



Tesina
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho
Universidad de Valparaíso



PROYECCIONES DE LA TEORIA SOBRE EL “DERECHO DE LOS DÉBILES” EN EL DERECHO CHILENO

Tesistas:

Eduardo Acuña Silva
Pablo Castillo Raga

Profesor guía:

Antonio Pedrals García de Cortázar

ÍNDICE

Resumen.....	4
Introducción.....	5
Capítulo I: Conceptos fundamentales.....	6
1. La problemática general de las ramas del Derecho.....	6
a) <i>Autonomías en el Derecho</i>	6
b) <i>La idea de rama del Derecho. Un concepto en desarrollo.....</i>	7
c) <i>El problema de las ramas del Derecho.....</i>	9
2. Una primera aproximación al Derecho de los débiles. La tesis del profesor Eike Von Hippel.....	10
Capítulo II: Desarrollo del tema.....	12
1. Antecedentes generales.....	12
a) <i>Problemas conceptuales.....</i>	12
b) <i>De la “superclase” al débil, una posible aproximación negativa al concepto.....</i>	14
c) <i>El Derecho y las fuentes.....</i>	15
2. El débil en el Derecho laboral. Reconocimiento y protección	16
a) <i>Aproximación.....</i>	16
b) <i>Reconocimiento del “débil” en el Derecho laboral.....</i>	17
c) <i>Origen de la desigualdad laboral. Principio de protección.....</i>	18
d) <i>Protección material del débil jurídico en materia laboral.....</i>	19
e) <i>Principios de protección del trabajador.....</i>	20
3. El débil en el Derecho del consumidor. Reconocimiento y protección	21
a) <i>Aproximación.....</i>	21
b) <i>Reconocimiento del débil en el Derecho del consumidor</i>	23

c) <i>Origen de la desigualdad en la relación de consumo</i>	24
d) <i>Principios de protección al consumidor</i>	25
e) <i>Protección material del débil jurídico en materia de Derecho del consumidor</i>	27
f) <i>Protección material del débil jurídico en el Derecho del consumidor en Chile</i>	28
4. El débil en el Derecho ambiental. Reconocimiento y protección	31
a) <i>Aproximación</i>	31
b) <i>Reconocimiento del débil en el Derecho ambiental</i>	31
c) <i>Protección material del débil en el Derecho de ambiental</i>	33
d) <i>Principios de Derecho ambiental</i>	34
5. El débil en el Derecho de menores. Reconocimiento y protección.....	36
a) <i>Aproximación</i>	36
b) <i>Reconocimiento del débil en el Derecho de menores</i>	36
c) <i>Protección material del débil en el Derecho de menores</i>	37
d) <i>Principios del Derecho de menores</i>	38
6. El Derecho de la pobreza. Una propuesta en desarrollo.....	40
a) <i>Aproximación</i>	40
b) <i>Desarrollo del Derecho de la pobreza</i>	41
Capítulo III: Síntesis y Conclusiones.....	46
1. Síntesis.....	46
2. Conclusiones.....	48
a) <i>Una propuesta de definición del débil jurídico</i>	49
b) <i>Los principios como punto de partida para un Derecho de los débiles</i>	51
c) <i>Posibles mecanismos jurídicos para protección del débil</i>	53
Bibliografía.....	55

PROYECCIONES DE LA TEORIA SOBRE EL “DERECHO DE LOS DÉBILES”
EN EL DERECHO CHILENO

Resumen

El presente trabajo es una búsqueda, entre diversas ramas del Derecho presentes en el ordenamiento jurídico chileno, de elementos que permitan referirnos a un “*Derecho de los débiles*”, que funde en sí mismo la protección jurídica transversal de los sujetos de Derecho menos favorecidos por los enfoques clásicos existentes. Se despejarán las problemáticas que acompañan a la determinación de las ramas del Derecho, para dar paso, luego, a un estudio de algunas ramas de interés, buscando en ellas el aspecto central de la investigación. Más que la “ubicación administrativa” de un posible Derecho de los débiles en el conjunto de la realidad jurídica, lo que importa es establecer si cabe hablar de una rama comprensiva de la problemática, o, al menos, de un conjunto de principios generales de interés común para la amplia materia examinada.

Palabras clave:

Débil Jurídico - Ramas del Derecho - Principios del Derecho - Protección Jurídica

Introducción:

El Derecho es objeto de análisis multidisciplinarios, puesto que se constituye como uno de los más importantes elementos de la vida humana organizada socialmente. Desde una perspectiva instrumental, intentaremos recoger y aplicar una importante teoría en relación con la dimensión protectora del Derecho y las posibilidades de una materialización en una particular rama del Derecho.

El desarrollo que ha alcanzado actualmente el Derecho lo convierte en un objeto de estudio complejo y extenso, que debe ser abordado en base a una disección estructurada y sistemática del mismo, responde a tal efecto el desarrollo de las ramas del Derecho, que se constituyen en dichas secciones separadas del tronco común.

Se abordará la problemática que revisten en sí mismas las ramas del Derecho, intentando despejar la idea propia de lo que entenderemos por “rama del Derecho” puesto que es un concepto que suscita variadas discrepancias en cuanto a los requisitos que deben revestir para decirse de tales, despejar esta idea es de suma importancia para comprender la teoría del “Derecho de los débiles” de la cual es un elemento estructurante.

Se analizarán algunas destacables ramas del Derecho en busca de la identificación de un sujeto pasivo que revista aquella condición en base a su estado de debilidad, se intentará encontrar la definición que hace cada una de esas ramas de su particular y propio “débil jurídico”. También se estudiarán dichas vertientes intentando, a la luz de sus principios rectores, hallar en ellos máximas comunes que puedan ser recogidas por el propuesto Derecho de los débiles.

Posteriormente al desarrollo del tema, se darán conclusiones respecto a la existencia o no de elementos que puedan sostener un Derecho de los débiles como rama particular del Derecho.

Capítulo I: Conceptos fundamentales.

1. La problemática general de las ramas del Derecho.

En el transcurso de nuestro tiempo y desde la época del Imperio Romano, el gran árbol del Derecho ha brotado en múltiples ramas, y sigue en crecimiento. Cada vez que se incorpora un tema nuevo a la regulación jurídica, se busca darle un tratamiento especial, formando así, en muchas ocasiones, una rama o sector que se aparta del tronco común.

La creación de una nueva rama, que se desmembra o desgaja de un tronco primitivo o desde una rama anterior y más amplia, obedece a la necesidad de entendimiento del fenómeno mismo del Derecho; presenta al parecer mayor eficiencia el estudio y desarrollo separado y semi-aislado de un tema nuevo que regula el Derecho. Clasificamos y sub clasificamos para entender mejor el fenómeno jurídico y para perfeccionar las normas que lo integran.

En ocasiones suelen encontrarse pretensiones de autonomía en las diferentes ramas del Derecho, lo cual es intensamente lejano; así, la rama separada del árbol muere, como igual no puede entenderse una parte del Derecho aislándola del Derecho en su conjunto, y por qué no, de la realidad jurídica total. Pensemos entonces en que, en principio, existe una suerte de autonomía relativa, en donde cada rama está en interdependencia con las demás ramas, aun con las que parecieran más lejanas a ella.

Dada la anterior precisión, adoptaremos la idea de que existen ramas autónomas en el Derecho, pero manteniendo en el pensamiento que es una autonomía relativa.

a) *Autonomías en el Derecho.*

Las autonomías en el Derecho han sido distinguidas por la doctrina en tres especies, atendiendo al propósito por el cual se han separado del tronco común; ellas son:

- Autonomía didáctica: Se establece en la enseñanza del Derecho; en las Universidades se crean cátedras para estudiar por separado esta parte específica del Derecho. Así, encontramos asignaturas separadas e independientes como sucede con el Derecho Marítimo, separado del Derecho Comercial; o el Derecho de Seguros, también enseñándose aparte del Derecho Comercial, así podríamos seguir con ejemplos.

- Autonomía Legislativa: Se puede observar como una determinada rama se va desarrollando a través de una producción normativa especial o específica, lo que logra en un determinado momento, completar un ordenamiento positivo orgánico, o con características orgánicas, y que versa propiamente de la determinada rama. La expresión más alta de este tipo de autonomía será el alcanzar un Código propio.
- Autonomía Científica: Aun cuando una rama no ostente una autonomía legislativa, puede que tenga un especial tratamiento doctrinal; que existan métodos propios de investigación, que exista un acervo propio de conceptos y perspectivas que generen principios distintos a otras ramas, generando un organismo complejo y homogéneo. Esta autonomía científica sustenta y alimenta una paralela autonomía didáctica de la misma rama.

b) *La idea de rama del Derecho. Un concepto en desarrollo.*

Hemos revisado tres tipos de autonomías en el Derecho, las cuales dan las primeras luces acerca del establecimiento de una rama del Derecho, veremos si este primer marco logra encuadrar la idea misma de una rama como la pretendemos pensar.

Nuestra experiencia nos trae la visualización de las distintas y más tradicionales ramas del Derecho que conocemos, las clásicas y consolidadas. Las centenarias cátedras, códigos y abultadas producciones doctrinarias nos remiten hacia una cuarentena de ramas sobre las que la mayoría puede consentir sobre su existencia como tales; ya décadas atrás, el profesor Fernando Fueyo reconoce la importancia de las ramas jurídicas nuevas, y la proyección que se vislumbraba desde su tiempo. Nosotros nos valemos de un listado ilustrativo en el que el autor identifica diversas ramas; a saber, y sin ánimo de plasmar un listado completo y apartando las clásicas distinciones de Derecho Civil, Penal, Comercial, Administrativo, Constitucional, etc. puede ser la siguiente, a vía ejemplar:

Derecho Aéreo	Derecho Cambiario	Derecho Funeral
Derecho Aduanero	Derecho Cartular	Derecho Industrial
Derecho Agrario	Derecho Cinematográfico	Derecho Inmobiliario
Derecho Aeronáutico	Derecho Corporativo	Derecho Marítimo
Derecho Ambiental	Derecho De la Circulación	Derecho Notarial
Derecho Atómico	Derecho de la Edificación	Derecho Nuclear
Derecho Bancario	Derecho de la Empresa	Derecho Penitenciario
Derecho Bursátil	Derecho de la Integración	Derecho Registral
Derecho de Familia	Derecho de la Vivienda	Derecho Sindical
Derecho de Seguros	Derecho de Menores	Derecho Social
Derecho de la Reforma Agraria	Derecho de Patentes	Derecho Tributario
Derecho de Deportes	Derecho de Quiebras	Derecho Turístico
Derecho Forestal	Derecho Económico	Derecho Urbanístico

En todas estas mentadas ramas existentes hoy en día en nuestro ordenamiento, y ya evidenciadas por el profesor Fueyo¹, se van cumpliendo los requisitos sobre las autonomías ya mencionadas y que dan el estatus de ramas del Derecho. Sin embargo, el desarrollo jurídico y social va dejando tras de sí, y en la obsolescencia, dichos parámetros.

En la actualidad, para determinar o seguir determinando cuando se considerara una rama autónoma debemos atender a nuevos criterios. La razón es sencilla: El Derecho como todo fenómeno social, está en constante proceso de cambio, en evolución, sobre todo cuando este fenómeno, al constituirse en una forma de control social, pretende reglar la realidad, cuya riqueza y múltiples facetas lo supera con creces.

Los criterios apuntados podrían tener sentido en el pasado, cuando aún la ciencia jurídica no había evolucionado en la medida que lo ha hecho hasta nuestros días. Nótese, cómo, progresivamente, el Derecho civil ha sufrido una gran deserción de ámbitos de aplicación: El Derecho comercial, bancario, registral han representado la necesidad de abandonar la normativa clásica para dar paso a nuevas regulaciones de la realidad que la actualidad demanda.

¹ Fueyo, (1967) pp. 18 -21

Es decir, los cambios en el mundo externo han obligado al Derecho a diversificar sus normativas para acercarlo a nuevas realidades, y no podría ser de otra manera.

Teniendo a la vista que los criterios clásicos se vuelven insuficientes para sostener la tendencia a sub clasificar y apartar sectores del derecho en ramas y sub ramas autónomas, es necesario establecer nuevos criterios; que por cierto no reemplazarán a los anteriores, y que complementarían la labor de identificar posibles ramas del Derecho.

c) *El problema de las ramas del Derecho.*

El Derecho está y debe estar íntimamente conectado a la realidad social, cada parte del ordenamiento debe ser desarrollada con vistas a la realidad jurídica misma; si se separa de esa idea corre el terrible riesgo de convertirse en un problema, un atentado contra la vida y el desarrollo de ésta.

Las ramas que hemos mencionado y enlistado obedecen a criterios relacionados plenamente con fenómenos jurídicos; el estudio separado, la doctrina específica, legislación propia. En la actualidad hay un conjunto de pretendidas sub ramas que se desprenden de ramas anteriores y que aparecen en el pensamiento jurídico colectivo sin completar los requisitos de autonomía ya mencionados, empero las llamamos ramas del Derecho igualmente, lo que provoca claramente un problema en el concepto de rama. Algunas de estas nuevas ramas son: el Derecho de la cultura, el Derecho electoral, el Derecho de la espiritualidad, el Derecho farmacéutico, el Derecho de la humanidad; el Derecho informático, el Derecho de internet, el Derecho de los juegos de destreza, inteligencia y azar, el Derecho de la libre competencia, el Derecho de la naturaleza, el Derecho de la normalización, el Derecho sanitario, el Derecho de sismos y catástrofes, etc.

Todas estas nuevas ramas obedecen a un criterio moderno, cual es: son nuevas perspectivas desde las cuales se analiza el Derecho. Por esto no requieren necesariamente tener un tratamiento autónomo en la legislación ni en las cátedras de las Universidades, muchos no lo tienen; son nuevos enfoques sobre el Derecho.

Desde esta nueva perspectiva de las ramas del Derecho podemos comenzar a visualizar elementos comunes que están presentes transversalmente en el ordenamiento, identificar principios que se aplican sobre situaciones jurídicas similares en distintas ramas e ir confeccionando nuevos conjuntos, nuevos enfoques que puedan ser interesantes y por cierto

útiles para estudiarlos conjuntamente, en una relativa autonomía, sin separarse jamás del tronco común del cual descienden, es más, intentando realizar un englobamiento de aquellas ramas separadas y que regulan cosas similares, y así evaluar la idea de crear una nueva perspectiva, como intentaremos en este trabajo sobre la posible existencia dentro del ordenamiento, de un **Derecho de los débiles**, explorando nuestro ordenamiento jurídico en busca de elementos que confirmen o no, la teoría de su existencia.

2. Una primera aproximación al Derecho de los débiles. La tesis del profesor Eike Von Hippel.

Si bien es difícil reconocer una nueva rama del Derecho, como tantas otras, que reciba esta denominación por ser un apartamiento de un tronco general, para someterlo al estudio autónomo, lo que sí interesa es plantear la necesidad que el Derecho reconozca a ciertos grupos como más dignos de protección jurídica, que en términos generales podemos llamar “débiles” o “en situación de desequilibrio” desde un punto de vista jurídico y material.

Ya en la década de los ochenta, el profesor Eike Von Hippel se adentró en el estudio de un cierto enfoque doctrinario destinado a analizar la problemática de los individuos menos favorecidos. En su obra “El Derecho de los Débiles” plantea una mirada analítica y jurídica hacia aquellos sectores sociales más débiles y por tanto, dignos de ser protegidos, como lo son los trabajadores, los consumidores, los niños, los pobres, entre otros.

Esta perspectiva tiene pretensiones de generalidad, de globalidad, como entendemos debiera ser, y como ejemplo podemos indicar la inclusión entre estos grupos de sujetos de derecho “débiles” a los países en vías de desarrollo e incluso, a las generaciones futuras, lo que nos da una idea de la perspectiva planteada por el autor: un Derecho inclusivo, una mirada global a los sujetos que necesitan protección jurídica por lo especial de su situación, no agotar la protección en los que no tienen, pero en todos los que de alguna manera pueden emplear el Derecho como herramienta para sobreponerse a una determinada situación de detrimento. No se busca crear una nueva rama del Derecho “autónoma” como tantas que, como ya vimos, no pueden ni deben aspirar a la verdadera independencia, sino de un planteamiento crítico del Derecho dirigido a los grupos en desventaja, un enfoque académico y doctrinario, pero también práctico, con intenciones de permear en la legislación internacional y local.

Podemos observar, después de más de tres décadas, el nulo interés por parte de los diversos legisladores y de la academia en consagrar una perspectiva sistematizada del Derecho de los débiles; las principales fuentes del derecho que podríamos citar al respecto son fuentes cuya fuerza es discutible, por ejemplo: el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1976), la Declaración de Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959), la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Asamblea General de Naciones Unidas, 1976), el capítulo IV “Solidaridad” en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Parlamento Europeo, 2000), entre otras declaraciones en el ámbito del derecho internacional público. La gran dificultad que reviste a estas declaraciones, emanadas de convenciones de gobernantes, es el ánimo con el cual son adscritas, el cual lamentablemente no apunta a la consecución de herramientas comprometidas con el espíritu que reflejan los adornados títulos de las declaraciones, sino que son los acuerdos mínimos que alcanzan los mandatarios, ningún país se compromete más allá de lo políticamente correcto, y las exposiciones que se realizan son estudiadas y diseñadas para no comprometer intereses económicos, pero como ya comenzamos a dilucidar, el proteger al débil es por definición una agresión contra el fuerte.

Sin embargo, ha sido poco y lento, siendo generosos, aquello sobre lo cual mediante estas declaraciones se encuentra efectivamente protegido en las diversas legislaciones internas, salvando quizás la excepción del derecho del consumidor, tan propio y necesario del modelo económico imperante; pero en prácticamente todo lo demás la positivación, la protección efectiva, y la mirada global, analítica y crítica del asunto es eludida en cuanto es posible. Y es que en la ONU ya es costumbre catapultar declaraciones de derechos en todos los ámbitos y que, si bien resultan loables desde una perspectiva teórica, nada garantiza su aplicación en los sistemas jurídicos nacionales, y con ello, su repercusión en la realidad jurídica de los pueblos, “después de todo, los instrumentos internacionales “aguantan” que se escriban las más bonitas palabras”².

Más allá de la interesante discusión sobre si el Derecho internacional público debe divisar mecanismos para internarse en los sistemas jurídicos particulares, o de si el Derecho internacional público debe ser construido como un proceso de ponderar ideas de los diversos ordenamientos jurídicos y de la costumbre, esto es materia ajena a nuestro estudio; pero lo que sí nos atañe es mencionar que la perspectiva que nos ofrece el profesor Von Hippel es de lo

² Fuentes Torrijo (2007) pp. 7-35

más lúcida, y está, en teoría, alojada en estas fuentes indirectas, en el Ius Cogens, en el derecho constitucional, pero no se ha planteado con el suficiente énfasis como una preocupación general y transversal a nivel académico, ni mucho menos legislativo.

Esta teoría no se agota estableciendo un catálogo de “garantías” que puedan hacer valer los sujetos de derecho en situación de desventaja (si bien eso ayuda, creemos que no es más que un paso necesario y mínimo), sino propugna establecer lineamientos y directrices para el Derecho como disciplina y como herramienta. En este sentido, el autor expande su idea en sus otras obras, como en “Arbitrariedad o Justicia: Estudios sobre Derechos Políticos” o en “Preguntas Fundamentales sobre la Seguridad Social”, donde se ofrece una visión académica y doctrinaria, política si se quiere, sobre cómo se plantea el derecho en estos temas de una gran relevancia social, pero que por lo usual, son tratados en un segundo plano.

Nuestro objetivo en este trabajo es, tomando como punto de partida las ideas del profesor Von Hippel, presentar una posible tesis a propósito del Derecho de los débiles como una mirada abarcante, transversal a las ramas del Derecho, pues correctamente adelanta el autor, es necesario que prerrogativas propias de muchas ramas queden incluidas en esta perspectiva, estableciendo relaciones comunes a todo el derecho, sin la necesidad de desintegrar las ramas, más bien, en el sentido de servirse de ellas en lo pertinente. Se propende a la necesidad de hacer un uso práctico del Derecho para ofrecer protección a los necesitados de toda índole, y plantear la idea de que el derecho debe dejar de ser concebido como una realidad normativa que se sitúa soberbiamente “por sobre los individuos”, que el Imperio del Derecho sea uno de verdad, un imperio útil y justo, y creemos que las acertadas obras de Von Hippel son un gran punto de partida, que es digno de ser reanalizado y actualizado, frente a nuevas y graves problemáticas que plagan a nuestra sociedad moderna.

Capítulo II: Desarrollo del tema

1. Antecedentes generales

a) Problemas Conceptuales

Sin duda y como ya adelantaba el profesor Von Hippel, es pertinente intentar dar una directriz o conceptualización general al sujeto de Derecho denominado como “débil”; ya adelantábamos que este sujeto de Derecho puede recaer en una persona natural, como es el

caso de los niños o los trabajadores, pero también grupos difusos menos individualizables, como por ejemplo, las generaciones futuras o el medio ambiente.

Es fácil observar en algunas ramas del Derecho, como el Derecho laboral o el Derecho al consumidor, donde la identidad e individualización del débil está relativamente clara; esta es, la menos aventajada de la relación contractual, aquella que se encuentra menos capacitada para establecer condiciones en el negocio jurídico. En ciertas situaciones existe, igualmente, un estado de debilidad jurídica más o menos evidente, como el caso de los discapacitados o la población penal; sin embargo podemos detectar también ciertos ámbitos en los que identificar al débil jurídico puede no ser tan evidente o claro; pensemos, por ejemplo, en el caso de los pensionados, la tercera edad, los cuales podrían ser percibidos como débiles por el solo hecho de pertenecer a aquellos grupos, sin embargo, puede tratarse, por ejemplo, de gente con los medios suficientes o que reciben los cuidados necesarios.

Existen también clases de débiles difusos y complejos de categorizar, como las generaciones futuras, los países en vías de desarrollo o el medio ambiente, en los cuales determinar las características que se deben reunir para configurarse como un individuo o grupo en situación de detrimento es una tarea más trabajosa, que requiere un cierto examen académico, jurídico y situacional. Tenemos, asimismo, grupos que podrían considerarse o no como débiles, cuya situación, en este sentido, no es tan clara. Estos casos podrían ser, por ejemplo, los adolescentes o las mujeres (a lo menos hoy en día, en el pasado no cabe duda que estaban en situación de desventaja), que si bien están en una situación de detrimento, ello no siempre parece ser grave, como para ser incluidos en una eventual catalogación jurídica como el Derecho de los Débiles.

Nos encontramos, entonces, con un primer obstáculo a la hora de determinar clara y unívocamente la calidad de “jurídicamente débil” o el “débil jurídico”, ante lo cual debemos preguntarnos si determinado individuo o grupo requiere una especial protección jurídica, si ese individuo o grupo está en una situación de desequilibrio que el Derecho no ha podido hasta entonces remediar, y acaso el Derecho puede hacer algo por ellos.

Debemos, pues, tender a una visión más instrumental del Derecho, como herramienta de campo para combatir los desequilibrios; en la medida que vayamos esclareciendo estas interrogantes sabremos qué pasos debemos tomar, qué normativas recoger o crear y a quiénes debemos apuntar con su aplicación.

b) *De la “superclase” al débil, una posible aproximación negativa al concepto*

Resulta sensato, siguiendo con la lógica de que en nuestra sociedad existe un grupo de personas que es posible identificar como débiles, que exista a ellos una contrapartida, los fuertes.

En el extremo superior tenemos a la élite, algo que el autor David Rothkopf en su obra *Superclass*³ llama la Superclase, que mundialmente no serían más de 6000 individuos quienes toman las grandes decisiones a nivel mundial; estos son los dueños de gigantescas multinacionales que influyen dramáticamente en el destino de millones de personas.

Sin duda hay un buen trecho entre esta superclase y los débiles a los que hacemos referencia en este trabajo, y lo único que podemos concluir claramente es que no existe nada en común entre estos dos extremos de la pirámide. Los eslabones superiores de la cadena se componen de las personas con importantes cuotas de poder: dueños de bancos, políticos, gerentes de empresas importantes, etc. Y resulta claro que estos individuos y grupos poseen una aventajada posición tanto jurídica como *de facto*, puesto que no solo cuentan con los medios económicos para satisfacer sus intereses, sino también el Derecho los consiente ofreciéndoles mejores condiciones y situaciones que reafirman su estatus de élite social, usualmente ligado a la disponibilidad dineraria; nos referimos por ejemplo a la capacidad contractual superior, al mejor acceso en salud, a la superioridad jurídica que pueden llegar a tener en juicio por gozar de capital, entre otras muchas ventajas.

En este sentido, podríamos proponer una visión negativa del concepto del débil: de ser claramente identificable quienes no lo son, sería posible establecer o trazar una frontera e identificar como débiles a quienes no puedan gozar de estas variadas prestaciones, a quienes se encuentren fuera de los beneficios derivados del amasamiento de capital, poder o influencias.

³ Rothkopf (2008) p. 382

Este criterio podría ser de ayuda al intentar dilucidar a quién o quiénes, debiese proteger el derecho con especial énfasis, como invita este trabajo a reflexionar, cuando no resulte evidente su condición de debilidad

c) El Derecho y las fuentes

Comenzamos a ver, pues, diferentes aristas sobre los débiles y su conceptualización; ahora incumbe preguntarse cuál es la situación del Derecho en el sentido de proteger a los menos aventajados.

Se han identificado como las principales fuentes en el Derecho de los débiles, las diversas declaraciones de la ONU sobre la materia así como los pactos internacionales que abordan la problemática, entiéndase por ejemplo, la “Declaración de los Derechos del Niño”, la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, podemos incluir también a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sus recomendaciones, entre otros. Estos documentos, declaraciones y cartas van en la dirección correcta, establecen un contenido de fondo pertinente, y en teoría, desde una perspectiva académica son bastante acabados y pulidos.

Como adelantábamos, el problema de estas fuentes es su escasa fuerza normativa, y la gran escasez de mecanismos técnicos, jurídicos y procesales para aplicar semejantes prerrogativas. Muchas otras veces la legislación de fondo está presente, pero no existen condiciones materiales para hacerlas valer, bien porque el individuo no las conoce, bien porque no existen agentes encargados de llevarlas a efecto. En otros casos ni siquiera tenemos legislación a la que echar mano, como es el caso del medio ambiente y el tambaleante artículo 19 n° 8 de la CPR junto con la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente. Existen casos de debilidad más cotidiana, más evidente, y que en nuestro sistema político y cultural resaltan más, como el Derecho laboral o la Protección al consumidor.

Siguiendo esta línea, veremos en etapas siguientes de este trabajo, cómo resultan más claras las herramientas de que dispone un trabajador abusado o un consumidor perjudicado, pero ¿Qué puede hacer el montepiado que debe subsistir con las migajas del Estado? ¿Qué puede decir un niño que trabaja de sol a sol en condiciones deplorables? ¿O una inmigrante viviendo en un *sité*? ¿O una mujer forzada a trabajos sexuales? ¿Qué puede decir la fauna destruida por un

error caprichoso de una papelera? Su problema radica en la difusa protección jurídica que el ordenamiento les otorga, y en el énfasis con que los poderes sociales superiores pretenden ignorar su situación. ¿Será porque son el resultado necesario del sistema social que han implantado aquellos dominantes de la súper clase?

Y así tantos otros ejemplos de individuos o grupos que no pueden acceder al derecho, ya sea por cuestiones propias de la realidad, o porque derechamente no existe una norma de fondo aplicable al caso específico. Vemos, pues, que los débiles sociales y jurídicos son prácticamente innumerables, que las situaciones de desamparo y abuso conviven a diario con nuestra sociedad. Esto, sumado al entendido que el Derecho es una herramienta idónea y útil para combatir estas situaciones, convierte en prioritaria la necesidad de abordar el problema desde una perspectiva legislativa; se volvería, entonces, deseable crear una faceta, o rama del derecho si se quiere, que aborde esta flagelante realidad de forma abarcante, quizás inmiscuyéndose en otras ramas del árbol jurídico, y asentándose como una herramienta de acción y de juicio para dar un paso al frente en el arduo proceso de encarar y algún día vencer esta gran crisis social que ha estado presente en toda la historia reciente del hombre, pero tan acentuada en nuestros tiempos.

Procederemos entonces a analizar un posible Derecho de los Débiles tomando como punto de partida a sus integrantes más destacados y que cuentan con mayor desarrollo doctrinario y dogmático, como lo son los trabajadores o los consumidores, e iremos “cerrando el círculo” con otras ramas menos exploradas del derecho o aquellas donde el derecho podría expandirse eventualmente.

2. El débil en el Derecho laboral. Reconocimiento y protección

a) Aproximación.

En todo Estado moderno que diga de sí mismo tener la categoría de “Estado de Derecho”, se llega a esta autodefinición tras “pasar el examen” de la consagración material de los derechos fundamentales en su ordenamiento jurídico, reconocidos constitucionalmente y acercados al uso cotidiano a través de normas de inferior jerarquía. Es de tal importancia la operatividad de los Derechos Fundamentales que no tiene ningún valor su mero

reconocimiento, de nada sirve tenerlos pintados con finas líneas doradas en suculentos textos que el hombre común no puede alzar o hacer valer como herramientas en su defensa.

Chile, como tantos otros países, ha recorrido un camino de dolorosas luchas en busca de la protección de aquellos desafortunados que conforman la base de una escala social, aquellos que entregan hasta la vida en cada esfuerzo por conseguir una realidad mejor. En el ámbito laboral estas protecciones normativas, reconocimiento de Derechos y reclamaciones directas, fueron gritados a todo pulmón hacia el Estado por aquellos que a principios del siglo XX comenzaban a organizarse y darse cuenta que estaban solos. Legalmente solos.

Tras décadas de lucha se han conseguido avances notables. Lo que se pretendía era mejorar las condiciones de trabajo, bajo las cuales en aquella época se explotaba a los trabajadores; por cierto, en nada se acercaba la motivación final de las revueltas sociales de principios de aquél siglo a lo realmente conseguido: los obreros querían la propiedad de los medios, pero eran tan deplorables sus condiciones de entonces, que solo con mejorar un poco las condiciones de trabajo se logró apagar la fuerza de sus pretensiones.

b) Reconocimiento del “débil” en el Derecho laboral

Siguiendo el sentido del proceso señalado anteriormente, observamos que aquél dejó sustanciales cambios en la regulación del trabajo en nuestro país, y es así como aparece la idea de legislar a favor de aquel que se encuentra en una situación de “debilidad manifiesta”; propendiendo, con esta nueva legislación, dejar al débil en una posición de igualdad.

En la rama del Derecho laboral se ha logrado, quizá de forma más plausible que en otras ramas un reconocimiento e identificación de un sujeto “débil jurídicamente” y aún más, se ha logrado dar protección normativa real y útil.

El Derecho laboral tiene en general una vocación de tutela, ha identificado al trabajador como la parte débil de la relación laboral; es lo que Collins llama “vocación del Derecho del trabajo”⁴.

⁴ Collins (1989) pp. 469 y 470

Si hay un sector de la interacción social en donde las relaciones de poder se enfrentan más fuertemente, ése es en la relación laboral. El trabajador se encuentra en una situación inicial de desventaja, hay muchos trabajadores y pocas ofertas de trabajo; al dejar la relación laboral regirse por la autonomía privada, el trabajador pronto se convierte en un objeto, susceptible cual bien de consumo en el mercado, al capricho del mejor postor. En la relación laboral, que para algunos encubre una verdadera sujeción de la voluntad del trabajador al empleador⁵, la personalidad del trabajador, su interés moral y extrapatrimonial están fuertemente comprometidos, por lo cual, es menester la intervención del Estado.

c) Origen de la desigualdad laboral. Principio de protección.

Hemos mencionado la vocación de tutela que se le reconoce al Derecho laboral, y ésta surge desde los inicios de esta rama particular del derecho, desde que la necesidad de regular la relación de trabajo se vuelve preocupación del legislador. La expresión más importante de esta vocación es el llamado “principio de protección del trabajador”, conocido también como principio tuitivo, proteccionista o de favor⁶.

El trabajador se encuentra en una posición de manifiesta debilidad frente a la parte fuerte de la relación laboral, el empleador. Entre los fundamentos más destacables para sostener esta idea se encuentran los dos siguientes:

- 1- Carencia de libertad. Es la necesidad de sobrevivir económicamente lo que lleva al trabajador a someterse al régimen laboral, su vida depende de su trabajo.
- 2- Debilidad negociadora. El trabajo es un bien de mercado, el trabajador debe aceptar el precio que el mercado regula para sus servicios, sin tener el poder para negociar las cláusulas de su contrato.

Básicamente la situación señalada es una realidad cotidiana para el trabajador chileno común, perteneciente a una clase social baja, o media baja; el bien máspreciado que este hombre posee es su fuerza laboral, pero debe competir por un puesto de trabajo con otros tantos que están en similares condiciones, sin una adecuada regulación el hombre es capaz de someterse a situaciones de abuso con tal de permanecer en un puesto de trabajo. Es aquí donde intervine la

⁵ Kahn-Freund (1987) pp. 48 y 49

⁶ Gamonal (2013) p. 427

regulación normativa laboral, proteccionista, buscando no el respeto de las garantías individuales, sino la protección del más débil.

d) Protección material del débil jurídico en materia laboral

Hemos señalado que el Derecho laboral ha surgido como respuesta a la necesidad de proteger al trabajador, he ahí su mentada vocación protectora y el Derecho laboral chileno es muestra de aquello.

La Constitución Política de la República consagra en su artículo 19 N°16 “la libertad de trabajo y su protección”. Sobre este punto la doctrina nacional ha sido enfática en que no solo se ampara la libertad de trabajo sino al trabajo mismo, donde se prohíbe al legislador dictar normas que atenten contra la igualdad y dignidad del hombre en materia laboral⁷. La misma norma constitucional establece la necesidad de una “justa retribución”, para la libre contratación y la libre elección del trabajo, esta norma pretende establecer una igualdad en la retribución para un mismo tipo de trabajo.

En el mismo sentido el profesor Nogueira considera que el Derecho al trabajo está establecido en la Constitución Política, integrado además al tenor del artículo 5° de la misma, se consagra entonces como Derecho Fundamental, emanado como derecho esencial de las personas en base a su dignidad inherente, y que la propia Constitución así como el derecho internacional vinculante para Chile reconoce según una serie de fuentes, a saber, la Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966) por citar algunos de los mayormente relevantes⁸. Como reflejo de lo anterior, esta protección del débil jurídico en materia laboral abarca normativamente una serie de derechos que se han ido plasmando en las normas del Código del Trabajo.

Estas materias objeto de regulación de las leyes laborales chilenas responden a la aplicación de una serie de principios que se derivan de la mencionada vocación de tutela que posee el Derecho Laboral.

⁷ Búlnes (1980) p. 214

⁸ Nogueira (2009) p. 402

e) *Principios de protección del trabajador*

Desprendiéndose del gran principio de protección que reviste el Derecho laboral, podemos hallar otras máximas que informan las normas e inspiran directa e indirectamente soluciones casuísticas. Son principios del Derecho laboral que bien podrían dar alguna luz sobre los principios que rigen la protección del más débil en todo ámbito del Derecho. Estos son:

- 1- Principio de la norma más favorable, ante la concurrencia de normas actualmente vigentes sobre una misma materia, el juez debe aplicar la que resulte más favorable al trabajador, sin atender a los criterios de jerarquía ni especialidad. Ejemplo, en el descanso anual y contrato colectivo, artículo 67 del Código del trabajo.
- 2- Principio de la condición más beneficiosa, supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar. Ejemplo, artículo 12 y artículo 369 del código del trabajo.
- 3- Principio de la irrenunciabilidad de los derechos. Imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho laboral en beneficio propio. Se consagran en los artículos 5º, 58, 195, 206 del código del trabajo.
- 4- Principio de primacía de la realidad, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia y crédito a lo que ocurre en la práctica, en la realidad de los hechos. Ejemplo artículos 7º, 8º y 9º del código del trabajo.

Creciendo bajo el alero de estos principios generales del Derecho del trabajo, se encuentra toda la legislación pertinente de esta rama, tras los años estas máximas se han fundido con el ideario del propio trabajador, se alzan banderas de lucha partiendo de estas bases jurídicas, desde estos logros humanos arrebatados en su minuto al poderoso, en defensa de los oprimidos.

Desde el reconocimiento constitucional del principio protector, hasta la aplicación directa de los principios derivados de aquel; desde un mero reconocimiento hasta la protección real del

individuo, esa es la riqueza que podemos destacar de esta rama particular del Derecho, tan controversial para aquellos que ven la amenaza del Estado contra sus pretensiones globalizadoras y mercantilistas, tan imprescindible para la mayoría que necesita una base de protección, para así poder tomar un respiro entre extenuantes jornadas, en las cuales entregan sus días de sol, su salud, su fuerza, su vida y mucho más para que las cuerdas que separan su vivienda de la del patrón sean cada vez más largas.

3. El débil en el Derecho del consumidor

a) Aproximación

En los tiempos que corren, es una innegable marca característica la constante e inagotable relación jurídica privada que se establece entre dos partes que, la gran mayoría de las veces, poseen una capacidad negociadora y fáctica muy desigual; esta relación jurídica ampliamente denominada el “consumo” no es sino el perfeccionamiento de un contrato de compraventa entre una persona que busca satisfacer una necesidad, y otra que se dedica a proveer bienes y servicios que satisfacen esas necesidades con el objeto de generar una ganancia lucrativa. Lenta ha sido la evolución legislativa en materia de Derechos del consumidor, pues lento ha sido el entendimiento de la idea que es el hombre medio el que, a través de la entrega de capital que realiza, dota de la capacidad al proveedor para seguir funcionando, y es mediante este proceso difuso que se llega al extremo de crear corporaciones gigantescas y de gran poder, muchas veces mediante la mera preferencia de un producto por sobre el otro por un gran número de individuos.

El nacimiento de esta rama del Derecho por supuesto no se remonta a la posible relación jurídica entre consumidores y proveedores pequeños: panaderos, verduleros, boticarios sastres, carniceros, y tantos otros, pues no existen grandes inequidades entre una parte y la otra que puedan conducir a una situación de abuso o de aprovechamiento. Sin embargo, con el creciente auge de las grandes empresas y la correlativa extinción crónica de los pequeños proveedores, son las primeras las que, obrando conducidas por su increíble superioridad negociadora, es que se comienzan a establecer, ya a finales del siglo XIX, condiciones derechamente abusivas para los consumidores, de la mano con la creciente tendencia de las compañías a concertarse para maximizar sus utilidades y afianzar su posición como entidad

dominante de la estructura social, mediante los *trust* u oligopolios, y en ocasiones simplemente monopolios. Así es como surgen las llamadas “cláusulas leoninas” de los contratos de compraventa y prestación de servicios.

En términos jurídicos, los contratos los cuales el Derecho de protección del consumidor vela por equiparar, tienen la característica de ser contratos de compraventa de naturaleza híbrida, en el sentido que para una de las partes involucradas ha de ser un contrato de tipo mercantil, lo que en Chile se determina atendiendo a la enumeración artículo 3° del Código de Comercio y a la estrechamente vinculada teoría de lo accesorio -“se presumen mercantiles o civiles ciertos actos cuando se relacionan con una profesión, actividad o acto jurídico principal de carácter contrario, ya sea porque lo facilitan, contribuyen a acrecentarlo o realizarlo, o simplemente lo garantizan”⁹- que se entiende recogida en el artículo 1° de dicho cuerpo legal, mientras que para la contraparte debe tratarse de un contrato de tipo civil, que en nuestro país son todos aquellos que no se ajustan a los numerales del citado artículo 3° y que no se presuman mercantiles según la teoría de lo accesorio, ampliamente aceptada por nuestra Doctrina y Jurisprudencia nacional.

La característica precedente refleja el hecho de que una parte será aquella que busca enriquecerse con la provisión de servicios y productos de cualquier naturaleza, mientras que la otra busca la satisfacción de una necesidad, desde las más básicas hasta las más sofisticadas, no pudiendo en muchos casos sino recurrir a un determinado proveedor.

Será el Derecho, pues, el llamado a nivelar, en la medida de sus capacidades, las situaciones que derivan de esta clase de contratos; esto se ha logrado mediante, antes que todo, una legislación que reconozca y garantice que los consumidores han de tener y poder ejercitar un determinado catálogo de derechos, así como también la creación de organismos del estado más o menos autónomos que asistan e intervengan en favor de la parte más débil de la relación contractual que ahora analizamos.

⁹ Momberg (2004)

b) Reconocimiento del débil en el Derecho del consumidor

En la realidad contractual en que están revestidas las relaciones privadas mercantiles, específicamente entre un comerciante y un consumidor final, existe una clara y distinguible diferencia entre las partes que componen el negocio. En la gran mayoría de negocios jurídicos en que se da esta clase de relación mercantil, la parte más débil lo es por bastante, y esta es, salvo aisladísimas excepciones, la que corresponde al consumidor final; en la gran mayoría de las veces representa una persona común y corriente, un ciudadano que debe cubrir sus necesidades mediante el uso del dinero que le ha costado obtener. Pues bien, ante dicha realidad, por una parte una persona promedio, y por otra una empresa que se dedica habitualmente a la comercialización de bienes y servicios, encontraremos al débil jurídico a aquella parte con menores herramientas de hecho para hacer valer sus derechos y lo que es justo. Esto se ha acentuado en la medida que los tiempos avanzan: en un mundo donde está extremadamente concentrada la riqueza, donde las grandes corporaciones multinacionales son dueñas y señoras de todo cuanto puede ser objeto de propiedad (catálogo que se va convenientemente incrementando con el “avance” legislativo) hasta crear vastos monopolios y oligopolios que aseguran su situación de entidades plenipotenciarias de nuestra época; en este sentido, con la brutal polarización del capital y las influencias es que los abusos hacia el hombre medio, se vuelve necesario e imprescindible contar con una legislación que asegure un mínimo de dignidad y trato justo a aquellos que, muchas veces por necesidad, contratan con entidades que les superan por amplio margen en capacidad negociadora. Y es que el consumidor se ha entendido que es clave para mantener funcionando el sistema económico, por ello es que se ha puesto el acento y la atención en desarrollar normativas que doten de más poder y capacidad a los que se encuentran en ese costado del negocio jurídico; a principios del siglo XX las compañías se comportaban de manera mucho más abusiva con los consumidores, estableciendo, por ejemplo, cláusulas de irresponsabilidad a todo evento en los contratos, liberándose completamente de la necesidad de indemnizar. Por supuesto, el estado nada podía hacer, pues en el modelo liberal de la época se entendía -y aún en cierta medida lo hace- que cualquier intromisión del estado era intolerable, pues coartaba y aun coarta la curiosa idea de libertad que aún se defiende con fanatismo dogmático.

En suma, el débil jurídico de la relación contractual en el marco de un contrato mercantil, es aquel que se define como “consumidor final”, es decir, un adquirente que no posee un ánimo

de lucro en esa transacción, esto debido a la clara inequidad en el poder negociador y en los recursos que manejan las partes involucradas, desigualdad que el Derecho se va encargando de mitigar en la medida de sus posibilidades y en la medida que logramos anticiparnos como ciudadanos a los posibles abusos de quienes se sitúan en la cúspide de este complejo entramado de relaciones sociales.

c) Origen de la Desigualdad en la relación de consumo.

Los orígenes de esta rama del Derecho como lo entendemos hoy, se sitúan a mediados del siglo XX, con el auge de la industria, la producción y el capitalismo clásico. Si bien es posible encontrar antecedentes de un Derecho de los consumidores en el derecho romano, específicamente en la “Lex Iulia de Annona”¹⁰, que establece sanciones para la usura y el acaparamiento, no existe un desarrollo de normativas de esta clase prácticamente en todo el periodo medieval y moderno en occidente, cayendo en el desuso y en el olvido. Esta situación se mantuvo inalterada hasta ya bien entrada la revolución industrial, donde se comienza a acentuar gravemente el problema de la polarización social, la llamada “lucha de clases” entre proletariado y burguesía, y el desamparo absoluto en el que se encontraba la parte más débil en un contrato de consumo. Cláusulas leoninas en los contratos eran comunes, y nada podía hacer el consumidor para enmendarlo. Recién en 1960 se funda la “Consumers International” en Londres, lo que gatilló una serie de impulsos legislativos en pro del consumidor, sin embargo antes que eso, durante el explosivo florecimiento productivo de occidente y la revolución industrial temprana, nada parecido a una legislación que protegiera a los consumidores era esperable, pues era incompatible con los principios rectores del liberalismo clásico, que se impuso indiscutidamente hasta el colapso de las bolsas en 1929; esto acarrearía, como es de esperarse, una contundente brecha entre los proveedores y los consumidores en todo orden de cosas, pues desde los bienes más elementales como el alimento, hasta los más complejos como un vehículo, requerían ser adquiridos con la lógica de la compraventa a cambio de un valor dinerario, trabándose necesariamente una relación jurídica híbrida que caracteriza esta rama del derecho, por un lado un acto jurídico mercantil -la parte tradente- y por otro uno de carácter civil -la parte adquirente-. Esta situación se iría volviendo más y más polarizada, pues las compañías comienzan a establecer acuerdos para conservar el poder industrial en unas pocas manos, evitando la competencia y la regulación bajo el amparo del marco legislativo de aquellos

¹⁰ Salazar (2004)

tiempos; estos acuerdos se conocen como los *trusts*, que hoy en día serían considerados carteles, cuyo único propósito es crear oligopolios que permitan perpetuar una posición de ventaja y recursos inmensos.

Es en este contexto, pues, es donde encontramos el nacimiento de esta desigualdad, que se iría acentuando cada vez más, generando gran descontento y malestar social, con conocidas y profundas consecuencias, como el surgimiento del socialismo y el anarquismo; pues entonces, si las economías capitalistas habrían de sobrevivir, debían llevar a cabo reformas profundas que mitigaran la insatisfacción con un modelo cada vez más predatorio y cuestionable.

d) Principios de protección al consumidor

Trazados los lineamientos del panorama económico y social de la primera mitad del siglo XX, con el contundente golpe que significó la crisis económica de 1929, se vuelve necesario actuar en conformidad, primero fueron las normativas *anti-trust* o anti monopolio de principios de siglo, luego de la crisis, al establecerse que aquello no bastó, y junto con las reformas macroeconómicas impulsadas por economistas como Keynes, vendría una tardía seguidilla de producciones normativas centradas en proteger a los consumidores, que son el engranaje fundamental del entramado económico. Es así como recién en 1962 el presidente Kennedy estatuyó los primeros lineamientos para un derecho de los consumidores mediante la llamada “Consumer Bill of Rights” en Estados Unidos, introduciendo cuatro principios rectores básicos en la protección de los consumidores, que sentarían las bases para las legislaciones futuras en la materia, estos son, a saber, el Derecho a la Seguridad, el Derecho a la Información, el Derecho a Elegir, y el Derecho a ser Escuchado¹¹.

El primer principio, el Derecho a la seguridad, se hacía cargo de algo tan básico como proteger al consumidor en caso de lesiones provocadas por los productos de consumo, como automóviles, electrónicos, herramientas, etc.; se establecía algo tan elemental como que los productos no deben causar daño a los usuarios si el artefacto se utiliza de acuerdo a las instrucciones. El segundo principio, el Derecho a la Información, establece que los productores deben siempre proveer la suficiente y adecuada información para poder realizar una elección inteligente e informada de aquello que adquieren, prohibiéndose expresamente la entrega maliciosa, parcializada o errada acerca de los productos que se comercializan, con

¹¹ Reiboldt, Mallers (2014), p. 145

atención especial en el etiquetado y empaque. Continuando, el Derecho a Elegir consagra, en estrecha relación con el principio precedente, que el consumidor debe poder optar entre una suficiente cantidad de opciones y precios competitivos, y en sintonía con la legislación *anti-trust* o anti monopolio, en aquellos casos en que no sea posible la competencia habría de garantizarse una calidad satisfactoria y un precio justo. Finalmente, el Derecho a ser Escuchado, establece el derecho a que el consumidor sea escuchado por el productor y comunicar los puntos en los que hay insatisfacción para que éstos sean tomados en consideración y reparados, así como también es deber del Estado escuchar a los consumidores para mejorar las políticas normativas, tanto legales como administrativas en el ámbito de la defensa del consumidor.

Luego de este primer paso en la elaboración de un Derecho de protección a los consumidores, las leyes se irían refinando y adaptando a las nuevas tendencias y problemáticas que reviste esta siempre compleja relación jurídica. Será la ONU en 1985 quien expandiría de manera importante el catálogo de derechos o garantía que debiesen entenderse propias de la parte más débil de esta relación jurídica. Se consagran cuatro nuevos principios, que los ordenamientos internos irán recogiendo con el avance de sus legislaciones, en el caso de Chile, esto se logra parcialmente mediante la publicación en el Diario Oficial de la Ley 19.496¹², recién en el año 1997. Estos principios son los siguientes: el Derecho a la Satisfacción de las Necesidades Básicas establece que las personas deben tener acceso a bienes esenciales como agua, comida, salud y educación; el Derecho a la Rectificación consagra la facultad del consumidor de recibir compensación o satisfacción por las reclamaciones justamente realizadas, incluyéndose resarcimiento por productos de calidad inferior, servicios defectuosos o comunicación insuficiente; el Derecho a la Educación del Consumidor versa sobre la necesidad de que el consumidor reciba toda la información y los conocimientos para realizar compras de forma consciente respecto de bienes y servicios, así como también conocer sus derechos y deberes básicos como consumidor; finalmente el Derecho a un Medioambiente Saludable es un llamado a reconocer el Derecho que poseen los individuos a vivir y trabajar en un ambiente que no amenace el bienestar de las generaciones presentes y futuras.

¹² Ley 19496. Chile (1997)

En suma, es mediante estas proclamaciones generales que se han ido formando y consagrando los derechos de los consumidores en los diversos ordenamientos internos; como de costumbre, en Chile su reconocimiento ha sido tardío e incompleto, pero se vislumbra un desarrollo cierto en este ámbito del Derecho, y nada obsta que en un futuro cercano nos vayamos poniendo al día con el avance a nivel mundial en esta materia, pues mientras haya margen para el abuso, éste siempre estará entre nosotros.

e) *Protección material del débil jurídico en materia de Derecho del consumidor*

La situación en nuestro país con relación al Derecho de los consumidores, si bien no está a tono con las legislaciones más modernas, existe un catálogo de facultades reales que la parte más débil del contrato puede ejercer y que los sitúa relativamente a salvo de los abusos más arrolladores y evidentes.

Si bien es posible encontrar una suerte de protohistoria de este derecho con el establecimiento en la década de 1930 del organismo denominado “Comisariato General de Subsistencia y Precios”, que posteriormente evolucionaría en la “Superintendencia de Abastecimiento y Precios” (SAP) para luego pasar a llamarse “Dirección de Industria y Comercio” (DIRINCO), es más preciso identificar estos organismos y sus atribuciones, como lo era “asegurar a todos los habitantes de la República las más convenientes condiciones económicas de vida”¹³, en la esfera de la legislación antimonopolio que en el ámbito de la protección al consumidor; como es de suponerse, las atribuciones antimonopólicas y de protección al ciudadano que ostentaba la entonces DIRINCO se vieron severamente recortadas durante la dictadura, pues mediante el DL 280¹⁴ se reduce a la mínima expresión la participación del estado en los asuntos comerciales, en concordancia con los dogmas económico de la escuela de Chicago.

Siendo esta la situación, el gran paso al frente que se da en esta materia no sería sino hasta 1997, con la promulgación de la Ley 19.496¹⁵, la llamada “Ley del consumidor” que establece un catálogo de derechos y garantías reales para la mejor protección de los consumidores, así como el establecimiento de un órgano con algo más de atribuciones, aunque hasta el día de hoy éstas son insuficientes, como lo es el Servicio Nacional del Consumidor, cuyo principal rol

¹³ Sernac (2012), pág. 5

¹⁴ Decreto Ley 280. Chile (1974)

¹⁵ Ley 19496. Chile (1997)

es mediar a favor del consumidor y representarle ante una situación que vulnere sus derechos.

f) Protección material del débil jurídico en el Derecho del consumidor en Chile

Nuestro país, como ya mencionábamos, posee una legislación, si bien tardía y algo incompleta, que protege de manera relativamente efectiva los derechos de los consumidores que aquí se reconocen.

En cuanto a sus fuentes, encontramos que la más importante de éstas es la Ley 19.496 sobre Protección de los Derecho del consumidor y, subsidiariamente, las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio, en lo pertinente (por ejemplo resultan relevantes las normas sobre formación del consentimiento).

Con todo, la Ley 19.496, junto con sus modificaciones, es la gran fuente del Derecho en esta materia, y allí se contiene prácticamente toda la normativa pertinente a la protección de los consumidores que hemos ido incorporando a nuestro ordenamiento.

Una característica importante de la protección al consumidor que nuestra legislación recoge es aquella según la cual las normas relativas a este materia son irrenunciables (art. 4 ley 19.496), reafirmando su carácter protector y acarreado como consecuencia que, si bien esta es una rama del derecho fundamentalmente perteneciente a tronco del derecho privado, posee ribetes o características que la acercan más bien a un punto medio con el derecho o las normas de orden público.

La ley, luego, define su ámbito de aplicación que, como adelantábamos, debe tratarse de un contrato oneroso, de naturaleza híbrida -comercial para una parte y civil para la otra-, y además, la parte adquirente debe gozar del bien como destinatario final de éste. En relación con este punto se pasa también a describir al proveedor, que debe ser una persona que se caracterice por la habitualidad al entregar un determinado bien o servicio, y que a cambio exija una tarifa o precio por dicha prestación.

Continuando en este sentido, y ya en el área normativa, la ley 19.496 establece algunos preceptos básicos que deben entenderse necesarios en la relación de consumo; así, por

ejemplo, la norma establece la necesidad de proveer lo que se denomina “información básica comercial” que importa manifestar los peligros del producto, su composición, instrucciones de uso, precauciones, caducidad, etc. También se consagran normas básicas en materia de publicidad comercial, manifestando que en la comunicación dirigida al público por cualquier medio para informarlo o persuadirlo para adquirir un bien o contratar un servicio, se entenderán incorporadas al contrato las condiciones objetivas que en dicha comunicación se expresen; si bien no existen normas que regulen la publicidad, existen sanciones pecuniarias contra la publicidad engañosa. También se regula, bajo una lógica similar, los llamados “contratos de adhesión”, que son aquellos cuyas cláusulas han sido redactadas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para poder celebrarlo, pueda alterar su contenido; se establece, por ejemplo, que los contratos de adhesión que contengan cláusulas abusivas pueden ser declarados nulos de forma total o parcial.

El artículo 3° de la ley 19.496¹⁶ reconoce ciertos principios, similares a los que hemos revisado ya en el ámbito internacional, estos son, a saber, el Derecho a la libre elección del bien o servicio, el Derecho a información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, el Derecho a no ser discriminado arbitrariamente por los proveedores, el Derecho a la seguridad en el consumo, el derecho a la reparación e indemnización de los daños materiales y morales, y el derecho a la educación para un consumo responsable, el Derecho a retracto, y los Derechos de los consumidores financieros.

Como contrapartida a lo anterior, la Ley también establece ciertos deberes de los proveedores, consagrados en los artículos 12 y siguientes de la citada norma, y que pueden ser resumidos como los siguientes: el deber de respetar la oferta, el deber de integración publicitaria en el contrato, la obligación de no negar injustificadamente la venta del bien o la prestación del servicio, la obligación de informar al consumidor cuando el bien presenta deficiencias o es usado, la obligación de no actuar negligentemente en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, y la obligación de proporcionar al SERNAC la información que éste solicite por escrito. Más adelante, en el párrafo 5° del título II, la ley establece la obligación del proveedor de ofrecer una garantía mínima legal; quizás este sea el mecanismo de protección del consumidor más claro y más utilizado, que se traduce en la facultad irrenunciable del adquirente de exigir

¹⁶ Ley 19496. Chile (1997)

indistinta y arbitrariamente la reparación, cambio o devolución de lo pagado, siempre que se verifique alguna de las hipótesis señaladas en el artículo 20, que se refieren básicamente a la calidad, a la veracidad del rotulado, a que el producto cumpla sus funciones naturales, entre otras. Este Derecho es, probablemente, el más claro en cuanto a mecanismos útiles y directos que el consumidor puede hacer valer para evitar los abusos en su contra, y por tanto, creemos, que es en el refinamiento de estas disposiciones y su modernización, en que el legislador debiese poner más énfasis.

La ley, a continuación, regula el tema de la publicidad, que es otro gran factor que históricamente ha conducido a desinformación, malas interpretaciones y, por consiguiente, abusos y aprovechamientos injustificados; aquí la ley es acertada, creemos, en establecer un marco claro en que la publicidad puede moverse, sin ser excesivamente estricta, sin embargo las sanciones son algo bajas y adolecen del problema que están legalmente tarifadas, y no dan la suficiente discrecionalidad a la judicatura para que evalúe elevar la sanción si las circunstancias lo ameritan, por ejemplo, la multa máxima que establece la ley es de 1.000 UTM “En caso de que incida en las cualidades de productos o servicios que afecten la salud o la seguridad de la población o el medio ambiente”¹⁷ que es un supuesto de hecho increíblemente grave, sin perjuicio de poder ser vuelta a aplicar al doble del valor en caso de reincidencia; no es como que a una multinacional que factura millones de dólares al año le fuera a afectar una multa de 1000 UTM, una cifra así puede caer simplemente como parte de su costo operacional.

En síntesis, en atención a las leyes sobre protección del débil jurídico en el ámbito de los derechos del consumidor en Chile, es posible pensar que van por el buen camino, sin embargo, como en tantas otras facetas de nuestro desarrollo legislativo, existen muchas áreas en que estas normas se encuentran aun en deuda, que es posible, por tanto, ofrecer una protección mayor, más operativa y más disuasiva de conductas impropias por parte de los productores y proveedores. Como en todo orden de cosas, es responsabilidad de los ciudadanos, junto con los legisladores, exigir que se incorporen nuevos derechos y demandar más y mejores mecanismos de protección jurídica en esta y otras situaciones en que el Derecho tiene algo que decir en miras de equiparar las condiciones, frenar las injusticias y los abusos por parte de unos pocos contra los que menos pueden hacer.

¹⁷ Ley 19.946, Artículo 24

4. El débil en el Derecho ambiental. Reconocimiento y protección.

a) *Aproximación.*

El hombre debe su existencia al medio ambiente; hasta ahora éste es el único espacio donde pueden desarrollarse diversos elementos naturales puestos en movimiento dentro de una ecuación ambiental que, como es sabido, está bajo amenaza hoy como nunca antes.

En virtud de la situación actual, el deterioro del espacio vital de ser humano, es que los Estados, en diverso grado, han asumido la cuestión ambiental como una función pública más.

El deterioro ambiental tiene incidencia directa en la vida, salud y calidad de vida de la población.

Chile no está ausente de esta nueva tendencia mundial, así en nuestro país la función pública ambiental ha encontrado como primera respuesta la formulación y asunción de nuevas tareas por parte del Estado, se adopta una política pública que busca moderar y minimizar los efectos que el deterioro ambiental tiene sobre la ciudadanía y el ambiente mismo.

Para alcanzar estas metas se crean diversos instrumentos, acciones jurídicas o materiales de los órganos estatales.

b) *Reconocimiento del débil en el Derecho ambiental.*

Dentro del análisis de esta rama particular del Derecho es menester identificar al sujeto de derechos central, aquel en que se materializan todos los impulsos generadores de este apartado jurídico.

Incita, pues, realzar la figura del “medio ambiente”, la cual se enaltece como primer candidato a acaparar la protección de la regulación que emerge desde la función pública que hemos descrito, mas es preciso determinar aquel concepto que tanto revolotea en cada reunión internacional en pro de un futuro sustentable.

Siendo rigurosos, la expresión *medio ambiente* no es del todo precisa, son dos términos unívocos y redundantes conjuntamente utilizados. *Medio*, es la expresión con la que se alude al elemento ambiental por el cual se traslada o deposita la contaminación ambiental. *Ambiente*, es el

conjunto de elementos y su interacción, sobre los cuales se desarrolla la vida. Por ende sería del todo más preciso emplear conceptos como *ambiente o entorno*, reservando *medio* como concepto para hacer alusión a elementos medioambientales como agua, aire, tierra.

Sin embargo nuestra Constitución y otras diversas leyes ambientales emplean la expresión medio ambiente para hacer referencia al objeto de protección jurídica.

Nosotros acortaremos camino y tomaremos una definición doctrinal (restringida) y un concepto dado por la ley (concepto amplio).

Para el profesor Jorge Bermúdez Soto, el medio ambiente es la manifestación actual de las relaciones que se den entre los diversos ecosistemas, tanto naturales como urbanos, que produciendo un conjunto de condiciones, inciden de forma determinante en las posibilidades de desarrollo integral de los seres humanos.¹⁸

Para el legislador de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) es el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en múltiples manifestaciones.

Sobre la base de estos conceptos se ha erguido una fuerte producción normativa, y un desarrollo doctrinal bastante nutrido, la rama particular en comento es una rama sólida y consagrada, que ha logrado introducir disposiciones de rango legal y constitucional, pero para nosotros hay un elemento que subyace a la primera lectura de los enunciados, un elemento sobre el cual gravita toda el Derecho ambiental, por cierto es el verdadero y último sujeto pasivo de derechos. El hombre.

Las múltiples declaraciones de las Conferencias de Naciones Unidas sobre el Medio ambiente y el Desarrollo a nivel internacional y nuestro derecho interno, ponen énfasis en la protección del medio, pero no hay que perder de vista que lo que se busca proteger es el medio ambiente del hombre, lo que está en juego es asegurar la supervivencia humana.

¹⁸ Bermúdez (2007) p.27

Una de las más preciadas joyas del Derecho ambiental chileno es el Artículo 19 numeral 8° de la Constitución Política de la República, el cual dispone *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. (...)*

Estamos frente a la manifestación explícita de que el verdadero sujeto que se busca proteger es el hombre, el cual está siendo afectado por el deterioro de su espacio vital, causado en gran medida por su propia mano.

La situación de debilidad manifiesta que a lo largo de este trabajo hemos mencionado, está dada en ciertos casos para algunos sujetos, que en relación a la posición que ocupan dentro de la sociedad o el mercado, se encuentran bajo la amenaza de ser víctimas, menoscabadas en sus derechos individuales, necesitando la mano del Estado que les brinde apoyo.

En esta rama particular del Derecho Ambiental nos encontramos con la impactante realidad mundial respecto al ambiente del planeta, son conocidos los innumerables estudios y vaticinios que profetizan futuras, pero prontas, extinciones de animales y agotamientos de recursos naturales, discursos que tienen a los Estados en la lucha contra los intereses particulares, por detener la explotación del medio ambiente.

En este momento el hombre en su totalidad está en situación de manifiesta debilidad, el débil jurídico es el hombre en abstracto, y la protección que se busca es en realidad un desesperado intento por cambiar la conciencia humana, la lucha esta vez es contra el rigor de los valores del libre mercado, que tienen al planeta atiborrado de producto desechables y agotamiento de recursos sin posibilidad de reutilización, es un camino sólo de ida.

c) Protección material del débil jurídico en el Derecho ambiental

Con la mirada puesta en el más allá del concepto de medio ambiente, teniendo una visión con más profundidad respecto del verdadero ánimo de protección de esta rama del Derecho, plasmaremos en este apartado una serie de normas que nos permiten dilucidar la protección jurídica que brinda el Derecho ambiental.

- ART. 19 N° 8 de la Constitución Política de la República. *“El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.*

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.”

Respecto a esta norma vale decir que los titulares de esta norma son, como lo encabeza el mismo artículo de la Carta Fundamental, todas las personas. Queda claro que la materialización del ánimo protector es para con las personas, ellos son el sujeto pasivo del derecho y son tenidas como sujeto pasivo de derechos tanto individualmente como colectivamente.

- Ley 19.300¹⁹ sobre bases generales del medio ambiente (lbgma)

Esta ley vertebral del Derecho ambiental en nuestro país, contiene la mayoría de los instrumentos de protección normativos de esta rama.

Esta ley contiene normas que regulan la producción de bienes transables en el mercado, estandarizando procesos y midiendo su impacto al medio ambiente, contiene herramientas para medir niveles de contaminación y estructura la ordenación territorial de procesos industriales.

Escapando a la más tradicional legislación nacional, esta ley contiene sanciones positivas, que se traducen en incentivos, generalmente de carácter económico, para quienes realizan prácticas favorables al ambiente.

d) Principios del Derecho Ambiental.

Al analizar las diversas normas que conforman el cuerpo normativo esencial del Derecho Ambiental, logramos identificar tres principios rectores sobre los cuales descansa toda la producción normativa, a saber:

Principio Precautorio: *“Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”*

¹⁹ Ley 19.300, Chile (1994)

La idea de este principio es anticiparse a la vulneración del objeto de protección en cuanto exista incertidumbre respecto de los efectos que pueda producir un determinado hecho. Es de toda lógica que el prevenir es mucho más eficiente y barato que reparar.

La amplitud de este principio cubre las situaciones de peligro inminente de daño y también al simple riesgo que pueda representar una determinada situación. Supone un mandato de responsabilidad por la existencia, desarrollo y calidad de vida de las *generaciones futuras*.

Principio Causador o de Responsabilidad: “*el que contamina (daña), paga*” Es la base para adscribir los costos de los daños al medio a un determinado agente causante. Si bien el principio precautorio atiende al *cuándo* deben adoptarse las medidas protectoras; el principio de responsabilidad determina *quién* debe soportar los costos de tales medidas.

Principio de Cooperación: El trabajo organizado entre el Estado y los diversos actores sociales involucrados en el tema medioambiental, si bien es cierto hoy en día se le da la denominación de *principio*, es menester decir que pareciera ser tan solo una descripción empírica de la cooperación Estado y Sociedad que se da comúnmente en temas medioambientales y no un principio de dirección jurídica. Lo que podemos rescatar de esta discusión es que esta situación empírica y voluntaria, de cooperación estatal, modernamente se está considerando como un principio de actuación de la administración pública, un mandato de obligatoriedad para la actuación estatal.

Los principios expuestos representan la “*triada ambiental*”, sobre ella se construye toda la estructura del Derecho Ambiental, si bien es cierto estos principios han sido tratados bajo el prisma de la rama a la cual pertenecen, nos parece razonable, en virtud del espíritu de este trabajo, intentar una extensión de ellos mismos sobre temáticas diversas al propio Derecho Ambiental.

En virtud del principio precautorio, este presenta un método simple y eficaz de proceder frente a situaciones de peligro o simple riesgo de daño al objeto de protección, y si bien recordamos que identificamos como fin último de protección del Derecho ambiental al hombre mismo en sociedad y su sustentabilidad futura, estaríamos frente a una herramienta de gran utilidad para la protección de débiles jurídicos, tomados como sujeto colectivo de derechos.

Mismo sujeto colectivo quien pudiera reclamar reivindicación de derechos sustraídos por el uso abusivo del poder de las grandes corporaciones y los llamados *súper sujetos de derecho*, reclamar en virtud del principio causador o de responsabilidad el reparo de los innumerables perjuicios que quedan sepultados en el silencio del tiempo, sobre todo en aquellos pequeños poblados sin atención mediática en nuestro país.

5. El débil en el Derecho de menores. Reconocimiento y protección.

a) *Aproximación*

El camino que avanza una sociedad cualquiera, va determinando su dirección en virtud del desarrollo que se les da a los miembros más jóvenes de la misma, así los niños mantendrán en el mañana los valores que hoy les son entregados. Constituyen sin duda alguna el más valioso tesoro de la humanidad, y en atención a esa importancia natural es que desde inicios del siglo XX se les ha tomado como un sujeto específico de derechos, siendo la primera manifestación occidental de ello la *Declaración de Ginebra sobre los derechos de los niños* adoptada por la *Sociedad de las Naciones* en 1924, la cual dio lugar a variadas declaraciones similares y posteriores, nuestro país ratifica en 1990 la *Convención de los derechos del niño*, incorporando sus postulados al Derecho interno, teniendo en la actualidad una nutrida legislación sobre el tema.

b) *Reconocimiento del débil en el Derecho de menores.*

La convención ratificada por Chile considera *Niño* a toda persona menor de 18 años, salvo que en virtud de una ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Y en consecuencia con ello el ordenamiento jurídico nacional esta conteste a esa definición.

El reconocimiento del niño como sujeto especial de derechos, tiene su fundamento en la fragilidad propia y natural de los menores, y se determina considerando que, con anterioridad a los 18 años de edad, y por cierto incluyendo al periodo de gestación de la criatura, el niño tiene tal falta de madurez física y mental, que requiere de cuidado y protección especial y específica, que debe ser garantizada de manera legal y celosamente vigiladas por el Estado.

Siguiendo el sentido anterior, ubicamos el objeto de protección jurídica sobre el cual versa toda la masa normativa que compone el material del cual se nutre esta rama particular del Derecho,

en toda persona menor de 18 años inclusive a aquellos que están por nacer y que a su vez no hayan sido declarados mayores de edad por medio de la pertinente legislación.

c) Protección material del débil jurídico en el Derecho de menores.

Centrando la visión en el tratamiento normativo que se les da a los niños transversalmente en las diversas áreas del ordenamiento jurídico, la rama particular del Derecho de menores abarca el estudio de la protección normativa que inviste a este sujeto de derechos en las siguientes normativas particulares:

-Protección contra la violencia intrafamiliar: Los hijos no pueden ser maltratados física ni psicológicamente por sus padres. En caso que ello ocurra, la ley permite que cualquier persona denuncie el maltrato ante los tribunales de familia, sin necesidad de contar con un abogado. El tribunal debe adoptar medidas de resguardo a favor del menor.

-Educación: Todo niño tiene derecho a la educación. El Estado debe garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal desde la etapa de segundo nivel de transición (kínder), hasta el cuarto año de enseñanza media, inclusive. Se prohíbe toda limitación arbitraria de este derecho. Los alcances de esta norma generan el debate propio de un tema tan trascendental en la vida como éste; materializar esta prescripción normativa no se agota simplemente con permitir el acceso a un establecimiento educacional dotado de una infraestructura adecuada, sino que requiere permitir el acceso igualitario a una educación que permita el máximo desarrollo posible en el individuo.

-Trabajo: Está prohibido que los menores de 15 años trabajen, salvo que sea con autorización judicial y en ámbitos como cine, TV, circos y espectáculos. Los jóvenes entre 15 y 18 años pueden desarrollar sólo trabajos ligeros que no perjudiquen su salud, desarrollo ni educación escolar, autorizados por el padre o madre.

-Filiación: Todos los niños tienen derecho a la identidad, a conocer su origen biológico y a pertenecer a una familia, sea con padres biológicos o adoptivos. Los padres, sean biológicos o adoptivos, tienen los mismos deberes en relación al hijo. Deben cuidarlos, criarlos y educarlos.

Ellos son también sus herederos. Los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio tienen los mismos derechos ante la ley.

-Alimentación: Los hijos tienen derecho de alimentos hasta los 21 años, siendo sus padres los principales obligados. Este derecho puede extenderse más allá, en la medida que el hijo estudie una profesión u oficio (caso en el cual el derecho cesa a los 28 años), que exista una incapacidad física o mental o que concurra otra causa calificada, a partir de la cual el juez estime que ellos son necesarios para subsistir.

-Adopción: Los menores de 18 años pueden ser adoptados legalmente. Entre otros casos, la ley lo permite si los padres entregan a su hijo a una institución pública o privada de protección de menores, no le proporcionen cuidado por dos meses (30 días, si es menor de un año) o se encuentren incapacitados para ejercer el cuidado. El procedimiento puede iniciarse a solicitud del Servicio Nacional de Menores, o de la persona que tuviera el menor a su cargo.

-Salud: Varias de las prestaciones que la salud chilena garantiza a través del *Plan de Garantías Explícitas de Salud* van dirigidas a niños, como cardiopatías congénitas operables, tratamiento de escoliosis, cáncer, epilepsia e infecciones respiratorias agudas para menores de un año. Todos los niños del país tienen derecho a atención médica gratuita en la salud pública en caso de sufrir un accidente durante sus actividades escolares.

-Delitos sexuales: La ley contempla sanciones más severas para quien comete delitos sexuales en contra de menores de edad. Por ejemplo, los delitos de violación contra menores de 14 años pueden sancionarse con penas de 5 años y un día a 20 años de presidio. En los últimos años se han tipificado otros delitos contra menores de edad. Este el caso del *grooming*, es decir, el envío, recepción o entrega de imágenes o grabaciones de significación sexual con menores de edad. Este delito contempla penas de 541 días a tres años de presidio.

d) *Principios del Derecho de menores.*

Desde el análisis del cuerpo normativo que el Derecho de menores ha instrumentalizado se pueden extraer algunos principios que necesariamente requieren atención

especial, estos principios además son los que estructuran las múltiples declaraciones internacionales que versan sobre el tema en cuestión. Los más importantes son los siguientes:

No discriminación: El niño no deberá sufrir discriminaciones por raza, color, género, idioma, religión, nacionalidad, origen social, casta o discapacidad. Este principio es una distinta perspectiva al gran principio de igualdad, el cual aplicado a este Derecho de Menores sostiene el derecho de todo niño a recibir un trato digno de toda persona humana, sin miramientos de ninguna especie.

El interés superior del niño: Toda ley que afecte de cualquier manera a la infancia, es decir a los niños, deben beneficiarlos de la mejor manera posible. Este no es solo un mandato hacia el legislador, el principio no se agota solo en el texto de la ley, sino que pretende estar presente en toda aplicación de normas que afecten a los niños, por tanto en esa aplicación debe estarse siempre con la vista fija en la búsqueda del mayor bienestar posible para los menores, es un mandato que cubre a los operadores jurídicos y a todo tribunal del país.

Supervivencia, desarrollo y protección: Las autoridades del país deben proteger al niño y garantizar su pleno desarrollo, tanto físico como mental y social. Muy cercano al principio anterior, esta vez con una dimensión mucho más amplia, transgrediendo el espectro operativo de una ley, este principio es un mandato para el Estado, para que en uso de la autoridad y el poder conferido se mantenga presente durante el desarrollo del niño, protegiéndolo hasta donde alcancen sus facultades.

Participación: Los niños tienen derecho a expresar su opinión en las decisiones que les afecten, y que sus opiniones se tomen en cuenta. Este es un principio que dirige la mirada sobre la sociedad. Poco a poco nuestro desarrollo social ha ido incluyendo en la participación comunitaria a más actores, que antes estaban completamente excluidos; hoy se ha aprendido que todas las opiniones deben ser escuchadas, y con este mandato social se quiere incluir en el activo social a sus integrantes más importantes.

6. El Derecho de la pobreza. Una propuesta en análisis.

a) *Aproximación.*

La especie humana ha alcanzado logros extraordinarios relacionados a la evolución social y a los alcances de la ciencia y la tecnología, pero estos logros han ido, inevitablemente, acompañados de múltiples problemas que afectan todos los ámbitos de la vida humana, problemas que el llamado *desarrollo* no cubre con su aparentemente interminable manto de progreso.

La pobreza es uno de los peores males que afectan a la población mundial; en materia individual, en lo que hoy se ha llamado el *nivel de vida*, más de la mitad de la población mundial no alcanza a superar la línea de la pobreza, en términos cuantitativos.

En Chile se mide la pobreza con una canasta básica que, siendo rigurosos, en la práctica no significa nada; los analistas discuten sobre el porcentaje de pobreza, porque el ingreso no basta para satisfacer con algún grado de racionalidad las necesidades básicas. Hay que financiar educación, salud, pagar previsión, recreación. El tema del nivel de vida está presente en nuestra realidad. Todo gobierno intenta disimular los índices mayores de pobreza bajo índices de desarrollo económico, maquillando al país para que éste se muestre como un destino seguro para inversiones, pero el beneficio es solo para las clases poderosas, que en sus solas arcas superan enormemente los ingresos medios de países subdesarrollados, como el nuestro.

En virtud de cierto afán por mantener la pobreza en secreto, fuera del espectro de visión mundial, la llamada superclase²⁰ ha optado por legislar prioritariamente en diversas materias, dejando un dificultoso camino de acceso al Derecho a los que quedan comprendidos como pobres. Aunque es un tema que ha sido tratado por diversos autores, principalmente desde fines del siglo XIX y durante todo el siglo XX, parece ser que las polémicas que se generan a partir de este tema no han dejado que surja con propiedad como una rama del Derecho propiamente tal, sino que se aletarga en lo teórico y en lo retórico, sin materializarse como debiese hacerlo en atención a su crítica importancia.

²⁰ Rothkopf (2008)

b) *Desarrollo del Derecho de la pobreza.*

El auge de la revolución industrial y el consiguiente desarrollo de un grupo social confeccionado a la medida de los requerimientos del trabajo, provocando una consiguiente explosión demográfica de las clases más bajas, desplazadas a la periferia de los asentamientos urbanos, donde se encuentra la fuente laboral, alimenta la ecuación oferta y demanda de trabajo, con lo cual la mano de obra no calificada se vende a precios cercanos a la nada.

Este escenario de abuso, que es históricamente conocido, se extiende brutalmente hasta inicios del siglo XX, donde surgen los primeros llamados a la conciencia y solidaridad social sobre tamaña crisis; la *cuestión social*, puesta en escena pioneramente por la Iglesia Católica en voz del Papa León XIII, en la encíclica *Rerum Novarum*²¹ de 1891. En Chile se pagó con sangre la obtención de mejoras para los trabajadores, que aunque no cumplieron las demandas obreras, sirvieron para acallar a la masa protestante²².

Todo aquello es historia conocida, por tanto volcaremos la mirada hacia el desarrollo más próximo a nosotros que ha tenido la lucha contra la pobreza.

Actualmente, en el marco del desarrollo científico social de esta temática, ha ido perfilándose un enfoque distinto, más específico, comprendiendo una postura contrapuesta a los ideales de la moderna sociedad de consumo, denominado este enfoque por algunos como las *fábricas de la pobreza*²³ en que se han convertido nuestras sociedades.

Precisamos, pues, un acercamiento hacia lo palpable en cuanto al objeto de análisis, para lo cual existen algunas consideraciones que son aceptadas universalmente en cuanto a determinar qué es la pobreza y a quienes afecta.

En estos momentos son considerados pobres las personas que no logran procurarse los bienes de necesidad básica, como el alimento, la vestimenta, el alojamiento, el agua o la medicina, en cantidades y calidad indispensables para vivir decentemente.

²¹ Quisbert (2010) pág. 3

²² Donoso (2009) pág. 79

²³ Petrella; Amoroso; Ceriani; Sentinelli, et al. (2014)

La medida usada a nivel mundial para medir la pobreza es el PPP (*Parity Purchasing Power*), que mide la desigualdad estrictamente monetaria, mercantil²⁴. Esta es la que los medios emplean en sus informativos.

Según el análisis economicista contemporáneo, serían pobres “de verdad” los que viven en estado de miseria, es decir, los que no poseen nada, viven en villas o poblaciones marginales que se caracterizan por tener un acceso deficiente o nulo a los bienes y servicios colectivos basales (agua potable, hogar, hospitales, calles, transporte público).

Los países desarrollados hablan de “pobreza relativa” para los que no caen en esta categoría, pues si no es un estado de miseria, pues entonces puede no ser considerado directamente como pobreza.

A nivel mundial una persona es considerada *relativamente pobre* en los siguientes términos:

En el 2010, tres mil millones de personas “vivían” por debajo del estándar de 2.50 dólares al día por persona. Este estándar, desde el 2008 es considerado como el propicio para que una persona sea declarada como dentro de la “pobreza relativa”, según los criterios del Banco Mundial.

En 1974 la comunidad internacional adoptó, por primera vez, la propuesta hecha por el Banco Mundial de diferenciar entre pobreza relativa (menos de U\$2 al día) y pobreza absoluta o extrema (menos de U\$1 al día). Hoy en día el umbral de la pobreza extrema es de U\$1.25, y los que caen “amontonados” en este grupo son cerca de mil cuatrocientos millones de personas, dentro de las antes mencionadas tres mil millones, constituyendo prácticamente la mitad.²⁵

El impresionante número de personas que se encuentran sometidas a la pobreza hace a algunos autores señalar el fracaso del contrato social actual de la cultura moderna, e incluso ciertos intelectuales hacen un llamado a declarar oficialmente la “ilicitud” de la pobreza, manifestación de aquello son los *doce principios* del movimiento “Declaremos Ilegal la Pobreza”²⁶ los cuales, con el fin de dar una mirada a estas novedosas y bastante atinadas

²⁴ Taylor; Taylor (2004), pág. 135

²⁵ Petrella; Amoroso; Ceriani; Sentinelli, et al. (2014) pp. 19

²⁶ Petrella; Amoroso; Ceriani; Sentinelli, et al. (2014) pp. 11-16

manifestaciones, pasaremos a enunciar, a saber, los doce principios para declarar ilegal la pobreza:

1-. Nadie nace pobre ni elige ser pobre.

Si bien es cierto, la primera afirmación de este principio aparenta ser falsa, pues es cierto que algunas personas nacen en contextos de mayor pobreza, como es el caso de África, es igualmente cierto que como seres humanos, todos nacemos iguales.

Todos nosotros recibimos la vida, aun antes de “vivir” en condiciones consideradas como de riqueza o pobreza. Es el estado de la sociedad en la que nacemos el que nos “hace” ricos o pobres

2-. La pobreza se adquiere. La pobreza es una construcción social.

Ya en los años 80, don Tonino Bello escribía: “No es verdad que se nace pobre. Se puede nacer poeta, pero nunca pobre. En pobre nos convertimos. Como nos convertimos en abogados, técnicos o sacerdotes”²⁷

La pobreza no es un hecho de la naturaleza, como la lluvia, es un fenómeno social. Es construido y producido por el conjunto humano. Sociedades como la escandinava han venido desde los 60 diluyendo los factores estructurales del empobrecimiento y reduciendo los procesos de exclusión a ciertas áreas muy limitadas donde aún existe pobreza material. Contrario es el caso, por ejemplo, de los Estados Unidos, donde no se ha combatido el fenómeno y se ha derivado, si bien artificialmente, en una sociedad altamente dispar y pobre.

3-. No es la sociedad pobre la que “produce” pobreza

Así por ejemplo, los Estados Unidos, el país más rico del mundo en términos monetarios, ha “creado” pobreza (no solo económica) durante toda su historia.

4-. La exclusión produce pobreza

La exclusión en dos sentidos: primero, en el sentido de excluir a las personas del acceso a los bienes necesarios para una vida digna y plena, y segundo, la exclusión de las personas de la vida cívica, a la educación, a la vida política y social. La exclusión trastorna la esencia del ser humano.

²⁷ Don Tonino Bello (1992), las traducciones son propias.

5-. En cuanto es un proceso estructural, el empobrecimiento es colectivo

La pobreza no solo afecta a una persona, sino a grupos familiares y a poblaciones enteras, como los inmigrantes, indigentes, villas marginales, zonas golpeadas por la recesión económica, así como también a categorías sociales particulares, como trabajadores, campesinos, sectores de clase media, ancianos, niños y jóvenes, entre muchos otros. Cuando una persona se empobrece, nos empobrecemos todos.

6-. El empobrecimiento es hijo de una sociedad que no cree en los derechos vitales y ciudadanos para todas las personas, ni en la responsabilidad política colectiva para garantizar tales derechos a todos los habitantes de la Tierra.

Los grupos dominantes no creen en la existencia de los derechos humanos vitales, ni en los derechos cívicos, que son universales, indivisibles e imprescriptibles. Están obligados a respetarlos por las leyes, pero no creen en su aprovechamiento por todos los individuos. Por el contrario, se ha tendido en las últimas décadas a imponer que el acceso a dichos derechos debe ser pagado. Creen, por su parte, en el gobierno económico global fundado sobre el capital, y que esa es la forma más eficaz de gestionar todos los recursos disponibles.

7-. Los procesos de empobrecimiento derivan en sociedades injustas

Las sociedades injustas son aquellas que niegan la universalidad, indivisibilidad e imprescriptibilidad de los derechos de vida y ciudadanía y, por tanto, niegan la igualdad de todas las personas frente a dichos derechos. Existe la idea en estas sociedades que el acceso económico y social a los bienes y servicios necesarios e indispensables para la vida es una cuestión de iniciativa o de mérito personal (o de un grupo). Lo mismo puede decirse sobre el acceso a las condiciones y a las prerrogativas civiles, ciudadanas y políticas. En las sociedades injustas, este acceso no puede ser sino selectivo, y condicionado a las reglas y criterios establecidos por los grupos dominantes.

8-. La lucha contra la pobreza es, ante todo, la lucha contra la riqueza injusta, desigual y predatoria.

Existe empobrecimiento porque existe enriquecimiento injusto. Los procesos de empobrecimiento florecen en sociedades donde prevalecen los fenómenos de enriquecimiento injusto, desigual y predatorio. Es por eso que el tema ha puesto, con escaso éxito, en el centro de las políticas sociales, la reducción de la pobreza; esto es una elección decisiva y obligatoria.

Pero esta estrecha estrategia sólo se ha concentrado en una redistribución de recursos, y no en modificar los factores estructurales que posibilitan la existencia del problema.

9-. “El planeta de los pobres” siempre ha sido el más poblado y el más afectado por la erosión. La mercantilización de los bienes comunes.

Los grupos dominantes han dado siempre más valor a la riqueza individual. Se han encargado de borrar del imaginario el concepto de riqueza colectiva. Han reducido todo a “recursos” (incluso el “recurso” humano). Todo se ha convertido en una mercancía cuyo acceso está subordinado al propio aporte para incrementar capitales privados. Por consiguiente, el trabajo, la educación, la protección social son tratados como “costos” y, como tales, racionalizables, sujetos de privatización. No somos ya una comunidad de personas, sino de mercaderes; ya no hay derechos colectivos, sino la capacidad de adquirirlos; no hay solidaridad, sino competencia y caridad; no hay cooperación sino una guerra para ver quién acaba poseyendo el recurso.

10-. Las políticas para reducir la pobreza en el último siglo han fallado porque atacan a los síntomas y no a las causas.

En efecto, las políticas contra la pobreza se traducen, de facto, en factores que acentúan los procesos de empobrecimiento y, por tanto, en políticas “contra los pobres”. De esto surgen los fenómenos de criminalización contra los pobres.

11-. La pobreza es hoy una de las formas más avanzadas de esclavitud, pues se basa en el hurto de la propia humanidad y de nuestro futuro.

A diferencia de la esclavitud tradicional, fundada sobre la laceración de lo que es ser humano, la más moderna, basada en la pobreza, deja a salvo el principio de la igualdad aparente del ser humano, para después trazar una línea de separación considerada “inevitable” entre humanos libres de pensamiento y con el futuro relativamente asegurado y que ejercen la ciudadanía, de aquellos que son obligados a llevar una vida autómatas, sometidos, y privados de sus derechos como ciudadanos. Es un verdadero “hurto de la humanidad” perpetrado por los grupos dominantes frente a los millones de seres humanos excluidos, a quienes, se podría decir, les han robado el futuro.

12-. Para liberar a la sociedad de la pobreza, se deben declarar ilícitas las leyes, las instituciones y las prácticas sociales que generan y alimentan los procesos de empobrecimiento.

Es posible “salir de la pobreza” y liberar a la sociedad del empobrecimiento; ciertamente esto no se logra aplicando las medidas que han sido impuestas desde ya 50 años, ni los modelos del banco mundial que han fallado miserablemente, sino convirtiendo en ilegales aquellas disposiciones legislativas, administrativas, aquellas instituciones que a niveles locales, nacionales y mundiales, constituyen los agentes de exacerbación de los procesos de riqueza predatoria, desigual e injusta.

En suma, los pobres son el sujeto de derecho que por definición, ocupa una posición de debilidad manifiesta transversalmente cualquier realidad jurídica y social, pues sus carencias en todo orden de cosas tipo dejan a estos individuos sencillamente indefensos, susceptibles del abuso sistemático de la sociedad moderna, la cual es según hemos visto, es generadora de la pobreza. El *pobre* tiene acceso restringido al Derecho, quizá el ordenamiento posee herramientas y disposiciones de las cuales se pueda hacer uso para proteger a este sujeto, pero lo real es que esta protección no está al alcance de cualquiera, sino que se requiere una búsqueda profunda para alcanzarla, no está dispuesta en términos generales, las herramientas no están diseñadas para ser entendidas y aprehendidas por el débil jurídico, y se requiere de conocimientos y competencias técnicas que el débil, por regla general, no posee, por lo que sería idéntica la situación si no existieran dichos mecanismos en el ordenamiento, desde un punto de vista práctico.

Capítulo III: Síntesis y Conclusiones

1. Síntesis

Hemos comenzado este trabajo ofreciendo una mirada a la problemática de las ramas del Derecho, en este apartado se ha buscado despejar el tratamiento estructurado que se da a cada sector del fenómeno del Derecho, lo cual obedece a la necesidad metodológica para su correcto entendimiento. Hemos clasificado y sub clasificado el Derecho en ramas con a lo menos cierta pretensión de autonomía en el área didáctica, legislativa y científica. Hemos intentado establecer un consenso en la definición de ramas del Derecho, puesto que es aún un

tema debatido en la más autorizada doctrina, esto para posteriormente analizar en específico ciertas ramas elegidas para el desarrollo del presente trabajo.

Posteriormente nos hemos aproximado a la acertada e incipiente teoría del Derecho de los débiles del profesor von Hippel en la década de los 80, que analiza de una forma sistemática la situación jurídica de los individuos menos favorecidos y que por ser tales necesitan una especial protección por parte del Derecho. Sus estudios concuerdan y han allanado a lo más parecido que hay en la actualidad a fuentes del Derecho de los débiles, a saber, declaraciones de la ONU sobre derechos del niño y derechos culturales, pactos internacionales en materia de derechos del consumidor, entre otras.

El proceso de acometer un estudio de las ramas que nos parecieron más atingentes en esta materia, creemos, es necesario vincularlo con el propósito de este trabajo, a saber, que mediante un estudio de las mencionadas ramas, podamos extrapolar algunos principios aplicables a una eventual teoría del Derecho de los débiles y que, empleando un enfoque pormenorizado, podamos proyectar ciertas ideas que puedan propender a algún avance en esta materia.

Durante el análisis de las ramas escogidas hemos sido partidarios de utilizar un determinado esquema ordenado para su estudio, que nos permita someterlas a un tratamiento académico comparativo, realizado mediante una aproximación a la materia, seguido de una identificación del débil en ese ámbito junto con el origen de la desigualdad que deriva en dicho estatus de debilidad, las normas materiales que el legislador ha previsto para dar solución a aquella situación de injusticia, finalizando con una búsqueda de principios jurídicos y materiales que son propios de cada una de las materias analizadas. Las ramas que hemos sometido a este esquema son: el Derecho laboral, el Derecho del consumidor, el Derecho ambiental y el Derecho de menores; hemos incluido también bajo esta mirada una rama del tronco jurídico que aún no existe como tal, con el objeto de proyectar la idea de la debilidad jurídica a ámbitos que claman por protección efectiva por parte del Derecho, pero que por los caprichos de nuestra sociedad y nuestra cultura, permanecen arrolladoramente desatendidos. Hemos dado una mirada a un posible Derecho de la pobreza, donde se advierte el creciente desamparo de los sujetos, camuflado entre cifras y estadísticas, y donde el Derecho, creemos, podría asestar un decisivo golpe de timón para equiparar la situación de aplastante desigualdad entre unos y otros.

Incumbe, a continuación, enunciar ciertas ideas fruto del estudio precedente, que puedan servir como material o herramienta para un análisis general o comprensivo de una posible teoría del derecho de los débiles, empleando una conceptualización que esperamos resulte útil y atingente en el ámbito del estudio del Derecho.

2. Conclusiones

Es posible convenir, como producto de la modesta investigación que hemos realizado, que el Derecho de los débiles es una temática amplia y compleja, que acepta muchas formas de ser abordada, pero posee un denominador común: es una problemática fundamental y urgente, en el marco de la crisis social por la que atraviesa la humanidad.

Como podemos observar, la pionera e incisiva teoría del profesor Von Hippel ya en los años 80 sobre un Derecho integrado de los débiles no pierde su vigencia, y que la estructura o andamiaje jurídico que se utiliza para sopesar las desigualdades sociales de diversas naturalezas posee ribetes comunes y distinguibles.

No es descabellado, pues, y a la luz de nuevas teorías como el movimiento “Declaremos Ilegal la pobreza”, que podemos llegar a implementar en el futuro próximo una solución jurídica, ya sea general o pormenorizada en las distintas ramas, que aborde este intrincado escenario.

Hemos intentado presentar este análisis ofreciendo una estructura relativamente ordenada para abordar los distintos sectores del Derecho en donde semejante teoría de los débiles jurídicos cobra sentido; pues bien, creemos que sería posible, de manera semejante, proponer dicha estructura como aproximación incipiente para poner en el tapete directamente a esta urgente problemática, desde la óptica del Derecho.

Sería posible, por ejemplo, como adelantábamos en el capítulo sobre la problemática de las ramas, seguir segmentando el Derecho, esta vez en miras a aplacar o combatir esta devastadora realidad; sin embargo, creemos que la estructura presentada para las diversas problemáticas podría eventualmente adaptarse a una teoría general del Derecho de los débiles, una

perspectiva amplia, instrumental, pero que posea estándares jurídicos básicos que la conviertan en viable.

En efecto, y en concordancia con la teoría del profesor Fernando Fueyo, un pretendido Derecho de los débiles debiese contar, a lo menos, con las autonomías descritas por el autor, a saber, autonomía didáctica, autonomía legislativa y autonomía científica.

En este sentido, es un hecho cierto que el Derecho de los débiles no cuenta con ninguna de las autonomías descritas; he ahí la importancia, pues, que un enfoque jurídico sistemático se implemente para allanar el camino con el objeto de que se desarrollen soluciones contra la devastadora desigualdad que aqueja a gran parte de las personas. Así, al alcanzar una autonomía científica, creemos, se permitiría que este complejo problema saliera a la luz, con miras a establecerse una disciplina académica o autonomía didáctica, que sea impartida en las aulas en un intento por transmitir la gravedad del dilema en cuestión, y así poder elaborar remedios desde la modesta posición del Derecho. Solo de esta manera, una vez que exista una cierta conciencia de las flaquezas del sistema, tanto jurídicas como de otros tipos, es que se podría aspirar a una bienvenida autonomía legislativa, que vaya traduciendo en normas los clamores de los débiles sobre las tantas injusticias que los afligen.

A continuación intentaremos adentrarnos en la materia, ofreciendo una posible definición del concepto de débil jurídico y algunas consideraciones teóricas.

a) Una propuesta de definición del débil jurídico

Débil jurídico es aquella persona natural que, bien por su calidad en un determinado negocio jurídico, bien por la especial posición que ocupa en la sociedad, se encuentra en un particular estado de detrimento, contra el cual, usualmente, se cuenta con mínimas o inaccesibles herramientas o soluciones.

Esto puede deberse a que la herramienta en cuestión no existe, o bien, hay una imposibilidad práctica de acceder a un mecanismo que exista, debido a las circunstancias que afectan al sujeto.

No podría, naturalmente, tratarse de una persona jurídica, pues la debilidad ha de desprenderse de atributos y circunstancias propias de la persona humana, como su dignidad, libertad e igualdad necesaria ante la ley (esto al menos en teoría); todo esto sin perjuicio de que pudieran presentarse ciertas excepciones, como una microempresa contratando con una multinacional,

empresas individuales, ONG y corporaciones pequeñas. Sin embargo esta última temática, creemos, escapa a las humildes pretensiones de este trabajo, aunque es una problemática interesante, merecedora de su propio estudio y enfoque.

En consecuencia, podemos distinguir ciertas categorías de sujetos débiles, a saber:

Débil Contractual: Es aquella persona que se encuentra en manifiesta posición de desigualdad en cuanto a su capacidad negociadora en el ámbito de un determinado negocio jurídico.

Esta situación la vivimos día a día en nuestra sociedad de mercado, y se origina en los llamados “contratos leoninos”; hoy en día son muy frecuentes las situaciones abusivas en los contratos de adhesión, cuyas cláusulas no son susceptibles de negociación. Los Estados han combatido esta realidad instaurando los llamados contratos dirigidos, que se definen como “contratos reglamentados y fiscalizados por los Poderes Públicos en su formación, ejecución y duración”²⁸, para así poner coto a las desmedidas atribuciones que se adjudicaba una parte en desmedro de la otra.

Otro ejemplo clásico de esta clase de individuo débil es el empleado dentro de un contrato de trabajo, en el cual las partes se encuentran en evidente desequilibrio, y que sin la intervención del ente público, seguirían siendo extremadamente abusivos.

Podríamos encontrar otros casos de debilidad contractual, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, o en un contrato sobre previsión en salud con una gran compañía.

Débil Social: Es aquel que se encuentra en una permanente situación de detrimento a causa de algún factor ajeno a su persona, y sin que medie la autonomía de la voluntad a la hora de determinar su calidad de desaventajado. Esta debilidad puede venir dada por algo tan sencillo como la situación de pobreza, discapacidad, sexo, etnia, etc. Pero encontramos también debilidades menos evidentes, como lo las personas que sufren las consecuencias de la contaminación, el hacinamiento, la cesantía, entre tantas otras causas. Esta debilidad se presenta por el simple hecho de ser o de pertenecer a un determinado grupo, ya sea desde el punto de vista urbano, demográfico, económico, etc.

Esta debilidad, creemos, está caracterizada casi transversalmente por un deficiente acceso a la educación y a la información, lo que trae como consecuencia que aquellos que se encuentran en dicho estado, muchas veces ignoran los mecanismos establecidos que pudiera haber para enfrentar los obstáculos con los que conviven, convirtiendo en necesario que no solo existan

²⁸ Alessandri (1940)

las herramientas, sino que también sean accesibles por aquellos que están en la necesidad de servirse de ellas. Se produciría un gran efecto atenuante en las condiciones desfavorables que aquejan las personas si se combatiera la gran deficiencia que representa la falta de acceso a la educación, pues, creemos, esta es una de las causas matrices de la debilidad y la desigualdad, pudiendo así abrirse las puertas a que se supere de forma algo más definitiva el estado de debilidad social imperante.

b) Los principios como punto de partida para un Derecho de los débiles

De acuerdo al presente trabajo, y siguiendo la línea de las diversas aristas del Derecho que hemos estudiado, podemos identificar un cierto hilo conductor en el tratamiento que se le ha dado al enfrentamiento de la problemática en los diversos campos analizados. Encontramos, en este ámbito, que los principios son aquellas directrices que guían el proceso normativo, fundándose la producción legislativa en el respeto a éstos y en la necesidad de hacer frente a las adversidades que impiden que sean del todo respetados.

Pensamos, siguiendo la anterior idea, que es menester para un eventual Derecho de los débiles enunciar algunos principios básicos que den cierto punto de partida al desarrollo de su estudio. Podríamos proponer, siempre proyectado al Derecho de los débiles, los siguientes:

Principio de Protección: si bien es un principio por antonomasia del Derecho laboral, éste está presente de alguna forma en todas las ramas descritas, y es uno de los principios más importantes en los diversos aspectos que hemos analizado. En el área del Derecho del trabajo se le presta, en atención a este principio, una protección especial a la parte más débil de la relación contractual. Como hemos visto en el correspondiente apartado, este principio se traduce en cuatro mecanismos jurídicos específicos (aplicación de la norma más favorable, el principio de la condición más beneficiosa, principio de la irrenunciabilidad de los derechos, principio de primacía de la realidad). Siguiendo esta idea, podríamos pensar en implementar un principio de protección al débil similar al usado en el aspecto laboral, no solo en materia contractual, sino que en cualquier situación de enfrentamiento o litigio en el cual una de las partes se encuentre en estado de debilidad frente a la otra, siempre con el objeto de equiparar en algo las condiciones que invisten a los sujetos.

Podríamos pensar, por ejemplo, en traducir este principio en normas sobre irrenunciabilidad de derechos en otros contratos, como arrendamientos o compraventas, o en una manifestación

del principio de primacía de la realidad, para que lo que está en el papel no cause una injusticia manifiesta, como sucede en tantos casos.

El derecho a ser escuchado: este principio nace, como vimos, en el marco del Derecho del consumidor, y podría perfectamente ser utilizado como herramienta general por un individuo clasificado como débil; esto con el objeto que exista una obligación por parte tanto del Estado como de particulares, a escuchar a los individuos perjudicados, ya sea para que se reparen necesariamente las inequidades, o para que el Estado emprenda acciones y mejore sus políticas con miras a mitigar la situación problemática.

Principio de Acceso: resulta fundamental que el débil jurídico cuente con el necesario acceso a determinadas prestaciones, ya sea en el ámbito de un contrato o fuera de éste. Hablamos esencialmente del acceso a la educación, a la información, y a la tutela del Estado (judicial, administrativa u otras) en determinados casos. Creemos que sería pertinente implementar un principio general, una herramienta o acción genérica que permita a los individuos estar informados y al tanto de aquello que incumbe a su situación. Hablamos no solo información sobre los productos que adquieren, sino también a información relevante sobre cómo hacer valer sus derechos, acceso a servicios y prestaciones básicas para el desarrollo humano, como lo es la educación o la salud.

Principio de Responsabilidad: extrayendo esta idea de los principios del Derecho ambiental, así como también de la máxima del Derecho civil sobre la reparación integral del daño, podríamos proponer una herramienta jurídica general según la cual, toda situación que ocasione perjuicios a una persona débil en atención a su situación especial, habría de ser reparado. Pensamos en situaciones no consideradas en los estatutos civiles sobre reparación del daño, sobre todo en un país fuertemente exegético como Chile. Es posible conectar esto con lo que plantea la teoría de las externalidades negativas de los agentes y la solución presentada por el economista ganador del Nobel Ronald Coase, según la cual, se debe asignar los derechos de propiedad en una determinada situación de externalidades para que los involucrados puedan disponer de ellos, y así volver innecesaria la participación del Estado; de esta forma, una vez que la propiedad está establecida sobre, por ejemplo, el derecho a respirar aire limpio, las empresas contaminantes no podrían ensuciar el aire, pues se vulnera dicho derecho.²⁹ Una posible extensión de esta teoría, que fuera abarcante para el sujeto en estado de debilidad, sería otorgar cierto valor como variables de una ecuación, a las cualidades del sujeto

²⁹ Aguilar (2009), pág. 120

que juegan un papel determinante respecto a la ocasión del perjuicio. Siguiendo la actual corriente extensiva que experimenta el derecho de propiedad, el cual ha provocado una “cosificación” de distintos valores con intención de someterlos a mecanismos de protección jurídica diseñados en favor del derecho de propiedad, sería del todo loable adherir a esta corriente en lo que resulte útil y pertinente, y someter al mismo régimen las particulares características del sujeto débil, las cuales, al estar inmersas dentro de estos mecanismos de protección, brindarían mayores herramientas para atenuar su propia y desmejorada posición social.

c) Posibles mecanismos jurídicos para protección del débil

Como hemos ido proponiendo a lo largo de este trabajo, la condición de debilidad puede estar dada por múltiples factores, como lo son el deficiente acceso al Derecho, el estar contractualmente en una posición débil, el ser pobre según estándares lógicos, el tener una condición física o psíquica distinta, el ser posible víctima de abuso ante la aplicación de una norma o actividad humana, por dar algunos ejemplos.

Ante esta amplísima circunstancia bajo la cual puede venir dada la condición de debilidad, es que el Derecho debe plantearse como un ente de rango amplio, si pretende ser de utilidad para equiparar las condiciones y prestar ayuda a los necesitados.

Siguiendo esta idea, podría pensarse, por ejemplo, en la implementación de una acción judicial similar al llamado “recurso de protección” cuyo objetivo sea amparar y tutelar a una persona en manifiesto estado de debilidad, otorgando amplias facultades al órgano jurisdiccional para que pueda aplicar de oficio la normativa pertinente, incluyendo los principios, para dar solución a determinada injusticia.

También podría proponerse la creación de algún órgano de la rama ejecutiva, dependiente de algún ministerio, para prestar asistencia jurídica a aquellos que se encuentren en una posición de debilidad, y que tenga facultad para corregir coactivamente situaciones de abuso, desigualdad y vejamen, concentrando entre sus facultades un cúmulo de capacidades que le permitan accionar en contra de aquel que abusa, por la vía más idónea según el caso. Pensamos, por ejemplo, en el uso de sanciones, la facultad de ordenar el retiro de contaminación, rescindir determinadas cláusulas contractuales, etc.

En suma, resulta imperativo y de suma urgencia que las miradas de quienes nos relacionamos con el Derecho sean cada vez más amplias, desarrollando una conciencia de la actual realidad jurídica; el débil jurídico no es solo un producto teórico, sino una realidad latente y en crecimiento, expandida en Chile y en el mundo, abarcando fácilmente a más de la mitad de la población mundial. Se debe desarrollar la verdadera dimensión protectora del Derecho, para lo cual este trabajo intenta apuntar desde una perspectiva teórica a que, a lo menos, hay un vacío y que se requiere inmediata atención.

Bibliografía

Aguilar González, José María (2009): *“El análisis económico del derecho de propiedad: una aproximación”*, en *“Anuario Jurídico y Económico Esclaiarensis”*, XLII, pp. 117 a 128, Universidad Complutense de Madrid, 2009.

Alessandri Rodríguez, Arturo (1940): *“El contrato dirigido”*, Anales de la Facultad de Derecho Vol. VI - Enero-Diciembre de 1940 - N° 21 a 24.

Bello, Antonino (1992): *“Educazione alla povertà”* en *“Parole d'Amore”*, Molfetta, Italia, Luce e vita.

Bermúdez Soto, Jorge (2007): *“Fundamentos de Derecho Ambiental”* Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Bulnes Aldunate, Luz (1980): *“La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”* en *“Revista de Derecho público”*, N°28, Universidad de Chile. Santiago, Chile, pp. 207-224.

Collins, Hugh (1989): *“Labour law as a vocation”* en *“105 Law Quarterly Review”* pp. 468-484.

Decreto Ley 280. Chile. Diario Oficial de 24 de enero de 1974.

Donoso Rojas, Carlos (2009): *“Escuela Santa María: Revisitando la Matanza desde los Documentos”* en *“Revista de Ciencias Sociales”*, n°22, Departamento de Ciencias Sociales, Universidad Arturo Pratt, Iquique, 2009, pp. 57-82.

Fuentes Torrijo, Ximena (2007): *“El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”*. Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish_.pdf. Fecha última visita: 22 de octubre de 2014.

Fueyo Laneri, Fernando (1967): “*El problema de las autonomías o especialidades*” en “*Revista de Derecho Privado*”, abril-junio. Santiago, Chile, pp. 17 – 21.

Gamonal Contreras, Sergio (2013): “*Estudios constitucionales*” año 11, N°1, pp. 425-458.

Hovenkamp, Herbert (1986): “*Chicago and Its Alternatives*”, en “*Duke Law Journal*”, pp. 1014-1029. Disponible en:

<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol35/iss6/5>. Fecha última visita: 03 de octubre de 2014.

Kahn Freund, Otto (1987): “*Trabajo y Derecho*”, Ed. Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España.

Ley 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Chile. Diario Oficial de 7 de marzo de 1997

Ley 19.300, sobre bases generales del medio ambiente. Chile. Diario Oficial de 9 de marzo de 1994.

Marsh, Norman (1983): “*Der Schutz des Schwächeren. By Eika Von Hippel*” en “*International and Comparative Law Quarterly*”, Número 32, Volumen 4. Cambridge Journals, Reino Unido, Octubre, pp. 1046-1050.

Momberg Uribe, Rodrigo (2004): “*Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*”, en “*Revista de Derecho de Valdivia*”, vol. XVII, Valdivia, diciembre, pp. 41-62

Nogueira Alcalá, Humberto (2009): “*Derechos fundamentales y garantías constitucionales*” Tomo 3, Librotecnia, Santiago de Chile. p. 604.

Petrella, Riccardo; Amoroso, Bruno; Ceriani Giovani; Sentinelli, Patrizia, et al. (2014): “*Le Fabbriche della Povertà*” en “*Rivista Liberare la società dall’impoverimento*”. Verona, Italia. Las traducciones son propias.

Quisbert, Ermo (2010): *“Qué es la encíclica Rerum Novarum?”* CED, La Paz, Bolivia.

Reiboldt, Wendy; Mallery, Melanie Horn (2014): *“Consumer survival: an encyclopedia of consumer rights, safety, and protection.”* ABC-CLIO, California, EE.UU.

Rothkopf, David (2008): *“Superclass, the global power elite and the world they are making”* (Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2008).

Salazar Revuelta, María (2004): *“La represión penal de la usura en la república romana y su evolución”* en *“Revista de Estudios Histórico-jurídicos”*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n. 26. pp. 85-111.

Sernac (2012): Revista *“80 Años del Servicio Nacional del Consumidor”*

Taylor, Adam; Taylor, Mark (2004): *“The Purchasing Power Parity Debate”* en *“Journal of Economic Perspectives”*, Volumen 18, Número 4, 2004, pp. 135-158.

Von Hippel, Eike (1982): *“Der Schutz des Schwächeren”*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), UTB, Tubinga.