

RECENSIONES Y NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

MESTMÄCKER, Ernst. *A legal Theory without Law*. Tübingen: Editorial Mohr, 2007, 66 pp.

La economía respira gracias al derecho (y no al revés)

Ernst Mestmäcker, del Instituto Max Planck de Hamburgo para Derecho Privado extranjero e internacional, ha escrito un magnífico libro de madurez sobre las relaciones entre el derecho y la economía. A *Legal Theory without Law* se refiere a una doctrina económica del derecho privado que ignora sus ventajas como ordenamiento social apoyado en la experiencia y la razón práctica. El supuesto de ese modelo de análisis es que toda regla de derecho debe ser entendida como una regulación, porque su función es provocar cambios en la conducta a efectos de aumentar el bienestar. Con fundamento en la historia y en la tradición liberal clásica, Mestmäcker muestra que el derecho cumple su función de soporte esencial de una economía de intercambios precisamente por la razón inversa: gracias a la complejidad de sus reglas de justicia, que atienden a la relación entre personas y que, por eso, no son discernibles de acuerdo a los cánones de la razón instrumental. Por más de dos mil años el derecho privado ha configurado un capital cultural de gran valor, adaptable por ensayo y error, cuyo desarrollo está dirigido por la solución justa de conflictos y no por razones de utilidad. Lo fascinante del estudio, que tiene por antecedente un camino intelectual que se remonta a Adam Smith y a Kant, y más atrás al derecho romano, es mostrarnos que esa tradición del derecho privado es una condición más abstracta que la argumentada por el análisis económico vulgar para que el derecho pueda cumplir su función de bienestar por medio del mercado y para que sea garante de las libertades personales. Mestmäcker muestra con la claridad del agua que el bienestar tiene por antecedente un sistema de reglas de justicia, como es el derecho privado clásico, más que consideraciones instrumentales dirigidas por criterios de elección racional. En el fondo, también nos muestra que el análisis económico suele ser estratégicamente idéntico a la lógica del socialismo. Aunque el software sea diferente, resulta que el problema está en el hardware.

ENRIQUE BARROS

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. XXI. -1ª edición-. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, 217 p. + IX*

La última versión (XXI) del Anuario Mexicano de Historia del Derecho recoge la mayor parte de las ponencias presentadas en el Simposio Internacional: 1808: A doscientos años y el origen de los Derechos Humanos, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en conjunto con la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

* Todos los números del Anuario Mexicano de Historia del Derecho pueden encontrarse en [www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=hisder]

La crisis política del Virreinato de la Nueva España en 1808, que a la postre llevaría a las guerras de independencia, y la subsecuente recepción del constitucionalismo son los temas que sirven de marco referencial a las distintas ponencias, pues tal como se señala en la presentación, estos trabajos ayudan a “esclarecer las circunstancias que existían hace dos siglos”, y a desentrañar las interrogantes existentes en la época y cómo fueron surgiendo deseos independentistas o autonómicos. En este contexto, se analizan los primeros intentos de adoptar el constitucionalismo, con objeto de lograr la identidad de Estado, que constituiría una base para “delinear los esbozos de los actuales derechos humanos”. El anuario contiene nueve ponencias de destacados especialistas, las que caracterizaremos brevemente y comentaremos a continuación:

José de Jesús López Monroy. *Funcionalidad autárquica de los ayuntamientos novohispanos como signo y caracteres de la independencia* (pp. 1-17). El autor comienza con un análisis de las instituciones que componen el ayuntamiento o municipio novohispánico, como las ordenanzas del ayuntamiento y aquellas para el buen gobierno, además de la regulación de los bienes propios del municipio, los de la iglesia y las alhóndigas (casas para la compra y venta de cereales), lo que aseguraba un mejor abastecimiento y que no hubiera precios desmedidos. Se da cuenta asimismo, como pese a que las regulaciones de la independencia modificaron muchas instituciones en pos de los postulados del liberalismo, eso no impidió que en muchos casos pervivieran internamente instituciones castellanas. Probablemente la más importante es la tradición municipal, puesto que evidencia la relevancia de las instituciones de organización social, que sin ser más importantes que la persona, son indispensables para que exista la vida en sociedad. Esto ha derivado en el respeto a la individualidad de los distintos municipios mexicanos y el reconocimiento de las costumbres de los pueblos indígenas.

Rafael Estrada Michel. *1808: El año que hicimos naciones imaginándonos territorios* (pp. 19-33). El artículo trata sobre el desmembramiento que implicó el intento por conservar los derechos del monarca. El autor señala, como punto de partida, que para pensar el proceso independentista debemos evitar “visiones nacionalistas extrapoladas y anacrónicas que pierden de vista a la integridad hispánica”, se trata en suma de determinar el alcance que ciertos conceptos, como nación tenían en esa época a ambos lados del Atlántico, y asimismo acerca de la mejor forma de mantener los derechos mayésticos. ¿Cuáles eran las juntas que en verdad representaban a toda la nación? Sin duda, este fue uno de los componentes que más problemas causó, tanto por razones “histórico-ideológicas”, como “pragmático-políticas”. Se da en este punto una confrontación entre una concepción basada en la idea de *Iurisdictio*, donde se defendía “la igualdad de derechos de todas las partes que componen la *Monarquía*”, en contraposición a las juntas que se proclamaban como supremas de las Españas y que entendían que el elemento territorio al ser parte del Estado era manipulable por ellos.

Juan Pablo Salazar Andreu. *Marco Jurídico Político de Puebla de los Ángeles en 1808* (pp. 35-42). El autor, un investigador avezado en temas poblanos, en especial sobre sus obispos, da cuenta de la situación que se vivió al saberse la complicada situación en la metrópoli. Se da cuenta de las diferencias existentes entre el virrey José de Iturrigaray que apoyaba ideas juntistas, contra visiones contrarias como las del intendente don Manuel de

Flon, la Audiencia u otras más radicales como la del Ayuntamiento que promovió un golpe en su contra y su enjuiciamiento por traición. El clima que se vivía contribuyó a la situación de inseguridad en que se sentía el nuevo virrey Garibay temiendo conspiraciones infundadas, y asimismo se puede ver cómo el intendente De Flon y monseñor González del Campillo fueron de las personas claves para mantener la estabilidad en la región frente a las ideas juntistas.

Rafael Diego-Fernández Sotelo. *Crisis constitucional de 1808* (pp. 43-55). Se exponen los principales debates que surgieron con la crisis monárquica de 1808. Es indudable que existió un gran consenso: no podía tolerarse la invasión napoleónica y había que apoyar a la resistencia, pero surgieron muchísimos cuestionamientos sobre qué hacer en estas circunstancias. Competentes juristas y hombres públicos debatieron entre otras cosas, sobre el valor de la abdicación monárquica, la posibilidad de establecer relaciones con otras potencias. ¿Era acaso la Nueva España una simple colonia, o podía argumentarse legítimamente que era un reino?, ¿Cuál de todas las juntas que vinieron a pedir apoyo era la Suprema de España e Indias? En suma, permite comprender mejor los conflictos jurídico-políticos que se presentaron, y cuyas soluciones serían decisivas para la posterior crisis de independencia.

Juan Pablo Pampillo Baliño. *El pensamiento independentista de fray Melchor de Talamantes y su proyecto de organización constitucional* (pp. 57-101). ¿Quién fue fray Melchor de Talamantes?, el estudio nos introduce a la vida de un mercedario olvidado por la mayor parte de los cronistas, y que paradójicamente fue uno de los más ilustrados precursores de la independencia, al punto de ser “el único que tuvo la audacia de plantear explícitamente la posibilidad de emancipación en 1808”. Incluso antes de 1808 se tenía favorable concepto de su persona y las autoridades le encomendaban asuntos importantes como la demarcación de la frontera entre Texas y Luisiana, situación donde advirtió tempranamente la posibilidad de que la ambición sin límites de los *ingleses*, terminara despojando a la provincia de Texas (y a la mitad del territorio mexicano), sin embargo al saberse la situación en la península se dedicó de lleno a influenciar la actitud que debía seguirse en el virreinato. Se estudian sus argumentos y sus dos principales escritos, revisan las influencias de distintas corrientes en su pensamiento, entre las que destaca la segunda escolástica caracterizada por su contenido dialógico, además de sus principales ideas, entre las que destaca la necesidad y la justificación que hace de la independencia e incluso realizó el primer proyecto de organización constitucional para un México independiente. El autor sin embargo se lamenta, probablemente con razón, que semejante personaje no ejerciera “mayor influencia intelectual” en generaciones posteriores del movimiento emancipador, por haber muerto encarcelado por los grupos peninsulares, que lo acusaban de traición; pues tal vez (en el plano de la historia ficción) hubiese sido posible una emancipación gradual, pacífica y menos dramática.

José Ramón Narváez Hernández. *Protoconstitucionalismo nacional: 1808* (pp. 103-116). El significado de nación, entendido en general como el sujeto titular de soberanía no ha estado exento de polémicas. El determinar el alcance de ciertas instituciones, y el cómo se relaciona la idea de nación con la de Constitución material (entendida como “condiciones que deben considerarse como fundamentales para que un Estado pueda

asumir una específica forma jurídica”, y Constitución Escrita son algunos de los temas que motivan esta reflexión. El cómo se va a entender el término de nación es clave para entender la constitución, pues para los insurgentes la nación criolla o mestiza es distinta a la española (y a la indígena), y por ende necesita una constitución distinta que debe estar sustentada en la nación mexicana, lo que muestra una de las tantas problemáticas donde se entremezclan elementos antiguos como modernos; lo que reitera su importancia, esta vez como concepto que servirá de puente entre ambas mentalidades.

José Ernesto Pascual Fajardo. *El año de 1808 en la Nueva España* (pp. 117-164). Este trabajo constituye una mirada a los acontecimientos políticos más importantes ocurridos en la Nueva España al conocerse de la invasión napoleónica, la monarquía acéfala y cómo la sublevación de un pueblo de España dispuesto a resistir al invasor determinaron la formación de improvisados ejércitos y juntas de gobierno para hacer frente a la situación, lo que además resultó decisivo para evitar que otras potencias intentaran medrar con las posesiones españolas. La reacción de las autoridades en la Nueva España, en particular del virrey Iturrigaray al conocerse los sucesos en la península y la resistencia de Aranjuez fueron diversas, por un lado se exaltaron sentimientos autonomistas al conocerse la abdicación del rey y de una España sometida al ejército más poderoso de la época. Sin embargo el levantamiento cambió las cosas, el virrey fue visto como un “traidor a la patria” por su actitud oportunista, ya que algunos percibían en su actitud de dar por perdida a España, cuya situación calificaba de “irremediable”, la idea de atribuirse para sí el poder soberano, lo que motivó el asalto a su palacio y su posterior arresto orquestado por la Audiencia. No obstante como señala el autor, los responsables atribuyeron la obra al pueblo y sembraron ahí si se quiere un precedente de que el pueblo “tenía derecho de deponer a sus mandatarios y de sustituirlos (...), es decir, que en ellos recaía la soberanía popular” (p. 164).

Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño. *Reflexiones sobre la influencia del pensamiento de Francisco Suárez en el liberalismo español* (pp. 165-184). Es difícil poner en duda que las teorías roussonianas contractualistas no eran precisamente las que influenciaban a los españoles durante la crisis de 1808, por el contrario las ideas escolásticas, pactistas, en especial de la segunda escolástica, entre las que destacan los aportes de Francisco Suárez. El “giro copernicano” que nos aporta con su concepción de ley alejada del finalismo tomista, puesto que en Suárez encontramos el elemento jurisdiccional, que equipara potestad política con potestad legislativa, que tiene por causa eficiente la voluntad, que es origen de toda ley. En el mismo sentido, sus ideas sobre la legitimación del poder, tanto en origen como en ejercicio, y que el poder es entregado “al gobernante mediante la voluntad próxima del pueblo”, constituyen bases del pensamiento que surgió para enfrentar las abdicaciones y la invasión napoleónica a la península.

Juan Carlos Abreu y Abreu. *1808: autonomía o independencia, el dilema del ocazo novohispano* (pp. 18-216). Los conflictos que se suscitaron en 1808 evidenciaron las consecuencias negativas de las reformas borbónicas. La crisis hizo que rápidamente todos tomaran una posición sobre los alcances de la soberanía, desde los que la negaban, hasta los que defendían distintos grados de autonomía. Se ve aquí la pugna por las distintas juntas *supremas* y los sectores peninsulares por tratar de imponer su control sobre la Nueva

España y por otro lado la búsqueda de la creación de reinos, unidos al monarca por la noción de soberanía, lo que era defendido por los sectores criollos. Sin embargo, el fernandismo, que los aglutinaba, acabaría cediendo.

Si bien todos se enfocan en aspectos relativamente parcializados, en todos ellos convergen temas sobre autonomía territorial, la fundamentación del poder real, el impacto de las reformas administrativas borbónicas en el sentimiento criollo, las diversas concepciones filosóficas imperantes a ambos lados del Atlántico. Con mucha razón el virrey Iturrigaray se debe haber preguntado ¿cómo mantenemos la fidelidad al Rey?, cuando cada una de las juntas *autoproclamadas supremas* de la España e Indias le exigían que reconociera su autoridad, y finalmente, cualquiera habría concluido que ante esa anarquía no se podía obedecer a ninguna, por lo que juristas argumentaron por una y otra postura ante circunstancias tan extremas.

Quizás la mayor crítica general que puede hacerse a la obra es que a veces no resulta muy nítida la relación entre las ponencias con el origen de los derechos humanos; si bien existen riquísimas discusiones de filosofía del derecho y filosofía política que se dan en el marco de la crisis de 1808. Incluso la terminología dista mucho de las concepciones de protección y defensa de la persona que existían en la época; e incluso la idea de constitucionalismo era poco difundida en América. Con todo, lecturas como estas nos ayudan a que sigamos haciéndonos preguntas, en especial en el contexto del próximo bicentenario, donde es imprescindible que salgamos de lugares comunes. Es importante que nos cuestionemos conceptos como la autonomía territorial, el rol municipal, las ideas sobre fundamentación del poder real, el republicanismo, la representatividad, las pugnas entre tradición y modernidad, lo que logramos con la independencia, con el centenario, y con el bicentenario. ¿Cuál es su significación?, ¿qué celebramos?, o la más pesimista: ¿Hay algo que celebrar?

Ninguna de estas preguntas tiene, ni puede (o debe) tener, una única respuesta, sino que lo importante con reflexiones de este tipo es que se generen distintas alternativas de interpretación, se discute, se repiensen tópicos aparentemente “agotados”, porque solo de esa manera se contribuye a desarrollar el conocimiento histórico.

FRANCISCO JARA BUSTOS

FRIEDMAN Thomas. *La Tierra es Plana. Breve Historia del Mundo Globalizado*. T.o. “The World is flat”. Traducción: Inés Belaustegui. Santiago: Editorial Planeta, 2007, 495 pp.

Thomas Friedman es periodista del New York Times, varias veces ganador del Pulitzer y un referente cuando se trata de temas relacionados con la globalización y las nuevas tecnologías. En 1999 publicó “The Lexus and the Olive Tree”, una guía para entender el mundo globalizado, donde constata que entre dos países que sean sede de una franquicia de McDonald’s no existen guerras (lo que hoy se conoce como “Ley de los arcos dorados”). La Tierra es Plana, viene a ser la natural continuación de las reflexiones del autor, ahora, eso sí, más extensas y actualizadas a los cambios de los últimos años. Es una obra

que bordea las 500 páginas, que se leen fácilmente por el singular gracejo que posee el autor para explicarnos mediante ejemplos y experiencias personales los contornos del nuevo mundo plano; trasladarnos a los distintos lugares en que están ocurriendo los acontecimientos que lo aplanan; y mostrarnos que es una realidad que se gesta continuamente y de la que –querámoslo o no– somos partícipes.

En su libro, Friedman, nos propone el nuevo paradigma del mundo contemporáneo, el de la Tierra Plana, en que las distancias son más cortas, los obstáculos a la comunicación se allanan –se aplanan–, el terreno de la competencia se iguala, y la interconexión y la cooperación son las bases de su funcionamiento. El aplanamiento, para el autor, es más que una estandarización de las costumbres y los estilos de vida, estamos, más bien, ante una realidad nueva en la historia de la humanidad, en que sin importar la raza, el idioma o la ubicación geográfica todos podemos interactuar para conseguir formas nuevas y más productivas de crear valor.

Friedman expone que el proceso de aplanamiento del mundo habría comenzado hace ya varios siglos con lo que él denomina “Globalización 1.0” cuyo origen es el mismo que marca el inicio de la época moderna: “El Descubrimiento de América”, que comunicó dos culturas que habían subsistido paralelamente sin conocerse la una a la otra; no olvida, desde luego, que fue la búsqueda de nuevas rutas comerciales lo que propició tal hecho. Este habría sido el primer paso hacia el aplanamiento del mundo, el siguiente, la “Globalización 2.0”, que va entre el 1800 y el 2000, se valió de la expansión de las compañías accionarias europeas y la Revolución Industrial; aquí la actora principal fue la empresa multinacional que abarataba sus costes de transporte y se movía por el mundo, buscando espacio para nuevos mercados. Pero es el proceso que se inició durante el siglo XXI, “Globalización 3.0”, el gran tema que aborda el autor, es una época predominantemente tecnológica, cuyos protagonistas son las personas premunidas de las herramientas y avances comunicacionales que les permiten colaborar entre sí de forma horizontal, para dar solución a sus necesidades.

Pero ¿por qué el mundo se aplanan actualmente?

El autor sostiene que es un proceso que se ha valido de múltiples factores, que él denomina “aplanadores” o fuerzas que han contribuido a allanar obstáculos y acortar las distancias, algunos con carácter político como la caída del muro de Berlín. Otros son eminentemente tecnológicos: como la creación del sistema operativo de “Microsoft Windows”, que posibilitó contar con una plataforma común para la creación; la salida de “Netscape” (empresa pionera en la creación de programas para navegar por internet) a la bolsa, que fue el primer gran impulso para transformar una internet monopolio de universidades y científicos en otra al servicio de las masas; el “Workflow” que permite trabajar en distintos tiempos y lugares mediante aplicaciones de software; el “Open-sourcing” o acceso libre a los códigos fuente, que ha abierto formas de colaboración desconocidas hasta la fecha, pues sin importar la localización de los usuarios, estos pueden interactuar entre ellos, mejorar los programas y compartirlos en un círculo virtuoso que ha permitido la creación de herramientas tan novedosas y útiles como “wikipedia”, “linux” o “firefox”; y el acceso libre a “toda” la información o “In-forming”, siendo el motor de búsqueda “google” su más célebre exponente. Además, hay aplanado-

res que se relacionan con la forma de producir bienes o servicios, que reducen los costos, aumentan la productividad y permiten a las empresas invertir en innovación: la subcontratación o “outsourcing”, el “insourcing”, el “offshoring”, las cadenas de suministro “supply-chaining”, entre otros. Es en el análisis de estos aplanadores y de su interacción o “convergencia” donde radica el mayor mérito del libro en cuestión, pues las conclusiones obtenidas a partir de los fenómenos presentados tienen la perspicacia y razonabilidad suficiente para mantener atento al lector.

El lector crítico se sentirá agradecido de poder encontrar que el autor se ha hecho cargo de varios de los posibles reparos (qué pasa con las costumbres vernáculas, religiones, merma en las condiciones laborales, etc.), que se podrían argüir contra el aplanamiento descrito. Pero las respuestas de Friedman resultarán insuficientes, para aquel que no crea en las bondades del capitalismo y el libremercado: “*Algunos de estos obstáculos al mercado global –sostiene Friedman– son auténticos focos de despilfarro y de oportunidades perdidas*”, aún así, postula que no es posible establecer *a priori* qué grado de “fricciones” o zonas no planas se deberán mantener en el futuro.

Continúa el autor con una radiografía de las debilidades y fortalezas de cada región del mundo para participar del nuevo escenario; es en esta parte donde la crónica se torna un tanto plúmbea, pero mantiene el ritmo al que el autor ya nos ha acostumbrado. Quizá sea el capítulo en que se desarrolla la relación entre Estados Unidos y la Tierra Plana, donde el autor se muestra menos cosmopolita y algo “gringocéntrico” –permítasenos el neologismo– en su análisis, lo que por cierto se ratifica al dedicar solo unas pocas páginas al análisis de la realidad de los países en vías de desarrollo (en el que Chile es reconocido –en una ingeniosa metáfora– como alguien destacado dentro de Latinoamérica), y al excesivo espacio en que se desarrollan cuestiones de seguridad nacional y política interna estadounidense.

La tesis del autor culmina su desarrollo, avizorando las dificultades que a futuro puede traer este aplanamiento, pues si las herramientas tecnológicas, los bienes y servicios del mundo global están progresivamente al alcance de cada vez más personas, por los procesos de “outsourcing”, “offshoring” y los demás aplanadores, que posibilitan que sus precios sean más accesibles, qué ocurrirá cuando las grandes masas de personas que no han podido acceder a ellos puedan hacerlo y exijan hacerlo con la consiguiente demanda de recursos naturales y energéticos. ¿Está acaso nuestro planeta en condiciones de proveer a todos ellos de las materias primas para abastecerlos y de soportar las ingentes cantidades de contaminación que esto acarreará? Por otra parte, sería moralmente aceptable que los países desarrollados pongan barreras a los que están recién entrando a este mundo plano, ya sea para usar recursos naturales y/o contaminar, cuando ellos deben buena parte de su posición privilegiada a que han realizado dichas prácticas. A juicio del autor, la dependencia energética, el acceso a los recursos naturales y la contaminación serán las futuras fuentes de conflictos del mundo globalizado.

En su conjunto, el libro pone de manifiesto las tendencias económicas, políticas y sociales del mundo actual, las sistematiza y explica, señalando sus alcances y principales consecuencias, por lo que se trata de un importante aporte a un tema sobre el que existen pocas obras metódicas que no caigan en conceptualizaciones abstrusas. Agregamos, por último, que estamos en presencia de una obra necesaria para comprender las modernas

formas de producción y su funcionamiento en el mundo globalizado, útil, por tanto, para quienes se dediquen a la dirección, administración o gestión empresarial y a la administración de recursos humanos, asimismo, es un texto recomendable para todos quienes tengan interés por la historia, especialmente, la contemporánea.

JORGE MARTÍNEZ RIVERA

MONARES Andrés. *Reforma e Ilustración: Los teólogos que construyeron la Modernidad*. -1ª ed.- Santiago: Editorial Universidad Bolivariana, Chile, 2005, 201 pp.

Este libro reúne seis ensayos en que el autor procura presentar la determinante influencia de los dogmas de Juan Calvino en la Ilustración, período en el cual se materializó la tradición cultural de la que Occidente hoy es heredero: la modernidad.

Al revisar la obra de los autores ilustrados, el profesor Monares, desembarazado del prejuicio contemporáneo de haber sido ellos “racionalistas, universalistas y seculares” y apegado a los textos originales, da cuenta que su actividad filosófica siempre fue *teología*; y una teología particular: la interpretación británica de la obra de Juan Calvino, la que sentó las bases de toda la construcción de la realidad, y cuyas raíces se extienden hasta el día de hoy, sin que nos hayamos percatado de su influjo.

Es así como, asumiendo la corrupción total de la humanidad debido al *pecado original* los filósofos concluyeron que la única actitud posible y correcta para el hombre era la *acción práctica* en el mundo: intentar sacar ventajas materiales de sus degeneradas facultades, que lo hacen malvado y limitan su entendimiento, siendo imposibilitado de conocer lo divino, quedando acotado a lo terrenal, en una vida determinada por Dios, con la obligación ética de aprovechar sus potencialidades –por limitadas que sean– como medios para agradar a la divinidad y cumplir su mandato contenido en el Génesis 1,28: “fructificad y multiplicaos”.

De quienes se trata en el texto no es de clérigos ni miembros de Iglesias, sino de los presentados hoy por hoy como los hombres que fueran científicos, racionalistas, de ideas nuevas y laicas, que dejaban atrás al Dios medieval que tanto oscureciera el conocimiento y la ciencia; pero que gracias a este trabajo se evidencia su importante preocupación por “el autor de la naturaleza” y el “presente estado del hombre”: ellos son Isaac Newton, John Locke, Adam Smith, pasando por otros como Rousseau. Son revisados bajo un criterio cronológico-teórico, el primero por su papel en la ciencia; el segundo por su construcción de la teoría del conocimiento, el derecho y la política; y el último no ya por su concepción como padre del libre mercado, sino primero por su planteamiento acerca de la moral en el ser humano. Este criterio, muy acertado, permite al lector, en principio, observar la matriz sobre la que se construyó la modernidad, que ha avalado desde la conquista de territorios y expansión de los Estados poderosos, la estructuración de la sociedad y los modos de producción entendidos como “economía”, hasta la construcción de una ética de los fines a perseguir en la vida humana. Y luego, lo invita al análisis crítico de los fundamentos que la posicionaron como dominante.

Lo destacable de este libro es la fidelidad al espíritu original de la obra de estos autores, fuente directa del profesor para su trabajo. Y lo es pues va más allá de una mera revisión de quienes ya los interpretaron. Esto es muy valioso para el debate académico y también consecuente con el propósito de demostrar cómo esa teorización guió la construcción de la modernidad.

En este sentido, la última parte del libro (“Coda: La ilustración británica, Estados Unidos y nosotros”) pretende redondear el análisis mirando cómo este proceso llega hasta la realidad latinoamericana, a la sombra del “país sin nombre”, con énfasis en el Chile de hoy. En palabras del autor “un país donde por la autocomplacencia propagada por las élites no existe mayor interés por cuestionarse”. Le es útil para este redondeo repasar el origen del liberalismo, que prometía libertad, derechos e igualdad ante la ley para todos, pero que en el examen real no se constata. Para peor, invocando estos nobles principios, Estados Unidos – que ha adoptado una postura redentora de la humanidad– ha atropellado sistemáticamente esos mismos derechos y libertades de otros pueblos, e inclusive, los de sus coterráneos.

En lo referente a la influencia de la nación del norte en la historia de Latinoamérica, mediante acciones encubiertas o explícitas tenemos acertadas críticas a la falta de conciencia nacional, regional e histórica, la que propone subsanar mediante el llamado más destacable que hace el autor: afirmar que existe la posibilidad de trazar un camino diferente, a través de la institucionalización de centros de estudios anglosajones y otros latinoamericanos, que permitan evidenciar que la *modernidad* es un proyecto anglosajón, ajeno a la cultura y realidad de este rincón del planeta; rol en que la filosofía, las humanidades y las ciencias sociales están llamadas a recuperar protagonismo para construir una postura informada que permita ponderarlo, para recién ahí comenzar a construir nuestra identidad, y comprobar que la promesa de libertad, bienestar, igualdad y racionalismo no es tal y tiene alcances singulares, nunca universales como pretende imponerse.

Una tarea que permitiría la liberación de esta tradición, permitiendo construir nuestra identidad, en que la solidaridad, la libertad y la racionalidad conformen nuestra propia matriz, para no tener que vivir bajo un orden abusivo, que legitime devastar la naturaleza o mantener a una mayoría en extrema pobreza, y que por lo general, nunca será *su* naturaleza ni *su* gente la que sufra dichos males.

ANDRÉS PINTO MUÑOZ

RODRÍGUEZ ELIZONDO, José. *De Charaña a La Haya: Chile, entre la aspiración marítima de Bolivia y la demanda marítima de Perú*. -2ª edición- Santiago: La Tercera Ediciones, 2009, 389 pp.

1. ANTECEDENTES

El 16 de enero de 2008 ocurrió algo inexplicable para el jurista: el Estado del Perú interpuso una demanda en contra del Estado de Chile ante la Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya, con la pretensión de definir los límites marítimos entre ambos.

El desconcierto del jurista proviene de la vigencia de una serie de normas internacionales que daban el límite marítimo por definido. Si ello es correcto ¿cómo explicar la demanda marítima del Perú? ¿Cómo se llegó a La Haya?

José Rodríguez Elizondo, abogado, periodista, diplomático y académico, intenta dar una respuesta que resulte verosímil al perplejo hombre de derecho, y postula, como se desprende del título de su obra, que el punto de partida de esta insólita controversia jurídica se encuentra en la zona fronteriza chileno-boliviana de Charaña.

En efecto, en 1975 los dictadores Pinochet y Bánzer lograron una serie de acuerdos en Charaña que pondrían solución a la aspiración boliviana de una salida al mar, tras casi un siglo de mediterraneidad de la nación andina. La propuesta era la concesión por parte de Chile a Bolivia de un corredor terrestre con salida directa al océano, entre los territorios del sur de Perú y del norte de Chile. A cambio, Chile recibiría territorios bolivianos, y de paso pondría fin a una aspiración boliviana que siempre representaría un potencial peligro para las relaciones amistosas entre ambos países.

El problema es que había que obtener la anuencia de Perú, según lo consignado en el tratado de límites (y su protocolo) entre Chile y Perú de 1929, para cualquier cesión de territorios ex peruanos a una tercera nación. Lamentablemente, Perú no consintió y los acuerdos de Charaña se volvieron un mero documento histórico para la reflexión académica.

¿Por qué no habría de prestar su consentimiento Perú para zanjar un problema que amenaza con estancar todo avance en las relaciones amistosas en la región? El autor propone varias respuestas plausibles.

Por de pronto, Perú nunca se recuperó anímicamente de su derrota en la guerra del Pacífico, y culpó de este fracaso a Bolivia, por haberle propuesto la firma del tratado secreto de cooperación. Por supuesto, Bolivia acusa de lo mismo al Perú.

Sin embargo, una razón más pragmática, y por ello más poderosa en el plano de la contingencia, es el hecho de que una salida al mar para Bolivia por territorios ex peruanos significaría una interposición de aguas territoriales peruanas y bolivianas.

Lo anterior conduce de inmediato a la pregunta ¿no existe entonces interposición entre aguas peruanas y las aguas actualmente chilenas? El jurista respondería que tanto del tratado de 1929, como de los tratados de 1952 y 1954, así como de la práctica internacional de los Estados de Chile y Perú, se desprende que no existe tal superposición, por cuanto todas estas fuentes indican que el límite marítimo entre ambos Estados está claramente definido: se trata de la línea del paralelo que comienza desde el Hito 1.

Por lo anterior, una eventual salida al mar boliviana no tocaría aguas peruanas, por cuanto solo al sur de la línea demarcatoria Bolivia obtendría su salida.

Sin embargo, Perú decidió no hablar el lenguaje jurídico que Chile creía tan prístino, y decidió abordar el problema desde otra perspectiva, una más difusa y compleja: la mirada de la geopolítica.

Afortunadamente, el autor no es solo abogado sino también diplomático y periodista, por lo que a lo largo de su obra intenta explicar, mediante un ameno estilo de crónica, las razones políticas que pudieron llevar a Perú a adoptar esta postura "parajurídica".

De este modo, Perú intentó revivir una controversia desde distintas perspectivas no jurídicas.

En primer lugar, el tratadista y ex almirante peruano Guillermo Faura en 1977 escribió un libro en el que sentaba las bases doctrinarias para una reivindicación de los límites marítimos.

En segundo lugar, la cancillería peruana activaría en 1986 con una nota diplomática (que Chile no respondió) de su embajador en Chile, Juan Miguel Bákula, toda una estrategia de renegociación de los límites marítimos, que llevaría a Toledo a replantear el tema en 2005, y finalmente a la interposición de la demanda ante La Haya en 2008.

La demanda plantea, básicamente, que la línea demarcatoria no debiera ser la del paralelo, sino una línea equidistante entre la línea del paralelo y la línea continua del territorio peruano si este se proyectase hacia el mar, fundado ello en la equidad.

Ahora bien, son tres tesis principales las que emanan de la obra de José Rodríguez Elizondo, a saber: La necesidad de abordar el conflicto desde una perspectiva comprensiva que abarque más que los aspectos netamente jurídicos; la necesidad de sincerar el carácter trilateral del problema; y la necesidad de utilizar un medio adecuado para materializar las dos tesis anteriores, el cual no puede sino ser una cancillería moderna y transparente.

2. UN CURIOSO JUEGO DE PÓQUER

Desde una perspectiva realista, el autor intenta caracterizar las maneras de ser que tienen Chile y Perú, con una imagen tomada del poeta griego Arquíloco.

En este sentido, Chile se parece al erizo de mar, por su carácter hermético y blindado, centrado en una sola idea fuerte, testarudo hasta el fin.

Perú, en cambio, es similar a la zorra, traviesa y astuta, llena de ideas dispersas, sin definirse por ninguna, y por ende dispuesta a negociarlas todas.

Pues bien, si extrapolamos tales modos de ser a una partida de póquer, resultará tanto más clara la imagen de Arquíloco.

De esta manera, Chile se parece al jugador que solo confía en una buena mano, y que jamás se aventuraría en un *bluff* si no la tiene. Al confiar de manera religiosa en lo jurídico, Chile se ha tornado en el jugador que confía plenamente en la superioridad de sus cartas, porque todos saben que una combinación determinada supera a otra: así lo dicen *las reglas* del juego.

Por el contrario, Perú es el jugador arriesgado, que no espera a tener una buena mano para hacer altas apuestas, y por ende debe valerse de todas las herramientas que la astucia le brinde y el juego le permita: puede valerse del *bluff*.

Por supuesto, si Chile se atiene a esta estrategia nunca perderá, a menos que Perú lo engañe con su *bluff* y haga que Chile comience a perder el temple.

Esto es lo que ha sucedido con la demanda marítima de 2008, en una estrategia denominada por el autor “contra-simbolización”. Ella consiste en tomar las armas del enemigo y volverlas contra el mismo.

En concreto, Perú ha logrado que Chile, que hasta 2008 no aceptada la existencia de ninguna controversia jurídica, se disponga a contestar en 2010 una demanda reconociendo tal controversia.

Sin duda, Chile confía en la firmeza de sus argumentos jurídicos, en la superioridad de su mano. Sin embargo, si la Corte Internacional de Justicia se inclina por la equidad

propuesta por el Perú, Chile puede perder esta partida aun con una excelente combinación de cartas. El problema es que Chile es el tipo de jugador que tiene su Colt *Peacemaker* bajo la mesa.

Por otra parte, de acuerdo a la segunda tesis, aún queda por integrar a un tercer jugador a esta partida: Bolivia.

En efecto, la idea central de la obra, y de ahí su título, es que todo intento por dar solución a la aspiración marítima de Bolivia por parte de Chile tendrá necesariamente que involucrar a Perú, ya que este no acepta haber perdido las aguas de las que dispondría Chile para entregarlas a Bolivia, y aun si aceptara esta pérdida, Perú no estaría dispuesto a perder “dos veces” tales aguas ante dos cesionarios diferentes.

Si se adapta esta tesis al juego de póquer que se ha venido describiendo, se observará que esta curiosa partida tiene solo *dos sillas para tres jugadores*, por lo que mientras dos de ellos estén sentados negociando y apostando, el tercero se tendrá que limitar a observar de pie y en silencio, en circunstancias que también es parte del juego y también tiene una apuesta que poner sobre la mesa. Sin duda, una curiosa partida en que la negociación, el *bluff*, que es de la esencia del póquer, y de las relaciones internacionales si se nos permite decirlo, pasa a segundo plano, ya que mientras uno de los jugadores no la acepta, otro se ve marginado de ella.

Y cuando Chile, disconforme con los resultados, desenfunde su *Peacemaker*, a Perú solo le quedará preguntarle: “Pero amigo, ¿acaso no sabía usted que jugábamos al póquer?”

3. DE MELOS A CHILE

En *El diálogo de Melos*, Tucídides relata cómo los embajadores atenienses son recibidos en la pequeña isla de Melos, para negociar una salida pacífica al conflicto que se avecinaba.

El contexto es la guerra del Peloponeso, y el imperio ateniense busca aliados y súbditos en todos los rincones de Grecia.

Los habitantes de Melos no quieren ceder su libertad, pero por otra parte saben que su poderío es inigualable al de la poderosa Atenas. Su único refugio es la justicia, a pesar de que los atenienses creen que la justicia y las razones jurídicas solo se pueden esgrimir entre iguales, y dado que Melos es inferior militarmente, no puede negociar sino someterse o aceptar su destrucción.

Llama la atención en cuántos aspectos es similar Melos a Chile. La primera es una isla, el segundo es un país de carácter “isleño”, siempre retraído de la realidad internacional, y sobre todo regional, que lo rodea. Chile, al igual que Melos, confía en la fuerza de sus argumentos de justicia. La diferencia, claro está, radica en que Melos no tiene una fuerza armada poderosa a modo de garantía última de sus pretensiones.

Pero quizás el aspecto en el que más se parecen Melos y Chile es en la manera crítica y aristocrática en que conducen sus relaciones internacionales.

En efecto, el diálogo de Melos tiene lugar entre los embajadores atenienses y los “notables” de la isla, por cuanto estos últimos temían que si se presentaba a los embajadores ante el pueblo la negociación fracasaría.

De la misma manera, el autor plantea que Chile ha conducido, desde antaño, sus relaciones internacionales de una manera secreta y personalista. Es el Presidente de la República el encargado de llevar las relaciones diplomáticas, a través de su delegado el canciller. Las relaciones internacionales no forman una parte significativa de la problemática discutida en el debate público en Chile. Prueba de ello es que en las discusiones entre los candidatos presidenciales no es una materia digna más que de una mención el hecho de existir una demanda pendiente interpuesta por un Estado vecino. Otra prueba es que la opinión pública chilena siempre se termina enterando de los conflictos vecinales por medio de la prensa extranjera.

Nuestra cancillería poco puede hacer para revertir el secretismo tecnócrata, si no se moderniza y no se le presta tanta o más atención y recursos como se le otorgan a las fuerzas armadas, la otra mitad de la cara que un país proyecta al mundo. Tal modernización implica destinar más recursos, pero no solo eso, sino terminar con las designaciones políticas que entorpecen la práctica diplomática y restan profesionalismo a la institución.

Mientras Chile no preste mayor atención a su cancillería y continúe con el reforzamiento sostenido de sus fuerzas armadas, será como una isla habitada por naufragos que intentan entablar comunicación con algún navío, pero con una débil señal de luz en las alturas, mientras que en la corteza marítima se forman filosos roqueríos que amenazan con destruir a cualquiera que se aventure hacia la costa.

José Rodríguez Elizondo nos presenta en esta obra una perspectiva realista y meta-jurídica del conflicto limítrofe con Perú, en directa conexión con la aspiración marítima de Bolivia. El autor propone olvidar el paradigma de la soberanía como principio intransable, que nos ha mantenido tanto tiempo a los latinoamericanos “separados en lo político y unidos en el subdesarrollo”.

Además, nos recomienda estimular la comunicación y la negociación, a través de la cancillería (que “habla por Chile”), para no terminar en un monólogo en el que solo se habla el tosco dialecto del Derecho, o peor aún, el quiebre de toda comunicación y el paso al despliegue de la fuerza.

JUAN FRANCISCO LOBO FERNÁNDEZ

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. *Historia Social del Derecho y de la Justicia*. México: Editorial Porrúa, 2007. 177 pp.

El joven historiador del derecho mexicano, Dr. José Ramón Narváez, ha reunido bajo el título arriba indicado una serie de artículos de su autoría que tienen como eje conductor, estar enfocados desde una perspectiva metodológica interdisciplinaria la cual engarza, preferentemente y sin perjuicio de recurrir a otras disciplinas, la historiografía jurídica y la historia social. Aún más, el propio autor expresa en la introducción del texto la motivación de sus estudios, “los cuales son la manifestación de una preocupación histórico-social a través de algunos tópicos iushistoriográficos” (p. IX). En este sentido, el Dr. Narváez intenta mostrar las dos caras de lo jurídico en su país. Por una parte, aquella

compuesta por las normas y las instituciones jurídicas y la otra, conformada por los destinatarios de aquellas. En dos palabras, la relación entre el país legal y el país real.

Las monografías se estructuran en tres grandes tópicos. El primero, “Temas para una historia social del derecho en México” (pp. 1-47) comprende tres ensayos: “Democratización del Código Civil”, “Exclusión legal del indígena en el proceso de codificación en México” y “La esclavitud en la época liberal”. El segundo, “Temas para una historia social de la justicia en México” (pp. 49-103) integrado por tres artículos: “Seducidas y robadas (Apuntes judiciales y extrajudiciales sobre el rapto en el siglo XIX)”, “De la justicia recta a la justicia ética pasando por la tortícolis legal: apuntes para una historia ética judicial en México” y “Bajo el signo de Caín (El ser atávico y la criminología positiva en México)”. El tercero, “La historia social del derecho en el mundo contemporáneo” (pp. 105-165), reúne tres publicaciones: “De la posesión y la propiedad en el México decimonónico (Una breve reflexión desde la justicia)”, “*Wet history*. Itinerario histórico de la condición jurídica del mexicano emigrado a Estados Unidos” y “Oralidad y justicia en la historia de México”.

Frente al riesgo propio de las generalizaciones, es posible advertir lo que subyace a casi todos los estudios. Impera en ellos una mirada crítica a la ideología liberal y a la gravitación que tuvo en materia jurídica, heredada del movimiento ilustrado decimonónico, bajo el prisma de la razón y el progreso. En el plano jurídico propiamente tal, un cuestionamiento real a los principios de la *liberté, égalité y fraternité* que, aparentemente a juicio del autor, guiaron a las nacientes constituciones escritas¹. El autor, a mi juicio, hace un diagnóstico acertado sobre las implicancias de trasplantar un arquetipo jurídico a la realidad hispanoamericana y, en concreto, a la mexicana, sin considerar la fisonomía propia de los, en ese entonces, reinos de la monarquía indiana. De este modo, se intenta imponer un sistema jurídico sin atender a ninguna circunstancia que sea ajena a las consideraciones jurídicas, económicas, sociales y culturales contempladas, explícita o implícitamente, por el movimiento constitucional y codificador del siglo XIX. Tres ensayos dan luces sobre esta tesis.

En la parte primera, el artículo “Democratización del Código Civil” aborda la disyuntiva generada por la codificación civil y, a su juicio, “sus destinatarios”. En efecto, el autor observa cómo el liberalismo jurídico construye y cristaliza en el Código Civil mexicano a un sujeto legal único frente a una pluralidad, en los hechos, de personas, con cualificaciones disímiles, pero todas partícipes de la sociedad. Tal sujeto corresponde, según el Dr. Narváez, al liberal burgués. A él se le ha hecho un verdadero código a la medida, sin perjuicio de estar en coexistencia, en la praxis jurídica, con un grupo que el autor califica de desplazados y/o excluidos en este proceso histórico jurídico –la mujer, los menesterosos y los aborígenes–. Tal dicotomía es presentada y desarrollada, a juicio del autor, desde un presupuesto valórico indiscutible en el mundo moderno:

“Si viéramos al Código Civil como producto de mercado, como gusta al liberalismo y al neoliberalismo, entonces el Código debería contar con ciertas reglas mínimas de ‘calidad’ y de acercamiento hacia sus usuarios. Se habla de democratización del

¹ Consúltense también BRAVO LIRA, Bernardino, “Democracia y Liberalismo. De la modernidad a la Postmodernidad. El problema de su conciliación”, en: *Revista Derecho y Humanidades*, N° 14, p. 11 y ss. Si bien el diagnóstico es el mismo, las propuestas para enmendar tales paradojas son distintas.

Código justamente en una apreciación del ‘sujeto del Código’ digamos que la codificación decimonónica fue discriminatoria, y por tanto no democrática, paradójicamente a lo que se pensaba y debía derivarse de los principios de la Revolución francesa” (p. 2).

Así, señala a los sujetos olvidados del código y ejemplifica con casos específicos de “no democracia” dentro del código civil mexicano, a saber: la publicación de la ley, la renuncia a las leyes civiles particulares y la ignorancia de la ley. Aquellos apuntan a manifestar la contradicción ya expuesta, donde el destinatario y además el lenguaje –en el caso de los indígenas–; las personas en plural, son, paradójicamente en el plano legal, considerados como uniformes, sin atender a sus peculiares características, como sí lo hizo el frondoso derecho indiano. Interesante es resaltar el caso de la ignorancia de la ley, donde el juez hace de paladín de la justicia y no solo es “la boca de la ley”:

“Otra cosa buena tiene el artículo 21 –del Código Civil Mexicano– y es que por lo menos da cierta confianza y oportunidad al juez, ese juez que en la codificación decimonónica es solo boca de la ley, aquí puede por lo menos eximir de sanciones y conceder plazos; si no estamos dispuestos a esta discrecionalidad por la incompetencia de algunos jueces, entonces quiere decir que el sistema no funciona, porque la tarea del juez debería ser justamente ser esta, la de ‘aplicar la ley al caso concreto’ ley impersonal y a veces mezquina, mezquina por impersonal. No hay otro más apto que el juez que tiene delante una ‘regla’ y a una persona con nombre y apellidos para aplicársela, es él verdadero democratizador del derecho” (p. 14).

En la segunda parte, la publicación “De la justicia recta a la justicia ética pasando por la tortícolis legal: apuntes para una historia ética judicial en México” enfrenta el tema de la ética judicial. Recurre a la historia del derecho para evidenciar el contrapunto surgido entre el juez y la ética inmersa en su papel de hacedor de justicia:

“La ética medieval, y por tanto la castellana, está implícita en la actividad humana como objetivo necesario de todo ejercicio profesional; es más, aun cuando no se distinga entre moral y ética, las dos al final de cuentas se mezclaban en un concepto general de “comportamiento correcto”; de igual modo lo ha entendido el mundo anglosajón medieval (*behavior*) para la doctrina de los contratos; el compromiso, la obligación, la moral se encuentran en un círculo concéntrico; algunas formas de comportamiento podrán ser exigidas jurídicamente; parecía que con la división tajante entre moral y derecho, esta conmixtión se resolvería, pero se perdió la calidad humana intrínseca en la obligación, la voluntad se cosificó y todo aquello vinculado a la formación de la conciencia, el criterio y las virtudes se dejó en un plano metajurídico, intentando la peligrosa esterilización de las relaciones jurídicas” (p. 71).

De esta forma, explica con sencillez pedagógica el tránsito ideológico que separó derecho, justicia y moral en el mundo moderno. Bajo el imperio de la ley, lo importante es

su aplicación, sin interesar con la magnitud debida si se logra dar efectivamente a cada uno lo suyo. Si se alcanzaba tanto mejor. A diferencia de lo sucedido en el mundo hispánico anterior a las revoluciones independentistas, donde el juez aplica el derecho e imparte justicia contemplando tales actividades como un verdadero imperativo moral propio de su tamaña investidura, el legalismo reduce estos fines –la lucha por el derecho y la justicia– a un mera e insignificante adecuación al mandato de la ley, no importando si es justa o injusta y menos si es ética. El juez no tiene por qué responder a otro tipo de imperativos más que a los legales. El autor no se queda ahí, pues invita a reflexionar acerca de la ética en lo judicial y la figura del juez.

En la parte tercera, el artículo “*Wet history*. Itinerario histórico de la condición jurídica del mexicano emigrado a Estados Unidos” recoge el tratamiento étnico, jurídico y social dado al emigrante mexicano en los Estados Unidos, en base a la lectura y análisis de los documentos del Archivo Histórico de la Secretaría de Relaciones Exteriores Genaro Estrada. El mexicano es situado en el plano de una minoría constantemente discriminada por la cultura dominante y, particularmente por el sujeto que la representa, el norteamericano. Es una más de las paradojas de la globalización. Esta última, en una clara incitación a la apertura de las fronteras nacionales, diluye la soberanía nacional en pos de un mundo interconectado e intercultural, pero no da tregua en las tierras yanquis al trato, inhumano y horroroso, dado al forastero inmerso en un país y en una cultura distinta. Es la otra cara de un proceso, alabado por muchos y resistido por otros tantos. El sujeto vejado es el marginal, el humilde trabajador que emigra de su tierra no por gusto propio, sino que en busca de mejores horizontes económicos que su tierra natal no le pudo ofrecer. La constante se repite, ya que nuevamente el grupo en estudio es el marginado de la vida jurídica heredada de la codificación y constitucionalismo decimonónico.

A mi juicio, el libro representa un aporte refrescante a la historia del derecho, por cuanto valiéndose de esta disciplina y otras más, en un plano “interdisciplinario” y no “multidisciplinario”, exhibe la profundidad que pueden alcanzar los estudios realizados desde la óptica iushistoriográfica². Sin perjuicio de ello, no puedo dejar de hacer un par de observaciones.

En primer lugar, el autor parte de un presupuesto al menos cuestionable para justificar su metodología. Supone que la historia del derecho mira, tal cual es estudiada, solo aquella dimensión formal o legal de la realidad³. Al menos mi humilde acercamiento

² Se pueden consultar los artículos de los profesores Paolo Grossi, Faustino Martínez Martínez y Jaime del Arenal Fenochio sobre esta nueva metodología. Todos en: NARVÁEZ H., José Ramón y RABASA GAMBOA, Emilio. *Problemas actuales de la historia del derecho en México*. México, pp. 361-362. También véase: HENRÍQUEZ RAMÍREZ, Alfonso, “Reflexiones sobre la Historiografía del Derecho Nacional”, en: *Debates jurídicos y sociales. Tema Central: Derecho y Poder*. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 2, 2009, p. 465 y ss.

³ Al comienzo de su obra el autor comenta (p. IX): “La historia social del Derecho ha adquirido gran importancia en nuestro continente y especialmente en México como fruto del paulatino pero constante acercamiento de la historia del Derecho hacia la historia general, tal vez iniciado en el *Encuentro de estudio* celebrado en Florencia los días 26 y 27 de abril de 1985, donde Paolo Grossi y Jacques Le Goff discutieron los posibles alcances metodológicos de un virtual trabajo de colaboración entre estos dos campos del saber histórico y que dio por resultado la sensibilización en los estudios histórico-jurídicos. Era imprescindible otorgar una dimensión más humana y social a una ciencia jurídica que en el siglo XX había llegado a concebirse como pura y por tanto indolente de los problemas empíricos y cotidianos que involucraban a los diferentes personajes que la constituían (las cursivas son mías).

a la disciplina me indica que tal aseveración es un tanto ingrata, pues reduce o deja la impresión de que los iushistoriadores son los historiadores de los papeles, constituciones, códigos y reglamentos. Sin entrar en detalles porque este no es el lugar indicado para ello, los grandes exponentes de la disciplina consideraron y siguen contemplando la gravitación de lo jurídico en la realidad, su permeabilidad y efectividad⁴. Ahora bien, si el problema es una cuestión de matices, es una acotación de suyo legítima. Esta, a su vez, envuelve la segunda cuestión.

En efecto, la novedad del enfoque “interdisciplinario” es porque, precisamente, confluyen varias disciplinas para entender los problemas que plantea lo jurídico. Interesante a todas luces. Sin embargo, aquí está el riesgo que debemos advertir. ¿Cuál es el límite a la metodología en asunto? ¿Qué distinguirá a un artículo para ser calificado de histórico, histórico-jurídico o sociológico o, sencillamente, no existirán esas barreras? Si se diluye la preponderancia de una disciplina a la hora de elaborar una monografía, se puede caer en la impertinencia de hablar de muchas cosas, pero contribuir a la distorsión y desconocimiento de otras tantas. Si bien el texto es claro, al tener como eje los problemas iushistoriográficos, su reseña me ha servido de excusa para llamar la atención sobre un eventual problema de este tipo.

ROBERTO CERÓN REYES

THAYER ARTEAGA, William. *Dimensión Histórica del Código del Trabajo*. Santiago: Ediciones Universidad del Desarrollo, 2008, 171 p.

El destacado abogado, jurista, académico y profuso escritor en materias de Derecho Laboral Sr. William Thayer Arteaga, ha concedido el privilegio de entregar a la comunidad académica y nacional, a fines del año recién pasado, su más reciente obra intitulada *Dimensión Histórica del Código del Trabajo*. Thayer, protagonista *in situ* y testigo directo del sinnúmero de reformas de las que ha sido objeto el ordenamiento jurídico laboral, ya sea desde su ingreso a la Facultad de Derecho de la actual Pontificia Universidad Católica; como alumno en la cátedra de Derecho del Trabajo del entonces

⁴ Sin ánimo de hacer una apología, me permito enunciar algunos trabajos presentados en el XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado en Lima, en septiembre del año 2003. En ellos se rebasa con creces la dimensión formal o meramente legal del tópico objeto de estudio. Por orden: Tomo I: TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “Legislado sobre el cuerpo y el alma. El tratamiento del cuerpo y los gestos en el derecho indiano”, pp. 27-90; VILA VILAR, Enriqueta y; VILA VILAR, Teresa, “Algo más sobre los pleitos colombinos: Nuevos elementos jurídicos”, pp. 181-196; BISIO DE ORLANDO, Raquel, “Las Temporalidades de Salta”, pp. 229-259; STORNI, Carlos Mario, “La tenencia de la tierra. El contrato de arrendamiento rural en el Río de la Plata (siglo XVIII)”, pp. 343-360; SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “El juzgado general de bienes de difuntos”, pp. 401-436. Tomo II: GALLEGO, José Andrés, “Los fundamentos doctrinales del Derecho Indiano de esclavos”, pp. 153-178; ASPPELL, Marcela, “¿Qué quedará de mí cuando te vayas? Abandono y violencia en los contextos familiares indios del último cuarto del siglo XVIII”, pp. 195-226; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, “Una visión Historiográfica del Derecho Indiano Provincial y Local”, pp. 309-336; HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro, “Los abogados de Lima colonial. Una perspectiva cultural y social de la profesión legal”, pp. 425-437. Tomo III: ALTUVE-FEBRES LORES, Fernán, “De las juras reales al juramento constitucional trayectoria de un sacramento político”, pp. 139-162; RAMOS NÚÑEZ, Carlos, “El indigenismo jurídico: de la caridad a la reivindicación”, pp. 243-260.

profesor y ex presidente Eduardo Frei Montalva, del cual fue, posteriormente, su Ministro del Trabajo (1964-1968); su profunda cercanía a la Iglesia Católica y a uno de sus más fervientes apóstoles en el Chile de la primera mitad del siglo XX, el ahora San Alberto Hurtado Cruchaga; hasta su activa participación en la elaboración del plan laboral del gobierno militar (1978); su rol de senador institucional bajo las administraciones de los gobiernos civiles de Aylwin y Frei Ruiz-Tagle, entre otros tantos cargos ocupados en el, a su juicio, *largo siglo laboral*.

El autor expone, desde lo que él acuña *dimensión histórica* (en palabras del mismo: *circunstancias que rodean a una norma e influyen en su advenimiento, desarrollo, vigencia y, no menos importante, su aceptación, rechazo, apego o antipatía por parte de la comunidad afectada*) una serie de temas propios del mundo del trabajo y, más concretamente, del Derecho del Trabajo.

El libro se compone de una presentación, a cargo de los destacados *iuslaboralistas*, Cecily Halpern Montecino y Héctor Humeres Noguero; un prólogo a cargo del propio Thayer Arteaga, en donde presenta la hipótesis de trabajo del ensayo –*dimensión histórica del Código del Trabajo*–; y tres partes que conforman la estructura orgánica de la obra. El *corpus* del libro se compone de diez tópicos que el académico consideró importantes abordar, a manera de ensayo y en una prosa sencilla, afable y dinámica, pero aguda y penetrante a la vez.

En la primera parte (pp. 25-44) el autor, apretada y certeramente, discurre sobre el camino recorrido por la moderna legislación laboral chilena, surgida a raíz de los movimientos obreros de fines del siglo XIX, como respuesta al capitalismo industrial decimonónico; las influencias de Carlos Marx y Federico Engels acerca del capital y del trabajo; el papel de la Iglesia a través de sus encíclicas sociales, partiendo de la conocida *Rerum Novarum* de Pío XIII (1891) y su gravitación en el mundo obrero de ese entonces. En efecto, da cuenta de los principales intentos y cristalizaciones en normas laborales, acaecidos en el *largo siglo laboral*. En este sentido, enuncia las principales leyes surgidas en las primeras décadas del pasado siglo XX; el proyecto Conservador de 1919; el surgimiento de la OIT; el proyecto de Código Laboral de Arturo Alessandri Palma, de 1921; la legislación que emerge del *Ruido de Sables* de 1924; el Código del Trabajo de 1931 –DFL N° 178–; sus posteriores reformas y agregaciones más importantes; el *Plan Laboral* de 1979; el Código Laboral de 1987; sus ulteriores modificaciones y novedades, refundidas en el Código del Trabajo de 1994, nuevamente alterado con la floreciente legislación, la que es contenida en el Código Laboral de 2003; y las últimas y recientes reformas en material previsional y procesal laboral.

En la segunda parte (pp. 47-88), Thayer se aboca a una sucinta exposición acerca de las implicancias jurídicas de diez materias que él ha considerado indispensables analizar de manera crítica en la tercera parte del libro. Los temas seleccionados, literalmente, son: 1.- La empresa y los trabajadores. Del conflicto a la participación. 2.- Contrato de Trabajo. La persona humana y su trabajo. Retribución y no precio. 3.- Salario fijo y productividad. Participación en las utilidades y participación en el producto. 4.- Antagonismo y lucha de clases. Participación económica, psicológica y moral. Trabajar en lo propio. Protagonismo. La tarea común. 5.- La duración del contrato de trabajo: indefinida, de plazo fijo, transi-

toria. Empresas proveedoras de servicios transitorios. 6.- Indemnizaciones por término del contrato: indemnizaciones compensatorias del mes de aviso y por años de servicio. Valor de los finiquitos. 7.- Sindicatos y negociación colectiva después de la vigencia en Chile de los CIT 87 y 98 (1 de febrero de 2000) y la ley de reforma laboral (19.759, 1 de diciembre de 2001). 8.- Las leyes y la Constitución chilenas ante la OIT, los convenios internacionales y el Derecho Humanitario Internacional. Paros y huelgas. 9.- Infracciones de la ley laboral: artículos 474, 475, 476, 478 y 481 del Código Laboral. La reforma procesal laboral y su vigencia. El despido antisindical: arts. 292 y 294. 10.- Prescripción de los derechos y acciones regidos por el Código del Trabajo (art. 480 en concordancia con los arts. 162 y 478, inc. 18 DL N° 3500).

La tercera parte, la más extensa y fructífera de todas (pp. 91-164), el autor echa mano a su dilatada y aquilatada experiencia, protagonismo y sabiduría en los temas arriba indicados, para analizarlos desde su *dimensión histórica*. Con un hondo conocimiento de cada uno de ellos, Thayer emprende con apoyo de una perspectiva que recurre, según los temas en cuestión, a puntos de vista históricos, filosóficos, teológicos, culturales, sociales, económicos y políticos, el análisis y evolución, en algunos casos, de las materias laborales que ha elegido y expuesto en la segunda parte del libro las que, junto con otras tantas, forman parte de lo que él ha denominado *el largo siglo laboral* (1891-2008). Con un juicio moderado y, ante todo, velando por el interés de la persona humana y del bien común de la sociedad, acompaña el desarrollo de esta parte del texto con provocadoras opiniones (vgr. Cuando aborda el tema de la subcontratación y la controversia de las condiciones remunerativas entre este tipo de trabajadores con aquellos que, ejerciendo la misma labor, dependen directamente de la empresa principal; la justificación de la indemnización por años de servicios; la prescripción de las acciones que emanan del contrato de trabajo y la legislación laboral, por referirme a algunas), contribuyendo al intenso debate que sobre tales materias se entretiene en la doctrina y en la comunidad nacional. Lo anterior evidencia la *auctoritas* del autor del texto, propias de un jurista que conoce su disciplina, la recorre desde sus raíces más profundas, y que no duda en acompañar con una cabal comprensión de la realidad.

El ensayo de Thayer representa un valioso aporte para quienes se dedican al estudio y práctica de esta rama del ordenamiento jurídico. Su mérito estriba no tanto porque vaya a representar un instrumento útil y directo para los *operadores del derecho laboral*, sino porque permite entender, desentrañar y aprehender el verdadero espíritu que impregna al Derecho del Trabajo. De este modo, el libro significa una rica herramienta hermenéutica. Gracias a trabajos como el emprendido por el destacado académico, hemos de mirar más allá de la *historia fidedigna de la ley*, aplicando en su verdadera dimensión el Derecho del Trabajo, la más humana de todas las disciplinas jurídicas.

Finalmente y parafraseando al autor: *“quien firma esta monografía introductoria solo ha pretendido estimular una discusión sobre un asunto fascinante y actual”*

ROBERTO CERÓN REYES

PALAVECINO Claudio. *Subcontratación. Régimen Jurídico del Trabajo Subcontratado y del Suministro de Personal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, 121 p.

La publicación de la Ley 20.123, que regula el trabajo en régimen de subcontratación, modificando la responsabilidad desde la subsidiariedad hacia la solidaridad de la empresa principal y que reconoce el suministro de personal en nuestro ordenamiento laboral, fue la oportunidad elegida por el profesor Claudio Palavecino para dar a conocer a la comunidad laboralista su primer libro: "Subcontratación". Se trata de un libro pequeño, si de páginas se trata, pero de abundante contenido teórico sobre las instituciones jurídico-económicas que han servido de cauce a la descentralización productiva en las empresas chilenas y de innegable utilidad práctica.

Un aspecto característico del pensamiento de Palavecino, que se muestra en este libro, es su defensa de la libertad del hombre en el ámbito de las relaciones de trabajo y, como consecuencia, la denuncia de cuanto pueda atentar contra ella. Perspectiva valiosa, si consideramos que en el Derecho del Trabajo chileno campea, casi sin contrapesos, una visión que desconfía de la libertad de las partes contratantes y aboga por la intromisión legislativa para guiar la voluntad de ese eterno incapaz, que es el trabajador, y por poner cortapisas al emprendimiento promovido por la avaricia del empleador. Este solo contraste, sino avance, sería de suyo suficiente para considerar esta obra como un aporte.

El libro comienza con una interesante introducción, en la que el autor hace un diagnóstico del estado actual de la disciplina, caracterizándola como exegética, ideologizada e incomunicada con las demás áreas del conocimiento que se cruzan con el mismo objeto de estudio; diagnóstico con el que no podemos sino estar de acuerdo, pero agregando que el estilo también ha sido descuidado (salvo dignas excepciones, algunas citadas por el autor), pues se ha dado rienda suelta, por una parte, a la socarronería fatua y pretenciosa, que pretende mediante una retórica burlona suplir la necesaria argumentación dialéctica de las posturas políticas o valorativas que se esgrimen, o, por otra, a los atavismos paternalistas impropios de una sociedad abierta. Es más, algunos autores han convertido en costumbre el condimentar sus hipótesis y críticas (ya sea en textos o conferencias), con indigestantes dosis de fantochería e insolencia, pretendiendo que nos las traguemos sin más. Lo que habla muy mal no solo de esos autores, sino también de la comunidad científica que se alimenta de tan tóxicos platos sin hacer siquiera un aspaviento.

El iuslaboralismo nacional parece cautivo de un embelesador canto de sirenas que, como a los marinos de la antigüedad, le hace perder el rumbo. Por lo mismo, se agradece a Palavecino, la fundamentación –y no solo la afirmación– del por qué el papel del Derecho del Trabajo debe transitar desde la lógica de la protección al trabajador –visión tuitiva clásica–, que pertenece a un contexto económico y social superado, hacia otra "*basada en la eficiencia económica frente a las necesidades del mercado*", rematando con que la pervivencia del Derecho del trabajo pasa por convertirse en un "Derecho de la empresa". Agrega que: "*el mantenimiento y, todavía en mayor grado, la elevación de los niveles de vida de la sociedad civilizada, exigen un constante incremento en la producción de bienes y servicios*" y, ante esta realidad, no puede el Derecho del Trabajo convertirse en una rémora al progreso y al bienestar de la sociedad.

En el primer apartado del libro se hace referencia de forma breve, pero concisa, a las distintas manifestaciones del fenómeno de la descentralización productiva, siendo la contratación y subcontratación de obras o servicios, y el suministro de personal las formas más significativas en que se presenta. El autor entiende por subcontratación aquella modalidad de descentralización productiva en que una empresa principal encomienda la realización de una o más obras o servicios, a una empresa contratista o subcontratista que la llevará a cabo con sus propios trabajadores. Respecto del suministro de personal, este consiste en que una empresa de servicios transitorios (EST) cede, por medio de un contrato civil o comercial, trabajadores a otra empresa –la usuaria– para que esta los integre a su organización productiva, ejerciendo sobre ellos potestades propias del empleador; esta categoría de descentralización productiva no tenía reconocimiento antes de la Ley 20.123. Por el contrario, el Código del Trabajo en su art. 3° define al empleador como “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas, en virtud de un contrato de trabajo”, lo que unido al art. 7° que establece los elementos esenciales del contrato de trabajo, al 8° que establece una presunción de relación de trabajo si se cumplen los requisitos del art. 7° y, al carácter consensual de dicho contrato, art. 9°, proporcionaba argumentos suficientes, a los críticos de esta forma de descentralización, para oponerse a ella. Así, se sostuvo que servía para evadir las obligaciones propias del empleador real –la usuaria– e impedir el ejercicio de los derechos colectivos (sindicalización y negociación colectiva) de los trabajadores suministrados.

Ya en el segundo apartado, y utilizando como presupuesto que la regulación contenida en la Ley 20.123 encoge de tal manera las garantías contempladas en la Constitución Económica, específicamente, los derechos de libertad de empresa y contratación (por lo que su articulado debe ser interpretado de forma restrictiva, estando descartada la analogía o su aplicación para integrar otras partes del ordenamiento), se procede al análisis de “Las responsabilidades empresariales del trabajo en régimen de subcontratación”, en que el autor defiende tres tesis fundamentales. La primera de ellas es que existe un elemento locativo, de lugar o geográfico tipificante del trabajo en régimen de subcontratación; la segunda, que la responsabilidad solidaria “en cascada” de la empresa principal, respecto de sus contratistas y subcontratistas alcanza hasta tres grados de la cadena de subcontratos (empresa principal-contratista-subcontratista; contratista-subcontratista-subcontratista); la tercera, que las obligaciones por las que responde solidariamente la empresa principal o la contratista, respecto de sus contratistas o subcontratistas, según el caso, solo se refiere a las obligaciones laborales y previsionales legales (no las contractuales) y por los montos mínimos que establece la ley.

Respecto a la primera tesis, el autor, estima en virtud del texto del art. 183 A del Código del Trabajo y una interpretación sistemática de sus normas, que las cargas que la Ley ha impuesto al trabajo en régimen de subcontratación, solo alcanzan a aquellos casos en que la obra o servicio subcontratado deba ejecutarse en un espacio físico cuyo dominio, posesión o mera tenencia corresponda a la empresa principal. Por lo tanto, otros casos en que no se cumpla con tal elemento geográfico tipificante, están exentos del sistema de responsabilidades de la Ley 20.123. Este criterio locativo, de carácter objetivo y verificable factualmente, es uno de los aportes de este libro hacia un mayor grado de seguridad y

garantismo en el ejercicio de las actividades que crean riqueza. Aquí, indirectamente, Palavecino nos recuerda un tópico que se tiende a perder de vista cuando hablamos de Derecho del Trabajo, y es que este trata también sobre la regulación del mercado –mercado del trabajo– por lo que debiera tener algún grado de funcionalidad con la realidad que pretende normar.

La segunda tesis defendida por el autor es que la responsabilidad (solidaria o, en su caso, subsidiaria) de los empresarios que se vinculan en una cadena de contratos y subcontratos tiene un límite, y este sería que se responde hasta por dos eslabones consecutivos de la cadena, es decir, desde la empresa que incumplió con sus trabajadores subcontratistas, se puede subir hasta dos eslabones más en la cadena. Esta conclusión, a mi juicio, no se condice con el tenor literal del texto legal, que no señala límite alguno, y por muy justificada que esté la interpretación restrictiva, no debemos olvidar que el tenor literal no debe ser desatendido cuando sea claro, lo contrario, implica abandonar el plano interpretativo para entrar al legislativo, sin perjuicio de los problemas de *lege ferenda* que se puedan enunciar. Además, en esta parte, queda la impresión de que se adhirió con demasiada rapidez a la opinión de otros autores citados en el libro, sin exponer al efecto un razonamiento lo suficientemente contundente.

Refiriéndose al alcance objetivo de las responsabilidades del régimen de subcontratación, el autor sostiene la tesis de que el empresario principal o el contratista, en su caso, solo responde por las obligaciones laborales y previsionales de dar que sean de fuente legal y por los montos mínimos legales. Esta interpretación resulta un tanto forzada, por la debilidad de los argumentos en relación con la conclusión alcanzada, parece más conforme al cuerpo normativo en estudio la opinión de que la responsabilidad alcanza tanto a las obligaciones tanto de fuente legal como contractual, pues la ley no distingue, y cuando lo hizo fue solo a propósito de las indemnizaciones por término de contrato de trabajo, señalando que en ese caso se trata de las legales, además –como se dijo– las excepciones deben interpretarse restrictivamente y no ampliarse a casos no previstos por la norma. Ahora, proponer, como lo hace el autor, que se responde solo por los montos mínimos legales, porque lo contrario implicaría promover posibles abusos o fraudes en contra del empresario principal, parece contradictorio con los propios postulados defendidos en la obra, pues el autor se manifiesta en todo momento contrario a legislar presumiendo la mala fe; en mi opinión, si hay abuso o fraude, este debiese ser probado en el tribunal de la instancia, y no puede ser la causa para restringir *a priori* la cuantía de los eventuales créditos que tenga el trabajador.

Finalmente, el libro del profesor Palavecino, interesará ya sea a abogados, jueces y académicos como a estudiantes que deseen profundizar las instituciones que aborda; se trata además de un libro bien escrito, en que el autor no solo muestra una pluma ágil y amena, sino que la maestría de quien se pasea con propiedad por cuestiones no solo jurídicas, sino también filosóficas, económicas y hasta poéticas si son pertinentes, y, como Orfeo, nos invita a no perder el rumbo ante el canto de las sirenas.

JORGE MARTÍNEZ RIVERA

LIZAMA PORTAL, Luis, UGARTE CATALDO, José Luis. *Subcontratación y suministro de trabajadores*. Santiago: Editorial LexisNexis, 2007, 167 p.

Los profesores de Derecho del Trabajo y autores de una profusa bibliografía en esta área del derecho, señores Luis Lizama Portal y José Luis Ugarte, han escrito, en calidad de coautores, un pequeño texto sobre la subcontratación y el suministro de trabajadores, ambos temas de relevancia jurídica, tanto práctica como teórica, en el actual derecho del trabajo chileno.

El libro, con características propias de un manual, no por su contenido, el cual es interesantísimo, sino por la forma y metodología en la exposición de las materias, se divide en tres capítulos y un anexo. En el primero de ellos, se aborda el presupuesto temático subyacente a estas nuevas formas de contratación laboral, es decir, “Las relaciones triangulares de trabajo y el Derecho del Trabajo” (pp. 1-15). En el segundo, los autores tratan “El trabajo en régimen de subcontratación” (pp. 17-67), mientras que el tercer y último capítulo lo dedican a “El suministro o cesión de trabajadores” (pp. 69-126). Finalmente, trae incorporado un anexo que contiene la Ley N° 20.123, que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicio transitorio y el contrato de trabajo de servicios transitorios, del año 2006 (pp. 129-146), y el Decreto Supremo N° 76 que aprueba el reglamento para la aplicación del artículo 66 bis de la ley N° 16.744, sobre la gestión de la seguridad y salud en el trabajo en obras, faenas o servicios que indica, del año 2007 (pp. 147-167). Lamentándome de no poder extenderme sobre los contenidos del libro, haré algunas observaciones sobre algunos tópicos que considero de relevancia mostrar a un eventual lector, para interesarlo en los temas en él contenidos.

En el capítulo primero, los autores presentan y desarrollan, como ya he dicho, las relaciones triangulares de trabajo, dentro de una forma más de los modernos sistemas de contratación laboral. Con una precisión encomiable, explican breve pero agudamente, las transformaciones económicas que han llevado a las empresas a tener un modelo productivo flexible, en donde la llamada “descentralización productiva” permite a los actores económicos amoldarse a los vaivenes del mercado. En este sentido, el recurso de trabajo –léase trabajadores– debe, frente a esta nueva realidad, adaptarse a las tendencias globales de la economía. Así, la intervención ya no de dos sujetos claramente identificados (empleador y trabajador), propia del derecho del trabajo clásico e industrial, sino que de tres sujetos (empresa que externaliza el proceso productivo, la empresa que asume tal tarea y los trabajadores de esta última) pasa a ser parte, en forma permanente y sostenida, del actual panorama laboral.

Siguiendo a los expositores “...la trilateralidad laboral puede adoptar, en lo fundamental, dos modalidades: la subcontratación laboral y el suministro de trabajadores...” (p. 4). El primero, caracterizado por el encargo realizado a una empresa a otra para la producción de algún bien o servicio, el cual es ejecutado a cuenta y riesgo de la segunda, con su propia fuerza de trabajo. La segunda modalidad, tiene como fin transitorio, poner a disposición de una empresa, llamada usuaria, un determinado número de trabajadores contratados por una empresa de servicios transitorios –en adelante EST–, a fin de que

estos últimos lleven a cabo labores no permanentes en la primera, la cual ejerce *de facto* el vínculo de subordinación y dependencia. La distinción resulta esencial para comprender las finalidades a las que responden estas peculiares formas de trabajo, siendo claramente explicada por los autores. Asimismo, señalan el conveniente criterio de la subordinación laboral, utilizado por el legislador, como saludable criterio de dilucidación frente a las figuras ya señaladas.

En el segundo acápite, tratan el trabajo en régimen de subcontratación, donde detalladamente se exponen todos los aspectos propios de esta figura jurídico-laboral, facilitándole enormemente la tarea al jurista cuando se vea enfrentado a situaciones relacionadas con el tema. De esta manera, pasan revista a los elementos del trabajo en régimen de subcontratación y la responsabilidad de la empresa principal, conteniendo ambos puntos un cúmulo de diversas aristas. Aquí se trasuntan las opiniones doctrinales y políticas de los autores. En efecto, en cuanto a la pertinencia de ejecutar y realizar los servicios u obras contratadas por la empresa principal, sugieren la complementación de tres criterios (p. 21-23) para aclarar la existencia del trabajo en este régimen. Tales son el *elemento locativo* –propuesto como criterio único por el profesor Claudio Palavecino–, es decir, que los servicios u obras se efectúen en las dependencias de la empresa principal, el *elemento de la propiedad de la obra o faena* –sostenido también como parámetro exclusivo por la Dirección del Trabajo–, o sea, la suficiencia de que la empresa principal sea la propietaria de las obras o faenas, indistintamente del lugar donde estos se realizan.

Por último, los autores, a *motu proprio*, sugieren prestar también la atención al *proceso productivo*, donde la intervención del contratista o subcontratista, en algún proceso productivo de la empresa principal, es también un indicio necesario para aceptar o desecharse la existencia de este régimen. A mi juicio, la opción conjugadora de estos tres puntos de vista es del todo adecuada, por cuanto clarifica todo tipo de dudas.

Los autores, a propósito de la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal y su extensión –eventualmente solidaria si no ejerce los derechos de información y retención–, comentan la amplitud con la que se ha interpretado la expresión “obligaciones laborales y provisionales”, y ponen de relieve el “no consistente”, a sus juicios, baremo impuesto por la Corte Suprema, en el sentido de excluir de pago al demandado subsidiario la indemnización por lucro cesante. Señalan que “esta conclusión a la que llega nuestro máximo tribunal no es consistente ya que, sin perjuicio que la construcción dogmática que ha permitido exigir al empleador el pago de las remuneraciones se encuentra fundada en un principio general del derecho común (protección de la buena fe) y no en un principio específico del derecho del trabajo, resulta obvia la aplicación de las normas del derecho de los contratos al contrato de trabajo” (p. 38). De este modo, afirmándose en lo sostenido por los votos de disidencia, sostienen que la indemnización en cuestión surge de la vinculación laboral de las partes –trabajador y empresa contratista–, circunstancia que los inserta dentro de la esfera de fiscalización del deudor subsidiario. Tamaña posición admite, a mi juicio, severas observaciones.

Aceptar plenamente la incorporación de las normas de contratación del derecho común en materia laboral, siempre y cuando no entren en contradicción con los principios y reglas imperantes en el Derecho del Trabajo, me parece del todo plausible. Empero,

pretender ampliarlas sin ninguna consideración a la especial figura de la subcontratación es algo complicado, ya que esto implicaría el traslado a un demandado subsidiario –y eventualmente solidario–, de riesgos que no pudo prever en su contratación, como asimismo asumir costos imprevisibles en su estructura productiva –es el caso de la indemnización por lucro cesante–, puesto que quien contrata y despide no es la empresa principal. A todas luces, es controvertido afirmar que la empresa principal asuma la irresponsabilidad del contratista o subcontratista que por opción propia y, en ejercicio de su legítima potestad de dirección de su empresa, decida despedir a un trabajador sin tener que consultar a la empresa principal. Ahora bien, surge de inmediato la interrogante sobre ¿quién le paga al trabajador su lucro cesante? Es una respuesta que por razones de justicia puede ser respondida con la orientación dada por los autores. Sin embargo, para no generar el juicio aquí vertido, es de suyo conveniente que una reforma legal señale expresamente el pago de este tipo de indemnización pecuniaria por parte del demandado subsidiario, si procediese. La certeza en la contratación, justamente anhelada por quien opera su empresa a través de esta modalidad y la justicia de la indemnización merecida por el trabajador, se verían innegablemente conciliadas. Además, estaría del todo clara la sede judicial –laboral– en donde demandar estos perjuicios pecuniarios.

La segunda parte del texto está dedicada a tratar el suministro o cesión de trabajadores. Al igual que con el tema de la subcontratación, los autores exhiben un dominio y precisión de las materias, tornándose imprescindible su consulta. Pásase revista a la historia de esta figura, la cual se remonta a la inusual figura del suministro de trabajadores como una forma de simulación laboral encubierta. A el reconocimiento y adecuación legal de dicha institución; los objetivos de la ley 20.123 respecto al suministro de trabajadores y la excepcionalidad del principio de la realidad –pues la empresa usuaria pasar a ser un empleador *de facto*, conservando la empresa de servicios transitorios –EST– la misma calidad, pero en el plano jurídico y actuando esta última, operativamente, en términos jurídicos–. También tratan las EST; el contrato de puesta a disposición –convención en virtud de la cual una empresa usuaria acuerda con una EST la puesta a disposición de un grupo de trabajadores suministrados por la segunda, para que estos desempeñen ciertas tareas, cuyas causas se encuentran señaladas expresamente en la ley, y por un período transitorio–, eje central de tal figura; el contrato de trabajo transitorio; el régimen jurídico del trabajador transitorio; la situación legal de la empresa usuaria y el suministro ilegal de trabajadores y sus sanciones. Temas todos que dejan a la obra en una posición aún insuperada por la doctrina nacional. No obstante ello, los autores reafirman más fuertemente sus opciones no solo jurídicas, sino que también políticas en torno a esta materia. Veamos algunas de ellas.

En primer lugar, se alude a la figura del suministro, anterior a su regulación en la ley 20.123. El panorama para el trabajador era, simplemente, desolador. En ausencia de una regulación jurídica, se prestaba para la utilización de trabajadores por parte de aquellas empresas que contrataban los servicios de suministro, según las opciones que el vacío legal daba para utilizar una mano de obra permanente y no transitoria, a un menor costo, ejerciendo de hecho una amplia potestad de mando y, lo más paradójico, liberándose de cualquier tipo de responsabilidad pues, en el plano jurídico, no era el empleador. Comparando el juicio de los autores:

“Eran, por así decirlo, los trabajadores ideales para la usuaria: no tiene contrato formal de trabajo con ella, no había que responder por sus derechos laborales ni previsionales, no se sindicalizaban, y no negociaban colectivamente, y por si fuera poco, si solicitaban la intervención de la autoridad administrativa, la Corte Suprema consolidaba toda esta situación declarando que la Inspección del Trabajo carecía de competencia en esta materia (solo puede cursar multas por sanciones obvias, evidentes y no controversiales)” (pp. 75-76)**.

En segundo lugar, Lizama y Ugarte, a la hora de evidenciar la excepcionalidad del principio de la realidad, alterado por las razones ya señaladas, explicitan un juicio excesivamente populista y peligroso. Respecto a la alteración de este principio clásico del derecho del trabajo indican que “Se trata de un negocio doloroso, qué duda cabe, para el laboralismo clásico: hay que despedirse del canónico principio de primacía de la realidad. Y además, al decir de LOY, ‘Hay que superar el principio de no disociación entre empresario formal y empresario sustancial, según el cual el trabajo humano, como norma, no puede ser objeto de alquiler...’ ” (p. 78). La nostalgia jurídica no es una buena consejera, prueba de ello es el propio derecho del trabajo, el cual va reformándose a medida que el consenso social lo indica, pues de lo contrario entraríamos en la vereda del raquitismo e inmovilismo jurídico o, en el polo opuesto, de utilizar los ordenamientos jurídicos como meros instrumentos de consignas políticas, olvidando el servicio al bien común, para usarlo al servicio de la ideología de turno. En este sentido, es clara la excepcionalidad en la alteración del principio de la primacía de la realidad, pero los hechos son más fuertes que las normas.

En tercer lugar y en consonancia con estos mensajes políticos más que jurídicos, está la opinión que los autores expresan a la hora de comentar el recurso de reposición que procede si a una EST se le cancela su inscripción en el registro respectivo. Señalan:

“De dicha cancelación se puede solicitar reposición, dentro de cinco días, a la Dirección del Trabajo, y de esa resolución, en caso de ser negativa, se puede reclamar dentro del plazo de diez días, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante”(p. 86), la nota al pie correlativa utiliza ante todo un lenguaje coloquial, pero a la vez ambiguo, propio de un periodista más que de un jurista, pues “¿Y por qué no ante el Juez del Trabajo como en la generalidad de las materias reguladas por el Código del Trabajo? Se trata de una curiosa concesión de la ley a las EST, las que preferían para estos casos *jueces menos deferentes con la Inspección del Trabajo*, como supuestamente sería las Cortes de Apelaciones” (p. 86).

Sembrar mantos de duda en torno a la judicatura es dañino para nuestras instituciones, pues sin entrar en este tipo de juicios y solo en atención a lo que se desprende del texto, concluyo que los Tribunales del Trabajo de primera instancia son más deferentes con la Inspección del Trabajo que las Cortes. Estimamos que la única deferencia admisible es con la virtud de la justicia.

*** El paréntesis es mío.

Finalmente, la norma del artículo 183AE, establece la duración del fuero maternal de la trabajadora transitoria. En efecto, este termina de pleno derecho una vez que la cesión en la empresa usuaria concluye (generalmente tanto el contrato de trabajo como el de puesta a disposición coinciden en su fecha de término), sin necesidad de solicitar previamente el desafuero ante el Juez del Trabajo. Al respecto, Lizama y Ugarte escriben: “El sentido de esta norma es bastante simple, aunque no necesariamente justificado... La EST se ahorrará, a fin de cuentas, tanto el tiempo del fuero maternal como el trámite judicial de desafuero”. Como se ha dicho en otro lugar****, es una norma novedosa, muy a tono con la flexibilidad que impone el actual sistema económico. El punto polémico no es la norma, sino la desprotección en la cual queda la trabajadora en estado de gravidez ¿Quién asume el costo de aplicación de la norma? A todas luces, un buen sistema de seguridad social contributivo y solidario, con un buen seguro de cesantía que incorpore tales estados de necesidad, será una forma de superar tales problemas. Aquellos no afectan solo las relaciones de los particulares, sino que inmiscuyen a toda la comunidad.

El libro cumple el objetivo de exponer pedagógicamente una materia de permanente aplicación práctica. Las críticas antes dichas, no le restan ni mérito ni utilidad a la obra en cuestión. Sin ellas, el libro sería aún más valioso.

ROBERTO CERÓN REYES

PLANET SEPÚLVEDA, Lucía. *Semana Corrida. Procedencia, ejercicios de cálculo e historia de la ley N° 20.281*. Santiago: Editorial PuntoLex S.A., 2009, 237 p.

En la amalgama jurídica encontramos textos para determinados públicos y usos. Algunos con una versada y contundente pericia, nos sorprenden por su acabada comprensión en torno al tema sobre el cual versan, provocando el interés a quienes disfrutan con la discusión y la reflexión. Por otra parte, están aquellos libros que, pese a su simpleza y practicidad, resultan ser una ineludible *receta jurídica* para los operadores del derecho, sirviendo a jueces y litigantes. Es dentro de estos últimos donde mejor encuadra la reciente obra de la Ayudante del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la escuela de Derecho de la Universidad de Chile, señorita Lucía Planet, acerca de la polémica ley de la semana corrida.

Planet, con una marcada sistematización y haciendo uso de la técnica exegética, aborda en seis capítulos lo necesario para entender y aplicar, en su caso, la ley en cuestión. Al comienzo de la obra, la autora hace una breve alusión a la ya consagrada norma de la semana corrida, cuyo origen se remonta a mediados del siglo XX, como una forma de evitar el *san lunes* en los trabajadores remunerados por día. Sigue con las circunstancias

**** Véase CERÓN REYES, Roberto y PEROTI DÍAZ, Felipe, “Una decisión controvertida: contrato a plazo fijo y fuero maternal”, en: *Actualidad Laboral*, abril-mayo 2009. Publicación del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile.

que rodearon la ampliación de este beneficio a través de la ley N° 20.2081, que buscaba en sus inicios de la tramitación parlamentaria, la justa pretensión de igualar el Ingreso Mínimo Mensual al Salario Mínimo. Sin embargo, ya madurada la discusión y con un *aparente* conocimiento de los honorables Diputados y Senadores, se realizan, entre otras, las indicaciones que modifican el artículo 45 del Código del Trabajo, el más discutido e interpretado en los últimos meses.

El *corpus* central del texto entrega las herramientas necesarias para llevar a la práctica la ley N° 20.281. Con auxilio de los dictámenes emitidos por la Dirección del Trabajo, Planet distingue entre los requisitos de procedencia y la base de cálculo de la semana corrida. En cuanto a los primeros, cabe señalar la remuneración devengada por día, la remuneración mensual acompañada por remuneraciones variables (estas últimas devengadas diariamente, principal y ordinaria) y jornada de trabajo distribuida en 5 o 6 días como presupuestos necesarios para aplicar el artículo 45 del Código del Trabajo. Asimismo, se analizan los casos de los trabajadores exceptuados de jornada, aquellos remunerados por hora, dirigentes sindicales, choferes, vendedores y retail y ejecutivos. Respecto a los segundos, destacan las consideraciones en torno a los días legalmente trabajados, las ausencias justificadas e injustificadas, entre otros, las que acompañadas de una serie de ejercicios prácticos, facilitan la aplicación de la ley.

En la última parte del libro, se encuentra una breve referencia a los efectos de la semana corrida, las interpretaciones que ha dado la Dirección del Trabajo y los eventuales –pero descartados a juicio de la autora– conflictos de constitucionalidad que acarrearía la aplicación de la norma.

Finaliza el texto con un anexo que contiene los dictámenes que, en torno al tema, han emanado de la Dirección del Trabajo, para –actuando como un verdadero legislador y coenjuiciador preventivo– circunscribir el ámbito de aplicación. Acompaña a esta parte una sistematización de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, la que representa, a mi juicio, una forma muy ilustrativa y poco decorosa del actuar, tan habitual de un tiempo a esta parte, de los legisladores en determinadas materias. El resultado no podía ser otro, pues se llegó a la vergonzosa situación de tener que recurrir a los parches administrativos de un alicaído servicio de la Administración Pública. Servicio político por excelencia. Desviado de los intereses superiores del Estado y obnubilado por el programa político del gobierno de turno.

La técnica utilizada para construir este manual se ajusta a los cánones propios de este tipo de libros, que en pos de prevalecer la vertiente práctica de los temas, se alejan del análisis doctrinal que subyace en las materias tratadas. En este sentido, deberíamos recordar lo dicho por Von Kirchmann al señalar que “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en papeles inútiles”. No obstante, el trabajo de la autora al ser flexible y estar bien estructurado no debería, en principio, correr este riesgo.

ROBERTO CERÓN REYES

BODANSKY, Daniel, BRUNÉE, Jutta y HEY, Ellen (editores). *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007. 1080 p.

Los profesores Bodansky, Brunnée y Hey han editado, con la cooperación de otros 45 académicos, juristas y abogados de reconocido prestigio internacional en Derecho Ambiental, este *Handbook*¹. La extensión de la obra es un claro reconocimiento a la complejidad de análisis y estudio en que se ha tornado el Derecho Ambiental Internacional (de ahora en adelante DAI), y que en Chile aún se encuentra en un estadio temprano de estudio y adopción.

La obra es una recopilación de ensayos libres e independientes unos de otros, realizados por los partícipes. Estos, a su vez, se encuentran recopilados en ocho grandes tópicos: I- “General Issues” (Cuestiones Generales [pp. 29-202]), comprende ocho ensayos². II- “Analytical Tools and Perspectives” (Herramientas y Perspectiva Analítica [pp. 205-312]), contiene cuatro ensayos. III- “Basic Issue Areas” (Áreas Temáticas Básicas [pp. 315-422]), concentra cuatro ensayos. IV- “Normative Development” (Desarrollo Normativo [pp. 425-527]), con cuatro ensayos. V- “Key Concepts” (Conceptos Claves [pp. 531-723]), compuesto por nueve ensayos. VI- “Actors and Institutions” (Los Actores y las Instituciones [pp. 727-889]), comprende ocho ensayos y VII- “Implementation and Enforcement” (Implementación y Cumplimiento legal [pp. 893-1056]), termina la obra con siete ensayos.

Señalan los editores en el Prefacio del *Handbook*, que el propósito principal de la obra es realizar un análisis del desarrollo que ha tenido el DAI. Esta labor no solo se agota utilizando herramientas y argumentos propios del estudio del Derecho Internacional (como podrían ser los tratados, convenciones, protocolos o resoluciones no obligatorias conocidas como *soft law*), o del Derecho Ambiental (principios rectores).

Dada su extensión, nos concentraremos en los temas que puedan enriquecer el debate en el derecho chileno. Hemos escogido: ética, ecosistemas y el rol empresarial. Es necesario dejar en claro que no se pretende exponer las conclusiones de cada capítulo, sino que nos limitaremos únicamente a reconocer los aspectos que se consideran relevantes, a la hora de estudiar y comprender los fenómenos que en ellos se tratan.

En el capítulo 13 “Ethics and International Environmental Law” (Ética y Derecho Ambiental Internacional), de la parte II, el profesor Christopher Stone observa que el uso de la ética es, en materias ambientales, una introducción novedosa, que se encuentra en una etapa primigenia. Las consecuencias inmediatas de nuestras acciones han dejado de abordarse desde la eficiencia económica. La ética amplía el criterio de validez y permite realizar juicios sobre “lo correcto” (*right*) o “lo incorrecto” (*wrong*). Para ilustrar

¹ Hemos preferido mantener el término en su lengua original. Si bien es cierto, puede ser traducido tanto como *manual* o *guía*, el término *Handbook* fusiona ambas acepciones. Por un lado, no puede ser entendido como *manual*, ya que no trata los aspectos sustanciales de la materia que desarrolla, mientras que el concepto de *guía* también debe ser desechado, porque recurre al uso de herramientas analíticas con las cuales se pretende estudiar y desarrollar conceptos claves y medulares, o sea, asume funciones propias de un cuerpo literario que no logra conceptualizarse en el vocablo castellano. Debe entenderse que a lo largo de la reseña, al utilizar el término *Handbook*, nos referimos a la obra en cuestión.

² Cada ensayo será tratado como un capítulo.

esto, piénsese en las implicancias al dictar una ley de protección a favor de los bosques nativos, en detrimento de contar con menos suelo agrícola para el futuro y, como corolario, reducir la producción de alimentos para una población que crece cada día. Sin duda, es un desafío tratar de conciliar ambas posiciones, si sumamos a lo anterior que el debate en torno a la acción “correcta” o “incorrecta” ha tenido un predominante eje antropocentrismo.

Si la discusión sobre el grado de la protección ambiental se centra en “cosas” no humanas que, al parecer, debieran tener algún grado de consideración moral (como las ballenas o los alerces), una ética medioambiental deberá extender y ampliar el campo de la discusión. Sin embargo, el desarrollo inicial de la ética medioambiental parece estar restringido, si se pretende utilizar los clásicos recursos epistemológicos.

Podríamos decir que la preservación de la flora y la fauna es el caso en donde la moral podría realizar observaciones. Pero la acción humana no tan solo afecta de manera directa y circunstancial a una determinada especie, sino que la misma acción repercute directamente sobre el equilibrio del entorno al que afecta, causando efectos que no fueron previstos al momento de realizar los estudios de impacto ambiental. Parafraseando un ejemplo del profesor Stone, una petrolera desea instalar una refinería en el sitio A, pero este es desechado por ser un área en donde las tortugas desovan sus huevos. Luego, y en vista que no hay tortugas u otras especies que puedan verse afectadas directamente, la planta es finalmente instalada en el sitio B, que resultó ser colindante a una franja de mar por donde las ballenas tradicionalmente migran en ciertos períodos del año. Comúnmente, esta observación sería objetada por medio de herramientas económicas, en base al análisis costo-beneficio que reportaría a la población la instalación de dicha planta. Es más, ya solo considerar la variable medioambiental, al momento de implementar proyectos que tendrán un gran impacto en su entorno, es elevar el costo del proyecto, en ocasiones que muchas veces el aumento de dicho costo se transfiere a los consumidores finales de los productos derivados de dicho proceso productivo. Y aun cuando los más férreos defensores de las ballenas manifiesten su amplio rechazo ante las implicancias que tendría una industria de esta naturaleza ¿cómo el defensor podría exigir una compensación por el daño que ha sufrido la ballena? ¿Cuál sería el monto de dicha compensación, en relación al interés comprometido de su “representado”? ¿Sería posible establecer compensaciones por equivalencia? El profesor Stone reconoce:

“The problem is that, if we do assign them rights, it is hard to preserve the utility-sensitive flexibility that survives the allocation of rights among humans - who can continuously ‘correct course’, mutually improving their well-being through trade. Or, if the entitlement is taken non-consensually (deliberately or accidentally), judicial awards can restore the loser to something like the *status quo ante* level of well-being. Duplicating these manoeuvres with non-humans is, however, problematical”. (p. 297).

En síntesis, aun cuando exista un espíritu entre los jueces por reparar el mal causado a la flora y fauna, es propio de la concepción tradicional del derecho su flexibilidad para evaluar y determinar las reparaciones por el daño sufrido, considerando el bienestar económico. Dicha concepción resulta problemática al momento de evaluar el daño que sufrió una determinada especie o un ecosistema. Así, para el profesor Stone, una ética ambiental

se construiría desde tres perspectivas: 1- Teniendo en cuenta cómo las acciones humanas afectan el medio ambiente (ética medioambiental propiamente tal), 2- La variable ética de los Estados con respecto al medio ambiente (“ética internacional”) y 3- Cómo la ética ambiental trasciende entre las generaciones (ética intergeneracional”).

En el capítulo 24, “Ecosystems”, de la parte V, el profesor Dan Tarlock enfrenta el problema del reconocimiento del concepto de ecosistema. No hay duda que su construcción científica ha permitido abarcar las diversas representaciones de sistemas naturales existentes sobre el planeta, y ha influido, a la vez, en el desarrollo de programas internacionales de protección, desde la reducción de gases invernadero hasta aquellos que persiguen la conservación de la biodiversidad³. En el último tiempo la biología ha entendido que el ecosistema es un sistema vivo, formado por los organismos y el medio físico, en donde se forman relaciones de interdependencia. Este particular carácter es la principal razón por la cual el DAI ha hecho del ecosistema su componente central de protección.

A pesar de su éxito como principio de las políticas públicas (en los países desarrollados), aún no ha contado con una fuerte y coherente protección legal. Como bien observa el profesor Tarlock, gran parte de este desinterés se debe a que la protección del ecosistema es incidental para los objetivos legales de algunos países. Junto con lo anterior, es posible reconocer cierto vacío entre los profesionales del Estado para entender los alcances que tiene. Por el conocimiento que poseen los burócratas y los legisladores del ecosistema, es difícil obtener normas sustantivas de protección, por el planteamiento universal y holístico que nos ofrecen la biología y la ecología.

Los ecosistemas se extienden sobre la Tierra, sin distinción de límites o fronteras. Para una eficaz protección de ellos, se requiere no tan solo declaraciones de buena voluntad, sino también instituciones concretas de cooperación entre los países desarrollados con los que se encuentran en vías de desarrollo, aun cuando la buena fe no garantiza efectividad⁴. El principal desafío para los países del globo es incorporar el concepto de ecosistema a la normativa legal, siendo que en sede internacional el reconocimiento ya está.

Según el profesor Tarlock, las características del estatus de los ecosistemas ante el Derecho internacional son: 1- Carece de protección, 2- Es objeto de la protección directa por los daños transfronterizos, 3- Cuenta con cierto nivel de protección transfronteriza por los planes de descontaminación, 4- Por influencia del Derecho Internacional es objeto de protección nacional discrecional y 5- El Derecho Internacional les ha conferido protección explícita, ya sea por vías sustanciales como procesales. Respecto a la carencia de protección jurídica, reina la incertidumbre.

³ En 2005 el I Consejo de Evaluación de los Ecosistemas del Milenio estudió los 24 beneficios directos que reportan los ecosistemas para la preservación de la especie humana. De esos, 15 se encuentran en proceso de declinación, mientras que los otros 5 están estables, pero amenazados. La edición en castellano está disponible en: <<http://www.millenniumassessment.org/documents/document.440.aspx.pdf>>

⁴ Al respecto, el profesor Tarlock pone de ejemplo el Comité para la Cooperación Ambiental creado por Canadá, EE.UU. y México, como parte del NAFTA. Dicha instancia considera que el ecosistema de las llanuras norteamericanas, las que se extienden desde el sur de Canadá hasta el norte de México, requiere de esfuerzos concretos para protegerla. Sin embargo, el Comité carece de atribuciones para comprometer a los países miembros del tratado.

Si bien es cierto que dicho reconocimiento internacional, a través de fuente de *hard* y *soft law* es evidente, al momento de resolver conflictos concretos ocurre lo contrario. El profesor Tarlock reconoce que el Ecosistema, si bien posee reconocimiento sobre su importancia, su ámbito de protección es limitado, al momento en que ocurren daños transfronterizos. Estos daños, por ser difíciles de probar (en cuanto a su fuente de origen), dificultan la tarea de otorgar y garantizar una tutela efectiva. El clásico caso *Gabcikovo-Nagymaros* (Hungría-Eslovaquia [Corte Internacional de Justicia 1997]), que ha sido estudiado por la doctrina nacional como ejemplo de la cláusula *pacta sunt servanda*, ha sido analizado desde varias perspectivas en el *handbook*.

En el caso en cuestión, Hungría trató de invocar una eventual emergencia ambiental para justificar su retiro del tratado y terminar unilateralmente la construcción de la parte que le correspondía de dichas represas en el río Danubio, con el fin de proteger el ecosistema de ese entorno. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) estimó que al tiempo del retiro de Hungría del tratado no había suficiente convicción para entender que hubo un estado de necesidad, por parte de Hungría, para retirarse del tratado. Si bien el DAI reconoce que los diversos ecosistemas requieren de protección y conservación, en la práctica carecen de un estatus de protección, y muchas veces queda supeditado a otros principios clásicos del derecho. Comenta el académico: “The case primarily focused on the narrow necessity excuse for treaty breach, but also illustrates that the traditional “no-harm” rule is not well suited to the long-term protection of ecosystems” (p. 584)⁵.

En el capítulo 35, “Business”, de la parte VI, Steven Ratner trata sobre el activo rol de las empresas en el DAI. Sin duda, ellas tienen un rol activo en la disciplina, el cual puede manifestarse desde dos perspectivas. Por un lado, pueden ser agentes directos de la degradación del medio ambiente, como ocurre con la industria. En otro sentido, pueden ser importantes factores para contribuir a la prevención y reparación de los daños ocurridos. Sin embargo, esta última concepción del rol internacional de la empresa tiene fuertes restricciones, sin perjuicio que, muchas veces, la primera concepción puede también verse favorecida por dicha restricción.

La doctrina tradicional del Derecho Internacional ha construido todo su aparato normativo y doctrinario sobre la arcaica creencia que los Estados y otros sujetos de Derecho Internacional (como la ONU, OEA, OTAN, etc.) son los únicos sujetos que son parte de dicha rama. El profesor Ratner es muy crítico por las consecuencias que ha tenido la tradicional implementación:

“The result is a paradox. Proponents of international environmental law see it as a cutting-edge subject of international law - one that shows the law responding to dynamic collective action problems - yet the field is trapped as much as, if not more than, other areas of international law in doctrinal straitjacket that gives lopsided attention to states”. (p. 808)

⁵ Resulta interesante analizar uno de los argumentos de fondo del tribunal. La naturaleza misma de las normas de protección ambiental requieren de vigilancia y prevención de las posibles consecuencias de un eventual daño ambiental, que muchas veces son irreversibles e irreparables. En este caso, Hungría al no prevenir las posibles consecuencias que traería el tratado que suscribió, no puede retirarse de este, bajo un estado de necesidad, que al tiempo de dicho retiro, no existía a los ojos de la CIJ.

En un mundo globalizado, la relación entre las empresas y el ecosistema ha permitido que el DAI se fundamente por dos razones. La primera, tanto las empresas nacionales como las internacionales han creado la necesidad de contar con el DAI por su capacidad para dañar, afectar o degradar el ecosistema sin atender los límites entre Estados. Mientras que la segunda concede a las empresas la categoría de instrumentos para el mejoramiento del medio ambiente.

Dichas concepciones de la empresa, bajo la óptica del DIA, aún se encuentran en tensión entre los intereses de los países desarrollados y aquellos que no lo son, o se encuentran en vías de serlo. Los intereses económicos de estos últimos se han traducido en una flexibilidad de la normativa en detrimento del medio ambiente.

Es fundamento de este capítulo la propuesta del rol activo que puede tener la empresa en la protección, conservación y reparación del ecosistema. Reconoce el profesor Ratner que el principal obstáculo para esta nascente tendencia ha sido el ortodoxo rechazo a las empresas como sujetos de DAI, la cual se puede advertir en resoluciones de la Comisión de Derecho Internacional y del “Institut de Droit International”, sin perjuicio de las ideas emanadas del mundo académico⁶.

Otro problema práctico que se ha presentado, y obstaculiza el rol empresarial para la preservación del ecosistema, es la competencia jurisdiccional de los Estados para regular la actividad empresarial. Bajo la concepción tradicional, es el Derecho Internacional el que se encarga de establecer los estándares para el comportamiento de las corporaciones, mientras que las últimas tendencias han reconocido la libertad para elegir al Estado con el cual regularán las actividades empresariales (doctrina del *allocation regimen*). El profesor Ratner observa: “The problem with these two sets of distinctions - between responsibility and liability and between direct regulation and the allocation of jurisdiction - is that the practice of actors in the international environmental process is so pragmatic, and catholic, as to render them without much utility as a way of understanding the field” (p. 813).

A los ojos del autor de este capítulo, el tradicional Derecho Internacional necesita modernizarse. La amplitud de actores, en el contexto del DAI, no permite un eficaz control de las actividades empresariales, ni menos hacerlas responsables bajo las actuales sedes jurisdiccionales internacionales⁷. Para el profesor Ratner, el actual estado del Derecho Internacional quedará desfasado ante la activa participación que han tenido las

⁶ Se desprende del ensayo del profesor Ratner que uno de los principales problemas en el *common law*, al momento de implementarlo al DIA, es el campo de aplicación de los términos *responsability* y *liability*. Cierta doctrina sostiene que solo los Estados puede ser responsables (*responsibles*) por violaciones al Derecho Internacional, mientras que las corporaciones responden (*liables*) tanto al Derecho Internacional como al local. Otros aseguran que este surgimiento de la responsabilidad (*liability arise*) está sujeto a los actos que no están prescritos o prohibidos por el DIA. Así, un Estado podría ser responsable (*liable*) de ciertas consecuencias, siempre y cuando los actos que los originaron se encuentren prohibidos por el DIA. Sin duda, ambos términos se agotan en el castellano bajo el concepto amplio de responsabilidad. Puede observarse que la diferencias entre *responsability* y *liability* coinciden con las del latín entre *respondere* y *ligare*, respectivamente. Aún así, en *common law* el término *liability* se encuentra más vinculado a la responsabilidad ante la ley positiva, especialmente derivadas de obligaciones financieras. Consulte: *Oxford Dictionaries* <www.askoxford.com> (25 de octubre del 2009)

⁷ Es necesario hacer la distinción con las sedes jurisdiccionales comunitarias, las cuales han creado instancias para resolver los conflictos entre sus miembros, como lo es el Tribunal de Justicia de la Corte Europea.

corporaciones transnacionales, tanto como fuentes de normas como en la implementación del DAI⁸.

A mi juicio, la obra es un importante aporte para el derecho nacional. Ofrece un completo panorama sobre cómo se ha desarrollado el DAI y cuáles podrían ser las tendencias que seguirá en el mediano plazo. A su vez, muchos de los ensayos contenidos en la obra abarcan temas que aún no se han incorporado en el derecho interno, lo que sin duda ocurrirá en el futuro.

Reina en el espíritu de la obra el carácter transdisciplinario, por la misma naturaleza de esta rama. La misma estructura del *Handbook* está conformada en un todo armónico, con el fin de ofrecer al lector una perspectiva macro de los principales tópicos y cuestiones, para así lograr una comprensión profunda del DAI. Esto no deja de ser menor, si consideramos que al tiempo en que esta disciplina se desarrolla, emergen una serie de subcampos especializados, los cuales son propios de los problemas transversales que aborda.

Es una ventana para los nuevos desafíos que deberá enfrentar Chile en el contexto del mundo globalizado, donde las fronteras entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional son cada día menos claras o, cuando menos, de contornos menos precisos.

⁸ Destaca el profesor Ratner que la misma actividad empresarial puede ser fuente normativa del Derecho Internacional, como producto de la interacción con los Estados o de la participación en foros internacionales. En el primer caso, dicha cooperación puede concretarse ya sea por una preocupación conjunta (como ocurrió en Europa para reducir las emisiones de nitrógenos de los autos que causaban lluvia ácida) o por medio de la influencia de las transnacionales en ciertos países (caso de Chile con las empresas de alimentos y farmacéuticas que limitaron la aplicación del protocolo de Cartagena del año 2000 sobre seguridad en biotecnología). Respecto a la participación en foros internacionales llaman la atención: la delegación de 700 empresarios en la Cumbre de Johannesburgo del año 200 y la representación activa de empresarios químicos en el grupo de expertos de la FAO y del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.