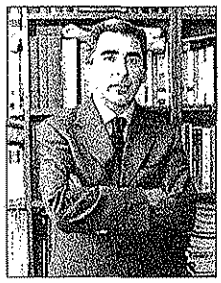


CARLOS PEÑA GONZÁLEZ

Decano Facultad de Derecho,

Universidad Diego Portales.

LA IDEA DE RESPONSABILIDAD

«Buscamos por doquier lo incondicionado y encontramos siempre sólo cosas»
Novalis

Hay pocas ideas más misteriosas; pero al mismo tiempo más decisivas para la cultura humana que la idea de responsabilidad, la idea de que acontecen cosas en el mundo que dependen, en algún momento, de su decisión o de la mía. Kant llamó "libertad práctica" a esa facultad de determinar nuestros actos sin que ellos dependieran dócilmente de la pura causalidad. El concepto de responsabilidad supone, a fin de cuentas, la existencia de lo incondicionado, de un ámbito exento de toda causalidad y entregado nada más que a sí mismo. Sólo si una parte suya escapa a la esfera de lo condicionado -sólo si una parte suya depende nada más que de sí misma- usted es responsable. Pero si usted es el resultado de fuerzas que no logra controlar y que apenas comprende, si cada acto suyo es, a fin de cuentas, el resultado de una conjunción azarosa de factores o de un capricho soñado por un Dios, si usted es pura condicionalidad, entonces usted no es responsable.

El mundo moderno nació hipnotizado por la idea de lo condicionado y, por lo mismo, la idea de responsabilidad resulta en Él incómoda. La fantástica descripción que Newton hizo del mundo físico, esa reducción de los movimientos singulares a leyes imperturbables y susceptibles de ser expresadas en sencillas fórmulas matemáticas, es una muestra de hasta qué punto cuando la modernidad comienza a aparecer en Occidente la esfera de lo incondicionado, la esfera de la responsabilidad, comienza también a ser desalojada. La modernidad puede ser comprendida, en una de sus varias dimensiones, como un intento de rescatar, de buscar la incondicionalidad, en un mundo que, sin embargo, parece empeñado casi con porfía en negarla. «Buscamos por doquier lo incondicionado -dijo Novalis- y encontramos siempre sólo cosas». ¿Qué diferencia hay, en efecto, en un mundo regido por leyes inmutables que podemos comprender, pero no modificar, entre una muerte por asesinato y una muerte tranquila por vejez, si en ambos casos recibió ejecución un guión predeterminado -la ordinaria causalidad- que ni usted ni yo, ni el asesino, ni el viejo, pudieron modificar?.

Es fácil comprender que en un mundo ocupado hasta sus últimos intersticios por la causalidad, por la esfera de lo condicionado, no hay lugar para la responsabilidad, para la idea que usted o yo podamos concebirnos como agentes capaces de modelar nuestras vidas, alcanzar acuerdos cooperativos y responder por el conjunto de nuestros actos. La procelosa situación de lo moderno consiste, justamente, en el intento de conciliar la presencia casi unánime de lo condicionado, con la idea de lo incondicionado, con la idea de agencia moral y de responsabilidad.

Es, sino recuerdo mal, en unas páginas escritas casi al mismo tiempo que concluía Guerra y Paz, donde Tolstoi investiga el hecho de que el ser humano, en cuanto individuo, adopta sus decisiones con entera libertad, de manera incondicionada; aunque, sin embargo, esas decisiones desembocarían en una estadística fija. Así, el número de suicidios permanece casi idéntico en el transcurso de los años, lo único que cambia son los motivos. Cuanto mayor es el número de decisiones libres sumadas, tanto más, sugiere Tolstoi, desaparece el resultado del libre albeldrío. Mientras más vivimos la incondicionalidad, el conjunto de la historia se muestra asombrosamente fijo. Se trata, por supuesto, de una extraña paradoja: sabemos la tasa promedio de daños o delitos, pero no sabemos quiénes decidirán cometerlos. Es -recuerdo haber leído en Junger- en las Consolaciones Filosóficas donde Boecio reflexiona que una distribución semejante se produce con el dolor en el mundo.

El sistema legal suele, claro, estar ajeno a la reflexión explícita acerca de esos problemas. La idea de responsabilidad -idea que hay eventos en el mundo que son fruto de la voluntad individual y cuyos resultados deben serle imputados- sigue siendo la regla general del sistema jurídico. Es verdad que hay formas de imputación fundadas en la mera causalidad, como ocurre, por ejemplo, en la denominada responsabilidad objetiva, pero la idea de responsabilidad fundada en ese momento de incondicionalidad que llamamos decisión -culpa o dolo- sigue siendo la regla general. Hay buenas razones para mantenerla. Si bien parecería posible distribuir todos los riesgos ex ante bajo un sistema de seguros, de manera que cada víctima estuviera segura de ser resarcida, ello acabaría suprimiendo ese momento de incondicionalidad que soñaba Novalis y en el que el derecho parece, todavía, confiar.

CARLOS ROSENKRANTZ

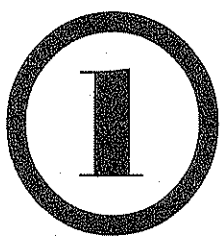
Primero de Promoción, UBA

JSD, Yale University

Global Law Professor, NYU

Profesor Titular, UBA

*El daño moral o no pecuniario y el derecho del consumidor**



Muchos intuyen que la regulación de los daños morales en todos los ámbitos de la responsabilidad objetiva debe ser distinta a la regulación de los daños patrimoniales.[1] Así, por ejemplo, no dudan que la compensación de los daños patrimoniales debe ser integral pero se resisten a aceptar una misma solución cuando se trata de pérdidas no directamente monetarizables.

Esta intuición que los daños morales son distintos está, de algún modo, ratificada por muchos ordenamientos jurídicos importantes. En la Argentina, por ejemplo, antes de la reforma del Código Civil de 1968, el artículo 1068 restringía los daños compensables a aquellos "perjuicios susceptibles de apreciación pecuniaria". El artículo 1078, por su parte, preveía la indemnización por agravio moral pero únicamente en el caso que dicho agravio hubiera sido el producto de una acción que configurara un delito del derecho criminal. En la actualidad, la diferencia, aunque mellada, todavía existe. Así, por ejemplo, los daños morales son usualmente fijados en proporción a los daños materiales y con independencia de su verdadera magnitud. Además, en el caso del daño moral es permisible tener en cuenta la situación patrimonial del demandado y adecuar el monto de la compensación a la luz de su situación económica (Art. 1069), algo absolutamente impensable con otros tipos de daños. En el derecho comparado el daño moral también tiene una regulación idiosincrásica. En el derecho americano, por ejemplo, la mayoría de los estados han limitado la compensación por daño moral.[2] En Alemania, para citar un país europeo, también existe un tratamiento especial. Allí la compensación por el daño no pecuniario está, en principio, prohibida (BGB 253) y sólo autorizada en los casos de cuasi-delitos específicamente previstos. Además, como regla general, no hay compensación por daños morales en los casos de responsabilidad objetiva (la única excepción es la Ley de Tráfico Aéreo).[3]

2

No es fácil encontrar una explicación convincente que justifique la diferencia de respuesta jurídica a los daños no pecuniarios en el ámbito de la responsabilidad objetiva. Algunos han sugerido que el quid de la cuestión está en el carácter eminentemente subjetivo de este tipo de daños. La idea es que mientras tenemos una métrica clara para medir los daños pecuniarios -el dinero- en virtud de su epidémica subjetividad carecemos de una vara similar para registrar de un modo comparativo el daño no pecuniario que sufre cada uno. Esta subjetividad sugiere que, por ejemplo, a diferencia de lo que sucede en el caso de los daños materiales donde la compensación debe ser integral, los daños no pecuniarios sean compensados de una manera tasada y, por lo tanto, en algún punto arbitraria.

Yo creo que esta explicación de la peculiaridad de los daños no pecuniarios no es correcta. Es verdad que estos daños son muy subjetivos y, como tales, difícilmente comparables. No tenemos una forma clara de mensurarlos de un modo inter-subjetivo confiable. Pero de ello no se deduce la conclusión de que deberíamos tratarlos de un modo diferente al modo en que tratamos los daños pecuniarios ya que es posible realizar algunos experimentos para, de algún modo, objetivizarlos. Así, por ejemplo, podríamos intentar averiguar cuál es el punto de indiferencia social promedio para cada tipo de daño moral, esto es, cuál es la cantidad de dinero que, en promedio, deberíamos recibir en compensación para que nos resulte indiferente sufrir el daño o permanecer indemnes. Una vez identificados los puntos de indiferencia para todos los daños podríamos usarlos como patrón de la compensación debida. Esta estrategia nos permitiría circunvalar la pretendida subjetividad y establecer un sistema de compensación que permite la integralidad.

Además, la dificultad en realizar comparaciones interpersonales de daños que no son monetarizables no impide que realicemos escalas con validez general. De hecho, las penas del derecho penal son una prueba clara de que podemos hacerlo. En efecto, todo código penal contiene una escala de castigos no obstante que los daños que sufren quienes son víctimas de delitos son también subjetivos y de difícil comparación interpersonal.

3

En un artículo de enorme difusión en los Estados Unidos titulado "Una propuesta de reforma al régimen de la responsabilidad por productos elaborados" Alan Schwartz ha pretendido explicar porqué razón los daños no pecuniarios, al menos en el contexto del derecho del consumidor, son peculiares.[4] Coleman en su libro Risks and Wrong,[5] es uno de los autores importantes que ha considerado convincentes los argumentos de Schwartz.

Schwartz encuentra que nadie se asegura contra los daños no pecuniarios. Nadie, según él, está dispuesto a pagar una prima para ser compensado en el caso en que sufra un daño en sus afectos o emociones o incluso en el funcionamiento de sus capacidades y ninguna compañía de seguros ofrece dicha prima.[6]

Schwartz cree que no nos aseguramos porque estamos convencidos de que la prima de un seguro que nos puede cubrir contra daños no pecuniarios no vale sus costos.[7] Por ello, nunca desembolsaremos el dinero requerido para obtener una compensación y, por ejemplo, minimizar la depresión que podríamos sufrir si, por ejemplo, perdiéramos la posibilidad de disfrutar unos días de vacaciones (salvo, claro está, que lo que hubiéramos de desembolsar fuera menos que el costo verdadero de la prima, esto es, menos que una suma al menos igual al monto de la compensación que recibiremos en el caso que el daño hubiera ocurrido multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia.)

¿Porqué razón creemos que la prima de un eventual seguro que nos cubra contra daños no pecuniarios no vale su costo? Esta es una pregunta difícil cuya respuesta completa no pretendo ofrecer aquí. No obstante ello creo que es posible señalar la dirección que deberíamos seguir si quisiéramos contestarla. En este sentido, es preciso destacar que los daños no pecuniarios pueden ser compensados sólo imperfectamente con dinero. Cualquiera sea la cantidad de dinero que recibamos no podremos comprar lo que hemos perdido. Consecuentemente, parecería ser más racional que pagar una prima que sólo nos garantiza que vamos a obtener dinero, esforzarnos por desarrollar hábitos alternativos que nos permitan el mismo grado de satisfacción de aquellos que devienen imposibles como consecuencia del daño.

** Algunas de las ideas de este trabajo surgieron como consecuencia de diversas conversaciones con Lucas Grossman quien, por supuesto, es responsable de mis errores.*

[1] Usaré la expresión daño moral y daño no pecuniario como si fueran idénticas a pesar de reconocer que entre ellas existe una relación de especie a género. En realidad, lo que me interesa aquí son todos los daños no patrimoniales esto es, todos los daños que no implican necesariamente que quien los sufre disminuya sus ingresos monetarios.

[2] Recientemente el 104 Congreso de los Estados Unidos ha examinado distintas reformas en el área de la responsabilidad extracontractual, especialmente, en la responsabilidad por los productos elaborados, la responsabilidad médica, los daños punitivos y los daños no pecuniarios. En 1995 el Congreso sancionó el Common Sense Products Liability and Legal Reform Act, que limitaba la compensación. Esta regulación fue vetada por el Presidente Clinton.

[3] Véase The German Law of Obligations Volume II The Law of Torts: A Comparative Introduction, B.S. Markesinis, Clarendon Press, Oxford, 1994, pag 921.

[4] Véase "Una propuesta de reforma al régimen de la responsabilidad por productos elaborados" en La Responsabilidad Extracontractual: Donde se juntan la economía, la filosofía y el Derecho, C.Rosenkrantz ed. Gedisa, Barcelona, 2001.

[5] Véase Risk and Wrongs, Cambridge University Press, 1992.

[6] Steven P. Croley y Jon D. Hanson han problematizado la afirmación de Schwartz afirmando que hay pruebas de que los consumidores quieren seguros contra daños no pecuniarios y están dispuestos a pagar la prima correspondiente. Véase "The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law", 108 Harv. L. Rev. 1787, 1995.

[7] Contratamos seguros porque adjudicamos mayor utilidad marginal al dinero en circunstancias en las que sufrimos un accidente vis a vis

Supongamos que lo anterior lo convence. Supongamos que usted cree con Schwartz y con Coleman que los daños no pecuniarios son distintos en razón de que, como muestra nuestra resistencia a asegurarnos, valoramos menos ser compensados en la instancia en que sufrimos este tipo de daños que el costo de obtener dicha compensación. ¿Cuál es la relevancia de su nueva convicción? ¿Qué impacto tiene esta particularidad en la cuestión de si debemos compensar los daños no pecuniarios causados en casos de responsabilidad objetiva o, si usted quiere limitarse a una cuestión más limitada, en el contexto del derecho de los consumidores?

Tanto Schwartz como Coleman creen que el carácter peculiar, y las razones de su peculiaridad, son muy relevantes a la hora de determinar cómo se deben compensar este tipo de daños. Según ellos si valoramos menos la compensación que su costo no deberíamos obligar a compensar. El razonamiento es el siguiente.[8] Schwartz sostiene que el derecho de la responsabilidad extracontractual de los productos elaborados debe ser gobernado por lo que llama "el Principio de la Soberanía del Consumidor", esto es, la idea que lo que debe hacerse con los daños -si deben o no compensarse- depende de lo que se habría acordado en un contrato hipotético que habría de celebrarse antes del daño entre los consumidores y los fabricantes de productos de consumo.[9] Ahora bien, según Schwartz los consumidores nunca impondrían a los fabricantes como condición para la adquisición de los bienes que estos ofrecen que los compensen en el caso de que los consumidores sufrieran daños no pecuniarios. Si los consumidores valoran menos la compensación de un daño que el precio de la prima del seguro contra ese daño, razona Schwartz, no van a estar dispuestos a pagar el sobreprecio que los fabricantes habrán de exigir para comprometerse a compensar el daño en el caso que este ocurra precio sobreprecio que será, justamente, igual a la prima del seguro que los consumidores no están dispuestos a pagar.

¿Schwartz y Coleman están en lo cierto? ¿En el contexto de la responsabilidad objetiva y, en especial, en el contexto de la responsabilidad por productos elaborados y en el derecho de los consumidores, deberíamos liberar a los demandados a quienes se les reclaman los daños no pecuniarios? Esta es la pregunta en la que me concentraré en lo que sigue.

En primer lugar, podemos problematizar la propuesta de Schwartz destacando los efectos nocivos que en términos de disuasión habría de tener un sistema que no nos obliga a compensar todos los daños que causamos.

Una de las maneras de disuadir las conductas dañosas es obligar a quien causa un daño a hacerse cargo de su compensación integral. Si existe la obligación jurídica de poner a quien es dañado en la misma situación en la que estaba antes del daño, todos haremos lo necesario para evitar los daños, al menos, aquellos daños cuyos costos para otros son mayores que los beneficios que nosotros podemos obtener. Sobre la base de la relación entre compensación integral y disuasión podríamos sostener que lo que proponen Schwartz y Coleman es problemático e inconveniente. Al permitir que los daños no pecuniarios queden en cabeza de quien los sufre el sistema jurídico no serviría para disuadir los accidentes. Un ejemplo ilustrará fácilmente el punto. Suponga que los insumos del producto X cuestan $10; que el valor actuarial de los daños pecuniarios que la producción de X puede causar es $10 (esto es, X tiene una probabilidad de 1/10 de causar daños por $100), que el valor actuarial de los daños no pecuniarios que la producción de X puede causar es $2 (esto es, X tiene una probabilidad de 1/10 de causar daños por $20) y que el precio del bien en el mercado es $21. El problema de la propuesta de Schwartz y Coleman, de acuerdo con la objeción que estoy analizando, es que cuando los daños no pecuniarios -$2- son dejados por el sistema jurídico en cabeza de quien los sufre sin permitírsele a este que reclame compensación, se producirá X aún cuando todos los costos de X ($10+$10+$2) sean mayores que sus beneficios ($21) y, por lo tanto, aún cuando nuestra sociedad estuviera mejor sin X que con X.[10]

En el Costo de los Accidente[11] Guido Calabresi introdujo una idea relacionada con la determinación de los costos y los beneficios de los accidentes que también es útil para resistir la propuesta de Schwartz y Coleman.

Para saber cuál es el costo de un accidente muchos autores, Posner es el más renombrado entre ellos,[12] toman en cuenta lo que la gente está dispuesta a pagar en el mercado por los bienes afectados por dicho accidente y lo que está dispuesta a pagar por los bienes que únicamente se producen si se realizan las actividades que dan lugar al accidente.[13] Así, por ejemplo, de acuerdo con esta manera de evaluar un accidente X tiene más costos que beneficios si el precio de mercado de X es $9 pero para producirlo hay que consumir insumos por $5 y causar un daño a V en bienes cuyos sustitutos en el mercado costarán otros $5 y, alternativamente, tiene más beneficios que costos si X vale en el mercado $11 y sus insumos con más los daños que se causan en su producción totalizan $10.

Calabresi cree que el costo de un accidente no debe medirse únicamente en términos de lo que la gente está dispuesta a pagar en el mercado por los bienes afectados por el accidente. Sostiene que, además, es preciso tener en cuenta lo que para la particular persona afectada efectivamente cuestan dichos bienes. Así, por ejemplo, el costo de un accidente que produce un daño en un bien determinado cuyo valor de reposición en el mercado es $5 será mayor si la víctima del accidente es A, cuyo patrimonio es de $10, que si la víctima del accidente es B,

cuyo patrimonio es de $1000, no obstante que en ambos casos el valor de reposición del bien es idéntico. Calabresi llama al costo diferente que puede tener un accidente en personas diferentes "el costo secundario" de un accidente y, según él, debe ser calculado a la hora de sugerir reglas de responsabilidad extracontractual.[14]

En la sección anterior no he tenido de modo alguno en cuenta el "costo secundario". La crítica a Schwartz que allí sugerí se basó en que su propuesta no serviría para reducir los costos sociales con total independencia de cómo estos costos sociales se distribuyen. Sin embargo, parecería que un sistema de la responsabilidad extracontractual debería ser sensible a cuestiones de distribuciones y, por lo tanto, al hecho que no obstante que los bienes tienen un precio único de mercado no todos tenemos la misma facilidad o dificultad para pagarlo. Veamos qué sucede con la propuesta de que los daños no pecuniarios no deben compensarse cuando reconocemos que deberíamos variar las reglas que determinan cuándo y cómo se debe compensar en función de quiénes son los afectados y los beneficiados por las actividades que producen daños o accidentes.

Supongamos que un consumidor de un producto determinado, cuyo precio es $10 bajo un régimen jurídico en el que el fabricante no es obligado a compensar los daños no pecuniarios que el producto puede causar, enfrenta un riesgo de 1/10 de sufrir un daño no pecuniario de un valor de $50 si consume el producto en cuestión. Supongamos que el consumidor tiene un patrimonio de $8 y el fabricante uno de $80.000 y que la cobertura del daño no pecuniario -la prima- tiene un costo de $5,1. Supongamos que el valor marginal del dinero tanto para el consumidor como para el productor decrecen a la misma razón. Dado el patrimonio del consumidor es bastante probable que no estará dispuesto a pagar la prima. En las condiciones del consumidor es racional conservar los $5,1 que vale la prima -si la pagase seguramente no alcanzará el nivel de subsistencia- y hacerse cargo del daño de $50 si el accidente fuera a ocurrir. ¿Pero qué sucede con el productor? Dado que la utilidad marginal del dinero decrece para ambos a la misma razón pagar $5,1 cuando se tiene $80.000 será siempre un sacrificio menor que pagar la misma suma cuando se tienen sólo $8. Por lo tanto, el costo secundario de la prima será mucho menor para el productor que para el consumidor.

La conclusión de Schwartz y Coleman en el sentido que no se deben compensar los daños no pecuniarios reposa en la convicción que no tiene sentido obligar a los demandados a pagar los daños no pecuniarios que sufren los actores de un juicio cuando estos, tal como lo evidencia su resistencia a asegurarse, no asignan mayor valor a la cobertura contra los daños no pecuniarios que al costo de la prima necesaria para lograr dicha cobertura. Pero, ¿ deberíamos adoptar la misma conclusión cuando introducimos la idea de los "costos secundarios", esto es, que los costos involucrados pueden ser diferentes dependiendo de la capacidad de pago de actores y demandados y que, por lo tanto, la prima para el demandado puede valer menos para él que el valor de la cobertura del daño para el actor?. Cuando ampliamos nuestra visión de este modo el hecho que los actores en general no contratan un seguro no nos dice nada definitivo. Ello sólo refleja la relación existente para el actor entre el costo de la prima y el valor de la cobertura. Pero si nos interesan reducir los costos secundarios de todos los involucrados lo determinante no será esta relación sino si el sacrificio económico que implica comprar una cobertura para quien dicho sacrificio es menor -en la hipótesis el demandado- es menor que el beneficio económico que representa la compensación de los daños no pecuniarios para quien sufre los daños -esto es el actor-. Cuando este es el caso, deberíamos obligar al demandado a pagar dicha cobertura o, lo que es lo mismo, a compensar a la víctima en el caso en que ella hubiera sufrido un daño.

En síntesis, si aceptamos que la reducción de los costos secundarios también debe ser un objetivo de las reglas de la responsabilidad extracontractual y creemos que los demandados son más pudientes que los actores -como en general sucede con los fabricantes de productos elaborados vis a vis los consumidores- contrariamente a lo que sugieren Schwartz y Coleman, deberíamos adoptar un sistema de responsabilidad extracontractual que incluya la obligación de compensar todos los daños no pecuniarios que los productos elaborados causan a los consumidores.

---

circunstancias donde permanecemos indemnes. Suponga que usted enfrenta una probabilidad de 1/10 de sufrir un daño de $10. El valor actuarial de este daño dado la probabilidad antes referida es, entonces, de $1 (1/10.10). En virtud de que el valor actuarial del daño es $1 nadie en su sano juicio le ofrecerá cobertura contra el riesgo de este daño a menos que usted este dispuesto a pagar más de $1. Quien aceptara una prima de menos de $1 quebraría irremediablemente porque recaudará menos de lo que tendrá que pagar cuando ocurran los accidentes que asegura. Ahora bien, ¿qué explica que usted (y todos) está dispuesto a ofrecer más de $1 para asegurar un daño cuyo valor actuarial es $1? En otras palabras ¿qué explica que estamos dispuestos a asegurarnos aún cuando el valor actuarial del daño es menor que lo que tenemos que pagar para asegurarnos contra él? ¿Qué nos hace pagar más por algo que vale menos? La respuesta está relacionada con la distinta utilidad marginal del dinero en distintas circunstancias. Más precisamente, la respuesta a estas preguntas es que nos aseguramos porque consideramos que el dinero tiene mayor utilidad marginal en el mundo posible donde acontece el accidente comparada a la utilidad marginal del dinero sumada de 9 de los 10 mundos donde pagamos la prima pero no acontece el accidente. Asignamos más valor relativo al dinero en un mundo donde somos víctimas de un accidente y, por lo tanto, tiene sentido asegurarnos a pesar de que en términos absolutos tomando en cuenta todos los mundos posibles -en el ejemplo 9 mundos donde nada pasa y 1 donde sufrimos un accidente- pagamos más por la prima de lo que recuperamos por la cobertura. En el caso de daños no pecuniarios parecería que asignamos mayor valor relativo al dinero en los 9 mundos donde nada pasa que a la compensación en el mundo donde sufrimos el accidente. Por ello, no tiene sentido asegurarse.

[8] Esta posición ha sido llamada "insurance theory" por Ellen Smith Pryor, en "The Tort Law Debate, Efficiency, and the Kingdom of the Ill. A Critique of the Insurance Theory of Compensation", 79 Va. L. Rev. 91 (1993).

[9] En el contexto norteamericano Croley & Hanson han insistido en que las reglas de responsabilidad extracontractual deben ser vistas a la luz del principio de la soberanía del

6

¿Qué sucede con las conclusiones de las secciones anteriores si tomamos en cuenta las leyes de la economía? En el mercado todas las exigencias que pretendamos imponer a un productor, distribuidor o comerciante que impliquen un aumento de los costos de los productos serán, indefectiblemente, trasladadas a los consumidores vía el aumento de los precios de esos productos. Ello se conoce en la jerga económica con el nombre de la "externalización" de los costos y es una conducta generalizada de todos los actores económicos en todas las latitudes.

Ahora bien, la obligación de compensar los daños que causan los productos elaborados es un costo adicional similar al de otros insumos necesarios para producir. Por ello, como el resto de los costos será externalizado a quienes compran esos productos. "Los precios, como dice Shavell, reflejarán siempre la expectativa de las firmas de ser hechas responsables por los daños que causan".[15] En virtud de este fenómeno debemos tener en cuenta que si optamos por un sistema de la responsabilidad que impone la obligación de compensar los daños no pecuniarios la compensación, en definitiva, no será solventada por los demandados sino que será pagada por los consumidores.

El hecho que los consumidores son quienes, en definitiva, pagan las compensaciones neutraliza la objeción disuasoria a la propuesta de Schwartz que desarrollé en la sección 4. En efecto, un sistema que impone la obligación de compensar los daños no pecuniarios no es más disuasivo que otro que no impone dicha obligación, si quienes causan estos daños pueden externalizar los costos de la compensación trasladándolos a quienes sufren los daños. En otras palabras, en un contexto donde la externalización es universalmente posible la cuestión de si se compensan o no los daños no pecuniarios será, en definitiva, indiferente en términos de disuasión. Cualquiera sea el régimen jurídico elegido serán los consumidores quienes deberán pagar sus costos y, por lo tanto, cualquier sea el régimen jurídico elegido será ineficaz de disuadir las conductas dañosas de los causantes de los daños.

La consecuencia de tomar en cuenta el funcionamiento de la economía son diferentes para la objeción a Schwartz basada en los costos secundarios que desarrollé en la sección 5. Aún en un mundo donde la externalización es posible es mejor pensar como Calabresi que como Schwartz. En efecto, el costo secundario de los accidentes es menor cuando los fabricantes de productos elaborados tienen que compensar los daños, aún cuando puedan externalizar su costo, que cuando la víctima tiene que soportar el accidente. Ello es así, porque la externalización, al trasladar la compensación a todos los consumidores dispersa su costo mientras que dicho costo queda totalmente concentrado en la víctima cuando ella tiene que cargar con el daño. Como los costos secundarios son menores cuando hay dispersión de los daños que cuando hay concentración -es menos "costoso" que 10 personas soporten un daño de 1 cada uno que 1 persona soporte un daño de 10- en términos de reducción de costos secundarios será siempre mejor un sistema que disperse a uno que concentre. Consecuentemente, la economía no debilita la crítica de Calabresi. Más aún, la externalización de los costos es una razón adicional para pensar que una propuesta a la Calabresi en el sentido que en el ámbito de la responsabilidad por productos, objetiva o en el ámbito del derecho de los consumidores, los daños no pecuniarios deben ser compensados por quienes consumen es mejor que una propuesta como la de Schwartz.

7

Schwartz podría redoblar la apuesta y argumentar frente a quienes insisten en que en términos de reducción de costos secundarios es mejor un sistema que obligue a los demandados a compensar los costos no pecuniarios que causan. Schwartz podría sostener que la mejor teoría de la responsabilidad –el Principio de la Soberanía del Consumidor- exige que adoptemos una perspectiva "agregativa", esto es, un punto de vista que agregue a los consumidores en una clase como si ellos fueran una sola persona que se beneficia y perjudica colectivamente. Muchas veces adoptamos esta perspectiva. Así, por ejemplo, Rawls lo hace para seleccionar sus dos principios de la justicia. Si lo hiciéramos también para seleccionar el régimen de la responsabilidad por productos elaborados el argumento de los costos secundarios se desvanecería. Visto desde los consumidores como una clase los costos son idénticos sea que se concentren en un consumidor o se dispersen en más de uno. Por ello, si aceptáramos que esta es la perspectiva correcta y que a los efectos de decidir cuáles son las reglas de la responsabilidad extracontractual que deberían imperar en nuestra sociedad es conveniente agrupar a los consumidores en una clase, las propuestas de Schwartz serían inmunes a críticas calabresianas. La cuestión de si se deben compensar los daños no pecuniarios dependerá entonces de si la compensación beneficia o no a los consumidores como clase y la hipótesis es, que dado la externalización de los costos de la compensación y el hecho que los consumidores creen que la prima de una cobertura contra este tipo de daños no paga dichos costos, no los beneficia.

Ahora bien, ¿es plausible adoptar una perspectiva "agregativa"? ¿Tiene sentido preguntarnos qué es lo que debemos hacer con los daños causados por un producto situándonos como si los consumidores fueran una clase o es más razonable decidir adoptando el punto de vista de quién ha sido la víctima del daño? Repárese que si lo hiciéramos, si miráramos la cuestión desde la víctima -si adoptáramos una perspectiva "distributiva"- encontraríamos un argumento fuerte en favor de imponer al fabricante la obligación de compensar los daños. Así, desde una perspectiva "individual" podríamos sostener que la víctima debe ser compensada porque si no lo fuera estaría peor de lo que estarían los demás bajo regímenes jurídicos alternativos.

Yo creo que en ciertos casos la perspectiva agregativa es plausible. En este sentido, me parece que hay dos casos en los que es posible trascender nuestra individualidad. El primer caso, es agencial. Así, respecto de determinado resultado podemos tratar a un grupo de individuos como una clase si son parte de una agencia colectiva, es decir, si ellos participan o han participado en un proceso causal agregativo o social que terminó con dicho resultado. El segundo caso es prudencial. Podemos tratar a un grupo de individuos como una clase si los perjuicios que cada uno de ellos soporta cuando es tratado de ese modo se pueden compensar con los beneficios que habrá de disfrutar si continuáramos tratándolo de ese modo a lo largo del tiempo.

Los consumidores entre sí no encuadran en el primer caso. El daño de un consumidor no puede ser imputado a la agencia de todos los consumidores. Ninguno de los consumidores distintos a A contribuye en modo alguno a causar el daño que sufre A cuando este es consecuencia de que A ha consumido un determinado producto. Pero sí podrían encuadrar en el segundo caso. En este sentido, el costo del daño que sufre el consumidor A, cuando el sistema jurídico le impide reclamar una indemnización, podría ser compensado con los beneficios que obtendría A por la resultante disminución general de precios de los productos que A consume en un sistema jurídico donde los consumidores no pueden reclamar indemnización.

Ahora bien, si lo anterior es correcto, la perspectiva agregativa contrariamente a lo que supone no puede ser adecuada en todos los casos. Así, por ejemplo, no será adecuado tratar a los consumidores como una clase cuando ellos sufren daños de una magnitud tal que no pueden ser neutralizados por beneficios futuros. Si usted pierde a un ser querido en un accidente de consumo el daño no pecuniario que deberá soportar si no fuera compensado difícilmente podrá neutralizarse con la disminución de precios de los productos que debiera producirse en un sistema jurídico que no compensa los daños no pecuniarios y que usted seguramente aprovechará. De este modo, por la imposibilidad de adoptar una perspectiva agregativa en todos los casos, el argumento de Schwartz en el sentido que los daños no pecuniarios no deben compensarse, que depende crucialmente de la plausibilidad de adoptar esta perspectiva, no podrá nunca tener validez universal.

Si combinamos la idea que es bueno reducir los costos secundarios y que, en ciertas circunstancias podemos aceptar una perspectiva agregativa, la respuesta óptima a la cuestión de si en el contexto de la responsabilidad objetiva y, en especial, en el contexto de la responsabilidad por los productos elaborados, deberíamos condenar a los demandados a pagar daños no pecuniarios sería compleja. Dependerá de cuáles son los casos en los que los beneficios producidos por la disminución de costos que se obtendría si los daños no pecuniarios no fueran compensados pueden distribuirse equitativamente entre los consumidores a lo largo de sus respectivas vidas. Si este fuera el caso, deberíamos optar por un sistema como el propuesto por Schwartz. Si ello no fuera así, deberíamos adoptar una solución a la Calabresi y compensar íntegramente los daños no pecuniarios. Obviamente, no podemos dejar liberada la cuestión a la apreciación de los jueces en un análisis caso por caso. Necesitamos reglas para que los jueces puedan decidir de un modo uniforme, previsible y económico. Es muy difícil saber cuáles son estas reglas sin conocer mucho acerca de las sociedades en cuestión y el tipo de productos de que se trata y la manera en que está organizado el mercado de dicho producto. Será distinto legislar para bienes como los medicamentos, donde los accidentes muchas veces son fatales, que para los utensillos de cocina o para los relojes cuya pérdida es siempre menor. De todos modos si tuviéramos que elegir una regla creo que es más difícil que nos apartemos de la solución óptima si obligamos a compensar los daños no pecuniarios producidos por productos elaborados a los consumidores sólo en aquellos casos en los que el daño no pecuniario sufrido por la víctima es de gran magnitud.

---

consumidor. Véase Steven P. Croley & Jon D. Hanson, "The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law", 108 Harv. L. Rev. 1787 (1995), pag. 1792-93.

[10] Algunos partidarios del AED han argumentado en favor de un esquema dual. Así, han sostenido que la solución óptima es imponer a los productores la obligación de compensar al consumidor de sus pérdidas económicas así como la obligación de pagar una multa al estado por haber causado un daño no pecuniario. Con la multa pretenden incentivar de manera apropiada la reducción de los riesgos de daños por parte de los productores -lo que no sucedería si ellos sólo fueran obligados a compensar las pérdidas económicas- evitando que los consumidores sean obligados a pagar precios que reflejan una cobertura más alta de la que quieren comprar -lo que sucedería si los productores fueran obligados a compensar íntegramente no sólo las pérdidas económicas sino también las pérdidas no económicas de un accidente. Véase Schavell Economic Analysis of Accident Law, Harvard U. Press, pag. 234-235.

[11] Véase, Calabresi Guido El Coste de los Accidentes, Editorial Ariel, Barcelona 1984.

[12] Véase, Posner Richard, Economic Analysis of Law, Harvard U. Press, 1981.

[13] He criticado esta idea de Posner en "La Riqueza no es un valor", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 1. N 1, 1997.

[14] La diferencia en los costos secundarios de un accidente es lo que explica la política que Calabresi llama "bolsillos profundos". De acuerdo con Calabresi a los efectos de distribuir los costos de los daños puede tener sentido que quienes tienen más dinero se hagan cargo de los daños, independientemente de quienes son culpables por el accidente e, incluso, de quienes lo han causado. Esta idea que los ricos son un conjunto de personas especialmente aptas para pagar los costos de los accidentes ha sido receptada en el artículo 907 del Código Civil Argentino que permite tener en cuenta la situación económica de los involucrados en los accidentes involuntarios para decidir el monto de la compensación.

[15] Véase Shavell, Steven opus cit. nota. 9.

MARÍA ANGÉLICA JIMÉNEZ A.

Directora del Postítulo Sistema de Justicia de la Infancia, Adolescencia y Familia e Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Profesora de la Maestría de Derecho Penal y Criminología, Venezuela.

16, 17... JOVENES .....

¿CÓMO DEBE SER EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL?

Se encuentra próximo a ingresar al parlamento el proyecto de responsabilidad penal juvenil destinado a modificar un ámbito de la actual legislación de menores, en particular, lo que concierne al tratamiento jurídico de las infracciones a la ley penal cometidas por jóvenes.

Sin duda, el ingreso de dicha iniciativa al congreso dará lugar al desarrollo de un complejo debate en razón no sólo de la naturaleza del tema, sino también por las implicaciones que ello tiene en términos de las concepciones que entrarán en juego en cuanto al sentido y alcance que debiera tener la intervención y respuesta del Estado a dicha problemática.

Es evidente que el tipo y alcance de la respuesta que el Estado debe dar al fenómeno de la delincuencia juvenil, no es algo que se resuelve exclusivamente desde el ámbito penal, sino también en el marco de diversos componentes y consideraciones de orden más general, tanto de tipo social como político.

En este contexto, el proyecto que se pretende introducir a discusión en el Congreso, intenta responder a la necesidad de superar no sólo las manifiestas deficiencias que tiene el aún vigente y obsoleto sistema de justicia de menores de nuestro país, sino también establecer un sistema que esté de cara a las tendencias modernizadoras de la justicia.[1] Esto último, en el marco de una sociedad democrática en la que se promueven y salvaguardan los derechos de las personas.

En particular, se trata de generar un sistema de responsabilidad penal juvenil que debe inscribirse en el marco de las orientaciones, principios y normas que emanan de diversos tratados internacionales. En especial, la Convención Internacional de los Derechos del Niño -en adelante CIDN- de la cual nuestro país es signatario, así como de otros instrumentos internacionales que sin tener el carácter vinculante son aplicables a la interpretación de la convención.

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores. (Reglas Beijing) aprobada por las N.U. en 1985.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de RIAD) Aprobada por las N.U. en 1991.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD) de 1991.

En el contexto señalado, el presente trabajo se propone identificar algunos de los rasgos y principios más relevantes que debe incorporar la nueva propuesta, en tanto sistema de responsabilidad penal juvenil. Ello, a fin de visualizar los méritos y debilidades que pueda tener el proyecto que se someterá a discusión en el Congreso y en particular aquella que finalmente se apruebe.

EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL

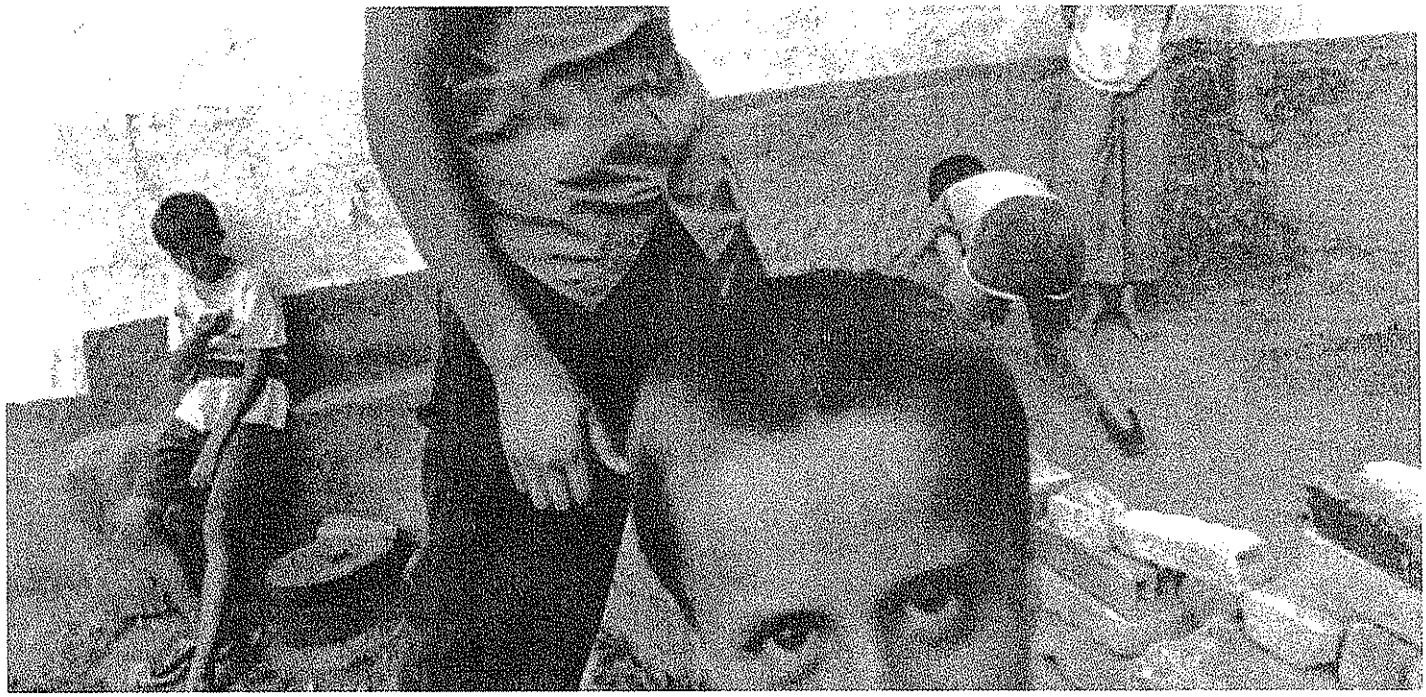
La adopción de un sistema de responsabilidad penal juvenil supone antes que todo, concebir una justicia especializada en el marco de un modelo en que la intervención punitiva del Estado está limitada por las garantías que le corresponden a cualquier adulto en un juicio criminal, a las que se suman las garantías específicas que tienen los jóvenes en virtud de la condición de edad.

La nueva respuesta a las infracciones penales cometidas por adolescentes y jóvenes debe conciliar las consecuencias jurídicas que emanen de estos actos con la protección de los derechos de los niños/as, adolescentes y la promoción del ejercicio de dichos derechos.[2]

Esto significa que las medidas que se impongan a los jóvenes infractores como resultado de sus actos, deben estar orientadas a evitar la desocialización, la segregación y la exclusión de ellos en la sociedad.

De acuerdo a lo anterior, la adopción de un nuevo sistema envuelve una transformación radical en materia de justicia juvenil, en tanto implica un cambio de paradigma. Supone sustituir el actual sistema de justicia de menores fundado en el modelo tutelar - y conforme al cual el niño es concebido como objeto de tutela y por ende, sujeto de medidas de protección- por un modelo que, a diferencia del anterior, concibe al niño/a y adolescente como un sujeto de derechos que no sólo goza de los derechos inalienables y propios de toda persona sino también de aquellos que se han establecido especialmente por su condición de edad.

En tal sentido, el niño/a, adolescente o joven, es un sujeto de derechos cuyo ejercicio está basado en la progresiva evolución y despliegue de sus capacidades y, conforme al cual y de cara a ello se deriva un grado de responsabilidad creciente por sus actos. De acuerdo a esto, la responsabilidad, aunque es inherente a toda persona, se asume en este caso con un carácter progresivo, lo que quiere decir que ésta debe estar siempre acorde a la edad. De ahí que la responsabilidad de los adolescentes o jóvenes nunca puede considerarse equivalente o igual a la de un adulto.[3]



Este concepto de responsabilidad -que se asume progresivamente- es la clave del nuevo sistema, el cual supera estructuralmente la figura de *incapacidad* del modelo tutelar que caracteriza la legislación de menores vigente.[4]

En el marco de estas consideraciones básicas, es posible delinear los principales componentes que caracterizan a un sistema de responsabilidad penal juvenil y que constituye la expresión de los principios rectores que emanan de la CIDN y demás instrumentos internacionales en este ámbito.

En función de lo expuesto, cabe señalar que uno de los principales componentes que debe caracterizar al nuevo sistema -en conformidad al principio de responsabilidad y su carácter progresivo- es la definición de una inequívoca franja etárea dentro de la cual la justicia juvenil está llamada a intervenir.

Dicha definición significa establecer, por una parte, una clara línea divisoria entre el sistema penal de adultos y el nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil y, por otra, reconocer la distinción entre niño y adolescente.

En efecto, la definición de la franja etárea en cuestión, implica que el sistema debe establecer previamente dos edades límites. La primera es la edad mínima a partir de la cual un adolescente puede ser considerado responsable penalmente y, por debajo de la cual, niño/a alguno puede ser considerado -en ningún caso- imputable ni tampoco responsable penalmente. Esto, en conformidad al artículo 40.3 de la CIDN que señala que los Estados partes tomarán las medidas apropiadas para «el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales».

La segunda consiste en establecer la edad límite superior, esto es, la edad a partir de la cual, un joven se considera imputable de cara a la justicia penal de adultos y por debajo de la cual, es responsable penalmente. En suma, este límite de edad establece el punto en el cual termina el ámbito de acción del sistema de responsabilidad penal juvenil y empieza el sistema penal de adultos.

El establecimiento del límite de edad superior, en general, todavía no plantea grandes conflictos, en la misma medida que diversas legislaciones tienden a adscribirse al criterio señalado por la CIDN. Esto es lo que ocurre con las nuevas legislaciones en la región -como las de Costa Rica, Venezuela, Ecuador, Perú- que coinciden en fijar el límite superior de edad en los dieciocho (18) años.[5]

Sin embargo, es claro que el establecimiento de la edad límite inferior plantea conflictos y, de hecho, en las legislaciones ya indicadas, oscila entre los 12 y 14 años. En la práctica, su definición es más bien el resultado de la política criminal que cada país adopta.

Una vez establecida la franja etárea en la que actuará el sistema de responsabilidad penal juvenil, ésta deberá diferenciar internamente -de acuerdo a la condición de edad- estratos distintos conforme al principio de progresividad. Esto a fin de establecer una responsabilidad penal juvenil con consecuencias jurídicas distintas, según se trate de adolescentes o de jóvenes propiamente dichos.[6]

El establecimiento de una inequívoca franja etárea con las características señaladas no sólo permite responder a las orientaciones que están presente en la CIDN y demás instrumentos internacionales en esta materia, sino también superar una de las deficiencias más manifiestas que en este ámbito tiene la actual Ley de menores.

En efecto, en virtud de la figura obsoleta del discernimiento que ella contempla, la actual definición de la franja etárea en lo que concierne al límite superior de edad resulta ambiguo y discrecional. Por una parte los jóvenes infractores entre los 16 y 18 años que son declarados sin discernimiento conforme al concepto de *incapacidad* [7] están sujetos a medidas de protección, mientras que aquellos que son declarados con discernimiento están sujetos al derecho penal de adultos, con todas las implicaciones que uno u otro caso tiene.

Otro importante rasgo del nuevo sistema es el reconocimiento de que, en los casos que exista una infracción a la ley por parte de los adolescentes o jóvenes, esto constituye un conflicto penal y, como tal, debe encontrarse previamente definido y tipificado conforme lo establece el principio de legalidad.

Esto significa que el sistema asume la imposición de una medida como consecuencia legal derivada de la declaración de responsabilidad por un acto, considerado como delito. Esto permite responder así a lo que en tal sentido señala expresamente la CIDN en su art. 40.2ª, esto es, «que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento que se cometieron».

El principio de legalidad que rige la intervención penal del nuevo sistema, implica, a su vez, establecer una clara distinción entre dos esferas en las cuales el Estado debe intervenir en el campo de la infancia y adolescencia: los niños/as, adolescentes y jó-

venes vulnerados en sus derechos y los adolescentes y jóvenes que infringen la ley penal, y que, en razón de las características de cada caso, supone una respuesta muy distinta.

Lo anterior permite superar otra de las debilidades y falencias del aún vigente sistema de justicia de menores. En efecto, el sistema actual, basado en el modelo tutelar y la doctrina de la situación irregular, interviene sobre una amplia gama de conductas calificadas bajo la difusa categoría de «peligro moral o material o riesgo social». Su contenido y naturaleza no se encuentra definido y reúne tanto aquellas que corresponden a una desprotección de derechos, como aquellas que resultan de una evidente infracción a la ley.

El resultado de lo anterior, es que tanto los jóvenes que se encuentran vulnerados en sus derechos -abandono, maltrato, abuso, etc- como aquellos que son infractores, son objeto de las mismas consecuencias jurídicas. Esto significa, por una parte, que el sistema no responde a la existencia del conflicto penal que representa la infracción de la ley por parte de jóvenes y, por otra, focaliza la respuesta en función de las condiciones sociales del joven formulando medidas denominadas de protección. Asimismo, esta dinámica judicial hace que algunos hechos delictivos queden en la impunidad.

Otro importante componente que debe caracterizar al nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil, es la incorporación de un modo extensivo de todas las garantías que resguardan los derechos de las personas imputadas o inculpadas, esto es, que se incorporan todas las garantías que el sistema penal ha desarrollado y establecido en los casos que la persona infrinja la ley penal y las especiales que se suman por razones de su condición de edad.

En este sentido, el sistema de responsabilidad debe incorporar un procedimiento especial, de acuerdo a lo que en esta materia establecen los convenios y reglas internacionales de la infancia y adolescencia. Estos instrumentos internacionales, especialmente la CIDN (art.40) y las Reglas de Administración de Justicia Juvenil (art. 7), contemplan las garantías procesales básicas de un debido proceso y que son reconocidas en estos y otros instrumentos de derechos humanos, tales como la presunción de inocencia, CIDN (art.40.2.b.I); el derecho a ser informado sin demora y directamente de las acusaciones, así como ejercer el derecho a la defensa CIDN (art.40.2.b.II).

A ellas se agregan otras específicas, tales como el derecho a la protección de la intimidad, evitando la publicidad, Reglas de Beijing (Art.8); el derecho de los padres a asistir o participar, siempre y cuando sea en defensa del menor Reglas de Beijing (art. 15.2); la participación de equipos técnicos que incorporan informes basados en investigaciones sociales Reglas de Beijing (art.16).

Sin duda, de todas las garantías que se indican, la que mejor debe estar cautelada es el derecho a la defensa en todas sus etapas, puesto que ella no sólo se ejerce junto con las otras garantías sino que es la que sirve de base a las demás y, por ende, asegura el ejercicio y eficacia de las restantes.[8]

La incorporación de dichas garantías supone un cambio sustantivo respecto de lo que hoy ocurre con la justicia de menores: el procedimiento no tiene forma de juicio y, por lo mismo, no contempla las garantías fundamentales de cualquier juicio imparcial y justo que reconocen los instrumentos de derechos humanos vigentes.

Otro de los principios que debe caracterizar al nuevo sistema es el de oportunidad, consagrado en la CIDN (art.40.3.b) y en las Reglas de Beijing, (art. 11). Ambas sugieren que se evite el procedimiento judicial en vistas a establecer la responsabilidad por los actos cometidos y la aplicación de las medidas pertinentes cuando ello resulte claramente beneficioso para el adolescente y la sociedad, sea por consideración a la naturaleza del hecho cometido, o a las circunstancias de éste y teniendo siempre presente la condición de edad del joven.

Una característica que prevé la formulación de este sistema es un intenso proceso de descriminalización. Esto supone una selectividad de las conductas penales que se incorporarán en este régimen legal, de modo que se excluyan aquellas de escasa y mediana relevancia social y sólo queden en la nueva legislación las que por su naturaleza y gravedad reclamen intervención penal.

Otro componente que debe caracterizar la nueva propuesta es la adopción de un conjunto de medidas y mecanismos que aseguren la conformación de un sistema de justicia especializado. Se trata, tal como lo indica el art. 40.3 de la CIDN, que deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haberlas infringido.

En este mismo sentido, las Reglas de Beijing y las Reglas de las N.U. para la Protección de los menores privados de libertad se refieren especialmente a estos aspectos. Señalan, entre otros, una formación especializada de todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que intervengan en la administración de la justicia de menores, como asimismo a las autoridades e instituciones específicas, en especial, en lo que concierne a los principios y directrices señaladas.

Otro rasgo crucial que debe caracterizar al nuevo sistema compete a la naturaleza y alcance de las medidas que se establezcan, en tanto consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en el caso de los jóvenes comprendidos en la franja etárea respectiva. En todos los casos, éstas siempre deben formularse en conformidad con los principios rectores de la CIDN; en especial, el interés superior del niño y adolescente que vinculan directamente la medida a la condición de edad y entorno social.

La introducción de medidas y no de sanciones, subraya la determinación de que las consecuencias legales que se establezcan para los actos cometidos por los adolescentes que sean declarados responsables penalmente por la justicia, deben concebirse, estrictamente, no como una sanción sino como una respuesta dirigida a desarrollar la responsabilidad del adolescente frente a sus actos. Esto significa que las medidas deben promover su inserción en la sociedad -de cara al respeto no sólo de sus derechos sino de los derechos de terceros- y evitar su exclusión o marginación. En razón de ello, el cumplimiento de medidas debe inscribirse en el marco del respeto de los vínculos propios del entorno del adolescente, esto es, su vida familiar y escolar.

Todo esto en conformidad no sólo con el respeto al interés superior del niño/a y adolescente que inspira la CIDN y varios de los principios rectores que han sido señalados, -en particular el de responsabilidad progresiva- sino también con otros que están presentes en las tendencias modernizadoras de la justicia penal, como el de intervención penal mínima.

Lo anterior significa que, en la práctica, el nuevo sistema debe incorporar un amplio catálogo de medidas cuyo cumplimiento supone privilegiar la ausencia de ruptura del adolescente con su entorno social. En este sentido, las Reglas de Beijing (art. 18.2) señalan que ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario.

Estas medidas corresponden, entre otras, a la libertad vigilada, trabajo comunitario, acuerdos reparatorios, amonestación, incorporación a programas en materia de orientación.

Por tanto, en el conjunto de medidas que se establezcan, la privación de libertad queda como última ratio y sólo cabe aplicarla en los casos que, en razón de su gravedad y condición de edad del joven, no sea posible otro tipo de respuesta. Bajo toda circunstancia, su duración debe ser siempre lo más corta posible.

La condición de edad para aplicar la privación de libertad implica que ésta regirá única y exclusivamente para aquellos jóvenes que se ubican en la franja etárea más próxima al límite superior.

Esto no hace más que estar en concordancia con la normativa explícita en la CIDN, que en el art. 37.b señala que la prisión debe utilizarse como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. En el mismo sentido, las Reglas de Beijing, en el art. 17.c señalan que la privación de libertad personal sólo se impondrá por un acto grave en el que

concurra violencia contra otra persona y siempre que no haya otra respuesta adecuada.

La inclusión de la pena privativa de libertad en el nuevo sistema es restrictiva y considerada sólo como el último recurso, en razón no sólo de sus efectos criminógenos, sino también por el hecho que una medida de tal naturaleza, aborta las posibilidades de desarrollo del joven, marginándolo de su vida familiar, escolar y, en general de su entorno social.

De ahí que en los casos que ello ocurra, debe tener el período de duración más corto posible y estar sujeto a las orientaciones que contemplan las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad así como las Reglas Mínimas de Tratamiento a los reclusos.

Igualmente, la instauración de cualquiera de las medidas contempladas en el catálogo, deben siempre estipular su período de duración y las condiciones de su cumplimiento.

Todo lo anterior constituye, desde luego, la cara opuesta de lo que hoy ocurre en el sistema de justicia de menores, donde las medidas y penas que se establecen para los adolescentes y jóvenes que infringen la ley penal se caracterizan por su ambigua aplicación.[9]

Esta situación ha contribuido a fomentar una percepción equívoca -y no menos paradojal- en lo que atañe a la respuesta de la justicia al fenómeno delictivo: la idea según la cual los jóvenes infractores tenderían a escapar a las sanciones correspondientes.

Dicha percepción no resulta casual dado que la acción de la justicia de menores produce lo que diversos autores han identificado como el «fraude de etiquetas»; esto es, no reconoce por su verdadero nombre las diversas instancias que envuelven la acción del sistema.[10] Así, la llamada «retención» no se reconoce como lo que es realmente, es decir, una verdadera detención; a la privación de libertad se le identifica como «internamiento»; en tanto que las acciones que finalmente adopta el sistema institucional se les identifica como «tratamiento» cuando en realidad asumen características de un castigo.

El no hacerse cargo de lo que supone la intervención de la justicia tutelar de menores, según González[11] significa actuar o razonar como si la negación de la responsabilidad de los menores supusiera evitar la despenalización de sus conductas, cuando lo que ocurre realmente es la aplicación de privaciones de libertad o restricciones de derecho que son auténticas sanciones y que no contribuyen en nada al proceso de maduración personal o inserción social del adolescente.[12]

Por las razones expuestas no cabe duda que el arribo a un sistema de responsabilidad penal juvenil, que incorpore medidas que respondan a los principios y características que se han indicado precedentemente, constituye un desafío complejo y difícil, dada las visiones que al respecto existen.

En tal sentido, los riesgos que existen para alcanzar un sistema con las características que se señalan en este ámbito no son menores. Esto es así, porque supone superar, entre otros, un planteamiento -prevaleciente en muchos sectores de nuestra sociedad- según el cual las medidas se conciben como sanciones o castigo, en el marco de los fines retributivos, o en el mejor de los casos, resocializadores, propios al modelo de la justicia tutelar.

El principal desafío que en este ámbito se plantea es asumir que la naturaleza y propósito de las consecuencias jurídicas que se establezcan para los adolescentes declarados responsables de un delito o infracción de la ley, no pueden dejar de atender el desarrollo y promoción de la inserción del adolescente en la sociedad, el respeto de los derechos propios de los jóvenes, adolescentes y, en el marco del respeto de los derechos de los miembros del conjunto de la sociedad.

La adopción de una nueva legislación que establezca un sistema de responsabilidad penal juvenil con las características que se han delineado -esto es, que apunte a responsabilizar al joven por sus actos y entregue una respuesta judicial respetando los derechos y garantías específicas y las que demanda un Estado de Derecho en una sociedad democrática- va a implicar un gran avance en el ámbito de la justicia, pero sólo en la medida que esto forme parte de una política integral destinada a promover la protección y promoción de los derechos de la infancia, adolescencia y juventud.

Se trata, en definitiva, que la sociedad y con ello el Estado, se haga cargo de los diversos problemas de orden legal, social e institucional que inciden en las condiciones de vulnerabilidad, desprotección y exclusión de una parte significativa de la población infanto juvenil. De esta forman parte, precisamente, los adolescentes que infringen la ley.

En tal perspectiva, la futura y eventual aprobación del sistema de responsabilidad penal juvenil, constituye sólo una de las reformas que deben darse en el ámbito de la infancia y adolescencia. De ellas, una que no puede esperar es la formulación de la legislación proteccional de los derechos de los niños/as y adolescentes y jóvenes, orientada a modernizar y adecuar todos los procedimientos e instancias preexistentes a las exigencias que se derivan de las directrices de la CIDN y otros instrumentos internacionales en esta materia.

En la medida que esto último no ocurra, y por ende no se aborden los problemas que dan cuenta de los conflictos que enfrentan una parte importante de la infancia y adolescencia de nuestro país, la eventual adopción del nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil, no hará más que convertir a éste, en un instrumento remozado de criminalización de la pobreza, recreando el desvastador circuito que dicho proceso supone.

---

[1] De hecho, la puesta en marcha de la reforma procesal penal, ha puesto de manifiesto problemas que derivan entre este nuevo sistema y la justicia de menores.
En efecto, el pleno de la Corte Suprema acordó en el oficio Nº 003398 del 1º de diciembre del 2000 una instrucción para definir la respectiva competencia durante el discernimiento de jóvenes entre 16 y 18 años, acordando que ésta queda radicada en los tribunales de menores y no en el juez de garantías.

[2] Beloff Mary: Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina. En: Infancia Ley y Democracia. Edic. Depalma Buenos Aires Pág. 91.

[3] González Carlos: Los menores entre la Protección y Justicia. El debate sobre la responsabilidad. En : Un Derecho penal del menor. Edit. Jurídica Cono Sur Pág. 142.

[4] Ver: Bustos Juan: Imputabilidad y Edad Penal. 1989 En: Derecho a tener derecho. Tomo II Cap.X Unicef, IIN.

[5] La adopción de este criterio implica que se deberá subir la edad de imputabilidad penal del actual sistema que la fija a partir de los dieciséis en casos que los jóvenes son declarados con discernimiento.

[6] La definición de la franja etárea ha tenido un debate muy extenso en los países de la región que han legislado en materia de responsabilidad juvenil como Costa Rica, Venezuela y Ecuador.

[7] Bustos Juan: Imputabilidad y Edad Penal 1989 En: Derecho a tener Derecho. Tomo II Cap.X Unicef, IIN.

[8] Binder Alberto: Introducción al Derecho Procesal Penal. Edit. Ad-Hoc Buenos Aires Pág.151.

[9] Por una parte, los jóvenes que son declarados con discernimiento se les aplica el mismo procedimiento y las mismas penas establecidas para los adultos, sólo que en la determinación de esta última, se aplica una responsabilidad atenuada, esto es, al menor de dieciocho años y mayor de dieciséis se les impondrá la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable (art.72 C.P.) Por otra, a los que se les declara sin discernimiento, pueden o no ser objeto de una medida de protección, situación que en cualquier caso entrega una señal equívoca, tanto al adolescente, a su familia así como a la comunidad, frente a la infracción cometida.

[10] Giménez Esther y González Carlos: «Jóvenes y cuestión penal en España» En: Jueces para la democracia Nº 3 1998 Pág. 17-26.

[11] Op. cit. Pág. 149.

[12] En este sentido, un estudio reciente sobre el tema muestra que un 85% de los jóvenes entrevistados inculpados de delito, como resultado de la práctica del discernimiento estuvo internado por períodos que iban entre los 43 días a los 73 días y más. A ello se agrega que un 78% estuvo internado, incluso de modo recurrente, esto es, entre dos a veinte veces. Si se suman los períodos de internamiento, se constata que más de un tercio de ellos, 36% ha permanecido entre 13 a 18 meses privado de libertad, en tanto otro tercio supera este período.
Ello ocurre con todas las consecuencias que supone la institucionalización en la condición de niño/a o adolescente, en particular las condiciones clasificatorias y de segregación social, que no hacen más que propiciar cuando no acrecentar la espiral de estigmatización y posterior criminalización que tales experiencias producen. Jiménez María Angélica: «Adolescentes Privados de Libertad y Justicia de Menores». Junio 2000. Págs. 82, 87.

RICARDO SANDOVAL L.

Dr. de Estado en Derecho Privado. Francia. Profesor de Derecho Comercial de la Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales.

Algunos aspectos de la Responsabilidad en el Derecho Comercial

Introducción

La responsabilidad es un tema que concierne diversas materias propias del Derecho Comercial. En efecto, es posible distinguir entre otras, la responsabilidad del empresario individual de comercio en relación con los consumidores, la responsabilidad de los administradores de sociedades de personas y de capital, la responsabilidad de las empresas intermediadoras en la actividad bancaria, financiera y de mercado de valores y la responsabilidad de los sujetos que operan en el transporte terrestre, marítimo, aéreo y multimodal.

Atendida la extensión del tema propuesto, nuestros comentarios y reflexiones se concentrarán en algunos aspectos de la responsabilidad mercantil, en especial, la que tiene lugar a propósito de la actividad del transporte, que puede ser la menos difundida.

Sección I: Responsabilidad en el transporte terrestre

• **Responsabilidad del porteador.** La persona que asume la conducción recibe a cambio una remuneración denominada porte, lo que implica que tiene un interés manifiesto en el contrato, motivo por el cual el Código de Comercio en el artículo 207, establece que responde de la culpa leve en el cumplimiento del mismo, concordando con la norma del artículo 1547, del Código Civil.

El Código de Comercio, en el Párrafo 4°, Título V, Libro II, contiene un verdadero régimen de responsabilidad del porteador en el contrato de transporte terrestre, estableciendo causales, exoneraciones, pruebas, presunciones y sanciones, que analizaremos suscintamente a continuación.

• **Causales de responsabilidad del porteador.** Incurre en responsabilidad del porteador que no ejecuta cabalmente las obligaciones del contrato de transporte terrestre, en consecuencia, responde de la culpa leve, en los siguientes casos:

a) Si no recibe la carga en el lugar y tiempo convenidos queda responsable de los daños y perjuicios ocasionados al cargador (art. 191, inc.2° C. de C);

b) Si se pierde la mercadería, hecho que se presume ocurrido por su culpa, cuando no la entrega al consignatario en el lugar de destino (art.207 inc. 2° C. de C.);

c) Si la mercadería sufre averías, esto es, daños materiales imputables a culpa del porteador(art. 207 C.de C); y

d) Cuando hay retardo en la entrega de la mercadería, lo que implica que la conducción no se hizo en el término convenido o en los plazos legales o usuales.

• **Eximentes de responsabilidad del porteador.** En todos los casos que citamos precedentemente la responsabilidad del transportista es presumida legalmente, según lo previsto en el artículo 207 del Código de Comercio.

No obstante, existen algunas situaciones que acreditadas como corresponde, exoneran de responsabilidad al porteador terrestre, a saber:

a) Caso fortuito o fuerza mayor, que al tener ocurrencia releva de responsabilidad al que asume la obligación de conducir, a menos que por un hecho propio o por su culpa haya contribuido al advenimiento del caso fortuito, o por no limitar o atenuar los efectos que produce el daño o por no ser diligente en la conducción o en la conservación de la carga;[1]

b) Vicio propio de la cosa, es decir, el germen de destrucción o deterioro que lleven en sí las cosas por su propia naturaleza o destino, aunque se las suponga de la más perfecta calidad en su especie. Acreditado este vicio el porteador se exonera de responsabilidad;

c) Hecho propio del cargador, que puede consistir en declaraciones falsas en la carta de porte, como atribuirle una calidad genérica distinta a la que realmente tuvieren las mercaderías(art. 185 y 186 C. de C.).

• **Forma de acreditar la responsabilidad del porteador.** La normativa mercantil aplicable facilita enormemente este aspecto al establecer que se presume que la pérdida, deterioro o retardo ocurren por culpa del porteador. Con todo, es una presunción simplemente legal, que puede ser destruida acreditando el porteador caso fortuito o fuerza mayor, vicio propio de la cosa o hecho o culpa del cargador.

• **Sanciones aplicables al porteador.** Atendida la circunstancia que el transporte es un contrato complementario en la actividad mercantil, la legislación aplicable no exige acreditar daño emergente ni lucro cesante al damnificado para recabar la correspondiente indemnización. Las sanciones son las siguientes:

a) En caso de pérdida, el porteador paga el precio que las mercaderías tengan el día y lugar en que debió efectuarse la entrega, estimado por peritos (art. 209 C. de C.).;

b) Avería total, se abandonan las mercaderías que han sufrido este daño en manos del porteador y se le cobra íntegramente su valor (art. 210 C. de C.);

c) Avería parcial, se le cobra el importe del menoscabo y si hay piezas ilesas el cargador o consignatario debe recibirlas, a menos que formen parte de un juego;

d) Retardo, se atiende a lo pactado en el contrato, que puede haber estipulado una cláusula penal, la que puede hacerse efectiva sin necesidad de acreditar perjuicios (art. 206 C. de C.).

• **Extinción de la responsabilidad del porteador.** Se trata de una responsabilidad que no se extiende por mucho tiempo, sea porque se ejecuta cumplidamente el contrato o porque caducan las acciones para hacerla efectiva. Las acciones caducan en los siguientes situaciones:

a) Por la recepción de las mercaderías y pago del porte, salvo que cualquiera de estos actos se ejecute bajo reserva de acciones;

b) Si el consignatario recibe los bultos que presentan señales exteriores de faltas o averías y no protestare en el acto de hacer uso de su derecho de reclamo;

c) Si se notare sustracción o daño al tiempo de abrir los bultos y el consignatario no hiciere reclamación alguna dentro de las 24 horas siguientes a la recepción;

d) Por la prescripción, de seis meses en las expediciones dentro del territorio nacional y de un año por las dirigidas hacia el extranjero.

---

[1] *Véase: Corte Suprema, 26 de diciembre de 1917, Gaceta. 1917, 2° semestre., N° 139, pg.404; Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XV, sec. 1ª. p. 324 y Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXX, sec. 1ª p. 156, y Tomo LX, sec. la, pg. 59.*

Sección II: Responsabilidad del transportador marítimo

Carácter especial de esta responsabilidad. Nuestra normativa mercantil que se inspira en el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte de Mercaderías por Mar, mas conocido como las Reglas de Hamburgo, por haberse suscrito en 1978, en dicha ciudad alemana, establece un tipo de responsabilidad sui generis para el transportador marítimo.

Esta responsabilidad no es subjetiva ni tampoco objetiva, sino que se basa en el período de custodia de las mercaderías que son objeto del transporte, sea en tierra o durante el transporte marítimo (art. 982 C. de C.). De manera que el transportador marítimo es responsable de los perjuicios resultantes de la pérdida, daño o retraso en la entrega, si el hecho que ha causado la pérdida, el daño o el retraso se produjo cuando las mercaderías estaban bajo su custodia, a menos que acredita que él, sus dependientes o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias (art. 984 C. de C.).

Estas normas sobre responsabilidad constituyen un triunfo de las países cargadores por sobre los países armadores al tiempo de aprobarse las Reglas de Hamburgo.

• Limitaciones de la responsabilidad del transportador marítimo. Como una forma de compensar a los armadores, las Reglas de Hamburgo tuvieron que contemplar límites de responsabilidad de los transportadores marítimos, los que también han sido incorporados en nuestro Código de Comercio, en virtud de la Ley N° 18.680, de 11 de enero de 1988, que sustituyó todo el Libro III de este cuerpo legal. Estas limitaciones son las siguientes:

a) En caso de pérdida o avería, la responsabilidad queda limitada a 835 unidades de cuenta por bulto o unidad de carga transportada o a 2,5 unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercaderías perdidas o dañadas, si esta cantidad es mayor;

b) En caso de retraso en la entrega, la responsabilidad se limita a una suma equivalente a 2,5 veces el flete que debe pagarse por las mercaderías que hayan sufrido el retraso, pero no puede exceder la cuantía total del flete (art. 993 C. de C.);

c) En caso de responsabilidades acumuladas por averías y retrasos, no pueden exceder el límite de la responsabilidad para el caso de pérdida total de las mercaderías, es decir, las 835 unidades de cuenta por bulto o unidad de carga o las 2,5 unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de la mercadería perdida, si esta cantidad fuere mayor.

El transportador marítimo no puede prevalerse de estas limitaciones si se acredita que la pérdida, el daño o el retraso provinieron de una acción o de una omisión suya realizadas con la intención de causar tal pérdida, daño o retraso, o temerariamente y en circunstancias que puede presumirse que tuvo conocimiento de que probablemente sobrevendrían la pérdida, el daño o el retraso (art. 1001 C. de C.)

Sección III: Responsabilidad del transportador aéreo

• **Sistema de responsabilidad.** En el derecho nacional que regula esta materia tiene como fuentes tanto al Convenio de Varsovia de 1929, modificado por el Protocolo de La Haya de 1955 y el Código Aeronáutico, contenido en la Ley N° 18.916, de 8 de febrero de 1990.

El Código Aeronáutico contempla básicamente dos sistemas de responsabilidad, uno objetivo con indemnización limitada y otro subjetivo, sin límite de responsabilidad. Por su parte el Convenio de Varsovia consagra un sistema de responsabilidad subjetiva, pero establece una causa específica de exoneración: la prueba de la debida diligencia.

• **Responsabilidad objetiva en transporte aéreo de pasajeros.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 143, del Código Aeronáutico, el transportador estará obligado a indemnizar la muerte o lesiones causadas a los pasajeros durante su permanencia a bordo de la aeronave, o durante la operación de embarque o desembarque.

• **Causas que exoneran de responsabilidad.** El transportador aéreo solo puede liberarse de responsabilidad si acredita alguna de estas circunstancias:
a) que el daño se debe al estado de salud del pasajero;
b) que la víctima del daño fue quien lo causó o contribuyó a causarlo; o
c) que el daño fue consecuencia de un delito del cual no fue autor un tripulante o dependiente del transportador.

• **Límites de responsabilidad del transportador aéreo.** La indemnización está limitada a una suma que no excederá de 4.000 unidades de fomento por muerte o lesión del pasajero, aunque puede estipularse convencionalmente una suma mayor, pero cualquier cláusula para fijar límites de responsabilidad inferiores a los establecidos en el Código Aeronáutico, se tendrá por no escrita (art. 172).

• **Responsabilidad objetiva en el transporte aéreo de mercaderías.** De conformidad con lo previsto en el artículo 149, del Código Aeronáutico, la destrucción, pérdida o avería de la mercadería que se produjese durante el transporte aéreo o el retardo en su entrega, serán indemnizadas con una cantidad que no exceda de una unidad de fomento por kilogramo de peso bruto de la carga.

• **Causas que exoneran de responsabilidad.** El transportador aéreo no es responsable de la destrucción, pérdida o avería de las mercaderías, en los siguientes casos:
a) si el daño derivase de la naturaleza o vicio propio de la mercadería;
b) si el daño proviniere del embalaje defectuoso de las mercaderías realizado por quien no sea el transportador o su dependiente; y
c) si el daño derivase de un acto de autoridad pública, efectuado en relación con la entrada, salida o tránsito de la mercadería.

• **Extinción de la responsabilidad.** La responsabilidad del transportador aéreo puede extinguirse por dos causas a saber:
a) por no efectuarse la protesta correspondiente dentro de plazo: es decir porque el pasajero o el consignatario no la realiza inmediatamente después de notadas las faltas o averías o dentro de siete o catorce días para los equipajes y las mercaderías, respectivamente, contados desde la recepción;
b) por prescripción de las acciones cuyo plazo es de un año contado desde los hechos que pueden consistir en el día en que la nave llegó a su destino o desde que el transporte se interrumpió.

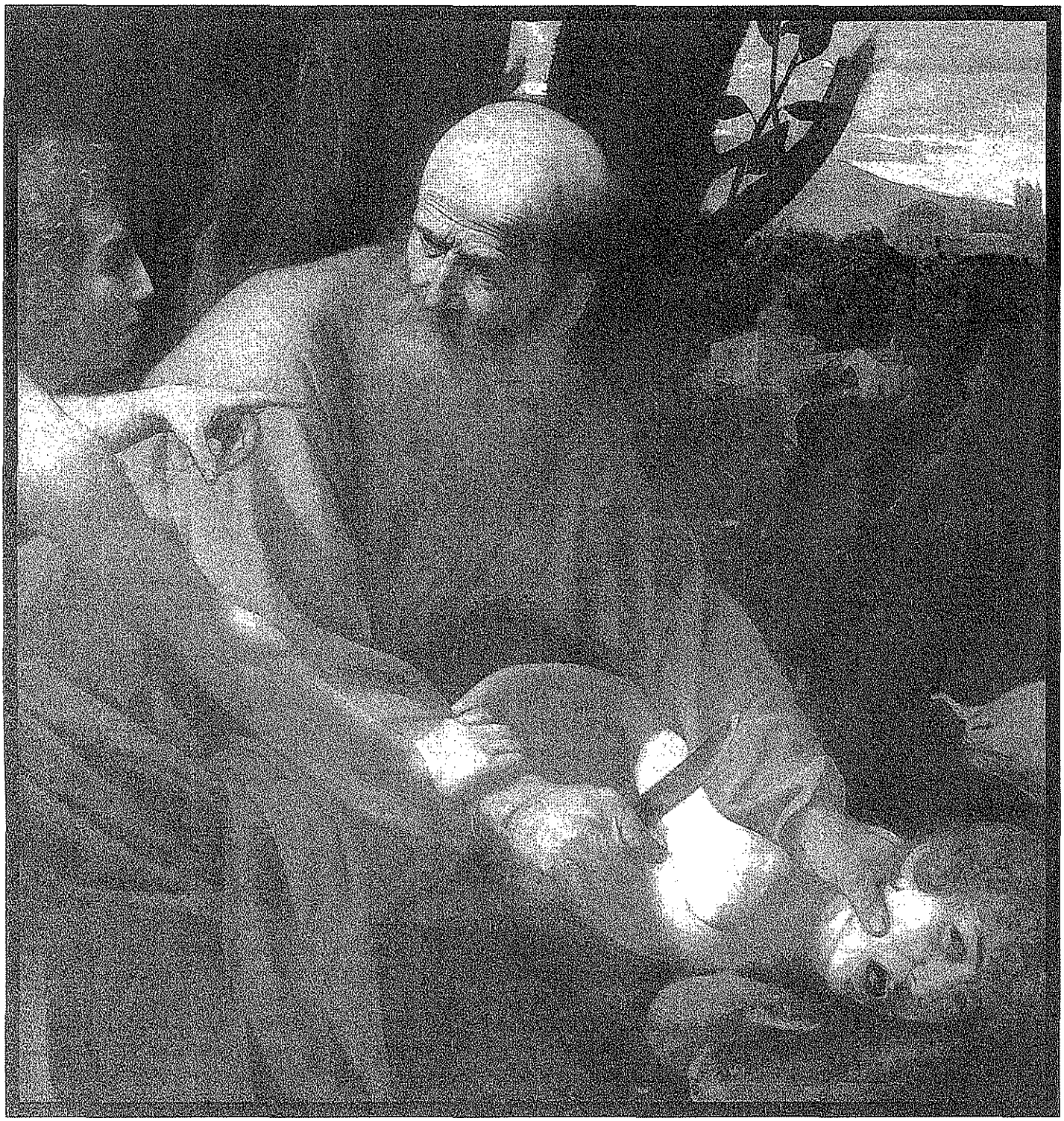
Sección IV: Responsabilidad en el transporte multimodal

• **Concepto de transporte multimodal.** Según el artículo 1041 del Código de Comercio, se entiende por transporte multimodal el porteo de mercancías por a lo menos dos modos diferentes de transporte, desde un lugar en que el operador del transporte multimodal toma las mercancías bajo su custodia hasta otro lugar designado para su entrega.

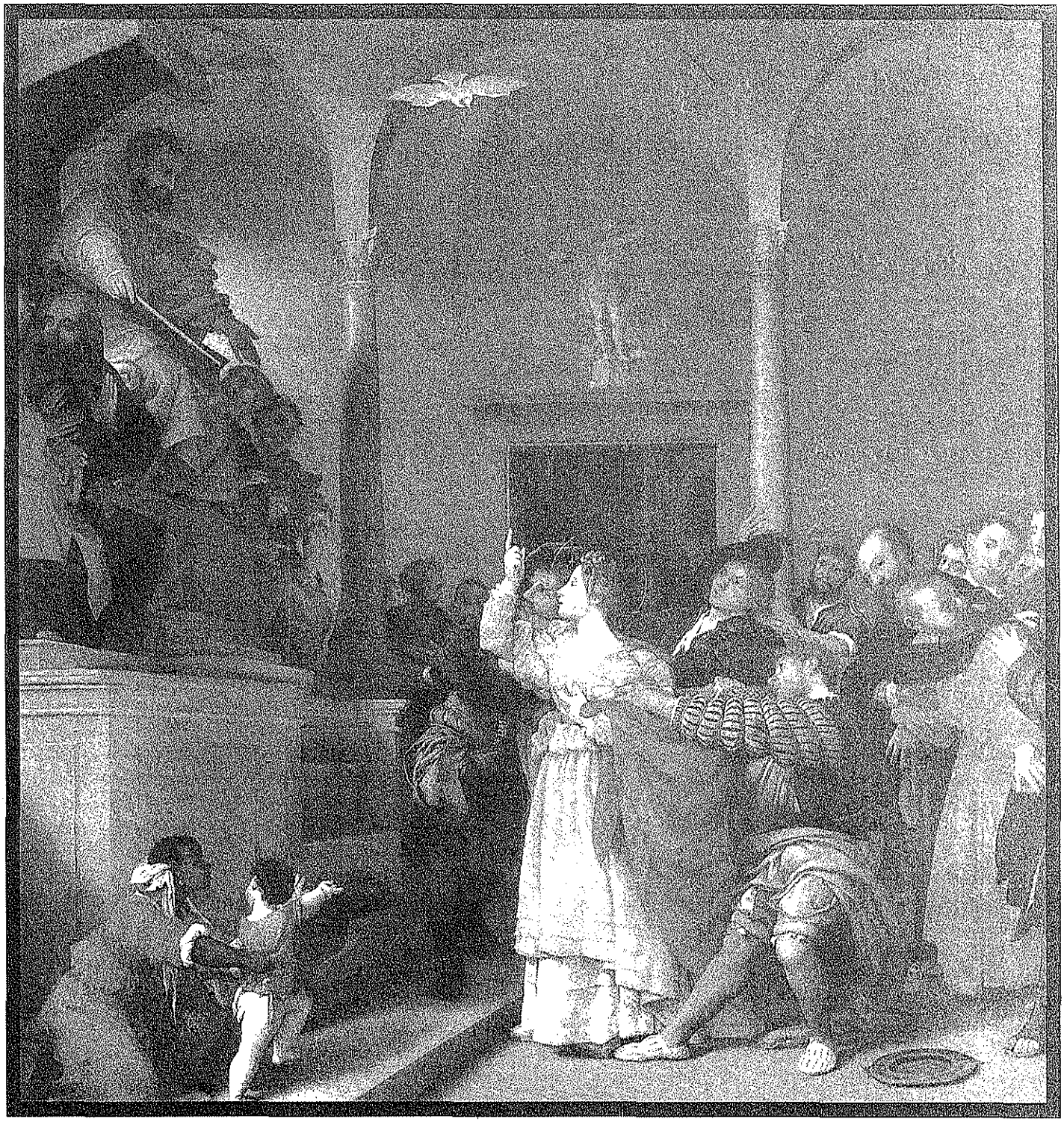
Se trata de una forma de transporte que en la actualidad tiene una enorme aplicación, toda vez que representa la posibilidad de lograr la mayor eficiencia en el traslado de mercaderías "de puerta a puerta", lo que hace necesario que se empleen o se combinen diversos medios de transporte: terrestre, aéreo y marítimo.

Tratándose de la responsabilidad del operador de transporte multimodal que es la persona que, por si o por medio de otra que actue en su nombre, celebra un contrato de transporte multimodal actuando como principal y asumiendo la responsabilidad de su cumplimiento, el Código de Comercio Chileno establece que las normas de responsabilidad propias del contrato de transporte de mercancías por mar serán aplicables al transporte multimodal durante el período que las mercaderías permanezcan bajo la custodia del operador de transporte multimodal (arts. 1042 y 982 C. de C.)

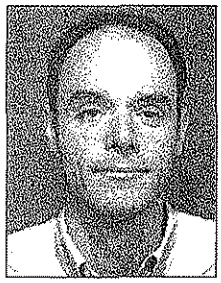
La responsabilidad del operador del transporte multimodal no excluye la responsabilidad de las personas que tengan a su cargo los diversos medios de transporte realmente empleados. Cada una de estas personas serán solidariamente responsables entre si y con el operador de transporte multimodal, respecto de las pérdidas, daños o retardo con que se hubieren recibido las mercaderías en el destino final (art. 1043 C. de C.) El ejecutor de una parte del transporte multimodal que hubiere sido condenado a pagar perjuicios por hechos que no hubieren ocurrido durante la etapa por él realizada, tiene derecho a repetir, a su elección, en contra del operador de transporte multimodal o en contra de los transportadores responsables por tales hechos.



Caravaggio. El sacrificio de Isaac. (Florencia, 1603).



Lorenzo Lotto. Santa Lucía ante el juez. (Venecia, 1532).



RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO MORAL

MARCELO MONTERO I.

Profesor de Derecho Civil, Profesor de Derecho y Moral y Profesor de Emprendimiento en la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

En el presente texto -y sujeto a las restricciones de espacio impuestas- esbozo parte de un trabajo mayor en el que planteo que la noción tradicional de daño moral no resulta técnicamente adecuada para compensar a la víctima de una conducta dañosa. Por lo mismo, propongo que la noción tradicional de daño moral debe reemplazarse por otra que se adecue mejor a los estándares éticos sugeridos por la ética liberal. No me es posible justificar aquí todas las afirmaciones que hago, por lo que solicito al lector leer estas líneas con la actitud reflexiva de quien hace una pregunta, en contraposición a la actitud crítica de quien evalúa una respuesta. Mi intensión acá es modesta: motivar la revisión de un tema que cada día se vuelve más urgente.

Los Estatutos de Responsabilidad Civil en el Código Civil

La responsabilidad civil consiste en la obligación de indemnizar los perjuicios que una persona le ha causado a otra. Esos perjuicios pueden haberse causado porque se ha incumplido una obligación emanada de un contrato, o bien, porque se ha infringido el deber general de no dañar a otro establecido en la ley. Esta definición, generalmente aceptada, permite a la dogmática civil distinguir dos estatutos de responsabilidad diferentes. Por una parte, el estatuto de responsabilidad civil contractual y, por la otra, el estatuto de responsabilidad civil extracontractual. El primer estatuto regula la obligación de indemnizar los daños causados al acreedor por el incumplimiento del deudor de un deber contractual. El segundo estatuto, en cambio, regula la manera en que debe repararse cualquier otro daño que se cause a una persona, normalmente aquellos que provienen de la comisión de un delito civil o de un cuasidelito civil. Es por eso que resulta más adecuado, en mi opinión, referirse a este último estatuto como "estatuto de responsabilidad delictual o cuasidelictual". Llamarlo estatuto de responsabilidad extracontractual supone, veladamente, tomar partido por adelantado en la tradicional disputa acerca de cuál es el estatuto general de responsabilidad en nuestro Código Civil. En otras palabras, la nomenclatura supone una toma de posición respecto del estatuto, aplicable al incumplimiento de las obligaciones cuasicontractuales o legales. En efecto, llamar a un estatuto "extracontractual", implica considerarlo el estatuto general, puesto que todo caso que no sea susceptible de encajar en el estatuto contractual de responsabilidad, deberá cubrirse por el extracontractual. Esta tesis es, como es sabido, muy discutible.

Dicho lo anterior, en lo que sigue distinguiré el estatuto de responsabilidad contractual por contraposición al estatuto de responsabilidad delictual o cuasidelictual, sin tomar posición acerca de cuál de ellos es el estatuto general de responsabilidad en el Código Civil.

Ahora bien, los requisitos para que se configure la responsabilidad contractual son diversos a los requisitos que deben concurrir para que se configure una hipótesis de responsabilidad delictual o cuasidelictual. En el primer caso, o sea, con base en el estatuto de responsabilidad contractual, la ley exige que exista un contrato, que alguna de las partes haya incumplido una obligación emanada de ese contrato, que ese incumplimiento sea culpable o doloso, que el acreedor haya experimentado un daño a resultas del incumplimiento y que el deudor esté formalmente en mora. En el segundo caso, en cambio, esto es, con base en el estatuto de responsabilidad civil delictual o cuasidelictual, se exige que se haya causado un daño como consecuencia de una conducta -activa u omisiva- de una persona considerada legalmente capaz para tales efectos y que la conducta sea dolosa o negligente. Ambos estatutos fundamentan la responsabilidad civil en un elemento técnico de carácter subjetivo, a saber, la actuación del agente que causa el daño debe ser culposa o dolosa. Existen, sin embargo, algunas diferencias en el tratamiento de esta subjetividad. En el ámbito contractual la culpa o negligencia admite gradaciones (culpa grave, culpa leve y culpa levísima) y se presume legalmente, además, que el incumplimiento ha sido con culpa, desde que la diligencia o cuidado debe probarlo el que ha debido emplearlo. En el ámbito delictual o cuasidelictual, en cambio, la culpa es siempre culpa leve y debe acreditarse por quien la invoca.

Pero las diferencias entre ambos estatutos de responsabilidad se acentúan, de acuerdo a la interpretación tradicional, cuando se analiza la extensión del daño que debe ser reparado en uno y otro caso. En efecto, hasta ahora -pese a algunas sentencias innovadoras- sigue siendo mayoritaria la tesis que sostiene que en la esfera contractual sólo es indemnizable el daño patrimonial efectivamente causado (que comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante). La misma tesis sostiene que en el ámbito delictual o cuasidelictual todo daño debe ser reparado, esto es, tanto el daño patrimonial como el daño moral. Dicho de otra forma, la tesis tradicional excluye el daño moral de los ítems que una indemnización por incumplimiento de una obligación contractual debe considerar.

Hacia un nuevo concepto de daño moral

La noción de "daño moral" no está definida en la ley. Por lo tanto, el significado de esta expresión ha sido establecido de forma vinculante por los tribunales. La tesis tradicional suele definir el daño moral como el sufrimiento, dolor, pena o alteración en la integridad síquica que experimenta una persona producto de la conducta negligente o dolosa de otra. Este concepto, meramente estipulativo, tiene una justificación histórica que, aunque importante, es contingente. No me detendré acá a analizar la historia del concepto. Con todo, me interesa apuntar que el concepto en cuestión puede –sin transgredir dogmas- evolucionar.

Como la intensidad del sufrimiento de un ser humano es algo difícil de medir, ya que varía de persona a persona, resulta inadecuado y difícil intentar apreciarlo en concreto. Por lo mismo, no parece, en principio, razonable, hacer depender el monto de una indemnización por daño moral de una mayor o menor fragilidad sicológica ni tampoco de la cantidad de condicionamientos mentales de la víctima. Desde que los hechos son neutros, es decir, desde que los hechos son sencillamente hechos y desde que la reacción ante las cosas que nos pasan está condicionada por nuestra concepción de la vida y nuestro conjunto de prejuicios, parece claro que introducir un estándar de valoración del daño moral que atienda a estas cuestiones resulta inconveniente e injusto. Inconveniente, por cuanto la subjetividad de las personas, en este caso, las víctimas de un daño, es algo que simplemente escapa a la exploración que es dable exigir de un juez, cuyas creencias, actitudes y condicionamientos estarán también presentes en tal investigación. E injusto, por cuanto una persona con más tolerancia al dolor, debería recibir, en teoría, una indemnización menor que aquella que tiene una mayor predisposición a dramatizar su sufrimiento. En suma, como alguien dijera alguna vez, "no existen situaciones desesperadas, sino que personas desesperadas". Luego, el nivel de desesperación de las personas no puede ser un criterio que justifique una indemnización, ya que es altamente aleatorio y variable.

Nuestros tribunales y la dogmática jurídica predominante, han establecido la regla según la cual el daño moral no debe probarse. Esto es lógico si se considera lo dicho precedentemente, o sea, la imposibilidad de medir con claridad la intensidad del sufrimiento humano. Por consiguiente, la tasación del daño moral por los jueces suele hacerse en abstracto, pensando en cuán razonable sería sufrir ante una situación dada. Sin embargo, este criterio resulta también inadecuado. Si los hechos, como he dicho, son neutros, no es posible fijar satisfactoriamente un estándar acerca de la "racionalidad del sufrimiento" (que por definición no es racional). Por lo mismo, apreciar el daño moral en abstracto, no es otra cosa que introducir la subjetividad del juez en esa avaluación. Es el juez el que estimará el "sufrimiento razonable" y lo hará de conformidad a sus propias ideas y prejuicios respecto del dolor. Este criterio no admite, pues, la crítica pública y racional de la decisión judicial que establece la indemnización y, por ende, debe rechazarse.

La noción tradicional de daño moral enfrenta, en consecuencia, un severo problema de acreditación y de justificación de los montos fijados. Adicionalmente, hay casos, bastante conocidos, en que si se aplica la noción tradicional de daño moral, habría que concluir, contra el sentido común, que la indemnización no es procedente. Citaré aquí sólo un ejemplo de los varios que es posible pensar. Imagine que una persona es atropellada en la calle y queda instantáneamente en estado vegetal indefinido. ¿Podemos sin vacilar decir que esa persona está experimentando un sufrimiento? Es claro que no sufre dolor alguno, pues carece de la conciencia necesaria para racionalizar su pena. ¿Concluiremos, entonces, que esa persona no tiene derecho a ser indemnizada por daño moral? Nuestras intuiciones y el sentido común nos indican que no indemnizar esta situación sería brutalmente injusto. Pero al mismo tiempo, si queremos ser consistentes con la noción tradicional de daño moral, no tenemos fundamento para justificar la indemnización. Si no hay dolor, nada hay que indemnizar. Hay aquí, como se ve, un problema de justicia evidente y que muestra la insuficiencia del concepto de daño moral habitualmente utilizado en nuestros tribunales.

Establecida la inconveniencia de avaluar el daño moral, tanto en concreto como en abstracto, y establecido que es posible imaginar casos en que el concepto tradicional de daño moral nos lleva a conclusiones que contradicen nuestras más elementales intuiciones de justicia, parece razonable, entonces, buscar un mejor concepto de daño moral que impida estos reparos teóricos y prácticos.

El daño moral y los derechos de la personalidad

Desde el punto de vista del derecho civil, las personas-naturales y jurídicas- tienen asignadas por ley ciertas características denominadas "atributos de la personalidad". Estos atributos comprenden cuestiones tales como el nombre, la nacionalidad, el estado civil, la capacidad de goce, el domicilio y el patrimonio.[1] Pero junto a estos atributos, las personas tienen lo que se ha dado en llamar "derechos de la personalidad". Tales derechos, envueltos en una absurda polémica esencialista,[2] son principalmente los siguientes: el derecho a la vida, la libertad y seguridad individual, la libertad de expresión, el derecho a la salud, el derecho al honor, el derecho a la privacidad y el derecho a la protección de las creaciones intelectuales. Todos estos derechos pueden fundamentarse en la idea liberal de la autonomía de los seres humanos.[3] La noción de autonomía institucionalizada implica que el sistema legal reconoce a todos los individuos la libertad de diseñar su propio proyecto de vida así como escoger sus propios ideales de excelencia. Extrapolada esta idea a las personas jurídicas, en ella importa la libertad de estas entidades o asociaciones para trazar su propio plan de desarrollo institucional, sin intervención estatal. La intervención estatal sólo aparece justificada cuando ella es necesaria para hacer compatibles diversos planes de vida o proyectos institucionales que, en principio, colisionan entre sí.

Pues bien, desde este punto de vista, es decir, desde el punto de vista de la autonomía y de los derechos de la personalidad, es posible estipular y justificar un concepto de daño moral que no presente los inconvenientes más arriba mencionados. En efecto, desde que la autonomía supone proyectos de vida o proyectos institucionales basados en las decisiones de los propios individuos o de los órganos representativos de las personas jurídicas, respectivamente, cualquier fractura, alteración o privación de esos proyectos debe ser indemnizada. Y lo indemnizado es, precisamente, el daño moral. Postulo, en consecuencia, que podemos entender por daño moral cualquier interferencia no consentida, ilegal o arbitraria, en el plan de vida de una persona o en el desarrollo institucional de una persona jurídica.

Con este concepto de daño moral, buena parte de la actual jurisprudencia debería modificarse. Así, (a) ante un incumplimiento de una obligación contractual deberían indemnizarse, no sólo el daño emergente y el lucro cesante, sino que también el daño moral; (b) en nuestro ejemplo de la víctima en estado vegetal, su plan de vida ha quedado completamente truncado y, por ende, tiene derecho a ser compensada por daño moral, aunque no experimente sufrimiento alguno; (c) el daño moral puede apreciarse objetivamente en todos los casos, desde que la víctima deberá probar que aspectos de su proyecto de vida han sido alterados; (d) el daño moral puede y debe probarse; y (e) las personas jurídicas tendrían también derecho a indemnización por daño moral cuando su plan institucional es afectado en las condiciones antes indicadas.

Por último, me queda mencionar que el concepto propuesto no excluye la indemnización del dolor, cuando efectivamente lo hay, ya que el sufrimiento producido a resultas de un acto u omisión dañosa, es un atentado al plan de vida de una persona.

Repensar la noción de daño moral es una tarea que estimo urgente e importante. La noción tradicional definitivamente es sólo una puerta a la arbitrariedad, pues no permite ponderar los criterios judiciales que determinan el monto de una indemnización.

---

[1] *Evidentemente, no todos estos atributos se aplican a las personas jurídicas. Por lo pronto, el estado civil es únicamente un atributo jurídico de las personas naturales y la capacidad de goce se diluye en la noción de "personalidad jurídica" asignada por el sistema legal a las personas jurídicas.*

[2] *Véase sobre el particular el libro de Alberto Lyon Puelma, Teoría de la Personalidad, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993, Capítulo III.*

[3] *Véase Carlos Nino, Etica y Derechos Humanos, segunda edición ampliada y revisada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, Capítulo V.*

FRANCISCO COX

Profesor de la Escuela de Derecho
Universidad Diego Portales,
LLM. Columbia Univerity.

Violaciones Nacionales, Responsabilidades Internacionales

Uno de los temas centrales del ***Derecho Internacional*** *dice relación con la responsabilidad de los Estados por las violaciones a sus obligaciones internacionales. Esto es, cuando se está en presencia de una violación de obligaciones internacionales imputable al Estado. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los distintos organismos encargados de supervigilar el pleno cumplimiento de las obligaciones contenidas en los diversos tratados*[1] *de derechos humanos han debido hacerse cargo del tema, desde que la comunidad internacional decidió que los derechos humanos no eran un asunto interno de cada país, sino que su violación implicaba un quebrantamiento del derecho internacional.*

En el presente artículo pretendo abordar el tema desde el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte).

La Corte desde su primera sentencia se hizo cargo del tema. Es así, que ya en el famoso caso Velásquez Rodríguez, tuvo que fijar su postura sobre tan trascendental aspecto del derecho internacional. Ello, porque al determinar las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debió determinar también de qué era responsable el Estado de Honduras. Desarrolló entonces una doctrina que ha sido uno de los aportes fundamentales del sistema interamericano al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a saber, la obligación dual de respetar y garantizar el pleno goce y ejercicio[2] de los derechos consagrados en la Convención. Las consecuencias jurídicas de estas obligaciones son de extrema importancia a la hora de determinar las responsabilidades del Estado. Y en mi opinión, los actos u omisiones deberán infringir al menos estas obligaciones para que el Estado sea responsable internacionalmente.

La primera de las obligaciones identificadas por la Corte no constituye una gran novedad en el ámbito del Derecho Internacional (o incluso en el nacional). De acuerdo con ella, los Estados deberán responder, internacionalmente, cuando no respeten las normas del tratado. En este caso, al ser un tratado de derechos humanos, lo que estas normas consagran son derechos y libertades, con lo cual el no respeto se traduce en una violación de éstos y éstas.

Esta obligación vincula a todo el Estado, incluidos todos sus poderes y agentes, con lo cual, cualquier actuación de un poder del Estado o de un funcionario que no respete los derechos consagrados en la Convención, viola el tratado y compromete la responsabilidad del Estado. Lo anterior ocurrirá con independencia de si el agente o poder actuó dentro de sus facultades o excediendo a ellas (esto es lo que se llama la doctrina ultra vires).

Ahora bien, aquí es donde entra en juego el carácter subsidiario de la justicia internacional y el requisito del agotamiento de los recursos internos. De conformidad con este requisito, la víctima debe agotar todos los recursos adecuados y eficaces en el ámbito interno. Esto quiere decir que debe agotar los recursos que sean adecuados para sanar la violación que se le imputa al Estado y capaces de producir el efecto para el cual fueron creados. De esta forma, el Estado puede "resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional."[3] Por ende, no obstante verificarse una violación por parte de un poder o agente del Estado de los derechos de una persona sometida a su jurisdicción, el Estado puede evitar la responsabilidad internacional si sus recursos jurisdiccionales subsanan dicha violación.

A la luz de lo anterior, la segunda obligación se torna absolutamente relevante. Como recordarán ésta impone al Estado el deber de garantizar el pleno goce de los derechos consagrados en la Convención. Lo que permite entender el doble carácter que tiene la regla del agotamiento de los recursos internos. Por una parte, es un requisito para acceder a la esfera internacional y, por la otra, es una derivación de la obligación de garantizar que tiene el Estado. Así lo dijo expresamente la Corte en sentencia del 26 de junio de 1987, en el mencionado caso Velásquez Rodríguez, relativa a las excepciones preliminares.

Junto con lo anterior, la segunda obligación que hemos analizado tiene consecuencias fundamentales para el tema que nos ocupa: la responsabilidad internacional del Estado. En efecto, de acuerdo con esta obligación no solo las violaciones cometidas por agentes estatales o poderes del Estado comprometen a éste, sino también los actos de particulares. La Corte, en el caso Velásquez Rodríguez, determinó que: "...un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención."[4] De esta obligación deriva el deber de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, lo que ha tenido efectos fundamentales en las leyes de amnistía dictadas por distintos Estados de la región.[5]

Habiéndose determinado cuales son las dos obligaciones principales que establece la Convención para los Estados Miembros, es pertinente analizar cuál ha sido el comportamiento de la Corte frente al tema de la responsabilidad por violaciones a los derechos humanos.[6]

Los primeros casos que llegaron a la Corte fueron casos "clásicos" de violaciones a los derechos humanos: desapariciones forzadas y ejecuciones

extrajudiciales en el contexto de las dictaduras militares. Estos fueron los casos de Velásquez Rodríguez y Godinez Cruz, ambos contra el Estado de Honduras y mucho después del Caso Blake, en contra del Estado de Guatemala.

Estos eran casos "claros" en el contexto de las dictaduras militares en las cuales se producían estas violaciones y donde los dos poderes denunciados eran el ejecutivo y el judicial. El ejecutivo, porque las fuerzas de seguridad dependían de él y el judicial porque los tribunales en nuestra región tuvieron un desempeño lamentable en la defensa de los derechos humanos. Asimismo, se puede agregar en ambos casos la ya vista regla del agotamiento de los recursos internos.

Sin embargo, con el retorno a la democracia en toda la región, los casos fueron siendo más complejos a la hora de determinar responsabilidades por las violaciones, si bien se seguían denunciando excesos por parte de fuerzas policiales o militares; como los casos Caballero Delgado y Santana contra Colombia, El Amparo contra Venezuela y la gran mayoría de los casos seguidos contra Perú (Cantoral Benavides, Loayza Tamayo, Castillo Paez y Castillo Pretuzzi, por citar algunos). En estos casos, y en otros, aparece un nuevo actor hasta ahora relativamente ausente: el poder legislativo.

En todos los países de la región existía, al menos formalmente, separación de poderes y los usuarios del sistema se fueron percatando que algunas de las violaciones que se producían en democracia eran producto, o bien facilitadas, por leyes que contrarian a la Convención. Ello no obstante la obligación establecida en el artículo segundo de la misma, que exige la adecuación de su normativa interna a la internacional. Son de este tipo los casos El Amparo contra Venezuela, Caballero Delgado y Santana contra Colombia y Genie Lacayo contra Nicaragua.

En efecto, en cada uno de estos casos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, asesorada por los abogados de las víctimas, alegó ante la Corte que alguna norma de derecho interno había permitido la violación o violaba directamente la Convención. Sin embargo la Corte, ya sea por inercia o por falta de determinación, evitó el tema. No obstante reconocer, en su opinión consultiva número 13, que "son muchas las formas como un Estado puede violar un tratado internacional... También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención."[7] La Corte evitó, entonces, pronunciarse por las violaciones cometidas por el poder legislativo, echando mano a una distinción confusa y artificial. Por otra parte, siguiendo el criterio establecido en su opinión consultiva número 14, distinguía entre leyes de aplicación inmediata y aquellas que requerían de la aplicación por parte de un agente o que estaban sujetas a actos normativos posteriores. Solo en las primeras, según la Corte, existía una violación per se de la Convención.[8] Mientras que en los otros casos consideró que se trataba de una consulta en abstracto y que ella para poder ejercer su jurisdicción contenciosa requería de un caso concreto. Con este razonamiento la Corte evitó determinar la responsabilidad internacional de los Estados de Colombia, Nicaragua y Venezuela, por tener y mantener normas contrarias a la Convención, haciendo vista gorda a graves violaciones de un Estado.

Así, daba la sensación que mientras el poder judicial y ejecutivo podían violar el derecho internacional y comprometían la responsabilidad internacional del Estado con sus actos, el legislativo estaba al margen del control de la jurisdicción internacional en la medida que "no fueran de aplicación inmediata."

No obstante lo anteriormente señalado, como destaca el Juez Antonio Cançado Trindade en su voto concurrente en el fallo del caso "La Última Tentación de Cristo" en contra de Chile, que es un pequeño tratado de responsabilidad internacional, con el Caso Suarez Rosero contra Ecuador la Corte comienza a cambiar su jurisprudencia y su postura frente a la responsabilidad internacional del Estado por las acciones del poder legislativo.

En efecto, como señala el citado juez, ese caso constituye un divisor de aguas.[9] En el se discutía la incompatibilidad con la Convención de una norma del Código Penal de Ecuador, que establecía una regla especial, y más gravosa, respecto de las personas acusadas de narcotráfico en cuanto a la libertad provisional. La Corte estimó que en dicho caso concreto se había aplicado esta norma, pero su mera existencia violaba per se el artículo segundo de la Convención, que establece el deber de adecuar el derecho interno.[10] De esta forma, se hacía responsable al poder legislativo del Ecuador por la sola emisión de dicha norma pues violaba a la Convención.

Este cambio de tendencia, según Cançado Trindade, se ha consolidado en el fallo de "La Última Tentación de Cristo", ya que en el párrafo 72 de su sentencia la Corte determinó que "...la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19.12 de la Constitución que establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial". Con este fallo se hace responsable internacionalmente no solo al poder legislativo, sino también al poder constituyente.

Como hemos revisado, muchos casos han debido ser enviados a la Corte para que finalmente comprendiera que en la región las violaciones no se cometen solo por policías o militares, sino que muchas veces el poder judicial mira hacia el otro lado o incluso avala ciertas violaciones y todo ello en el contexto de un ordenamiento jurídico que posibilita e incluso en muchos casos viola la Convención. Y que por tanto, centrarse solo en dos poderes del Estado: ejecutivo y judicial, no va a mejorar la situación de los derechos humanos en la región. Siendo necesario, también, que se responsabilice al poder legislativo de su parte de las violaciones. Para ello no basta con afirmar que la separación de poderes es un mero hecho para el derecho internacional, pues un pleno respeto de las obligaciones internacionales de derechos humanos exige creatividad en los distintos poderes del Estado para que los incorporen en su *set* de valores e incorporen como propios los tratados internacionales. De ahí que el poder ejecutivo debiera incorporar más activamente a los miembros de los poderes judicial y legislativo en la discusión y aprobación de los tratados internacionales de derechos humanos.

---

[1] *Con esto no pretendo ignorar el hecho que los Estados pueden comprometer su responsabilidad internacional por violar normas de derecho consuetudinario o por principios generales del derecho. Las otras dos fuentes de derecho internacional. Algunos agregarían las declaraciones unilaterales de un Estado.*

[2] *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de Julio 1988, párrafos 165 y 166,*

[3] *Supra nota 2, párrafo 61.*

[4] *Supra nota 2, párrafo 172.*

[5] *Ver sentencia de Barrios Altos contra Perú, donde la Corte estableció que una ley de amnistía dictada por dicho Estado era contraria a la Convención y por lo tanto nula y que carecía de efectos jurídicos.*

[6] *Aquí no me haré cargo de un tema estrechamente relacionado con el de la responsabilidad como es el de las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos.*

[7] *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 13, párr. 26*

[8] *Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención, Opinión Consultiva 14. Párr. 41 y siguientes.*

[9] *Ver voto concurrente de Juez Antonio Cancado Trindade, párrafo 13.*

[10] *Ver caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de Noviembre de 1997, párra. 98.*

HECTOR CARREÑO N.

Abogado. Profesor de la Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Magister en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

PRECISANDO ALGUNOS CONCEPTOS

Durante el segundo semestre de este año impartimos nuevamente en la Facultad el curso optativo titulado *Responsabilidad Médica,* en el contexto del plan denominado Metodología de la Investigación.

No obstante la experiencia recabada en esos ciclos académicos, debo reconocer que sigue siendo arduo el trabajo de sistematización de las materias a revisar y estudiar. La *responsabilidad médica* no es un tema que se agote en sí mismo, sino una colección de asuntos y juicios que necesariamente se vinculan con el central, si es que logramos descubrir uno central.

En efecto, insuficiente resulta concentrar el estudio en las viejas discusiones sobre si la responsabilidad en que incurren los profesionales de la salud es contractual o extracontractual; o que tan improcedente es el conocido cúmulo de responsabilidades; o si debemos deducir las acciones en sede civil o criminal. En estos debates, de alto interés jurídico hay que destacar, podemos encontrar las más variadas y encontradas opiniones que según parece se desarrollan en un irreconciliable ambiente.

Por ejemplo, don Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra "De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno", señala que la responsabilidad de un médico, cirujano o matrona por los daños que cauce al paciente que ha contratado sus servicios, ya por negligencia o imprudencia en su cuidado... es contractual.

Sin embargo, otras voces no menos connotadas afirman que no en todos los casos la relación inicial (entre demandante y demandado) tiene por fuente un contrato, ya que existen algunos en que dicha relación inicial es una estipulación por otro (artículo 1449 del Código Civil); el otorgamiento de un mandato (artículos 2116 y 2123); o incluso un cuasi contrato de agencia oficiosa (artículos 2284 y 2286).

No menospreciamos la enorme relevancia jurídica que estas materias tienen; pero tampoco podemos desconocer que son sólo una parte de lo que debemos estudiar bajo el título de *responsabilidad médica.*

Recordemos que la *medicina* es ejercida, predominantemente, por *médicos* sobre otras personas que convenimos en llamarlas *pacientes*. Si definimos *medicina* como la aplicación de las leyes biológicas a la conservación de la salud y a la curación de las enfermedades del hombre,[1] nuestro análisis más que recaer en ella debe centrarse entonces en los *médicos*; y atendido que el real interés se orienta en las acciones u omisiones observadas por esos profesionales, llegamos a que la *responsabilidad médica* es un tema cuyo propósito está en los *actos médicos.*

Así, habrá tantos actos médicos orientados a la promoción de la salud y vida humanas como profesionales encontremos. Y por lo tanto, los procedimientos, técnicas y conocimientos destinados a esas tareas serán tan variados como médicos observemos.

Seguidamente, destaquemos que en el área de la salud no hay *enfermedades*, como entidades nosológicas, sino *enfermos*. Por lo tanto, infructuosa tarea será buscar actos o intervenciones médicas universales y generales aplicables a las enfermedades; debemos revisar así qué procedimientos, técnicas y conocimientos son aplicables a una categoría de enfermos; y cuáles a otra clase. Por eso es que nuestro estudio de la *responsabilidad médica* debe inmediatamente escapar de las generalidades para entrar en las consecuencias de ciertos *actos médicos* practicados sobre ciertos *enfermos.*

Conclusión de estas observaciones es que el estudio de la responsabilidad médica es un trabajo que debe hacerse de forma inductiva y no deductiva. Este ejercicio nos permite salvar el error de intentar buscar conductas o comportamientos generales y abstractos que podrían permitirnos sin duda evaluar un acto médico particular; pero que nos demandará tanto trabajo como la búsqueda del *buen padre de familia.* No hay tal patrón ideal y universal de conducta; no hay lugar, por ejemplo, para las siguientes preguntas: ¿qué deben hacer los médicos bajo determinadas circunstancias? o ¿qué intervenciones y procedimientos debemos esperar de un facultativo frente a determinados síntomas?

Este escenario bajo ningún concepto puede sorprendernos. Basta recordar las veces que hemos visitado a un especialista para buscar respuesta o tratamiento a una dolencia; y tras consultar a otro, salimos con respuesta y tratamiento distintos. Esta aprehensión se confirma cuando descubrimos la alta probabilidad de que ambas indicaciones pueden aplacar nuestros padecimientos con similares resultados.

Idéntico cuadro podemos observar en nuestra profesión. Un conflicto entre particulares puede ser enfrentado con distintas estrategias procesales; todo depende del criterio y habilidades del abogado.

No podemos afirmar que enfrentado a una deuda, el abogado *deba* interponer una demanda de cobro de dinero. Algún profesional puede, por ejemplo, dar curso a una cobranza extrajudicial; otro, a una negociación; y otro finalmente estimará que lo correcto es demandar. Pero abstractamente no podríamos evaluar la estrategia o alternativa más acertada.

Sin embargo, debemos advertir que así como el abogado debe defender los intereses de su cliente a

Responsabilidad Médica

través de las herramientas que le provee el ordenamiento jurídico; el médico debe aplicar las leyes biológicas a la conservación de la salud y a la curación de las enfermedades del hombre, como vimos más arriba.

En efecto, si bien dos médicos pueden discrepar sobre el mejor tratamiento a una patología; ambos deben perseguir el mismo objetivo: promover la salud del paciente. Este parece ser un axioma cierto a la luz del concepto de Medicina que el propio Colegio Médico dictó: *"rama de la ciencia que tiene por fin establecer y aplicar normas y medios destinados a mantener el organismo humano en estado de salud o de volverlo a él, en caso de desequilibrio."* [2]

Por lo tanto, en este momento podríamos concluir que debiéramos sancionar jurídicamente a quien practicó un determinado acto médico si no tiene por objeto prevenir al particular de una enfermedad; curarlo si padece de una; o finalmente acompañarlo a una muerte digna y serena, si ya no hay nada más que hacer.

EL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

El curso de *responsabilidad médica* que se impartió, intentó desentrañar aquellos temas específicos que se desprenden del título y que en definitiva lo completan. Atendido el carácter inductivo del plan de estudio nos abocamos más a la búsqueda de preguntas que al encuentro de respuestas, logrando muchas veces una desazón casi angustiante.

Pero no podía ser de otra forma. El análisis de las consecuencias de los actos médicos no puede ser abordado desde el punto de vista médico, y aunque suene un disparate, no puede ser estudiado teniendo como premisa mayor *la medicina.*[3] Debemos entonces dedicarnos a analizar las virtudes y defectos que los particulares asignan a un acto médico.

Aquí comienza el real estudio de la responsabilidad médica. Cuándo evalúa el interesado si una intervención médica fue o no acertada; cuándo pone en tela de juicio los procedimientos y técnicas empleadas por un médico frente a una determinada patología; y en definitiva, cuándo afirma que un profesional actuó de manera dolosa o culposa.

Si coincidimos en estimar que el estudio de la *responsabilidad médica* debe efectuarse bajo el método inductivo, necesariamente deberemos situarnos en el lugar del observador y analizar qué acto médico le merece reproche o elogio. Escenario de suyo complejo porque nos obliga a subjetivizar el análisis, pero que nos libera de las improcedentes abstracciones.

Así, a la interrogante de las bondades o defectos de un acto médico y en definitiva ante la búsqueda del actuar culposo o doloso, debemos indicar que depende de la conducta esperada y deseada por el observador de turno.

En efecto, la calificación de un acto médico como culposo o doloso no pasa por su confrontación con la prestación ideal, general o abstracta; sino con la anhelada por el interesado. Así, el observador reprochará la conducta o la intervención del profesional si no se ajusta a la que esperaba.

Esto es aplicable a todas las actuaciones profesionales por lo que tampoco debiera sorprendernos. Aunque no de manera absoluta, al acreedor le da igual la estrategia empleada por el abogado si logró cobrar la deuda; al empresario no le interesa el sistema computacional que emplee el contador si la contabilidad quedó bien hecha;y al pasajero común no le importa el instrumental de vuelo del avión ni quién lo pilotea mientras no se caiga y aterrice satisfactoriamente.

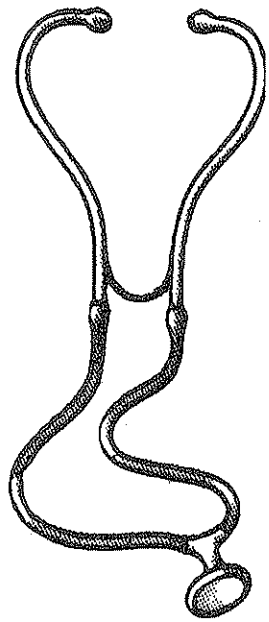
Si la operación resultó exitosa y la apendicitis fue oportunamente intervenida, estoy seguro, muy pocos se preocuparán de preguntar si el profesional actuó conforme a la lege artis. En cambio, si el paciente muere, varios familiares se verán con el deber de calificar la intervención quirúrgica.

Esta afirmación no pugna con la clasificación de la prestación médica, en la mayoría de las veces, como una obligación predominantemente de medios y no de resultado. Sin embargo, el paciente evalúa la virtud o defecto del acto médico a través del resultado y lo reprochará cuando no sea el que esperaba.

Así, actualmente la consideración de la responsabilidad médica no pasa por el objetivo de la medicina y por consiguiente por el fin del acto médico, sino por la obtención del resultado esperado por el observador de turno. Esto sin perjuicio, como decíamos, de la casi universal conclusión de que la obligación de los médicos no es de resultado.

Esta aseveración, sin embargo, presenta variantes sorpresivas. Hace tiempo escuché las intenciones de un particular de deducir querella por negligencia médica porque responsabilizaba al equipo médico de "olvidar" una pinza, comúnmente llamada *mosquito,* dentro de su cuerpo.

Este había ingresado de urgencia a un hospital por una herida penetrante causada por arma blanca producto de una riña callejera. El médico de turno procedió a efectuar la intervención quirúrgica precoz destinada a manejar las perforaciones de víceras produci-



das y terminar con los puntos sangrantes. Ante la necesidad de reducir el tiempo quirúrgico por la gravedad del paciente, dio por terminada la cirugía y ordenó su inmediato traslado a la unidad de post-operados o UCI. Por una infinidad de razones, el médico y sus ayudantes olvidaron inexplicablemente un *mosquito* en el cuerpo del paciente.

El afectado y varios simpatizantes consideraron inaceptable el descuido y tomaron la decisión de deducir querella reclamando negligencia e impericia. Desconozco en estos momentos si esa inquietud prosperó, pero sí me obligó a pensar en lo recién comentado. Por qué el particular se sintió perjudicado; sobre todo si consideramos que quería querellarse contra el médico que le salvó la vida. Aparentemente obtuvo el resultado deseado, el paciente sigue vivo; pero por alguna razón estimó que producto de la intervención sufrió un daño.

Llegamos así a que el fundamento de lo que entendemos por responsabilidad médica está en la relación médico-paciente. En lo que uno puede entregar y el otro espera recibir.

LA MEDICINA ACTUAL

Por otro lado y curiosamente, los adelantos tecnológicos nos hacen dudar sobre el momento en que efectivamente se ha causado un mal a las personas.

Actualmente la técnica está tomando el control de los actos médicos al nivel de observar que la medicina se ha transformado en una carrera tecno-científica que sólo procura ofrecer precisión y certeza. Tarea no sólo difícil sino que atentatoria a la naturaleza siempre imprecisa que la caracteriza. La publicidad y el marketing del establecimiento asistencial perfecto han logrado alimentar un inconsciente colectivo que añora alcanzar un "mundo feliz", como el que nos propusiera Aldous Huxley.

En esa obra, el autor nos mostró la más perfecta estabilidad social a partir del principio de la producción en masa de seres humanos donde los errores y las incertidumbres eran sólo una asignatura de historia para los niños alfa. Tal grado de perfección logró el hombre en la biología que en un pasaje de los primeros capítulos el Director (escalofriante personaje de ese libro) afirmó en tono triunfal: *"Lo que el hombre ha unido, la naturaleza no puede separarlo"*.

A contar de la segunda mitad del siglo pasado, la medicina como ciencia persigue con afán un progreso indefinido comparable incluso con aquel concebido tras la Revolución Francesa. En el Mundo Feliz se alcanza esa perfección a través de una ficción muy similar a la que nos mostró Stanley Kubrick en la Naranja Mecánica.

Por esa percepción hoy en día los pacientes estamos transformados en verdaderos consumidores de servicios médicos; y como tales, estamos en todo nuestro derecho de exigir el mejor servicio.

De esta manera, no resulta inoficiosa la pregunta de cuándo efectivamente se ha *causado mal a las personas por negligencia culpable* (verbo rector del tipo legal contenido en el artículo 491 del Código Penal). Respondamos nuevamente, cuando el paciente, aunque a estas alturas convendría llamarlo *cliente,* no obtiene el resultado esperado o siente haber recibido el mejor servicio.

Frente a los poderosos aparatos y programas computacionales que dominan la actuación médica hay una menor tolerancia al fracaso y por consiguiente, al error. En definitiva, poco a poco le exigimos a los médicos un nivel de perfección que difícilmente alcanzarán porque el objeto de sus prestaciones es intrínsecamente impreciso, variable y, por sobre todo, único.

En efecto, cada hombre es un ser único y sus respuestas biológicas a estímulos externos son también propias e individuales. Pertinente es destacar aquí un artículo publicado en El Mercurio el 28 de Octubre de 2001 por don Carlos Peña González. Parafraseando a Montaigne, nuestro Decano escribió que *"cada uno de nosotros es portador de la entera condición humana, pero al mismo tiempo, cada uno de nosotros es un acontecimiento único, sorpresivo, que comparece en el mundo con nosotros y que se extinguirá inevitablemente cuando ya no estemos."* Termina el Decano esta idea con la siguiente cita de Truman Capote: *"Nunca hubo nadie como yo antes que yo naciera, y nunca habrá nadie como yo, cuando yo me vaya."*

Esto ocurre también con nuestro tema. No podemos pretender universalizar las conductas médicas porque no se aplican a la raza humana o a la sociedad como sustantivos, se efectúan sobre cada paciente que, como vimos, es siempre un cuerpo único y sorpresivo.

Por todo lo dicho concluyamos que errores o fracasos que hace cincuenta años no cuestionábamos, hoy nos parecen imperdonables. Sin embargo, pero al mismo tiempo sin desconocer los enormes adelantos, nuestra intolerancia es producto generalmente de nuestras altas y a veces desmedidas expectativas.

Si a la luz de estas afirmaciones efectuamos una segunda lectura al artículo 491 del Código Penal, norma para muchos esencial en esta materia, veremos como se atenúa su contenido: *"el médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior."* [4]

Para descubrir cuándo hay tal mal por negligencia culpable deberemos primero distinguir si la conducta desencadenó un error en el diagnóstico, en la prevención de una patología, en una errada interpretación de los exámenes, en un mal tratamiento o en un error quirúrgico.

Una vez aislada la eventual negligente prestación, don Luis Cousiño McIver nos recuerda que es preciso evaluar una serie de variables. Entre ellas, la calidad rural del médico; la de ser el único disponible en la localidad; la falta de un establecimiento asistencial; la imposibilidad de movilizar al enfermo a una ciudad distante; lo apremiante de una intervención; el equipamiento de un hospital o la elección diaria que hace el médico cuando con treinta camillas debe hacer frente a una población de trescientos mil pacientes; el canon de belleza que desea alcanzar el particular que se somete a una cirugía plástica; la calidad del instrumental empleado, etc.

Si nos fijamos bien, los elementos a considerar para evaluar un acto médico y en definitiva para calificarlo de culpable o doloso poco tienen que ver con la medicina y con la actuación en sí. Más bien obedecen a un conjunto de elementos externos que los envuelven y acompañan.

Formulo nuevamente entonces la pregunta: cuándo un particular estima estar frente a un acto médico susceptible de reparo. La respuesta nuevamente la encontramos en la relación médico-paciente.

LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

El Dr. Enrique Puelma Opazo señala que este vínculo *designa el conjunto de interacciones que entran en juego cuando un paciente recurre a un médico en búsqueda de tratamiento, consejo o alivio a sus dolencias.*[5]

Esta relación, como ya vimos, está marcada por un ferviente proceso de especialización y racionalización (este último también heredero directo de la Revolución Francesa). Con los avances de la ciencia médica que referimos, la sociedad es bastante más crítica y exigente con el acto médico ofrecido. Pero por sobretodo, en la actualidad, los antecedentes que distinguen y fundan este lazo son dos: el incremento del sentido de la autonomía propia de los hombres y una exacerbación en la valorización de la existencia humana.

Estos fenómenos observados aisladamente propician una serie de exámenes; y revisados a la luz de nuestro tema, sobresalen los siguientes.

El incremento del sentido de autonomía ha minado la autoridad del médico sobre el paciente. Así también lo siente don Alvaro Puelma Opazo: *"la autoridad moral del médico, que le permitía obtener la atención, obediencia y respeto de los enfermos y sus familias, es una autoridad en crisis. En la actualidad, la sociedad contemporánea es muy sensible a los límites de la autoridad moral que le permitía a los médicos antiguos decidir la forma de vida de sus pacientes, imponer tratamientos o determinar lo que es bueno o deseable para la salud o el buen vivir de los individuos en circunstancias normales."*[6]

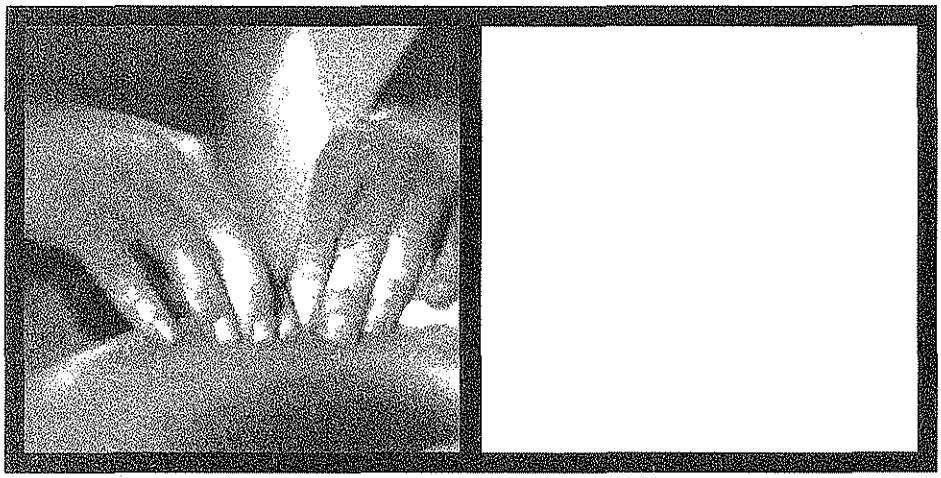
Los particulares muchas veces se arrogan autoridad propia y reducen la participación del médico al plano de lo técnico, racional y científico. No obstante la casi universal defensa a los derechos individuales y por consiguiente a la autonomía de la voluntad, debemos destacar que esta materia está invariablemente ligada al principio de beneficencia. Y en este último, el más autorizado a cristalizarlo o al menos a representarlo no es precisamente el paciente.

La aplicación estricta de la autonomía de la voluntad vulnera las garantías de los propios médicos ya que cualquier decisión que haya que tomar sobre un tratamiento o intervención no requeriría ya de su consentimiento. Basta observar cuantas personas no sólo se auto diagnostican enfermedades, sino que se prescriben su propia medicación. U otras tantas veces en que deciden poner fin al tratamiento porque consideran que ya están sanados. Así, la actuación del profesional se ha visto reducida a una sugerencia casi mecánica porque el paciente decidirá finalmente si la sigue o no.

Indudablemente, los particulares tenemos el derecho de elegir lo que consideramos mejor para nosotros. Sin embargo, también debemos reconocer que esa decisión, reflejo claro de nuestra autonomía individual, está condicionada y constreñida por factores externos que no siempre somos capaces de reconocer. Antecedentes como nuestra educación, experiencia, situación económica, vulnerabilidad a la publicidad y a la persuasión retórica determinan necesariamente nuestras decisiones al nivel de lograr incluso confundirlas. La autonomía de la voluntad es así en esta área un principio bastante imperfecto; por eso creo que Kant no lo veía en general como un hecho cierto, sino más bien como un objetivo siempre deseable de alcanzar, pero jamás logrado.

El otro tema que orienta la *responsabilidad médica* fundada en la relación médico-paciente es la exacerbación del bienestar inmediato y de la existencia humana.

Hoy en día se venera al límite de lo absurdo la imagen del cuerpo y su apariencia. Famosas y admiradas celebridades nos han demostrado con entusiasmo que la belleza física merece cualquier tipo de aberración. Sin embargo, un poco más acá, solemos experimentar un comportamiento bastante cercano.



Quizás algunos no compartimos la necesidad de alterar nuestra imagen, pero sí de evitar a toda costa, por ejemplo, sentir dolor. El sufrimiento es una experiencia que ya no estamos dispuestos a tolerar, y renunciar a nuestra dicha física o psíquica no es hoy una opción.

La intolerancia al dolor y la percepción de la muerte como un evento casi impresentable, han guiado definitivamente los actos médicos.[7] Se percibe como un mal actuar profesional el hecho de sentir dolor, sobretodo cuando esperamos no hacerlo.

Así, cada vez que sufrimos física o psíquicamente estamos dispuestos a reprochar el acto médico sin reparar que se trata de una respuesta biológica que, a veces, sólo puede ser mitigada. Tampoco dudamos en criticar al profesional si no logra preservar la vida del paciente, olvidando por completo que la gente también se muere.

Sin embargo, estas angustias no son eventos que debamos atribuir al mal accionar médico. Por el contrario, es una tensión que produce nuestro propio carácter. Vemos así que estos temas no son propios de la medicina, sino de la antropología y de nuestra percepción de la vida, la muerte y el dolor.

La combinación de estos dos antecedentes (la autonomía de la voluntad y la necesidad de bienestar inmediato) que orientan la relación médico-paciente, nos llevan a los reales temas que de verdad ilustran la *responsabilidad médica*.

La comunión de estos factores fue también analizado a propósito de la eutanasia por Ronald Dworkin en su libro "El Dominio de la Vida". Señala el autor que para analizar el derecho a morir es preciso distinguir tres cuestiones sobre la muerte: la autonomía de la voluntad, los mejores intereses del paciente y el valor intrínseco de la vida.[8]

Repara también el autor la excesiva extensión del principio de la autonomía de la voluntad cuando los médicos y familiares, por ejemplo, se enfrentan a la satisfacción del deseo de quien alguna vez comentó su decisión de elegir morir frente a determinadas circunstancias. Señala que no obstante haber expresado claramente su voluntad de morir, para que los terceros respeten esa decisión deben considerar si la personalidad total del paciente o su tradición de vida corroboran esa decisión. Es decir, más que considerar su voluntad, quizás clara y expresamente formulada, para ayudarlo a morir deben evaluar si mientras vivía constataron que esa es efectivamente su voluntad.

Vivimos nuestras vidas a la sombra de la muerte -señala el Filósofo- pero también morimos a la sombra de nuestras vidas.

Esta situación podemos observarla con bastante frecuencia en nuestras Cortes de Apelaciones. Con fecha 22 de Agosto de 1995, la I. Corte de Apelaciones de Rancagua hizo lugar al recurso de protección presentado por el Director Ejecutivo Interino de la Fundación de Salud El Teniente en beneficio de un Testigo de Jehová que se oponía a una transfusión de sangre. Atendido el precario estado de salud del particular, resultado de un elevado grado de anemia asociado a un daño pulmonar difuso severo, esa intervención era la única posibilidad de salvar su vida.

Sin embargo, antes de ingresar al Establecimiento Asistencial, el amparado suscribió una "Directriz/ Exoneración Médica por Anticipado" donde manifestaba su deseo de que no se le hagan transfusiones de sangre (sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas ni plasma sanguíneo) en ningún caso, aunque los médicos las consideren necesarias para salvarle la vida. La Corte falló a favor del Recurrente y el Testigo de Jehová fue "condenado" a someterse a la necesaria transfusión de sangre para ver preservada su salud y vida.[9]

Este caso fue largamente discutido en el curso puesto que comprende un conflicto cierto y evidente de derechos y garantías constitucionales. Pero no obstante nuestras opiniones personales, vemos con claridad que la exacerbación del principio de autonomía de la voluntad pugna definitivamente con el principio de beneficencia, donde los médicos son los principales deudores.

En cuanto a la segunda cuestión, los mejores intereses del paciente, el Filósofo señala que la disposición y deseo a morir que manifiesta un particular debe ser evaluado acertadamente por terceros. Así, aquel que se opone a la eutanasia porque considera que es un mal morir, piensa que el particular no sabe cuáles son sus mejores intereses, y que él sí conoce qué es lo mejor para él. Este argumento, que denomina paternalista, nos devuelve a la contemplación antropológica de la vida, la muerte y el dolor.

Si consideramos que sufrir es nefasto y que morir es además un mal innecesario, estamos revelando un juicio antropológico de nuestra existencia. Vemos nuevamente así que estamos invitando temas que no le empecen a la medicina como ciencia, pero que sí suelen terciar en lo que denominamos responsabilidad médica.

Finalmente, Dworkin señala que es preciso atender, también a propósito de la eutanasia, el valor intrínseco de la vida. No quiero extenderme mucho en este punto ya que, como podrán imaginar, amerita un libro aparte. Sin embargo, sí procede señalar que el valor de la vida es un asunto que no puede ser observado con prescindencia de antecedentes culturales, personales y sociales. Por ejemplo, señala el autor, muchos piensan que es indigno, o negativo de alguna manera, vivir bajo ciertas condiciones; o bien, que es degradante convertirse en alguien totalmente dependiente o convertirse en motivo de angustia continuada.

El valor que cada particular le asigna a su vida y a la mejor forma de vivirla incide directamente en la responsabilidad médica; por ejemplo, cuando un paciente decide someterse a una cirugía plástica voluntaria porque siente que su felicidad depende de su apariencia física. No quiero emitir juicios de valor ni menos reproches sobre este tema ya que estimo es ámbito del libre albedrío de cada uno (nuevamente nos enfrentamos al principio de la autonomía de la voluntad), pero sí que perturba seriamente nuestro tema.

Si un paciente se somete a una cirugía electiva y no queda conforme con su nueva apariencia, me cuesta encontrar el límite entre un acto médico deficiente y el resultado que esperaba el interesado.

Finalmente, a propósito del valor intrínseco de la vida, estudiamos el fallo de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel de fecha 3 de Abril de 1995 al Recurso de Protección interpuesto por el Director de Gendarmería de Chile. Motivó ese proceso la decisión de dos procesados en prisión preventiva de suturarse los labios para alentar y respaldar su huelga de hambre En esa oportunidad los señores ministros resolvieron que personal de Gendarmería de Chile debían, aún por la fuerza de ser necesario, remover quirúrgicamente los puntos que fijaban los labios de los procesados e instar por su alimentación.

En este caso no hay médicos involucrados. Sin embargo, muestra con claridad que los elementos que informan la relación médico-paciente se mezclan de tal manera que desprenden de su núcleo una serie de aristas que sí la ilustran. Por eso comenzamos este artículo señalando que la *responsabilidad médica* no es un tema que se agote en sí mismo, sino una colección de asuntos y juicios que necesariamente se vinculan con el central, si es que logramos descubrir uno central.

PALABRAS FINALES

Podemos ver que la relación médico-paciente, aquella que funda la responsabilidad médica, está compuesta por factores y contingencias que poca relación tienen con la ciencia médica. Esta paradójica y particular situación es precisamente la que impide ver con claridad el real contenido del título.

En estas líneas he querido sintetizar, en un primer intento, las materias que vimos en el curso de responsabilidad médica. En el segundo, informar que cada vez que nos enfrentemos al deber de evaluar una actuación médica debemos concentrarnos en aislarla y sustraerla de las variables que la confunden.

No quiero decir con esto que nunca veremos un caso de dolo o culpa en un acto médico; pero sí que debemos saber reconocerlo. Su concepto más depurado creo es el siguiente: *la culpa del médico puede manifestarse en su ignorancia, impericia, imprevisión, abandono u otras formas de imprudencia, negligencia o descuido.*

Finalmente, señalemos que la relación médico-paciente se fundamenta en el necesario diálogo entre ambos, donde el primero ha de ser claro en lo que puede lograr; y el segundo, en lo que puede recibir. Nuestro deber como abogados es entonces lograr encontrar ese límite.

---

[1] *Dr. Gonzalo Grebe Barros. Simposio Responsabilidad Médica efectuado en la Universidad del Desarrollo y publicado en la tercera edición de su revista "Actualidad Jurídica" en Enero del 2001.*

[2] *Colegio Médico de Chile A.G. Documentos de Etica Médica. Santiago, 1982, página 3.*

[3] *Ya lo dijimos, el sistema de estudio es inductivo.*

[4] *Cada vez que leo este artículo no deja de sorprenderme y causarme cierta curiosidad su inciso segundo: "Iguales penas se aplicarán al dueño de animales feroces que, por descuido culpable de su parte, causaren mal a las personas". No sé si el legislador quiso asimilar la conducta de los médicos a la de los animales feroces, o viceversa.*

[5] *Dr. Enrique Accorsi Opazo, Presidente del Colegio Médico de Chile en su ponencia del Simposio detallado en la primera cita.*

[6] *Ob. Cit. 5.*

[7] *Bid. Cit. 01.*

[8] *No obstante que Dworkin se refiere a estos tres puntos a propósito de la eutanasia; creo que sus contenidos son perfectamente aplicables a la responsabilidad médica, como concepto más general.*

[9] *Revista Fallos de Mes Nº443. Página 1378 y siguientes.*

Contrapunto

"HABLANDO DE RESPONSABILIDAD EN LA JUSTICIA MILITAR"

Entrevista por Alejandro Usen y Nestor Morales

APUNTES DE DERECHO

¿Qué opinión le merece a usted la aplicación del cuerpo normativo de Justicia militar en tiempo de paz a civiles? ¿Cuáles son, a su juicio, los principios que sustentan la Justicia Militar para justificar esta situación?

NELSON CAUCOTO: No creo que haya razones que justifiquen la existencia de la Justicia Militar. Se ha intentado argumentar en torno a la especificidad de la Justicia Militar. Creo que en consideración al Art. 5° del Código Orgánico de Tribunales no se debe atender dicha especificidad, y basándose en dicha disposición, entregar a la justicia ordinaria los asuntos que hoy conoce la Justicia Militar. Su existencia, sólo puede ser considerada como una desigualdad ante la ley.

La función de la Justicia Militar debiera quedar reducida a una competencia disciplinaria. La disciplina es el fundamento de las instituciones armadas, y como tal la Justicia Militar debe mantener facultades correccionales, y sólo éstas sobre sus miembros. La protección de otros bienes jurídicos, debe ser materia de los Tribunales ordinarios de Justicia.

Menos justificación tiene cuando se conoce la trayectoria histórica en la dictadura, e incluso hasta estos días 10 años después del retorno a la democracia. Nada justifica hoy que la justicia militar siga conociendo casos de derechos humanos. Se ha mantenido por una razón errónea, de política criminal, evitando que se investigue a militares involucrados en este tipo de casos, entonces, no queda razón jurídica o fundamento para su existencia. En este mismo sentido, el argumento más fuerte contra la Justicia Militar es que ninguno de los casos de derechos humanos que ha conocido ha sido resuelto, ni siquiera investigado, convirtiéndose, en un verdadero circuito de impunidad.

A mi juicio, tenía algún fundamento el Art. 5° del Código de Justicia Militar que establece la competencia. Pero el problema radica en que este artículo fue objeto de una interpretación o aplicación lineal. Se hace necesario cambiar el criterio del delito con un militar como sujeto activo, por un criterio basado en el acto de servicio. Si un militar comete un delito en un acto de servicio, podría tener competencia un tribunal militar, sin embargo, se debe entender con claridad, qué es "acto de servicio" o "con ocasión del servicio", significa que son aquellos que establece la ley; en tal caso, la ley no considera como un acto de servicio una conducta que importe un ilícito penal; así se reduciría la competencia de los tribunales militares.

No encuentro, en definitiva, ningún principio fundante de la justicia militar. Sólo debe tener un carácter estrictamente disciplinario, que además, es la tendencia mundialmente predominante.

Por último con relación a la estructura u organización de la jurisdicción militar también supone un problema de bastante gravedad. No tiene ningún principio de independencia e imparcialidad, en la organización de sus tribunales, ni en quienes deben conocer, investigar y fallar. Por ejemplo, no se concibe que un Capitán, pueda investigar, procesar y eventualmente castigar a un General.

SERGIO CEA: El actual Código de Justicia Militar (CJM) entró en vigencia en Marzo de 1926, tiene más de 75 años de vida en nuestro ordenamiento jurídico. En cuanto a su permanencia se ha mantenido en distintos tipos de gobierno, contestando con esto a distintas personas que tienden a atribuirlo sólo al gobierno militar. Ahora bien, su misión es proteger y ejecutar las normas jurídicas especiales del ámbito castrense lo que se relaciona con valores o bienes jurídicos que tienen mayor importancia en el ámbito militar que en el ámbito civil, este es: la seguridad. Ese es el aspecto de fondo. Esta, además, fue la concepción tradicional que puede apreciarse en los pocos libros que existen sobre justicia militar.

Sin embargo, si nosotros analizamos nuestro ordenamiento jurídico constitucional, en las constituciones de 1823, 1833, 1925 ,y específicamente, en la de 1980, donde tienen un capítulo especial las Fuerzas Armadas podremos ver como así lo demuestra el artículo 90 y siguientes de la norma suprema. Podemos distinguir que existen tres cometidos diferentes asignados a las FFAA: defensa de la patria, seguridad y garantes del orden institucional.

En consecuencia, estos bienes jurídicos: jerarquía, disciplina, son bienes o valores instrumentales para que cumplan su cometido constitucional, es decir, requieren tener un cuerpo orgánico estructurado y jerarquizado.

En el ámbito penal se aplica a los militares que afectan los deberes propiamente militares y, en los civiles se centra en dos tipos básicos que son el maltrato de obra a carabineros y la violencia innecesaria. El maltrato de obra a carabineros se incorpora en 1929 o 1932, luego al CJM por una cuestión de historia. Estos son los dos tipos penales que han producido en nuestra sociedad un juicio, una crítica en cuanto al juzgamiento de civiles.

Ahora bien, el juzgamiento de civiles por tribunales militares, de acuerdo a la actual situación ,y haciendo un cotejo con los ordenamientos jurídicos castrenses de América Latina, debo contestar que, entre la década de los noventa hasta la fecha se ha ido acotando el ámbito de juzgamiento de la Justicia Militar en el orden civil. Si analizamos los CJM argentino, colombiano o ecuatoriano, se han ido acotando de manera que sea sólo en casos especiales donde se afecte a la estructura o buen funcionamiento de los cuerpos armados. Por ejemplo, en el caso de la Ley de Control de Armas (caso de ser arma autorizada lo juzgan los tribunales civiles y, en caso de ser arma no autorizada, lo juzga el tribunal militar). Es decir, el artículo 92 de la Constitución Política de la República le entrega el monopolio de las armas a las FFAA, entonces, si un civil porta un arma, debiera ser juzgado, a mi juicio, por tribunales militares.

La Justicia Militar se fundamenta en varios principios: El principio de la especialidad, tal es así que, el texto constitucional y la Ley Orgánica Constitucional de las FFAA establecen que *derivado de las particulares exigencias de la función militar se ajustarán a sus normas jurisdiccionales y administrativas propias que establezca esta ley orgánica y las leyes que correspondan.* Un Estado de derecho necesita de un cuerpo armado con el monopolio de las armas, este a su vez requiere de un cuerpo jurídico eficaz, que permita cumplir sus cometidos institucionales. En consecuencia, las críticas que se hacen no son hacia la justificación de la Justicia Militar, porque en la mayoría de los países en el mundo existe Justicia Militar. En Estados Unidos existe Justicia Militar, es más, permite imputar a militares por delitos civiles o militares. El Fuero Militar arrastra en cualquier caso que los civiles también puedan ser juzgados por tribunales militares.

La especialización está en que el constituyente le atribuye a las Fuerzas Armadas sus cometidos y son los valores los que van a fundamentar un cuerpo jerárquico, obediente y disciplinado.

SERGIO CEA

Sergio Cea Cienfuegos es abogado y Magister en derecho de la Universidad de Chile. Postítulo en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Se desempeña como docente en las Universidades del Desarrollo; Finis Terrae y de la República.

NELSON CAUCOTO

Nelsón Caucoto es abogado jefe de la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial.

APUNTES DE DERECHO

En ese sentido, ¿Tendría el estado algún grado de «Responsabilidad» al mantenerse esta situación? De tenerla, ¿Cómo se responsabiliza?

NELSON CAUCOTO: Por supuesto, los tribunales militares y en general, toda la justicia militar es un órgano del Estado, por consiguiente, su actuación compromete al Estado. A nivel internacional, se afirma que la actuación de la justicia militar, o sea, del Estado chileno, es una denegación de justicia, lo que es un ilícito sancionado por el sistema internacional, tal y como ya lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

SERGIO CEA: Yo pienso que en el caso de nuestro país, en una opinión personal y académica, como la sociedad estuvo de acuerdo en cuanto a la reforma de nuestro procedimiento penal inquisitivo y escrito, ya no podría continuar utilizándose para administrar justicia. Los sistemas de administración de justicia especiales (menores, laborales y militares) entran, también, en una dinámica de ser reformulados como ordenamiento jurídico especializado y en ese contexto yo no digo que es responsabilidad del estado sino que, es la sociedad a través de las instituciones a quienes les competen estas materias es decir decidir en qué momento hay que ir perfeccionando las legislaciones especiales. Algunos ejemplos: (i) el Código de Justicia Militar es de 1926 y la Constitución Política de la República es de 1980, lo que crea un desfase; (ii)la competencia en cuanto al juzgamiento de civiles, también debe reformularse; (iii) el impacto de la reforma al proceso penal ante un sistema que está en el CJM que es inquisitivo y escrito; (iv) los Tratados Internacionales y cómo afectan en tiempos de guerra. Esos cuatro argumentos llevan a un cuestionamiento y posible reformulación del sistema jurídico especializado que siguen los cuerpos armados. Entonces, cuando hablamos de responsabilidad estatal no se trata de responsabilidad contractual o extracontractual. Nuestro país que tiene justicia militar desde el nacimiento del Ejército, ha tenido tres cuerpos jurídicos militares desde que nacimos a la vida republicana: Las Ordenanzas Generales de Carlos III de 1778; la Ordenanza general del Ejército bajo el gobierno de José Joaquín Prieto de 1839 y el Código de Justicia Militar de 1926. Por lo tanto, considerando que hay que hacer un código que incorpore todos los nuevos principios que el derecho y la sociedad han tenido como importantes y que se encuentran incorporados en todos los otros cuerpos jurídicos..

APUNTES DE DERECHO

¿Qué tipo de responsabilidad contiene el código a raíz de los principios que lo sustentan? ¿A quiénes, por fin, responsabiliza con atención al principio de obediencia debida?¿Cómo explicaría el principio de obediencia debida desde la responsabilidad?

NELSON CAUCOTO: La obediencia debida, es una causal de justificación, pero que sólo se aplica en determinados casos. No se trata de una institución que suponga una orden superior, se trata de una obligación absoluta a un militar, que aun en contra de su voluntad y su posibilidad de rechazarla, lo conduzca cometer un delito.

SERGIO CEA: En nuestro ordenamiento jurídico, existe el sistema de la obediencia reflexiva, es decir, si yo te doy una orden, tú me la puedes representar y si me hago responsable dicha decisión queda a cargo del jefe superior, eso es en definitiva lo que se consagra en nuestro ordenamiento. Se puede perfeccionar esa materia; se pueden perfeccionar los tipos penales pero en una estructura armada tiene que estar el concepto de obediencia claramente establecido porque los delitos de sedición afectan a la estructura del cuerpo armado, sin lugar a dudas. Así, en los tres cuerpos jurídicos que hemos tenido, los tipos penales básicos relacionados con la obediencia son los mismos, cambia sólo la forma de plantearlos, son los mismos en doscientos años de jurisdicción militar.

En cuanto a quienes afecta o a quienes responsabiliza, ya explicábamos en el análisis constitucional que la Jurisdicción Militar es una realidad, es innegable y va con relación a afectar a los integrantes del cuerpo armado y civiles en cuanto afecten, excepcionalmente, bienes jurídicos protegidos que pertenezcan al fuero militar. En términos excepcionales, no debe ser la generalidad. Lo que ocurre es que los tipos penales del Código de Justicia Militar deben ser objeto de una reformulación completa. Han tenido muy pocas reformas en setenta años.

APUNTES DE DERECHO

¿De qué forma se condicen los principios que sustenta la Justicia Militar con el desarrollo progresivo de los Derechos Humanos y su fundamento? En definitiva, ¿Cómo legitimar la jurisdicción militar en una sociedad que persigue una visión liberal?

NELSON CAUCOTO: Va en un sentido contrario, los Derechos Fundamentales tienden hacia el establecimiento de tribunales imparciales e independientes, que no es el caso de los tribunales militares o de la actual interpretación acerca de su competencia. Además, la práctica de la justicia militar fue violatoria de los Derechos Humanos. Tal vez tenga una oportunidad, pero no ha existido la voluntad.

Por último, falta mucho por avanzar, y el sistema internacional no ha dado respuestas suficientes. Es un aporte, desde luego, pero no todo lo relevante sobre todo en la adecuación del derecho interno, en el que se ha hecho parcialmente y sólo por vía legislativa.

SERGIO CEA: Claramente establecíamos hace un rato que el Código de Justicia Militar es de 1926 y la Constitución Política de la República data de 1980. Entonces, al hacer un cotejo podríamos observar que existen algunas deficiencias, por ejemplo: el caso de los bandos militares en tiempo de guerra, afecta o no las normas constitucionales, yo creo que sí, o la imposibilidad de apelar a resoluciones dictadas en el caso de ley de control de armas, me parece que también afecta la normativa constitucional. Sin dejar de lado la incorporación de los Tratados Internacionales, principalmente con esta explosión de la última década de los derechos humanos y el derecho humanitario internacional. Esta nueva estructura de la Justicia Militar debe considerar, obviamente, todos los tópicos pero no le pidan a un código que ha tenido muy pocas modificaciones en tipos penales. Además, la sociedad chilena lleva muy pocos años en la práctica de estas normativas de derechos humanos. Tal vez, hayan muchos análisis, mucha literatura al respecto pero las prácticas aún no están del todo arraigadas. Por eso nuestra misión no es criticar lo que está sino pensar en un nuevo ordenamiento jurídico y eso implica considerar el artículo quinto inciso segundo de la CPR y las demás normas relativas al mismo cuerpo constitucional de 1980. Eso va a permitir una estructura jurídica moderna para muchos años.

Entonces, la Justicia Militar requiere una reformulación de estos factores exógenos que han afectado a la sociedad y que también afecta a los cuerpos jurídicos y estructura en general de las Fuerzas Armadas. Así, puede una Justicia Militar convivir perfectamente en un estado democrático porque es parte de un Estado democrático.

UDP: *Cursos de Postítulo 2001 Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*

Como ya es habitual, la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales ofrece cursos de especialización en distintas materias, los que tienen por objeto continuar con la labor de formación y perfeccionamiento de abogados y profesionales del área jurídica y social, cuestión cada vez más necesaria tanto para un mejor ejercicio profesional como para el desarrollo académico del Derecho.

A *POST-TITULO "SISTEMA DE JUSTICIA Y POLITICAS PUBLICAS DE LA INFANCIA, ADOLESCENCIA Y FAMILIA."*

Nuestra Escuela, en convenio con el Instituto Interamericano del Niño y la UNICEF, impartió por quinto año consecutivo este post-título. El objetivo de este curso es entregar, en el marco de un enfoque integral e interdisciplinario, conocimientos que permitan comprender los núcleos problemáticos que presenta el antiguo sistema de justicia de menores, así como su transformación integral, en especial la adecuación de la legislación y práctica vigente al marco de derechos y garantías que establece la normativa internacional en esta materia. La dirección académica del curso está a cargo de ***María Angélica Jiménez***, Profesora e Investigadora de la Universidad Diego Portales y Profesora Maestría Derecho Penal y Criminología, Venezuela.

Este post-título está dirigido a profesionales universitarios del área jurídica, tales como abogados, jueces, fiscales, así como aquellos que se desenvuelven en el ámbito social, como psicólogos y asistentes sociales, que operen en el sistema de justicia u órganos administrativos en el área de la infancia, adolescencia y familia. En cuanto a su metodología, este curso se desarrolla a través de clases expositivas de contenidos teóricos y normativos, así como a través de talleres de análisis de casos.

B *DIPLOMADO "REFORMA PROCESAL PENAL, JUICIO ORAL Y LITIGACIÓN".*

La escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales ofrece este diplomado que corresponde a la quinta versión del programa de posgrado que nuestra escuela viene ofreciendo desde 1997. El cuerpo académico está conformado por quiénes han tenido directa participación en el diseño organizacional y normativo de la reforma, así como los profesores que se han formado en los diversos sistemas acusatorios de los modelos comparados. La dirección y coordinación académica del programa está a cargo de ***Mauricio Duce*** y ***Cristián Riego*** ambos Profesores de Derecho Procesal Penal y litigación e Investigadores de nuestra Escuela, miembros del equipo técnico que elaboró los proyectos de Nuevo Código Procesal Penal y de la Ley de Ministerio Público y asesores del Ministerio de Justicia para el apoyo técnico de la tramitación legislativa de los proyectos de reforma. El objetivo principal del programa es por una parte entregar conocimientos sólidos acerca de los sistemas de enjuiciamiento criminal en un Estado de Derecho, y por otra, desarrollar en los alumnos las destrezas básicas de la litigación en audiencias y juicios orales, tanto para los jueces como para las partes.

El curso está destinado a Abogados y Licenciados en Ciencias Jurídicas de cualquier Universidad reconocida por el Estado.

C *DIPLOMADO EN RECURSO DE PROTECCION*

Nuestra Escuela junto con el Colegio de Abogados impartió por sexta vez este curso de especialización cuyo objetivo es entregar conocimientos acerca de la concepción teórica-dogmática del Recurso de Protección y ofrecer un conocimiento y manejo acabado de la jurisprudencia de este Recurso en la garantía de los derechos fundamentales. El programa se encuentra dirigido por don ***Gastón Gomez Bernales***, profesor de Derecho Constitucional e Investigador del departamento de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales; el curso se dirige a abogados, jueces, académicos, licenciados y egresados de Ciencias Jurídicas. Este diplomado se imparte a través de clases expositivas y sesiones prácticas.

PROFESORES EN EL EXTRANJERO

Además de las actividades propias del quehacer universitario, nuestra Facultad destaca por su preocupación constante e incesable en la preparación y especialización de su cuerpo docente, ello, con el propósito de entregar a sus alumnos una formación integral, del más alto nivel y con un alto grado de especificidad en las distintas áreas del Derecho. La docencia universitaria requiere de un trabajo serio y persistente, siendo la obtención de grados académicos *-magisters y doctorados-* en universidades de reconocido y probado prestigio, la forma más tradicional y efectiva de contribuir al perfeccionamiento de su labor y por ende al otorgamiento de beneficios que recaen directamente en el alumnado.

Nuestra Facultad se encuentra, precisamente, en un proceso de desarrollo y consolidación de este tipo de iniciativas. En efecto, desde hace ya algunos años, nuestra Facultad ha incentivado y colaborado para potenciar el desarrollo de habilidades y destrezas adicionales de su cuerpo docente, llegando a contar hoy con un importante número de profesores que ostentan grados de *magisters* y *doctorados* en importantes universidades extranjeras, a los que se suman aquellos que están en proceso de obtención de dichos beneficios.

En 2001:

• ***Nicolás Espejo*** terminó su master en la Universidad de Warwick, Inglaterra, donde continuará para obtener su doctorado. Paralelamente está realizando un master en la Universidad de Oxford.

• ***Andrés Baytelman***, Profesor de Derecho Procesal Penal, finalizó en junio del 2001 sus estudios de LLM en la Universidad de Columbia, NY, Estados Unidos.

• ***Rodolfo Figueroa***, Profesor de Introducción al Derecho, finalizó un LLM en la Universidad de Wisconsin y es candidato al título de Doctor en Ciencias Jurídicas en la misma universidad.

• ***Marcelo Montero***, Profesor de Derecho Civil, partió rumbo a Estados Unidos para incorporarse al Programa de Magister de la Universidad de Stanford.