteriormente, constituía el fundamento de este delito.

Al reducir sustancialmente el elemento engaño de este tipo, se tuvo en cuenta que esta circunstancia ha dejado de representar un peligro social serio, dado el nivel de información de que la ciudadanía en general y los jóvenes en particular, disponen y poseen actualmente, acerca de la sexualidad y de su ejercicio. Por ello, la nueva ley centra el reproche penal en la conducta de abusar de una posición de superioridad (estupro de prevalimiento) dada la particular condición en que pueden encontrarse los adolescentes frente a personas con mayor experiencia sexual y de vida.

Observamos que el legislador ha mantenido como figura separada el estupro. Nos parece no existir en lo esencial un núcleo o fundamento diferenciador suficiente entre esta figura y la de violación. En efecto, la mayoría de las circunstancias constitutivas de ambos delitos, partiendo por la acción típica básica (acceso carnal), así como el bien jurídico, libertad sexual de la persona, son comunes a ambos delitos.

En la mayoría de dichas circunstancias se encuentra presente el aprovechamiento por parte del sujeto activo de la situación de indefensión de la víctima para oponerse realmente al acceso carnal. En todas ellas, la voluntad del sujeto pasivo se encuentra viciada, y en definitiva, ausente.

En razón de lo anterior, debió tratarse el estupro, tanto por razones técnicas como de claridad, como una forma más de violación tipificada en razón de la edad y de las circunstancias de la víctima.

#### **Abuso sexual (Art. 366, 366 bis, y 366 ter).**

Esta figura reemplaza a los antiguos abusos deshonestos, radicando su esencia en la realización abusiva de una acción sexual diferente del acceso carnal, teniendo este delito un carácter residual en términos de acción sexual y de penalidad, respecto de los delitos de violación y estupro. El legislador avanza sustancialmente en la precisión de este tipo al definir en el art. 366 ter lo que debe entenderse por acción sexual, sustituyendo en esta disposición antiguos criterios subjetivos como el “ánimo lascivo” por criterios nominativos o intersubjetivos en este caso, “actos de significación sexual y de relevancia”.

A nuestro entender quedan incluidas en este tipo, todas aquellas acciones corporales, de aproximación o tocamiento, no inclusivas del acceso carnal ni encaminadas a éste, realizadas sobre el cuerpo de otra persona, objetivamente aptas (“de significación sexual”, de “relevancia”) para ofender su honestidad o pudor y no consentidas libremente por ésta.

### **IV. CREACION DE NUEVOS TIPOS PENALES**

#### **Involucración de menores de 12 años en situaciones sexuales o pornográficas (Art. 366 quater)**

La nueva ley incorpora en este artículo, por primera vez, dos figuras destinadas específicamente a proteger la indemnidad sexual de los menores de doce años, procurando evitar que sean involucrados en un contexto sexual.

Todas las circunstancias de comisión de este delito suponen, a diferencia de los atentados sexuales anteriores, la ausencia de contacto corporal o afectación de los

genitales o el ano. Asimismo, todas las formas de comisión descritas en el inciso primero del art. 366 quater deben estar animadas por el motivo o necesidad del hechor de obtener placer o estímulo sexual, de manera de procurarse o procurarle a un tercero excitación sexual. De modo que se requiere desde el punto de vista subjetivo, de dolo directo.

Las conductas tipificadas en esta disposición son:

a) Realizar ante una persona menor de 12 años, una acción de significación sexual, que no incluya contacto corporal con la víctima ni la afectación de sus genitales, ano o boca.

b) Hacer ver o escuchar material pornográfico a la persona menor de 12 años. Nos parece aceptable como concepto de material pornográfico el comprensivo de impresos, grabaciones magnetofónicas, fotografías o filmaciones, destinados única y exclusivamente a lograr la excitación sexual del lector, auditor o espectador<sup>7</sup>.

c) Determinar al menor a la realización de acciones de significación sexual.

En todas estas hipótesis el hechor deberá obedecer al ánimo de procurar su excitación sexual o la de un tercero.

d) Emplear a una persona menor de 12 años en la producción de material pornográfico. A diferencia de las hipótesis anteriores aquí no se exige ningún requisito subjetivo por parte del hechor.

## V. CONCLUSION

A objeto de evitar una extensión inadecuada de este artículo hemos omitido referirnos a las importantes modificaciones que en materia procesal incorpora la nueva legislación y que tienden no sólo a facilitar el acceso a la justicia por parte de la víctima, sino a dotarla de una mayor y mejor protección durante y después del juicio; procurando asimismo una mayor facilidad de prueba de estos delitos, mejorando la calidad y eficacia pericial. Tampoco nos referiremos a la iniciativa de tipificar el acoso sexual laboral cuyo rechazo por el Senado, no compartimos<sup>8</sup>. Lo mismo nos cabe señalar respecto del rechazo de la iniciativa de incorporar como agravante de responsabilidad penal en los delitos de acceso carnal, el conocimiento por parte del hechor de la circunstancia de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual (Sida) que pueda ser causal de muerte<sup>9</sup>.

<sup>7</sup>Indicación de Senadores Frei y Nuñez. Boletín 1048 - 07. Congreso Nacional

<sup>8</sup>Tobar Sala J.C. *Violencia sexual. Análisis de la Nueva Ley*. Coedición Universidad Católica de Temuco - Pehuén Editores. 1999.

<sup>9</sup>Tobar Sala, Op. cit.

En conclusión, creemos que esta nueva ley no podrá ser suficiente por sí sola para erradicar un problema socio cultural complejo y de suyo inherente al ser humano como lo es el de la violencia sexual. Será necesario, además, perfeccionar el régimen penitenciario, y profundizar los fines resocializadores de la pena. Y, por sobre todo, profundizar en la población del país el respeto por la libertad y dignidad de la persona, particularmente los más débiles, niños y mujeres, promoviendo la participación activa del ciudadano común en la defensa de estos valores, ofendidos precisamente con este tipo de atentados.

No obstante todo lo anterior, nos asiste la convicción de que esta nueva ley constituye un serio y claro avance en tal dirección.

Los fundamentos y objetivos de la ley fueron consensuados. Sólo su aplicación en el tiempo dirá si respondieron a la buena intención e inspiración legislativa.

## BIBLIOGRAFIA

- Brownmiller Susan, *Contra nuestra voluntad*, Edit. Planeta. Barcelona. 1981
- Díez Ripolles José Luis, *La protección de la libertad sexual*. Bosch. Casa Edit. S.A. Barcelona. 1985.
- Etcheberry Alfredo, *Derecho Penal*. 3era. Edic. Edit. Jurídica de Chile. 1998
- Garrido Montt Mario. *Derecho Penal*. Parte especial. Edit. Jurídica de Chile. 1998.
- Revista Latinoamericana de sexología. Vol. 11 - N° 2. 1987.
- Sernam. Documento de trabajo N°21. *La violencia sexual en Chile*.
- Tobar Sala J.C. *Violencia sexual. Análisis de la Nueva Ley*. Coedición Universidad Católica de Temuco-Pehuén Editores. 1999.
- Verdugo, Mario. *Código Penal*. Edit. Jurídica - Conosur. 1986

# ► ponencias y seminarios

«Seminario sobre  
Ley de Filiación N° 19.585»  
Temuco, 22 de Octubre de 1999

- *«Las acciones de filiación»*

IAN HENRÍQUEZ HERRERA

- *Discurso de Clausura, Seminario  
Ley de Filiación*

JOSEFINA BILBAO MENDEZONA



# “Las acciones de filiación”

---

IAN HENRÍQUEZ HERRERA

Abogado, Profesor de Derecho Civil  
Universidad Católica de Temuco

---

**E**n lo que sigue, haré uso del método problemático para efectos de exponer sobre las acciones de filiación en el Código Civil reformado, contenidas en el Título VIII del Libro I, Arts. 195 a 221. De esta forma, más que referirme al contenido directo del articulado, de fácil acceso para los aquí presentes, intentaré destacar aquellos elementos que suscitan especiales desafíos interpretativos, tanto para la doctrina, cuanto para la jurisprudencia que ha de dimanar.

1.- Para comenzar, el Art.195, confrontado con el Art.198, contiene el principio de la libre investigación de la paternidad. En efecto, como es sabido, aquel Artículo, el 195, señala que la Ley posibilita la libre investigación de la paternidad o maternidad, y este otro, el 198, admite “toda clase de pruebas”, por una parte, y consagra el principio inquisitivo al permitir decretarlas “de oficio” por el juez. La expresión “toda clase de pruebas” incluye, evidentemente, medios no tradicionales: como fotografías, videos, etc., y, como es obvio, las pruebas biológicas.

a) Un primer aspecto problemático a considerar, es su relación con el Art.182, el cual—estableciendo una discriminación odiosa en una cualidad adscrita e inimputable al afectado—veda el ejercicio de las acciones de filiación a los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. Ahora bien, evitando desarrollar por ahora nuestro argumento respecto de la inconstitucionalidad del referido Art.182 —por vulnerar la igualdad ante la Ley—, y su franca ruptura con la sistematicidad de la reforma —por atentar contra el referido principio de igualdad, por hacer caso omiso del derecho a la identidad y por estar establecido en el interés superior del adulto, no ya del niño—, a fuer de dar un barniz de legitimidad a técnicas atentatorias contra la integridad física, cuando no contra la vida —y por ello también inconstitucionales—, del más joven de los miembros de nuestra especie, el embrión humano; argumentos que, digo, evitaré desarrollar en esta oportunidad. Pero quisiera destacar que, pese a la penosa norma del Art.182, y aún concediéndole validez normativa, ella no obsta al ejercicio de una acción —ya no de reclamación de estado, la que estaría vedada— sino de determinación de la identidad filogenética. No se reclama el estado civil, pero sí se exige la identificación

de su ascendencia filogenética, basado en el derecho constitucional a la identidad (Art. 19 n°1 –derecho a la integridad psíquica– 19 n°4 –derecho a la protección de la honra– de la CPR, y 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño), y en el principio de la libre investigación de la paternidad, de aquél derivado, y aquí, en el Art. 195 consagrado.

1.1.- Este mismo Art.195 contiene otro elemento importante de destacar. Indica el carácter imprescriptible e irrenunciable de la acción de reclamación de filiación; no obstante dejar los efectos patrimoniales sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia.

En este orden de cosas, conviene recordar que el estado civil es un atributo de la personalidad, y por ende las acciones de estado en general –cualesquiera que sean– son imprescriptibles. Así, el Código de Derecho Canónico de 1983, y el Código Civil argentino reformado, entre otros, consagran esta imprescriptibilidad general.

Por ello, asombra que la imprescriptibilidad esté referida expresamente de modo exclusivo a la acción de reclamación, y no a la de impugnación, la que se torna imprescriptible cuando se ejerce en conjunto con la primera. Ello deriva, en mi opinión, de haber reconocido el estado civil de hijo sólo a quienes tengan filiación determinada (Art.33), lo cual lesiona la noción de atributo de personalidad, que en el caso del estado de hijo, es el único al cual todos los seres humanos adscribimos.

1.2.- Otro elemento que estimo interesante de considerar a propósito de la imprescriptibilidad, dice relación con los Arts. 206 y 207, que contienen las hipótesis de hijo póstumo, de hijo cuyo padre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto, y de hijo que fallece siendo incapaz, respectivamente, Artículos que señalan un plazo de tres años para el ejercicio de las acciones. Cuestión, entonces: ¿se trata de una excepción a la regla general, y por ende un plazo de prescripción, o se trata de un plazo de caducidad? La diferencia no es inocua, como se sabe. Por lo pronto, la prescripción requiere ser interpuesta como excepción por el accionado; y la caducidad debe ser decretada de oficio por el juez.

Si partimos de la base que la Ley lo que propicia es la filiación, la prescripción es menos restrictiva que la caducidad, por lo cual es preferible la interpretación que señala a los Arts 206 y 207 como excepción a la imprescriptibilidad de la acción de reclamación. En contra de lo que afirmo, connotados profesores señalan tales plazos como de caducidad<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Cf. Bustamante, Luis: “Las Acciones de Estado: Principios Comunes y Acciones de Reclamación de Filiación No Matrimonial en el Código Civil Reformado”, en *El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno*, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999, p. 242; Alvarez, Raúl: *La Filiación y otras Reformas al Código Civil*, 1999, p. 72. El profesor Alvarez alude indistintamente a caducidad y prescripción a propósito de la acción de negación de la paternidad y de impugnación..

La imprescriptibilidad de las acciones de estado sufre otro revés en el Art. 202, que señala un plazo especial de prescripción de la acción de nulidad del reconocimiento por vicios de la voluntad, plazo de un año.

Respecto de la irrenunciabilidad —el tercero de los elementos contenidos en el Art. 195—, huelga casi decir que ella irroga la imposibilidad de transigir, conciliar o avenir en juicio, en desmedro del objeto de la acción.

2.- El Art. 196, norma “ordenatoria litis”, establece como requisito de admisibilidad de la demanda que ésta contenga “antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda”.

Pese a su reciente aparición en nuestro medio, este Artículo ya ha suscitado notables discrepancias.

Al revisar la historia fidedigna del Artículo, consta que su fuente es el Artículo 127 inciso 2 del Código Civil español, el que señala: “El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda”. El texto original del proyecto de la Ley chilena fue bastante similar: “El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta una prueba que haga plausible los hechos en que se funda”. En la Cámara de Diputados se substituyó “una prueba” por “un principio de prueba”<sup>2</sup>. En el Senado se eliminaron tales expresiones, “un principio de prueba”, que conforme al Art. 1711 del Código Civil chileno nos remite a una prueba “por escrito”, por estimar que podría obstaculizar en demasía el ejercicio de la acción, y se substituyó por la redacción definitiva: “antecedentes suficientes”<sup>3</sup>.

Así las cosas, al menos acudiendo a este elemento interpretativo, resulta claro que no se exige que a la demanda se acompañen documentos, sean cuales fueren (cartas, tarjetas, mandatos, etc.), puesto que tal exigencia fue eliminada junto a las expresiones “un principio de prueba”.

Por otro lado, la jurisprudencia española, al tratar sobre este requisito de admisibilidad, ha afirmado en reiteradas ocasiones que “debe considerarse suficiente la alegación en el escrito inicial, de pruebas que pueden ser corroboradas en la fase probatoria”<sup>4</sup>; o bien “que ni siquiera es necesario que éste, el principio de prueba, tenga que plasmarse en determinado documento acompañatorio, sino que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y de este modo, llevar a cabo un control de razonabilidad de la demanda”<sup>5</sup>.

<sup>2</sup>Cf. Informe Cámara de Diputados, Boletín n°1060-07-1, p.137.

<sup>3</sup>Cf. Boletín n°1060-07 del Senado, p.100.

<sup>4</sup>Cf. sentencias 12.11.87, 03.06.88, 21.12.89, etc.

<sup>5</sup>Cf. sentencia de 03.12.91.

Ahora bien, la jurisprudencia transcrita tiene como objeto de estudio una norma que exige “un principio de prueba”, lo que, a nadie escapa, es una exigencia mayor que “antecedentes que hagan plausibles los hechos en que se funda”, que es la exigencia de la Ley chilena. Por ello, “a fortiori”, tenemos ya un límite máximo: no podría exigirse algo más a que se ofreciesen pruebas suficientes en el texto de la demanda, que es lo que la jurisprudencia española ha entendido como “principio de prueba”.

En el lado contrario, tenemos un límite mínimo en nuestra legislación procesal: el Art. 254 del Código de Procedimiento Civil exige para toda demanda los antecedentes de hecho y de derecho en que se funda. Para que la norma del Art. 196 sea útil, que es una de las interpretaciones que ha de preferirse, las exigencias que allí se contienen deben añadir algo a la mera razonabilidad y coherencia interna de los hechos que en el libelo se relatan. Que del mero relato de la historia aparezca plausible el fundamento de la acción interpuesta, es un requisito general de toda demanda, y por ello algo más que esto debe exigir el Art. 196. Es pertinente hacerlo notar, puesto que también la jurisprudencia española ha afirmado que “por el juzgador, se admitirá a trámite la demanda, si del propio contexto o contenido de la misma, se aprecia la existencia de una mínima idea de razonabilidad sobre la verosimilitud de que, por las circunstancias acontecidas en las relaciones existentes, o que pudieran existir entre las partes interesadas ...cupiera... derivar en una atribución de personalidad”<sup>6</sup>.

De esta forma:

- estimamos que para cumplir el requisito del Art. 196, no es necesario acompañar ningún tipo de documentos u otra probanza o principio de ella al libelo petitorio;
- que es necesario que el relato de los hechos contenga una coherencia interna que permitan hacer un primer examen de razonabilidad;
- que es útil, y ya suficiente, que en el libelo se ofrezcan las probanzas a utilizar en el curso del juicio;
- y finalmente, que todo el proceso –y la admisibilidad a tramitación del libelo– deben estar guiados no por formalismos exasperantes –como en los que incluso temo haber incurrido– sino por la búsqueda de la verdad sustancial, objetiva –si existe–, resguardando el derecho a la identidad y el interés superior del niño, no por capricho ni afán retórico, sino por estricta aplicación del sistema de fuentes y jerarquías jurídicas.

Aún más, la acción especial de perjuicios en contra de quien accione de mala fe, contemplada en el Art. 197 como ya veremos, es un resguardo más, innecesario en

---

<sup>6</sup>Cf. sentencia 08.10.93.

mi opinión, para evitar demandas infundadas. Es innecesario, porque nadie tiene tanto tiempo, ni dinero, ni pasión por los tribunales para entablar demandas infundadas; por una parte, y para nadie debiese resultar ignominioso que se le sintiese como padre, madre, o hijo de otro.

Cumplo con indicar que otros muy destacados profesores discrepan con lo que acabo de enunciar, sosteniendo la necesidad de acompañar probanzas junto al libelo<sup>7</sup>; pero con estas discrepancias se genera y enriquece la dogmática jurídica.

3.- Un tercer aspecto que quisiera tratar, aun de modo somero, dice relación con el Art.197 inciso 2, el cual contiene una acción especial de indemnización de perjuicios en contra de quien accione de mala fe, ello en consonancia con el Art. 188 inciso final, que establece este elemento disuasivo en la citación a confesar paternidad.

En primer lugar, es una norma de contenido innecesario, puesto que se trata de una hipótesis de responsabilidad extracontractual, y por ello subsumida en las reglas generales.

En segundo lugar, deja entrever el sesgo patriarcal que aun pervive en nuestra legislación civil: nótese que se protege contra estas acciones, en la práctica y por regla general al presunto padre; nótese también que, por otro lado, según el Art. 130, se sanciona especialmente el resarcimiento de todos los perjuicios a la mujer que por contraer segundas nupcias provoca incertidumbre en la filiación, y evidenciando el desequilibrio, no se contempla ninguna acción especial de indemnización de perjuicios que favorezca a la madre y/o al hijo por reconocimiento tardío y/o forzado.

Este último tipo de acción, de indemnización de perjuicios por reconocimiento tardío y/o forzado, aun cuando no contemplada expresamente, es, en opinión de quien les habla, perfectamente posible en nuestro ordenamiento, conforme a las reglas generales del derecho de daños. Cabría sí precisar que en este ámbito los efectos de la Ley en el tiempo cobran especial relevancia, puesto que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley que tratamos, no podría considerarse la falta de reconocimiento como una conducta antijurídica en estricto rigor; a diferencia de lo que ocurre en el contexto de la nueva, de cuya normativa en conjunto es posible afirmar la antijuridicidad de la omisión negligente en el establecimiento de la filiación.

<sup>7</sup>Cf. Bustamante, Luis: "Las Acciones de Estado: Principios Comunes y Acciones de Reclamación de Filiación No Matrimonial en el Código Civil Reformado", en *El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno*, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999, pp. 230 y ss; Ramos, René: "De las Acciones de Filiación", en *Análisis de la Ley 19.585*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Concepción, 1999; Parada, César: "Nuevas Normas de Filiación", en "*Ley 19.585. Nuevo Estatuto de Filiación*", Colegio de Abogados de Chile A.G., 1999, p.27.

A este respecto, conviene tener en vista la jurisprudencia argentina. Dice una sentencia de 1995: “Ya fuera que nos enrolemos en la corriente que ve en la esencia o naturaleza del daño moral un atentado a un derecho de la personalidad o a un interés extrapatrimonial o que veamos en él una alteración al equilibrio espiritual del sujeto, se agregó, siempre habremos de propiciar la reparación del daño de dicha naturaleza que causa la deliberada omisión de un progenitor de no reconocer a su propio hijo, negándole el uso del apellido e impidiéndole situarse en el emplazamiento familiar que le corresponde”<sup>8</sup>.

4.- Continuando con el análisis problemático de la normativa, un cuarto problema, que quisiera plantear a propósito del Art. 198, el que como se sabe, señala la insuficiencia de la prueba testimonial, es el relativo a las eventuales tachas. Siguiendo una vez más a la jurisprudencia argentina, cito: “Asimismo, se dijo, sin dejar de sopesar las relaciones subjetivas de amistad y parentesco que los diversos testigos poseían con la madre y representante legal del actor, no debe olvidarse que en cuestiones como la de autos (pretensión de filiación extramatrimonial), cobran especial significación las declaraciones de aquellas personas que han tenido acceso al escenario íntimo en el cual los componentes de la pareja despliegan sus roles con total naturalidad, interactuando como tales y mostrándose con toda libertad ante los ojos de aquellos a quienes ellos mismos franquearon las puertas de su intimidad y les permitieron asomarse a la comunidad de techo, lecho y mesa que los reuniera en un lapso de sus vidas”.

A nadie escapan los riesgos y las deficiencias de la prueba testimonial, pero el hecho sociológico de que se trata de la prueba por excelencia de los más desposeídos, creo obliga a expresar estas consideraciones jurisprudenciales. Añado a ello que la práctica de los tribunales eclesiásticos, modelo para muchos tribunales de familia, también prefiere a los testigos de mayor cercanía afectiva y parental de las partes.

5.- He de plantear ahora un quinto problema, a la luz del importante Artículo 199, el cual señala los requisitos para la práctica de las pruebas periciales biológicas. Sobre ellas, aludidas en el inciso primero, tratará un experto luego de mis palabras, que me parecen ya se están haciendo demasiadas. Pero sobre lo que señala el inciso segundo, trataré en lo inmediato.

Como ustedes ya conocen, por el inciso segundo se configura una presunción grave de filiación a partir de la negativa injustificada de una parte a someterse a

<sup>8</sup>Cf. Cám. Apel. Civil y Com. de La Plata, sala III, 10.03.94.

peritaje biológico. Para su apreciación, se remite al Art. 426 del Código de Procedimiento Civil.

La pregunta es, entonces, ¿puede determinarse la filiación a partir sólo de la presunción grave que se configura ante la negativa injustificada de someterse a pruebas biológicas?

Ante tal interrogante, una interpretación literal respondería categóricamente: “sí”, puesto que el requisito de pluralidad de las presunciones lo contiene el inciso primero del citado Art. 426; pero el inciso segundo admite que basta sólo una presunción grave, cual sería el caso. Esta solución, literalista, encuentra apoyo en la historia fidedigna de la norma. En efecto, el proyecto expresamente exigía que fuesen varias presunciones, exigencia que fue morigerada. Por ende, como se trata de una presunción legal (ya no judicial), y grave, si el juez la estima precisa podrá darle valor de prueba suficiente. Para impugnar la precisión de la misma, es posible admitir prueba en contrario.

Sin embargo, esta posición, hasta donde he podido revisar, es minoritaria en nuestra doctrina nacional, la que es más bien renuente a conceder el valor de plena prueba a la presunción señalada<sup>9</sup>.

Ha de indicarse, sí, que este aspecto puntual tal vez revista un interés más teórico que práctico, puesto que un buen abogado, junto a la presunción, allegará otras probanzas que le permitirán en conjunto, al menos, configurar más presunciones.

5.1.- Un asunto más a debatir ¿existe colisión entre el derecho a la identidad del actor, quien ejerce la acción, y el derecho a la intimidad y a la integridad física del convenido?

Es dable plantear tal conflicto, pero la respuesta en derecho comparado —y seguimos mirando a los tribunales argentinos y españoles, considerando que sus legislaciones fueron fuente directa de la que hoy estudiamos— tal respuesta, digo, ha sido unánime en torno a favorecer la realización de las pericias, incluso compulsivamente<sup>10</sup>. De muestra, un fallo del Tribunal Constitucional de España, de 1994, en el que se dijo que en los juicios de filiación se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas y, en dichos supuestos, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado cuando está

---

<sup>9</sup>Cf. Parada, César. o.c.

<sup>10</sup>Cabe, sí, aclarar que en la República Argentina la compulsividad de la pericia se ha establecido en materia penal, a propósito de establecer la identidad filogenética de los menores secuestrados durante las dictaduras militares.

en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial. Por ello, agregó el fallo, los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física no pueden convertirse en una suerte de consagración a la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares. Así, se enfatizó, el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada razonadamente por la autoridad judicial en el seno de un proceso de filiación, no vulnerándose tampoco el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones que el ordenamiento regula, como en el caso de la paternidad mediante pruebas biológicas<sup>11</sup>.

En consecuencia, es dable hacer primar el derecho a la identidad del hijo.

5.2.- Otro aspecto problemático interesante de reseñar, se desprende de confrontar este Artículo 198 con el Artículo 206, que contempla como sujetos pasivos de la acción de reclamación a los herederos del presunto padre o madre difunto o difunta. Pregunta ¿es dable, entonces, solicitar la exhumación del cadáver para practicar la prueba biológica?

Una vez más, traemos a colación jurisprudencia trasandina, de 1995:

“La tutela del derecho de la esposa e hija del presunto padre, se completó, al velar por el descanso de los restos mortales de aquél, y debe ceder ante el interés social comprometido en el juicio de filiación y ante el derecho a la identidad personal”<sup>12</sup>.

Otra sentencia, de 1994: “el derecho o prerrogativa de las hijas del difunto a oponerse a que se extraigan muestras debe ceder frente al derecho de la menor actora que, a no dudarlo, involucra el orden público y, consecuentemente, prevalece frente a intereses familiares no menos respetables pero operativos en el ámbito estrictamente privado de los individuos que lo esgrimen”.

Es un tema muy complejo, que como el resto de los que he expuesto, quedan abiertos a la discusión y reflexión colectiva. Sin embargo, creo pertinente hacer notar algunos elementos que puedan ser guía para el juez en su labor.

Primero, que la prueba biológica es sólo una alternativa en el amplio catastro de medios probatorios: tantos cuantos el buen abogado sea capaz de utilizar. Ajeno a ello, se debe considerar que técnicamente la prueba de ADN sobre cadáveres no es la más idónea para establecer la identidad filogenética, por lo cual se atenúa el eventual

---

<sup>11</sup>Cf. fallo 45.662, DE del 09.05.94.

<sup>12</sup>Cf. fallo 46.505, DE 22.06.95.

conflicto de derechos, en desmedro de la admisibilidad de la prueba. Segundo, que debe considerarse la edad del sujeto activo de la acción: no es indiferente si se trata de un menor de edad –actuando por su representante– o de un mayor de edad. En el caso de un mayor de edad, la conflictividad de derechos cede nuevamente en desmedro de la exhumación. Tercero, debe el juez, en mi opinión, tener presente que la moderna doctrina considera como un derecho de la personalidad “el derecho a defender el honor de personas ya fallecidas”<sup>13</sup>. Cuarto, ha de tenerse presente un elemento de relativismo cultural: el valor simbólico del cadáver no es el mismo en las distintas culturas. Por ello, sin negar la posibilidad que dicha prueba sea practicada, ésta debe sólo hacerse en los casos que efectivamente lo ameriten, ponderando los distintos elementos enunciados.

---

<sup>13</sup>Cf. Figueroa, Gonzalo: “Los Derechos de la Personalidad”, en *Actas del II Congreso Chileno de Derecho Privado*, Universidad Católica de Valparaíso, 1998, p25.



## «Discurso de clausura, Seminario Ley de Filiación»

---

JOSEFINA BILBAO MENDEZONA  
Intendenta Regional, V Región

---

**M**e agrada encontrarme con ustedes en la clausura de este importante seminario. Creo que iniciativas como ésta ayudan a difundir los principios que deben plasmar nuestro ordenamiento jurídico.

Cuando el Proyecto de Ley que modificaba el estatuto filiativo, pilar fundamental del Derecho de Familia, ingresó al Congreso Nacional, parecía difícil pensar que traería como consecuencia final la aprobación de la Ley que hoy es uno de los motivos de este Seminario.

Ya en las primeras discusiones en que me correspondió participar, algunos parlamentarios se preguntaban cuestiones tales como las implicancias sociales del matrimonio y los efectos que producirían en esta institución o sobre la incidencia que tendría dicho Proyecto en el rol que tiene el Estado de proteger a la familia.

Por su parte, algunas de las personas invitadas a la Comisión del Congreso que tenía por misión analizarlo, señalaban que éste no propugnaría el fortalecimiento de la familia, institución fundamental de la sociedad, sino que, más bien, la destruiría porque al no existir diferencias entre los hijos, la sustentación ideal de la familia, que es el matrimonio, dejaría de producir uno de sus efectos particulares, la filiación legítima.

Se atribuía al Proyecto, como trasfondo, el de desarticular a la familia legítima, pues en la medida que se obtenían los mismos beneficios sin casarse no había para qué hacerlo.

Existían claras posturas en contra de la igualación de los hijos en materia sucesoria señalándose entre otras que no se podía conferir a los nietos extramatrimoniales el derecho a heredar de los abuelos, cuando los padres no pudieran hacerlo por muerte u otra causa, porque dichos abuelos no eran responsables de la conducta moral de sus hijos.

En otra línea de argumentación, algunos se oponían a que sólo se abordara uno de los aspectos del Derecho de Familia, en vez de abordarlo en su integridad a

través de la elaboración de un Código de Familia, lo que habría significado, claro está, una mayor dilación de una realidad que ya no resistía.

Como vemos, el principio de igualdad que subyacía como primera gran idea en este Proyecto, se postergaba una y otra vez en pro de otras finalidades menos relevantes. Es importante señalar esto, ya que no era que se desconociera la igualdad.

Quienes se oponían al Proyecto reconocían expresamente que, desde un punto de vista biológico, humano y ético, atendiendo a su origen, no había distintos tipos de hijos. Lo que ocurría era que, frente a otros fines, esta igualdad perdía importancia.

Encontrándose todos de acuerdo, entonces, en que definitivamente todos los hijos eran iguales en su origen, había que indagar si era posible postergar la igualdad jurídica de estos hijos, en pro de otros principios, principalmente el del fortalecimiento de la familia basada en el matrimonio.

Poco a poco se fueron abriendo espacios de discusión en la opinión pública. Nuestra sociedad despertaba para discutir un problema tremendamente frecuente y silenciado por largo tiempo.

Así se fue aprobando el Proyecto en cada una de las instancias del Congreso, con esta idea fundamental: la igualdad de todos los hijos. La sola referencia a si el nacimiento de una persona se producía dentro o fuera del matrimonio, no revestía los caracteres de relevancia necesarios como para poder justificar un trato diferenciado y desigual.

Al aprobarse la Ley, se abrió la puerta para que cada año, aproximadamente 115.000 niños y niñas no reciban un trato discriminatorio por el hecho de haber nacido fuera del matrimonio.

Todos los niños de nuestro país, a partir de la puesta en marcha de esta Ley, tendrán derecho a contar con una familia que vele por su desarrollo pleno e integral y que les brinde la protección y los cuidados que requiere.

De éstos, un número importante, gozarían de todos estos derechos sin más, al tratarse de hijos reconocidos por ambos padres y probablemente enmarcados en el seno de una familia, cuyos progenitores, viviendo juntos, no se hallan unidos en matrimonio.

La nueva Ley de Filiación protege efectivamente a los distintos tipos de familia existentes en el país, estimulando la paternidad y la maternidad responsable, garantizando a todos los ciudadanos y ciudadanas el reconocimiento a su dignidad. Por otro lado, se establece el derecho de tener familia, lo que viene a reconocer, por la vía de la legalidad, situaciones sociales ampliamente reconocidas y aceptadas.

De esta manera, todos los hijos e hijas, por el sólo hecho de tener un padre,

una madre o ambos, pasan automáticamente a tener abuelos, tíos y primos, independientemente de la situación conyugal de sus padres.

Sin embargo, entre ellos también existía una cantidad importante que si bien quedaba igualada en la Ley, no lo iba a ser en la práctica, pues, aproximadamente 32.000 niños y niñas nacen anualmente sin que su padre los reconozca y en un número muy reducido, sin que la madre lo haga. Si a estos hijos e hijas no se les daban herramientas para poder reclamar la calidad que les había sido negada, nuestra legislación habría continuado siendo discriminatoria, estimulando la paternidad irresponsable.

Esta constatación llevó a que el Proyecto y luego la Ley, consagrara el principio de la libre investigación de la paternidad, utilizando toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Por tanto, a partir del próximo 27 de octubre de 1999, día en que la Ley entrará a regir, el otorgamiento de la calidad de hijo ya no dependerá más de la sola voluntad de los progenitores, lo que estimulará a las personas a actuar con mayor responsabilidad en el plano de su sexualidad y a asumir de forma madura y responsable las consecuencias de sus actos.

Además del principio de igualdad y de libre investigación de la paternidad, la Ley aborda otros aspectos, tal vez menos conocidos. Me refiero específicamente a la preocupación por dos grupos en extremo vulnerables: los niños, en su calidad de tales y los ancianos.

El desconocimiento que se ha hecho de los niños como sujetos de derechos, con carismas personales, con opiniones y con la capacidad de decidir sobre aquellas cosas que les interesan, ha sido una constante en nuestro país.

Sin eludir nuestro compromiso de adecuar toda aquella legislación que finalmente regula la situación de los niños en riesgo social y la de los niños infractores de Ley, se me hace sumamente necesario destacar la importante contribución que ha hecho la nueva Ley de Filiación, en relación con los niños y niñas, que están viviendo la separación de sus padres.

Rechazando la práctica de que los niños son “propiedad” de sus padres y que por tanto estos pueden manipularlos e incluso transformarlos en objetos de transacción para conseguir determinados fines, sean éstos legítimos o no, la nueva Ley es clara en señalar que la preocupación fundamental de los padres debe ser el interés superior del niño. En el caso, por ejemplo, del padre a quien no le correspondió el cuidado personal del hijo menor, la Ley no sólo le otorga el derecho, sino también le impone el deber de mantener con él una relación directa y regular, abandonando así el anacrónico “derecho de visitas”, tan poco idóneo para alcanzar dicha relación.

Este principio, sin embargo, no obliga sólo a los padres, obliga también al juez: quien deberá, en todas las cuestiones de que conozca, sea que se trate del cuidado personal que deben los padres, de la patria potestad o del derecho-deber de mantener con el hijo una relación directa y regular, la obligación de tomar como consideración primordial el interés superior del niño. Creo que esto pone a jueces y abogados en un gran desafío: a los primeros, el de ir modificando las tradicionales formas de conocimiento y resolución de los asuntos familiares; a los segundos, el de ponderar los intereses de sus clientes, con los cuales existe un involucramiento especial, a la luz de este interés propio y anterior del niño.

Asimismo, en relación con este tema, la Ley, convencida de que los niños son sujetos autónomos, con capacidad de preferir, elegir y también de decidir, le impuso al juez un deber adicional, cuando estuviera conociendo de todos estos asuntos: el deber de tener debidamente en cuenta las opiniones de los niños, en función de su edad y madurez, cuestión que no es más que la reiteración de lo señalado en este sentido por la Comunidad Internacional a través de la Convención de los Derechos del Niño.

Por último, quisiera referirme a las consecuencias que generará en nuestros ancianos y ancianas el mejoramiento de la situación del cónyuge sobreviviente, también involucrada en esta Ley.

Nos enfrentamos a que la expectativa de vida de las personas ha alcanzado los 78 años en el caso de las mujeres y los 72 en el de los hombres. Este cambio cuantitativo en la expectativa de vida debe redundar también en un cambio cualitativo.

Es cierto que habrá cónyuges sobrevivientes jóvenes y a ellos esta Ley también beneficiará, pero sin duda, el concepto de cónyuge sobreviviente nos lleva forzosamente a pensar en todos quienes componen la tercera edad. Fue en ellos en quienes se pensó al establecer que los viudos y viudas heredarían siempre de su cónyuge difunto; fue en ellos en quienes se pensó cuando se decidió corregir una práctica, que se ha venido dando en forma más o menos frecuente, que consistía en la expulsión del cónyuge sobreviviente del inmueble que le sirvió de residencia cuando los hijos deciden solicitar la partición de dicho bien, venderlo a un tercero y despojar así con sólo una suma de dinero, al anciano o anciana que vivía en él.

Fue en esta situación en la que se pensó cuando se estableció un derecho preferente a favor del cónyuge sobreviviente, para que al momento de la partición se adjudicara, con cargo a sus derechos hereditarios, la propiedad del bien raíz que había servido de residencia a la familia y la de todos los bienes muebles que lo guarnecieran. Fue en los ancianos y ancianas pobres, en los que se pensó cuando la Ley agregó de

que en caso de que dichos derechos hereditarios no alcancen para cubrir el valor total de esos bienes, se establecería respecto del saldo un derecho de uso y habitación gratuito y vitalicio, también a favor de dicho cónyuge.

Así, a veces con dificultad, y otras a través de un amplio consenso, fuimos capaces, como chilenos y chilenas, de darnos una legislación, que no sólo reconoce a todos los hijos e hijas como iguales y les da herramientas para que esa igualdad se plasme verdaderamente en la práctica; sino que manifiesta una clara preocupación por dos de nuestros sectores más vulnerables: los niños en situaciones de crisis familiar, y los ancianos en situación de inseguridad y pobreza. A mi juicio estas son las mayores muestras de modernidad que un país se puede dar y por ello los invito a que continuemos construyendo la sociedad que anhelamos, MUCHAS GRACIAS.



# ► reseña y crítica de libros

►  
- *Violencia sexual. Análisis de La Nueva Ley*  
Juan Carlos Tobar Sala

Reseña: ALFREDO ETCHEBERRY

- *Factoring*

Silvio V. Lisopranski y Carlos G. Gerscovich

Reseña: MARIO ROMERO KRIÉS



# Título: *Violencia sexual. Análisis de La nueva ley*

Autor: **Juan Carlos Tobar Sala**

---

RESEÑA DE ALFREDO ETCHEBERRY  
Abogado, Profesor de Derecho Penal,  
Universidad de Chile

---

**D**on Juan Carlos Tobar, profesor de Derecho Penal y Medicina Legal en la Universidad Católica de Temuco ha escrito una exposición acerca de las modificaciones de gran importancia introducidas por la Ley 19.617 en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal en materia de los delitos llamados corrientemente, aunque con mucha impropiedad, delitos sexuales (denominación que el Código Penal no empleaba, y que se usa ahora por primera vez, gracias a dicha ley, en el epígrafe del párrafo 6 del título VIII).

Dentro de lo que conocemos, se trata del primer comentario completo sobre tan relevante materia, que seguramente será seguido de múltiples otras obras monográficas y las modificaciones correspondientes en las obras generales que se ocupan de la Parte Especial del Derecho Penal.

Sobresale el comentario del profesor Tobar por lo ordenado y sistemático de su presentación del tema. Con mucha discreción, el autor se ha propuesto una finalidad básicamente expositiva y en consecuencia ha limitado a breves pasajes, aunque siempre bien fundamentados, sus puntos de vista personales acerca de la conveniencia o inconveniencia de las nuevas disposiciones, o de las dudas interpretativas que ella presenta, y que en la nueva normativa no escasean, dentro de un cuadro general que ha significado un mejoramiento importante en la tipificación y tratamiento de estas infracciones. El lector se ve además favorecido con un cuadro sinóptico comparativo de las disposiciones nuevas y las antiguas, y con la transcripción íntegra del articulado de la ley, lo que permite seguir con facilidad su exposición.

Una breve y acertada introducción formula algunas reflexiones criminológicas acerca de la violencia sexual, en términos generales y además en cuanto a las características que reviste en Chile. Muchas de estas últimas son las que explican el propósito del legislador al modificar la ley, tanto sustantiva como procesal, en la forma en que lo ha hecho, materia que también ha sido explicada por el autor en el Capítulo I de su

trabajo.

Luego examina el autor los delitos de violación, estupro y «abuso sexual» (que ha venido a reemplazar a los «abusos deshonestos»); la sodomía (considerablemente modificada) y la figura de «acciones de significación sexual» para procurar la «excitación sexual» propia o ajena, realizadas por el sujeto activo o que se obliga a realizar al sujeto pasivo, contemplándose como hipótesis especial la de «hacer ver o escuchar» material pornográfico a la víctima. El autor de esta obra proporciona sus propios conceptos para explicar los términos usados por la ley, advirtiendo la vaguedad de estos últimos, donde ha sido imposible superar los escollos representados por la definición a través de adjetivos más o menos sinónimos («pornográfico», «obsceno», «impúdico», «lascivo») o de un criterio eminentemente subjetivo (propósito de provocar la «excitación sexual», propia o ajena).

También señala con acierto el autor las inconsecuencias resultantes del mantenimiento del delito de sodomía entre varones, considerado ahora como un delito de autor y víctima, calidad esta última conferida por el solo hecho de tener menos de 18 años (puesto que dicho menor no recibe pena alguna), aunque haya pleno y libre consentimiento y el menor haya alcanzado la pubertad. Resulta inexplicable, a primera vista, que en la situación inversa, es decir, si es el menor de 18 años quien accede carnalmente al mayor de esa edad, ni uno ni otro reciban pena.

En el cuadro comparativo (Capítulo VIII) de la situación anterior a la reforma y la que se ha establecido actualmente, el autor toma partido en el sentido de que los accesos carnales por vía anal u oral no constituirían violación, sino abusos deshonestos. Nos permitimos discrepar en este punto, pues a nuestro parecer, como en alguna obra lo hemos sostenido, tales accesos eran también constitutivos de violación en el texto antiguo, como parte de la doctrina y la jurisprudencia lo afirmaban (cosas que el autor consigna también en el análisis del nuevo tipo, aunque sin compartirla).

Quedará tal vez para otro trabajo, que esperamos que el autor desarrolle más ampliamente en el futuro, el análisis de los problemas de retroactividad de la ley penal que se producen como consecuencia del cambio de tipificación y de penalidades en las conductas incriminadas o desincriminadas.

Esta obra es bienvenida, por la precisión de su síntesis y la claridad de su exposición, y por la prontitud con que ha venido en ayuda de estudiantes, abogados y jueces en materia tan delicada y frente a reformas tan profundas.

Vayan nuestra felicitación y reconocimiento para el autor.

Título: *Factoring*

Autores: **Silvio V. Lisoprawski** y **Carlos G. Gerscovich**

---

RESEÑA DE MARIO ROMERO KRIÉS  
Abogado, Profesor de Derecho Comercial  
Universidad Católica de Temuco.

---

**L**a contratación mercantil moderna ha ido abriéndose paso en nuestro país durante la última década, con características propias y singulares, determinadas por la forma en que se desarrolla la actividad comercial en esta parte del mundo, y condicionada también por el contenido de nuestras normas sustantivas contenidas en nuestros Códigos Civil y de Comercio. El tema, atendido lo recién señalado, se ha incorporado con mayor o menor relevancia en los programas y manuales de Derecho Comercial, que se utilizan en la cátedra universitaria.

Dentro de la temática de la contratación comercial moderna, el *Factoring*, de origen anglosajón, aparece hoy como uno de los contratos (también hay quienes señalan que se trata más propiamente de una operación mercantil) de mayor utilización práctica por parte de los comerciantes, por lo que su análisis aparece como de extrema importancia, para la adecuada evolución y desarrollo de las relaciones comerciales tanto a nivel nacional como internacional.

La obra en comento constituye un análisis didáctico y pormenorizado de dicho contrato, permitiendo una visión completa de sus características, su naturaleza jurídica, las motivaciones que inducen a celebrarlo, los sujetos intervinientes en él, los efectos que genera su celebración, las modalidades que puede adoptar, todo ello en un contexto global internacional, con múltiples referencias a legislación comparada que permiten cimentar un trabajo de investigación sólido e ilustrativo y de obligatoria consulta para quienes trabajan en el tema.

El *Factoring* es aquel contrato por el que un empresario transfiere, con o sin exclusividad, los créditos que frente a terceros tiene como consecuencia de su actividad mercantil, a un *factor*, el cual se encargará de la gestión y contabilización de tales créditos, pudiendo asumir el riesgo de insolvencia de los deudores de los créditos cedidos, así como la movilización de tales créditos mediante el anticipo de ellos a favor de su cliente, servicios desarrollados a cambio de una prestación económica que el cliente ha de pagar a favor de su *factor*.

Como justificación principal de su obra, Lisoprawski y Gerscovich señalan que este contrato constituye una fórmula ideal de financiamiento para obtener el adecuado desarrollo de la pequeña y mediana empresa, pues permite a estas obtener recursos que las habilitan para crecer y mantener un nivel óptimo de capital de trabajo, que garantizan su subsistencia.

La obra, en el Capítulo Primero trata algunas generalidades relativas al contrato en comento: Concepto, origen histórico de la figura, estado del contrato en Europa y América y las clasificaciones más importantes del mismo. En el Capítulo Segundo se describe el negocio, los derechos y obligaciones que este genera, y se analiza a cada uno de los sujetos que en él intervienen: La empresa de *Factoring*, el cliente y el deudor. Se hace especial hincapié en: cuales son los intereses de cada una de las partes del contrato, en la asunción del riesgo de insolvencia del deudor, y en los recaudos que deben adoptar los sujetos intervinientes al ejecutar el contrato.

El Capítulo Tercero está enteramente consagrado al análisis de la operatoria de este contrato y sus elementos más importantes, concluyendo con una síntesis de cuáles son los beneficios que el *Factoring* proporciona a las PYMES. El Capítulo Cuarto aborda el objeto de la obra desde la perspectiva de la legislación comparada, haciendo una síntesis de los derechos europeo, anglosajón, italiano y francés, en relación a la materia, pudiéndose apreciar claramente cuáles son las debilidades y fortalezas de nuestro marco regulatorio. El Capítulo Quinto, trata del *Factoring* en el régimen jurídico argentino, en donde destaca la existencia de una normativa especial aplicable a este contrato, lo que no existe en nuestra legislación.

En el Capítulo Sexto, los autores hacen referencia a las cláusulas típicas y frecuentes que se contienen en un *Factoring*, distinguiendo las condiciones generales de las condiciones particulares del mismo, y dando especial énfasis a los derechos y obligaciones que corresponden tanto al factor como al cliente. Este segmento de la obra se complementa con el apéndice de la misma, en el que se contienen modelos de los distintos tipos de *Factoring* que existen. En el Capítulo Séptimo, la obra se refiere al *Factoring* internacional de exportaciones, en que la operatoria difiere bastante del *Factoring* nacional. Se analizan las distintas variedades del mismo, sus principales formas de operar, y lo que es más importante, la normativa internacional que regula este contrato.

Dentro del contrato en comento, el acto jurídico principal a través del que se lleva a cabo es la cesión de créditos, y los autores destinan un capítulo completo (el octavo) al tratamiento de ella. Se analiza, con marcado detalle: el concepto, las formalidades de la cesión, y sus efectos tanto entre las partes, como respecto de terceros,

cuestión de suma relevancia en la seguridad jurídica que este contrato genera en quienes lo celebran. Se especifican tanto las obligaciones del cedente como las del cesionario.

Finalmente, en el Capítulo final, los autores terminan analizando el tema de la Titulización o Securitización del crédito que consta en facturas, y su relación con el *Factoring*. Se describen todos y cada uno de los actores del proceso de securitización, y la operatoria que dicha figura genera. De este modo, logran relacionar dos de los temas que mayor relevancia en la temática del Derecho Comercial tienen hoy.

