

# ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

**Año XVII, N° 33 – Enero 2016**



**Universidad del Desarrollo**

Facultades de Derecho

### **Consejo Editorial**

Gonzalo Rioseco M. *Presidente*

Hugo Rosende A.

Cecily Halpern M.

Jorge Ogalde M.

Bruno Caprile B.

Ignacio Covarrubias C.

Julio Alvear T.

### **Director**

Pablo Rodríguez G.

### **Editor**

Hugo Fábrega V.

### **Representante Legal**

Federico Valdés L.

ISSN N° 0717-5914 – Santiago de Chile

Ediciones Universidad del Desarrollo

La Revista **ACTUALIDAD JURÍDICA** es una publicación semestral de las Facultades de Derecho (Santiago y Concepción) de **Universidad del Desarrollo**

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista.

Impresión: Versión, Producciones Gráficas Limitada.

# Índice de contenidos

• <b>Presentación</b> .....	5
<b>I. Tema Central: “Chile: La libertad acosada”</b>	
• <b>¿Son categorías antagónicas en el orden constitucional las bases de la institucionalidad económica y los derechos sociales?</b> F. Pfeffer U. ....	9
• <b>Gobernando por glosas: algunas notas sobre la distinciones arbitrarias contenidas en la partida 05 de la Ley de Presupuestos en materia de educación superior.</b> I. Covarrubias C.....	33
• <b>Restricciones a la posibilidad de abrir nuevos colegios subvencionados: una amenaza a la libertad de enseñanza.</b> R. Figueroa S. ....	49
<b>II. Monografía</b>	
• <b>Acuerdo de Unión Civil</b> P. Rodríguez G. ....	63
<b>III. Seminario Internacional ¿asamblea constituyente, reforma constitucional o proceso constituyente?</b>	
• <b>¿Nueva Constitución? La ilusión del Poder Constituyente</b> J. Alvear T. ....	125
• <b>Los límites del poder constituyente y la reforma de la Constitución</b> M. Ayuso .....	145
• <b>Cambio constitucional: la experiencia constitucional colombiana</b> A. Ordóñez M. ....	155
• <b>Acerca del Estado Social y los nuevos derechos en la nueva Constitución</b> (F. Zúñiga U.) .....	161
• <b>Sobrevaloraciones, subvaloraciones, simplificaciones y riesgos del actual proceso constituyente</b> J. M. Díaz de Valdés J. ....	183
<b>IV. Ensayos y estudios</b>	
• <b>Visión general y panorámica de la responsabilidad derivada del hecho de los organismos genéticamente modificados (OGM)</b> R. Munita M. ....	197
• <b>Obligaciones del nuevo titular de la empresa. Revisión jurisprudencial del artículo 4° inciso 2° del Código del Trabajo</b> C. Olavarría R. ....	223
• <b>Acciones populares ante los tratados de libre comercio: “el caso de Colombia y Estados Unidos”</b> R. F. Campusano D. - A. Bolado P.....	259

• <b>Comentarios acerca del procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos en el Código Tributario chileno</b> J. González O.....	277
• <b>Amicus Curiae</b> H. Oberg Y. ....	299
• <b>Prospección del bien jurídico en el delito militar: la defensa nacional</b> S. Cea C. ....	305
• <b>El derecho al olvido de las condenas judiciales</b> C. Silva B.....	323
• <b>La naturaleza jurídica de la acción por provecho del dolo ajeno a la luz del denominado "Caso Inverlink"</b> B. García M. ....	339
• <b>Superintendencias: una necesaria autonomía constitucional</b> N. Enteiche R. ....	359

## V. Análisis jurisprudencial

• <b>Colusión: Un análisis jurisprudencial (Segunda parte): Excepciones y defensas</b> M. F. Juppet E.....	381
• <b>Algunas reflexiones acerca de la oportunidad en la cual el deudor puede enervar la acción resolutoria</b> F. J. Rabat C. - F. Mauriziano C.....	409

## VI. Libros, resúmenes y reseñas

• <b>Derecho del Consumidor. Estudio Crítico, de Pablo Rodríguez Grez</b> H. Rosende A. ....	423
• <b>Índice Revista de Derecho Público Iberoamericano, UDD, N° 7, octubre de 2015</b> .....	431
• <b>Índice Ius Publicum N°35/2015</b> .....	433

VII. <b>Índice general revista Actualidad Jurídica N°s 1 al 32</b> .....	437
--------------------------------------------------------------------------	-----

## Presentación

La edición trigésima tercera de *Actualidad Jurídica* trata, como tema central, el acosamiento de que es víctima la libertad en nuestro país. Creemos que esta faceta cobra trascendental importancia como consecuencia de dos proyectos –sin perjuicio de otros muchos que abordan diversas actividades– que tocan materias de especial sensibilidad política y social: una eventual reforma o sustitución de la Constitución de 1980, y un proyecto sobre gratuidad de la enseñanza. Lo primero no sobrepasa un aspecto, por ahora, meramente procedimental (se trata de fijar las reglas a que debe someterse la aprobación de un nuevo Código Político); lo segundo implica un cambio que operará en los niveles más profundos de la sociedad civil y que alterará en sus raíces el “derecho a la educación” asegurado en el artículo 19 N°10 de la actual Constitución Política de la República. No puede negarse que en el seno de nuestra comunidad subyace un conflicto que se hará patente en el futuro y exigirá una definición a corto plazo. Se trata de confrontar la **libertad** con la **igualdad** o, lo que es más o menos lo mismo, determinar hasta dónde puede llegarse restringiendo una en función de lograr una mayor realización de la otra.

La actual normativa constitucional no ha sido objeto de un cuestionamiento preciso en lo relativo al contenido de sus disposiciones, salvo referencias muy difusas sobre la legitimidad de su origen, aspecto bien relativo si se atiende al título que permitió el restablecimiento del régimen democrático tradicional, y la organización y desarrollo del país en los últimos 30 años. No se divisa, entonces, una causa poderosa que justifique embarcarse en un mecanismo de complejos engranajes participativos que, en lugar de fortalecer la unidad nacional –más necesaria que nunca–, la debilita y menoscaba. Cualquiera que sea el camino por el cual se opte, en un proceso de esta naturaleza, se tropezará necesariamente con un ingrediente ideológico que convulsionará la convivencia nacional. Tanta importancia asignamos a este tema que, con fecha 31 de julio del 2015, el Centro de Justicia Constitucional de nuestra Facultad organizó un seminario en el que cupo especial intervención a dos destacados juristas extranjeros invitados y cinco prestigiosos profesores nacionales.<sup>1</sup> En dicho evento se analizó este tema a un elevado nivel científico. No cabe duda

1 En la presente edición se incluyen las presentaciones de Alejandro Ordoñez Maldonado, Procurador General de la República de Colombia; Miguel Ayuso, profesor de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid; Francisco Zúñiga Urbina, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile; José Manuel Díaz de Valdés, investigador y profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo; y Julio Alvear Téllez, Director de Investigación y profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Lamentablemente, los profesores Jorge Correa Sutil y Arturo Fermandois Vöhringer no nos hicieron llegar sus presentaciones.

que, ante la demanda de dar al país una nueva Carta Fundamental, contraponiendo dos ideales políticos superiores, como quiera que se resuelva este antagonismo, se deja en entredicho la libertad, a costa de la cual se pretende extender la igualdad.

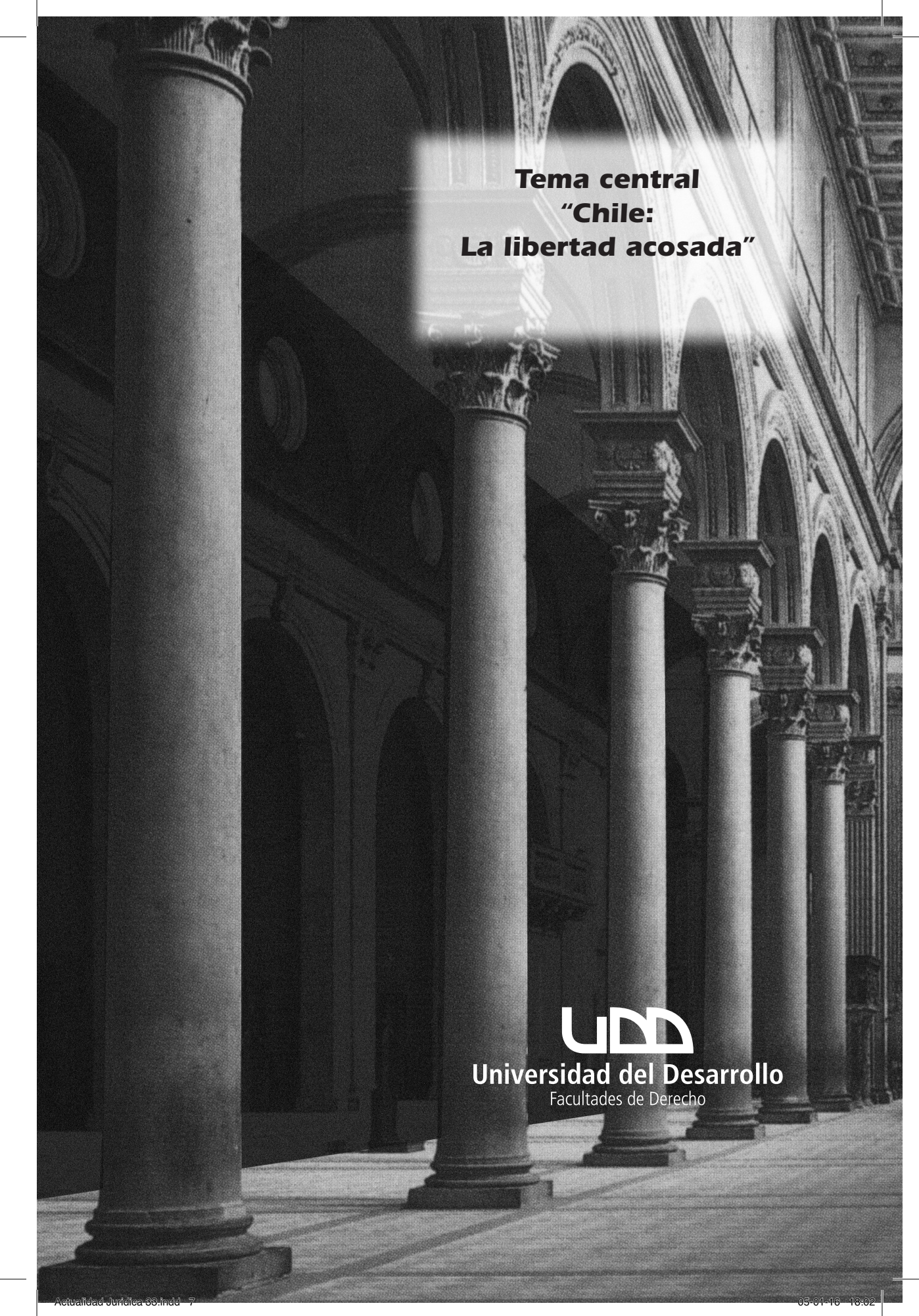
Tan inquietante como lo anterior es una todavía oscura reforma educacional, dirigida especialmente a la enseñanza técnica y profesional. No es extraño que se haya optado por esta fórmula, si se busca afanosamente la obtención de resultados de corto plazo (la formación técnica y profesional no se extiende por más de cinco u ocho años, lo que no ocurre con la enseñanza parvularia, básica y media). Existen fundadas sospechas de que tras esta reforma se escondan propósitos políticos cuyo alcance resulta difícil medir, pero que incuestionablemente afectan una de las libertades esenciales en un régimen democrático. Basta, para comprobarlo, el que se condicione el aporte de recursos públicos a las universidades privadas –acreditadas por el Estado– que incorporen un gobierno triestamental a su estructura de gobierno.

Nadie podría negar que las reformas planteadas –constitucional y educacional– erosionan la libertad en aspectos relevantes, lo cual justifica nuestra aprensión sobre su sentido y su proyección. De aquí la inquietud que queremos dejar sentada con el tema central de esta publicación.

Completan esta edición varios otros trabajos sobre interesantes tópicos de derecho público y privado. Destacamos *“Acciones Populares ante los Tratados de Libre Comercio: el caso de Colombia y Estados Unidos”*, *“Comentarios acerca del procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos en el Código Tributario chileno”*, *“La naturaleza jurídica de la acción por provecho del dolo ajeno a la luz del denominado ‘Caso Inverlink’”*, *“Colusión: un análisis jurisprudencial (Segunda Parte): Excepciones y Defensas”*, y *“Visión general y panorámica de la responsabilidad derivada del hecho de los organismos genéticamente modificados (OGM)”*.

Esperamos que esta publicación sirva para que profesores, jueces, abogados y estudiantes de derecho aprecien, desde una perspectiva jurídica, los cambios que se avecinan, la dirección de los mismos y el sentido que las potestades legislativas quieren imprimirles. Nosotros creemos que poco o nada han conseguido los que, sacrificando la libertad, al alero de los más respetables ideales, han limitado la iniciativa privada e impuesto una camisa de fuerza a la comunidad. No reclamamos de nuestros lectores más que un momento de atención y reflexión sobre los trabajos aquí recopilados, convencidos, como estamos, que la mejor garantía de respeto y aplicación de los derechos fundamentales es la íntima adhesión ciudadana a su vigencia.

EL DIRECTOR



**Tema central**  
**“Chile:**  
**La libertad acosada”**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho





## ¿Son categorías antagónicas en el orden constitucional las bases de la institucionalidad económica y los derechos sociales?<sup>1</sup>

FRANCISCO PFEFFER URQUIAGA

Profesor de Legislación Económica y Derecho Comercial

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**RESUMEN:** En el contexto del tema central de este número de la Revista Actualidad Jurídica –“Chile, la libertad acosada”– se plantea en este artículo la eventual antinomia que pudiera existir entre las bases constitucionales de la institucionalidad económica, en particular el principio de la libertad de emprendimiento, y cierta categoría de derechos, que por tener como titulares a un colectivo anónimo e indeterminado, desprovisto de la capacidad de proveérselos por sí mismos, ha determinado la necesidad de que el Estado los garantice y satisfaga, muchas veces limitando y acosando la libertad de emprendimiento del individuo que la propia Carta Política declara como una de las bases esenciales de la institucionalidad económica consagrada en el texto constitucional. Para tales fines se aborda en este artículo, en primer lugar, el conjunto de principios reconocidos en el Código Político que constituyen las bases constitucionales de la institucionalidad económica, para luego introducir y analizar el concepto de derechos sociales cuya tutela, garantía y protección las ha pasado a tomar el Estado y que, como una categoría autónoma, ha servido de fundamento para restringir y erosionar las bases constitucionales de la institucionalidad económica y postular su eventual sustitución, para finalmente arribar a la conclusión de que la tutela, protección y satisfacción de esta categoría de derechos se alcanzan mejor y de modo más eficiente fortaleciendo las bases de la institucionalidad económica –no sustituyéndolas–, ampliando los márgenes de libertad de emprendimiento y no el tamaño del Estado.

\* \* \*

<sup>1</sup> Disponible en [www.pfeffer.cl](http://www.pfeffer.cl)

## I.- Bases constitucionales de la institucionalidad económica y, en particular, la libertad de emprendimiento

### 1. Recepción de principios económicos en la Constitución.

Parece haber acuerdo en que resulta imprescindible mencionar en la Carta Fundamental ciertos principios económicos, de modo que no puedan ser vulnerados por la ley ni por norma, autoridad o persona alguna, protegiendo y amparando así tanto las libertades como el marco general regulatorio de la actividad económica. Esto es lo que se conoce con el nombre de "Orden Público Económico" (OPE), tal como se denominó por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución<sup>2</sup>.

Es conocido el clásico concepto sobre orden público económico que el profesor José Luis Cea acuñó en su conocida obra "La Constitución Económica": Es el *"Conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país, y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución Política"*.

Se integran al concepto en cita, entre otros, los siguientes principios: libertad económica; propiedad privada; igualdad e interdicción de toda forma de discriminación arbitraria; subsidiariedad; legalidad del gasto; Banco Central autónomo con rango constitucional; Tesorería General de la República como instrumento de jerarquía constitucional y racionalidad y responsabilidad en manejo de los recursos **públicos**.

El profesor Arturo Yrarrázaval planteaba que el Orden Público Económico a nivel constitucional implica reconocer los derechos de las personas en materia económica, habilitando al legislador para regular el libre ejercicio de las garantías y pudiendo, sin afectar su esencia, limitar o restringirlos, pero por ningún motivo suprimirlos. El diagnóstico de este autor respecto a las bases de la institucionalidad económica es que la Carta Fundamental no consagra un sistema económico, y que contiene todos los principios económicos fundamentales<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Véase a este respecto López Magnasco, Sebastián. "Libertad de empresa y no discriminación económica. Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En Cuadernos del Tribunal Constitucional. Número 48. Año 2012, pp. 42 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. Yrarrázaval Covarrubias, Arturo, "Orden Público Económico: ficción o realidad". Disponible en [http://www.colegioabogados.cl/cgibin/procesa.pl?plantilla=/cont\\_revista.html&idcat=32&id\\_cat=5&id\\_art=25](http://www.colegioabogados.cl/cgibin/procesa.pl?plantilla=/cont_revista.html&idcat=32&id_cat=5&id_art=25), estos principios son sintetizados del siguiente modo por el autor: *"En primer lugar nos encontramos con una Constitución que contiene a mi juicio todos los principios económicos fundamentales. Así dentro de los derechos de las personas se desarrolla con certeza la libre iniciativa en materia económica con las limitaciones de la moral, el orden público y la seguridad nacional y respetando las normas legales que la regulan. Asimismo, el Estado empresario debe ser reconocido por ley de quórum calificado y someterse a la normativa general salvo que por ley de quórum calificado se le dé un tratamiento especial, lo que implica un reconocimiento constitucional del principio de subsidiariedad. La norma de la no discriminación arbitraria protege a las personas en las actuaciones económicas del Estado y de sus órganos y deja claro que el único que puede discriminar y*

Desde sus inicios siempre se entendió que el afán del Orden Público Económico (o lo que llamamos hoy Bases de la Institucionalidad Económica), tenía claros fines garantísticos. El profesor Cea afirmaba desde antiguo que una de las características del llamado Orden Público Económico “*yace en la habilitación que la Carta Fundamental otorga sólo al legislador para regular el libre ejercicio de tales garantías pudiendo, aunque sin afectar la esencia de éstas, limitarlas o restringirlas, nunca suprimirlas*”<sup>4</sup>.

Es por ello que en nuestro país –hasta ahora– las actividades económicas pertenecen, sobre todos los rubros, sin excepción, *iure proprio* y *ab initio* a los particulares<sup>5</sup>, puesto que su fundamento normativo más evidente es el principio de libertad de emprendimiento, contemplado en el numeral 21 del artículo 19, y que constituye el principio básico del llamado Orden Público Económico, el que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución sostuvo que debe ser entendido *como el conjunto de normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país*<sup>6</sup>. Ello motivaba al profesor Iván Aróstica a decir que: “*Por las consecuencias que emana, reténgase desde ya que el art. 19 N° 21 inc. 1 parte distinguiendo dos situaciones diferentes, que es necesario separar y no confundir: (1) por excepción, una actividad puede ser prohibida única y exclusivamente merced a alguna de las*

---

*siempre que no sea arbitrario es el legislador. La Constitución al consagrar los principios básicos en materia tributaria no hace sino proteger al contribuyente. Así los principios de legalidad, igualdad, justicia y no afectación constituyen un catálogo de protección frente al Estado recaudador de tributos. En materia medioambiental se consagran a nivel constitucional los deberes del Estado y se establece que es la ley la que debe regular el tema medioambiental. El derecho a la propiedad y de propiedad son cuidadosamente regulados en la Constitución, en todas sus diversas especies y manifestaciones. Termina el capítulo de los derechos de las personas con la protección de los derechos en su esencia y con el singularmente importante recurso de protección, que ha sido intensamente utilizado desde el Acta Constitucional N° 3 en adelante. En materia de la formación de la ley, la disposición constitucional sobre las materias de ley y reglamentaria, de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República y del presupuesto son de importante contenido económico. Cierro este catálogo básico de la Constitución económica con el reconocimiento constitucional del Banco Central, muy cuestionado en su época y hoy en día de un gran reconocimiento, y la norma de las funciones del Banco Central”.*

<sup>4</sup> Cea Egaña, José Luis: “Notas sobre Orden Público Económico”. En “Gaceta Jurídica”, N° 135, septiembre de 1991, p. 18.

<sup>5</sup> Como lo expresa Aróstica Maldonado, Iván, “Derecho Administrativo Económico”. Ed. Universidad Santo Tomás. p. 76.

<sup>6</sup> Informe del 16 de agosto de 1978, citado en Soto Kloss, Eduardo. “La potestad sancionadora de la Administración, ¿se adecúa a la Constitución?” En VV.AA. “Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales.” Conferencias Santo Tomás de Aquino. 2005, p. 33. También se ha sostenido que el Orden Público Económico es “el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad que permita a todos los agentes económicos en la mayor medida posible y en un marco subsidiario el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”. (Fernandois V., Arturo, “Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas, doctrina y jurisprudencia”, Ediciones U.C., 2006, p. 120). Con todo, se ha descalificado esta noción, tratándola de “inútil”, merced a ser empleada como un instrumento para el amague de los derechos contemplados en los numerales 21 y siguientes del artículo 19, siendo ineficaz en la protección de los derechos fundamentales. (Véase a este respecto Masbernat Muñoz, Patricio, y Hurtado Contreras, José Tomás. “Crítica al Concepto de Orden Público Económico”. En Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile. N° 66, 2004. p. 220).

**tres causales que taxativamente prevé el constituyente; a saber, por ser contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, y que, (2) por regla general, toda actividad económica que no sea considerada como tal debe reputarse lícita de suyo, sin perjuicio que pueda ser regulada por el legislador**<sup>7</sup>.

## **2. La libertad de emprendimiento como fundamento de las Bases de la Institucionalidad Económica.**

La referencia a la libertad económica como presupuesto del Orden Público Económico tiene un fundamento ontológico, que recae en el reconocimiento constitucional de la primacía de la persona humana sobre el Estado, lo que está previsto en el artículo 1° de la Constitución, preceptiva que enlazada con el artículo 19 numeral 21, y configuran lo que hemos llamado las "Bases de la Institucionalidad Económica". Como afirma el profesor Soto Kloss, *"Es indudable que el hombre, por su naturaleza misma, si bien está destinado a vivir en sociedad, ello no significa que el hombre haya sido hecho para la sociedad, sino por el contrario la sociedad existe para la perfección del hombre, de todos y cada uno de sus miembros que la componen puesto que son personas"*<sup>8</sup>. Por ello las personas se organizan en diferentes cuerpos asociativos para desarrollar sus actividades y realizar plenamente sus fines. Toda sociedad intermedia es, por definición, apta para alcanzar su fin propio y específico o bien común particular. Si una sociedad intermedia no es en la práctica apta para conseguir el fin que se ha propuesto o declarado, ella desaparece o se transforma en otra diferente, siendo su fin real el mismo para el cual está ordenada su estructura organizativa. El orden es, en este sentido, la adecuada disposición de las cosas hacia su fin<sup>9</sup>.

Por otra parte, no cabe duda que ciertos presupuestos libertarios están consagrados en la Constitución, lo que demuestra que la Carta Fundamental no sólo pretendió proteger la libertad de emprendimiento económica. Los ejemplos son muchos, el artículo 19 N° 15, que asegura a todas las personas *"el derecho de asociarse sin permiso previo"*; el artículo 19 N° 11, que otorga a las personas *"la libertad de enseñanza"*, que *"incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales"*; el numeral 12 del artículo 19, inciso 5°, que declara *"Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley"*. Finalmente, el artículo 23 de la Ley Fundamental complementa la expresión *"adecuada autonomía"* del artículo primero inciso tercero, imponiendo las sanciones que la ley determine a *"los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes que*

<sup>7</sup> Aróstica Maldonado, Iván, Ob. Cit. p. 77.

<sup>8</sup> Soto Kloss, Eduardo. "Derecho Administrativo. Bases Fundamentales". Ed. Jurídica de Chile, 1996, p. 131.

<sup>9</sup> Véase en general el trabajo del profesor Fermeandois, *passim*.

*hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce" (adecuada), interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos.*

Al garantizar el N° 21 del artículo 19 de la CPR la libertad de emprendimiento, como una de las más sublimes y privilegiadas formas en que se manifiesta la libertad de trabajo del ser humano, se ha entendido que ella pretende asegurar para todas las personas, la posibilidad de manifestar el máximo de sus fuerzas, energías y capacidad creadora, que es motor del dinamismo y de la actividad económica, en todas las formas en que esta pueda manifestarse.

Así, la actividad económica a que se refiere tal numeral implica garantizar la libertad de emprendimiento en todo ámbito del quehacer humano que se traduzca en la realización de cualquiera actividad que tenga un contenido o expresión patrimonial, sea en el **ámbito** de la extracción, producción, distribución, consumo, inversión, ahorro y un innumerable etcétera de manifestaciones de tal actividad.

Pero como ni las garantías ni los derechos son absolutos, en diversas **áreas donde está la libertad** de emprendimiento como principio, está a su vez el Estado con su profusa legislación, donde pasa a tener un rol regulador, fiscalizador y sancionador, porque se parte del supuesto que lo legítimo es que los particulares, sea individual o asociadamente, realicen estas actividades. Así por ejemplo la protección constitucional sobre las concesiones mineras, la existencia de regulaciones y amplísimas sanciones para la infracción a las normas de seguridad social decepcionadas por el Decreto Ley 3500. Otros casos de normas particularmente relevantes son la Ley General de Bancos (D.F.L. N° 3 de 1997), que reconoce la iniciativa privada, pero que prohíbe que capitales extranjeros puedan tener más de 10% en la participación societaria del mismo, todo ello por razones de "interés nacional"; la Ley 18.045, sobre Mercado de Valores, que sanciona el uso de información privilegiada por afectar la fe pública de las transacciones de bolsa; la Ley 18.046, de Sociedades Anónimas, que sanciona los conflictos de interés en las sociedades e impide la compra de acciones en sociedades coligadas salvo que sean a los precios de mercado o corrientes en plaza, etc. En este ámbito no pretende regular para "crear" derechos sociales, pero el exceso de la regulación puede significar pérdida de incentivos en la capacidad creadora.

Bien se sabe que la norma constitucional en cita habilitó al legislador para prohibir ciertas y determinadas actividades, cuando ellas sean contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional; y que también habilitó al mismo legislador para regular las citadas actividades.

Regular significa definir condiciones, requisitos y exigencias que deben ser cumplidas por los particulares para poder ejercer la respectiva actividad. Y

como garantía de las garantías, el numeral 26 del mismo artículo 19 impuso al propio legislador la limitación de no poder establecer exigencias o requisitos que hagan ilusorio el ejercicio de los derechos y garantías que la misma Constitución establece. Entonces, so pretexto de regular, el legislador no puede prohibir, ni desplazar a los particulares del lugar privilegiado en que el mismo constituyente los colocó para ejecutar las actividades económicas en referencia.

En conexión con lo anterior, cabe mencionar el principio de subsidiariedad que relega al Estado, en su actividad empresarial, a un plano subordinado al rol que en el mismo ámbito le corresponde a los particulares.

El principio de subsidiariedad entrega a la iniciativa privada el impulso del desarrollo económico y empresarial, pero también exige que las necesidades sociales básicas deban contar para su provisión con la ayuda del Estado. La cara correlativa de la subsidiariedad es la solidaridad. El principio de subsidiariedad tiene también una dimensión activa, que se traduce en el deber estatal de proteger a las personas y grupos débiles frente a los más fuertes, así como de suplir a los particulares cuando éstos no realizan eficazmente su labor de colaboración con el bien común.

El principio de servicialidad permite encuadrar la libertad económica dentro de una economía que no está al servicio del Estado ni al servicio exclusivo del lucro, sino de la persona.

La libertad tiene como fundamento la dignidad de la persona humana y su desarrollo, con igualdad de oportunidades para participar en la vida nacional, no se rige únicamente por el interés individual, el cual es atemperado por el rol del Estado de asegurar el bien común y los derechos fundamentales (de contenido socio-económico) que posibilitan la "vida digna".

Tanto la libertad como la regulación se deben dar en un sano equilibrio. Las normas reguladoras traducen el deber del Estado de asegurar y promover el bien común, los derechos sociales, y la existencia digna de las personas. Para ello existe una regulación legal necesaria. Ejemplo de ello es la legislación de defensa de la competencia. Protección del pluralismo informativo, estándares de calidad de la educación, medio ambiente, defensa del consumidor, etc.

Con todo, creemos que –pese al profuso reconocimiento a la libertad de emprendimiento– la consideración de las funciones del Estado no puede quedar delimitada a priori, puesto que de ser así las autoridades no podrían hacer contribuciones prácticas al bien común. En este mismo sentido se ha pronunciado el profesor Precht, quien al preguntarse sobre si el principio de subsidiariedad implica la necesaria pasividad empresarial del Estado responde:

*“No necesariamente, por cuanto ello sólo podrá determinarse en relación al Bien Común histórico y puede darse en caso de proyectos históricos de construcción de dicho bien común que discrepen en este punto”<sup>10</sup>. Pero de allí no se colige que por ciertos fines deseables –como la extensión de más derechos sociales– el Estado suprime o menoscaba ciertos derechos de libertad para aspiraciones que difícilmente sin la ayuda privada pueda satisfacer.*

De igual manera, sostenemos que una correcta interpretación del principio de subsidiariedad –base para el emprendimiento individual consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N° 21– no puede implicar aislar al principio de solidaridad. Creemos que ambos pueden discurrir tanto como fundamento de los derechos sociales como de los derechos de libre emprendimiento. Pero prescindir de los derechos de libertad de emprendimiento para garantizar los derechos sociales nos parece un contrasentido, de momento que es la mayor difusión de éstos, con la activa fiscalización del Estado (y la promoción de todas las ayudas necesarias), la que permite la mayor generación de bienes y recursos que permitan a más personas obtener prestaciones, con prescindencia de su origen. Por otra parte, creemos que la solidaridad como principio se puede promover con la misma normativa constitucional actualmente en vigor que permite el libre emprendimiento. Por ella se pueden desarrollar múltiples actividades económicas e industriales que permiten más riqueza, y acceso a mayores bienes, lo que está reconocido constitucionalmente (Art. 19 N° **23**), ya que la propiedad tiene limitaciones claras que emanan de su función social, con causales taxativas y que permiten el correcto ejercicio de los derechos constitucionales (Art. 19 N° 24, inciso segundo). La Constitución permite limitaciones específicas a los derechos para proteger el medio ambiente (Art. 19 N° 8, inciso segundo), finalmente, existen deberes de los particulares en materia educacional (Art. 19 N° 10). Son normas que sin duda tienen como fundamento el principio de solidaridad y que han permitido que más personas disfruten, merced a la iniciativa individual, de mayores y mejores prestaciones que aquellas que pudiera otorgar el Estado individualmente considerado.

De este modo, del impulso activo de la subsidiariedad nace también el principio de solidaridad. Esta conjunción entre subsidiariedad y solidaridad justifica las políticas de bienestar social, aunque es preferible el auxilio mutuo entre los cuerpos intermedios, incentivado o promocionado por el Estado (solidaridad horizontal), al protagonismo absoluto del Estado en dicho auxilio (solidaridad vertical).

Como se expondrá en el apartado referido a los *“derechos sociales”*, la solidaridad no puede significar un colectivismo que prescinda de la individualidad y subordine a las personas a un ideal abstracto y etéreo.

<sup>10</sup> Precht, Jorge, “El Estado Empresario. Análisis de su legislación complementaria”. En *Gaceta Jurídica* N° 2, 1987, p. 20.

Cabe añadir, finalmente, que en un reciente trabajo del profesor Fermandois, revisando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida al principio de subsidiariedad, ha expresado que *“Es muy discutible sostener que la filosofía de la Constitución, por la cual los particulares tienen primacía en todas las actividades que no son indelegables del Estado, ha efectivamente producido problemas en el flujo legislativo bajo la Carta de 1980 (...). Lo que ocurre es que nunca –hasta hoy– se había enviado un proyecto de ley para expandir el Estado empresario. Recién ahora están llegando estos proyectos al Congreso y, sin embargo, algunos culpan desproporcionadamente a la Constitución y su principio de subsidiariedad por esta realidad que les ajena”*<sup>11</sup>.

En suma, de la aplicación de los tres principios señalados (libertad-primacía, subsidiariedad y bien común) y sus correlatos (solidaridad, servicialidad y colaboración con el bien común) se desprende que el Estado debe abstenerse de sustituir a los particulares en las actividades económicas que éstos pueden desarrollar adecuadamente. Pero dado que el fundamento del derecho no radica únicamente en la libertad y creatividad individual, sino también en la solidaridad y el servicio al bien común, el Estado subsidiario tiene el deber de adoptar en la materia una función no solo pasiva, sino también activa, a fin de que las necesidades sociales sean cabalmente cumplidas.

## **II.- Derechos sociales como fundamento de la restricción a la libertad de emprendimiento**

### **1. Conceptualización de los derechos sociales.**

En un reciente trabajo, Rodolfo Arango define los derechos sociales –siguiendo las categorías de Robert Alexy–, en virtud de su diferencia específica, como *“derechos de prestación en su sentido estricto”*, es decir, derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado<sup>12</sup>.

El objeto de un derecho social puede ser tanto una acción (caso de un derecho prestacional, de un derecho de protección o de acceso a la jurisdicción) como una omisión (en caso de un derecho de defensa) por parte del obligado<sup>13</sup>.

Para el cumplimiento de los derechos sociales, el Estado puede utilizar como instrumento ya sea una acción fáctica o una acción normativa, estableciendo obligaciones

<sup>11</sup> Fermandois V., Arturo. “Constitución Social y Económica, objetivizando el debate”. En “Ideas para el debate” N° 3 Mayo 2015. “Aportes para una Reforma Constitucional”. Centro Latinoamericano de Políticas Económicas y Sociales CLAPES UC, p. 69. Disponible en <http://clapes.uc.cl/wp-content/uploads/2015/08/Ideas-para-el-Debate-N-3-Reforma-Constitucional.pdf>

<sup>12</sup> Arango, Rodolfo, “El concepto de derechos sociales fundamentales”. Bogotá. Legis - Universidad Nacional, 1ª edición, 2005, p. 37.

<sup>13</sup> Para esto y lo que sigue Nogueira Alcalá, Humberto. “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”. En Estudios Constitucionales, CECOCH. U. de Talca. Año 7, N° 2, 2009, pp. 164 y ss.



generales que posibiliten –señalando ejemplos que conjeturamos como propios de los derechos sociales– indemnizaciones laborales, vacaciones, entre otros.

Humberto Nogueira ha señalado que *“El cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones correlativas frente a los derechos sociales fundamentales depende de las posibilidades jurídicas y fácticas de realización de las exigencias demandadas por el titular del derecho fundamental que debe ser asegurado, garantizado y promovido, lo que debe ser argumentado”*.

Cabe precisar que la existencia de los derechos sociales o de prestación arranca no hace mucho en el constitucionalismo contemporáneo, y asociarlos históricamente a un período de tiempo resulta de suyo complejo. En efecto, durante el siglo XIX aparecerán las primeras demandas sociales y laborales, llegando a tener senda recepción en el mundo constitucional europeo. Especial relevancia tendrá Francia, con la revolución de 1848, la cual se traduce en la Constitución de noviembre de ese mismo año, en cuyo seno se consagran *“deberes del Estado que apuntan a mejorar las condiciones económicas, sociales y culturales de los ciudadanos”*<sup>14</sup>.

El efecto de esta revolución jurídica, de acuerdo a Pisarello, es que *“Sin perjuicio de las herencias anteriores, el ciclo revolucionario abierto en 1848 tal vez fue el punto de inflexión en la “larga historia” de reivindicación y reconocimiento de los derechos sociales que se proyectaría sobre los siglos venideros”*, añadiendo que *“No es casual de hecho, que la derrota en Francia de los sectores populares tras la insurrección de junio de 1848 se tradujera en un reconocimiento mutilado de derechos sociales. Así la Constitución de noviembre no pudo ignorar la irrupción de la “cuestión social” y estableció en su preámbulo el deber de la república de asegurar “la existencia a los ciudadanos necesitados, bien procurándoles un trabajo, en los límites de sus posibilidades, bien otorgando, en defecto de la familia, asistencia a los que no están en situación de trabajar”*<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Martínez Estay, “Los Derechos Sociales”, en Pereira Menaut, Antonio, “Teoría Constitucional” Ed. LexisNexis, 2006, p. 275. Tal como lo dijo Marx: “En el primer proyecto de Constitución, redactado antes de las jornadas de Junio, figuraba todavía el «*droit au travail*»”, el derecho al trabajo, esta primera fórmula, torpemente enunciada, en que se resumen las reivindicaciones revolucionarias del proletariado. Ahora se convertía en el *droit à l’assistance*, en el derecho a la asistencia pública, y ¿qué Estado moderno no alimenta, en una forma u otra, a sus pobres? El derecho al trabajo es, en el sentido burgués, un contrasentido, un mezquino deseo piadoso, pero detrás del derecho al trabajo está el poder sobre el capital, y detrás del poder sobre el capital la apropiación de los medios de producción, su sumisión a la clase obrera asociada, y, por consiguiente, la abolición tanto del trabajo asalariado como del capital y de sus relaciones mutuas. Detrás del «*derecho al trabajo*» estaba la insurrección de Junio. La Asamblea Constituyente, que de hecho había colocado al proletariado revolucionario *hors la loi*, fuera de la ley, tenía, por principio, que excluir esta fórmula *suya* de la Constitución, ley de las leyes; tenía que poner su anatema sobre el «derecho al trabajo»” (Karl Marx, “Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850”, disponible en <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1850s/francia/francia4.htm#fnB78>). También atribuye el surgimiento de los Derechos Sociales a los hechos de 1848 Aldunate Lizana, Eduardo, “Derechos Fundamentales”. Ed. LegalPublishing, 2008. p. 55.

<sup>15</sup> Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción”. Ed. Trotta, Madrid, p. 23.

Finalmente, le atribuye sendos efectos: *“A pesar de sus límites, los hechos de 1848, y sobre todo la experiencia del comuna parisina de 1871, desempeñarían un papel central en la posterior evolución de los derechos sociales. Así, aunque la dinámica entre políticas sociales conservadoras, simplemente concebidas desde arriba, y derechos sociales igualitarios, conquistados desde abajo, volvió a abrirse paso, el capitalismo liberal entró en una crisis sin precedentes”*.<sup>16</sup>

En base a lo expuesto es posible concluir que desde los inicios históricos de la consagración normativa de los derechos sociales puede verse una tendencia, en la que se invocaba su creación y justificación como restricciones a las libertades de emprendimiento. No obstante, en nuestra opinión no es el camino que se debe tomar para los efectos de su protección, pero reconocemos que su existencia es una barrera natural a tal principio.

## 2. Un pequeño examen comparado.

Es importante también detenerse sobre las fuentes comparadas que influyeron en la consagración de los derechos sociales, pues con ello se demuestra que la sola consagración de los derechos sociales sin intervención de los otros órganos del Estado pueden conducir tanto a la letra muerta de los mismos, como también al hecho que, pese a las referencias históricas anteriormente vistas, no siempre fueron considerados contrarios a las libertades de emprendimiento, ni, por consiguiente, como categoría antagónica.

En efecto, una de las normas paradigmáticas en materia de derechos sociales la constituye la Carta mexicana de 1917. En ella se regulaba incluso hasta la duración de la jornada laboral (artículo 123, numeral I). Asimismo, y a título ilustrativo, en el numeral VI del artículo citado se dispone que *“El salario mínimo que deberá disfrutar el trabajador será el que se considere suficiente, atendiendo las condiciones de cada región, para satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero, su educación y sus placeres honestos, considerándolo como jefe de familia”*. En fin, huelga consignar que están configurados ciertos derechos como obligaciones, v.gr. el Art. 31. *“Son obligaciones de los mexicanos: I.- Hacer que sus hijos o pupilos, menores de quince años, concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria elemental y militar, durante el tiempo que marque la ley de Instrucción Pública en cada Estado”*.

Imprescindible para esta referencia comparada resulta la Constitución alemana de 1919, conocida como la Constitución de Weimar. Así, su artículo 163 reza que *“Todo alemán tiene el deber moral de emplear sus fuerzas intelectuales y físicas conforme lo exija el bien de la comunidad. A todo alemán debe proporcionársele la posibilidad de ganarse el sustento mediante un trabajo productivo. Cuando no se le*

<sup>16</sup> Pisarello, Gerardo, ob. cit. p. 24.

*puedan ofrecer ocasiones adecuadas de trabajo, se atenderá a su necesario sustento. Leyes especiales del Imperio dictarán las disposiciones complementarias”.*

Por otra parte, en su artículo 120 señalaba que *“La educación de la prole para el desarrollo corporal, espiritual y social, constituyen el deber supremo, y un derecho natural de los padres; la comunidad política velará por su cumplimiento”.*

Asimismo, destáquese a este respecto el artículo 145 de la Constitución citada: *“Existe una obligación general escolar. Para cumplirla existe, en primer término, la escuela pública primaria, con ocho años como mínimo de estudios, y después, la escuela complementaria de perfeccionamiento hasta los diez y ocho años de edad cumplidos. En las escuelas primarias y complementarias son gratuitos la enseñanza y los medios de estudio”.*

Queremos reparar, a su vez, en que la misma Constitución de Weimar –no obstante su evolución en la consagración de derechos sociales– consideraba plenamente compatibles su promoción con el despliegue de la libertad individual. Decidor resulta tener a la vista el artículo 151, ubicado en la sección V, titulado *“La vida económica”*: *“La organización de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre. Dentro de estos límites, se reconoce al individuo la libertad económica. La coacción legal no es lícita sino para hacer efectivos los derechos amenazados o para servir exigencias imperiosas del bien público. La libertad de comercio y de la industria quedan garantizadas conforme a las leyes del Imperio”.*

Nos interesa esta referencia, puesto que ya se hizo presente que hubo una corriente histórica reflejada en la revolución de 1848 de ver dichos derechos sociales como categorías antagónicas con la garantía de libertad de emprendimiento. Nosotros creemos en cambio que en una genuina democracia no pueden superponerse los derechos fundamentales con afanes colectivistas. La Constitución de Weimar, pese a su fugaz duración, constituye un ejemplo claro, que debería ser observado en la discusión constitucional que afronta el país, máxime aún si se quieren restringir libertades ya arraigadas en la tradición constitucional chilena.

Cerrando este acápite y para no excedernos en estas referencias, digamos que con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, seguirán este modelo de declaraciones de derechos una larga lista de países, encabezados por la Constitución española de 1931, la irlandesa de 1937, la italiana de 1946, la portuguesa de 1976, y la nueva Carta española de 1978.

### **3. Importancia de la consagración de los derechos sociales en el plano de la facticidad.**

Resulta importante detenerse en los efectos en los destinatarios de las normas jurídicas cuando en ellas se consagran derechos de prestación. Ello pues, como

plantea Veljanovski, el abogado al enfrentarse a un problema con posterioridad a la presentación del conflicto, encuentra de suyo evidente que deba centrarse en cómo debe ser resuelto y de cómo la solución afecta al bienestar de las partes implicadas. Empero, confrontando dicha actitud con la del economista, éste no centra demasiado su atención en el efecto de la decisión sobre ese bienestar de las partes, sino en las repercusiones **más generales del derecho sobre todos los litigantes y potenciales individuos que presumiblemente puedan estar en semejante situación**<sup>17</sup>.

Por ello es que señala que *“Quizás el ejemplo mejor documentado sobre los efectos del derecho en los incentivos sea la legislación sobre control de las rentas por arrendamiento. Subyace a este la creencia que controlando el precio de los arrendamientos en una sociedad se presta ayuda a los arrendatarios, proveyéndolos de arriendos más baratos. Sin embargo, la economía nos dice que, al controlar el monto de las rentas, disminuye el índice de retorno para el propietario, forzándolo a buscar otras maneras de aumentar los ingresos de su propiedad. Así, los propietarios intentarán inicialmente conseguir mayores rentas requiriendo “derecho de llaves” o “depósito” en dinero, o asignando a los arrendatarios la obligación de reparar y de mantener la propiedad”*<sup>18</sup>.

En simple, queremos decir que el efecto de su consagración trae aparejado un aumento de las expectativas en el cumplimiento de ellos. A ello debemos sumar –sin adentrarnos a categorías sociológicas–, que Chile es y será un país legalista, por lo que, para muchos de nuestros compatriotas el hecho que “algo” se consagre en una ley debe ser cumplido. Lo anterior puede crear incentivos perversos que los abogados no reparan, y no porque no quieran, sino porque no están preparados para ello. Desgraciadamente, en el mundo de los incentivos hay que abrir paso a los economistas y los abogados replegarse, y aprender.

De hecho, como lo expresa un reciente trabajo: *“La idea de que las instituciones (y las disposiciones constitucionales) inciden en el desempeño económico es antigua. De hecho, ya estaba presente, en forma embrionaria, en The Wealth of Nations, de Adam Smith. En el capítulo VII del cuarto tomo, Smith argumenta que el desempeño significativamente superior de colonias inglesas de Norteamérica, en relación a los dominios españoles de América del Sur, se debía principalmente a que “las instituciones políticas de las colonias inglesas habían sido más proclives a la mejora y el cultivo de esta tierra que las de las [colonias españolas]” (1904, 73)”*<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Véase Veljanovski, Cento. “Economía del Derecho: Un Texto Introductorio”. Traducción de Iñigo de la Maza y Rafael Mery N., Ediciones Universidad Diego Portales, 2006. p. 57.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Edwards, Sebastián, y García Marín, Álvaro. “Educación y Derechos Constitucionales”. En Estudios Públicos, 139 (invierno 2015), p. 69. Aunque el artículo tiene componentes técnicos que no resulta del caso transcribir, nos permitimos destacar algunas conclusiones relevantes: *“En este artículo no encontramos evidencia que respalde la idea de que los países que incorporan el derecho a la educación en sus*

El estudio de los derechos de prestación se hace necesario porque ya existe un claro interés de consagrar más derechos y porque con ello se pueden generar incentivos perversos que lo único que podrían suscitar es mayor frustración, junto con “imputar” responsabilidades a otros derechos de tanta o más importancia que los derechos sociales. Ello ya fue parte de nuestro pasado histórico.

En efecto, no percibimos que en Chile se pretenda, a la usanza de la Constitución de Weimar, la mantención de las libertades económicas clásicas en virtud de la consagración de los derechos sociales. Ello porque la legislación social, precursora de los derechos sociales, está asociada en nuestra historia a lo que se conoce como “Socialización del Derecho”, que tuvo efectos tremendamente restrictivos en las libertades personales y de emprendimiento. En nuestro medio, lo ha puesto de relieve Enrique Brahm del siguiente modo: *“La libre actividad de los individuos ya no podía asegurar el crecimiento y el progreso, se empieza a apelar a la potencia ordenadora del Estado para asegurar el logro de esos fines. El estado liberal del siglo XIX, el Estado de la no intervención, de la seguridad, del Derecho y de la cultura, estaba dejando paso al moderno Estado del siglo XX: el Estado interventor. El Estado toma a su cargo y empieza a regular ámbitos cada vez más amplios de la vida de la comunidad para asegurar el bienestar material de los ciudadanos. La proliferación de normas jurídicas irá en constante aumento para regular el comercio exterior y, particularmente, establecer barreras aduaneras y subvenciones, estatizar empresas como los ferrocarriles, fijar tarifas, introducir los seguros sociales, proteger ciertas actividades o rubros de producción regulando la competencia y desarrollando una cada vez más agresiva política tributaria. El estado interventor, desde las últimas décadas del siglo XIX entrará de lleno a regular la economía y la sociedad”*<sup>20</sup>.

En consecuencia, desde los inicios se pretendió, al menos en nuestro país, reducir las libertades individuales a costa de “lo social”, sea como derechos constitucionales, derechos sociales, etc. Hoy no hay motivos que permitan variar esa constante histórica chilena, cuando creemos que es precisamente la difusión de los derechos que ya se tienen a través de las “Bases de la Institucionalidad Económica”, los que permiten el mayor disfrute (real y fáctico) de los derechos sociales, con prescindencia de declaraciones grandilocuentes.

---

*Cartas Fundamentales cuentan con sistemas educativos de mayor calidad que aquellos que no lo hacen. Más importante aún, nuestros resultados indican que no hay relación entre el grado de protección constitucional y la dispersión de los puntajes en las pruebas. Estos resultados se mantienen independientemente de si practicamos regresiones bivariadas o si controlamos variables que capturan el grado de desarrollo de los países, los insumos educativos y las características de las familias”. (Ob. Cit. pp. 99 y 100).*

<sup>20</sup> Brahm García, Enrique. “Propiedad sin libertad: Chile 1925-1973: aspectos relevantes en el avance de la legislación socializadora”. Ediciones Universidad de los Andes, 1999, p. 24.

#### 4. Derechos sociales y configuración de un nuevo Estado de Derecho.

La consagración de los derechos sociales suele asociarse, a su vez, con una nueva forma de organización del Estado, el llamado "Estado Social de Derecho". Analizando las nociones más difundidas de esta categoría, Eduardo Aldunate<sup>21</sup> expone que el Estado Social se encontraría en oposición al Estado Liberal de Derecho, al descansar este sobre unas garantías interpretadas según los valores predominantes de la sociedad burguesa, y que la fórmula de solución para conciliar Estado de Derecho y Estado Social, en una democracia social, sería la extensión del concepto material de Estado de Derecho a la ordenación del trabajo y de los bienes.

Este Estado Social se nutre normativamente –siguiendo a Aldunate– de las regulaciones internacionales, especialmente del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que afecta a los Estados que lo han suscrito aun cuando ellos no cuenten con una cláusula de Estado Social<sup>22</sup>. Analizando esta preceptiva observa Aldunate que estos derechos no son concebidos como inherentes a toda persona, ya que se reconoce el derecho del Estado parte que sea país en vía de desarrollo, de determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos a personas que no sean nacionales suyos (art. 2.3). Y que estos derechos se ubican bajo la reserva de la disponibilidad de recursos ya que el Estado asume el compromiso de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos de que disponga"<sup>23</sup>.

Una noción más bien proclive a su configuración tenemos en Pérez Luño, quien expresa que los derechos sociales surgen de la mano con el Estado Social de derecho, el que tuvo a su juicio un origen híbrido por tener un compromiso entre tendencias ideológicas dispares<sup>24</sup>. En virtud de este origen híbrido tiene una impronta liberal, cuya manifestación más precisa recae en Keynes, principal inspirador del *Welfare State*, que defendía la posibilidad de una transformación

<sup>21</sup> Aldunate, Eduardo, Ob. Cit. pp. 56, 59 y 60.

<sup>22</sup> Cfr. Aldunate, Eduardo. Ob. Cit. p. 59.

<sup>23</sup> Aldunate, Eduardo. Ob. Cit. p. 60. Cabe señalar que, frente al común argumento que están consagrados en diversos tratados internacionales, como lo consigna el profesor Jorge Hübner, hay que compartir su prevención que "De 3 importantes instrumentos internacionales, se precisa el límite hasta dónde puede alcanzar la efectividad de los derechos sociales, el que consiste, obviamente, en la existencia de recursos suficientes para satisfacerlos" (Hübner Gallo, Jorge. "Los derechos humanos: historia - fundamento - efectividad". 1ª edición. Ed. Jurídica de Chile, 1994, p. 157). Del mismo modo, resulta claro que existe una diversa normativa comparada que trata la consagración de los derechos sociales. En efecto, uno de los primeros trabajos chilenos es de don Roberto Mayorga, quien hace una separación según la tradicional distinción internacional de "sociales "económicos" y culturales", en donde nos muestra cómo Hispanoamérica ya consagraba estos derechos. ("Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales". Ed. Jurídica de Chile, 1990. pp. 118, 116 y 123)

<sup>24</sup> Pérez Luño, Antonio. "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución", Ed. Tecnos, Madrid; 1984, p. 230.

de la política estatal por vía democrática y respetando la economía de mercado capitalista, así como el derecho de propiedad sobre los bienes de producción.

Así como debe tenerse a la vista lo planteado en la Constitución de Weimar, queremos llamar la atención en el hecho que no puede significar, del modo en que hemos visto, que la expansión de los derechos de prestación sea a costa de las Bases de la Institucionalidad Económica.

## 5. El problema de la exigibilidad de los derechos sociales.

En nuestro medio, es el profesor Rodolfo Figueroa quien –a nuestro parecer– ha sistematizado de modo más completo las objeciones a la exigibilidad de los derechos sociales. Las trata como “*dos objeciones básicas*”, la primera, llamada incapacidad y la otra la objeción de ilegitimidad. La primera consiste en que los jueces no están llamados a involucrarse en las materias atinentes a la distribución de recursos públicos; y la segunda no están institucionalmente equipados para enfrentar los complejos requerimientos que involucran estas materias (cita a Roux y Tunshnet). Siguiendo la exposición de Mureinik, los legisladores tiene responsabilidad política (*political accountability*), los asesores de la administración proporcionan expertizaje y el gobierno fija el balance entre expertizaje y política, “*pero los jueces no son ni electos ni expertos*”<sup>25</sup>.

En otro trabajo del profesor Figueroa se ventilan otros argumentos para el reconocimiento de los derechos sociales en tanto derecho exigible. Aunque en este trabajo que comentaremos se refiere específicamente a solo uno de **éstos**, a saber, el “derecho a la salud”, al estar reconocido en la Constitución se derivan efectos que distinguen la situación chilena de la de otros países. “*i) Por ser un derecho constitucional, debe tener algún contenido o significado, independientemente de la discusión sobre la naturaleza o el estatus de los derechos económicos y sociales y su justiciabilidad. ii) Ese significado o contenido debe, por una parte, limitar al legislador, impidiéndole adoptar ciertas leyes y, por otra, debe obligar al legislador a instituir ciertas normas. Si bien el legislador posee discrecionalidad para desarrollar políticas públicas en materia de salud y dictar leyes para implementar este derecho, la Constitución ha de gobernar esa discrecionalidad*”<sup>26</sup>.

Con todo, han existido desde argumentos más sencillos, como puede leerse del trabajo de Cançado, “*sin los derechos económicos, sociales y culturales, los dere-*

<sup>25</sup> Figueroa García-Huidobro, Rodolfo, “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. discusión teórica”. En Revista Chilena de Derecho U.C., Vol. 36 N° 3, 2009, pp. 588-589.

<sup>26</sup> Figueroa García-Huidobro, Rodolfo, “El derecho a la salud”. En “Estudios Constitucionales” CECOCH. Universidad de Talca. Vol.11, N° 2, S 2013, p. 284. Cabe señalar que la referencia al legislador es una recurrente en quienes propugnan de una u otra manera la exigibilidad/justiciabilidad de los derechos sociales.

*chos civiles y políticos tendrían “poco sentido” para la mayoría de las personas*<sup>27</sup>, hasta fundamentos más elaborados, que dimensionan el sentido del derecho desde la perspectiva de las obligaciones y la encuadran en la teoría general del derecho subjetivo, como el trabajo de Rodolfo Arango, ya citado.

No pretendemos por esta ocasión hacer un recuento de los argumentos que permitan sostener ya sea su exigibilidad, o bien derechamente calificar a los derechos sociales como fundamentales, sino hacer presente que existe un amplio debate sobre su carácter directamente exigible o justiciable frente a los tribunales.

Lo que sí se debe reconocer, por razones metodológicas, es que cada vez son más los autores que plantean derechamente su carácter exigible. Para Nogueira, v.gr. *“Dicha justiciabilidad se dará en casos en que exista una relación jurídica definida en que la lesión del derecho provenga de una modificación o desconocimiento de la esfera jurídica de una persona o de un grupo de ellas, de la eventual debilidad manifiesta de la misma persona, como también, en los casos en que faltando la relación jurídica preexistente, una persona o un grupo de ellas se encuentre ante exclusiones arbitrarias o injustificadas de acceso a prestaciones o servicios, como puede ser la negativa de acceso a un establecimiento público de enseñanza básica estatal, la negación de acceso a una prestación de salud básica por parte de servicios públicos en casos de peligro de muerte o de grave menoscabo de la integridad física o psíquica en conexión con la salud de la persona”*<sup>28</sup>. El fundamento último de estos derechos se relaciona –según Nogueira– con el respeto a la dignidad del ser humano y a la consideración de un mínimo vital que se concreta en cada uno y todos los derechos económicos, sociales y culturales en cuanto satisfacción de necesidades materiales básicas de las personas, constituyendo el aseguramiento de la existencia material del ser humano un presupuesto básico del Estado constitucional democrático contemporáneo.

Semejante predicamento tenemos en la opinión del profesor José Luis Cea, quien señala –luego de estudiar detenidamente la discusión en las Actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución– que discrepa del parecer de ésta en orden a considerar los derechos sociales solo como aspiraciones que deben ser financiadas por el Estado. Para ello tiene presente el artículo 1° inciso cuarto del Código Supremo, en el que el Estado tiene como deber *“contribuir”* al bien común, que el Estado gobierno tenga que contribuir a esta tarea en magnitud considerable y de modo importante no significa que sea una labor exclusiva ni excluyente del mismo, porque incumbe realizarla también a las personas y grupos intermedios de la sociedad civil, sea nacional,

<sup>27</sup> Cançado Trindade, Antonio “El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI”. Editorial Jurídica de Chile, 2006, p 95.

<sup>28</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, Ob. Cit. p. 192.



regional, entre otras, que abre a las agrupaciones intermedias la posibilidad de coadyuvar en la materialización de los derechos sociales, sobre la base del principio de solidaridad<sup>29</sup>.

Pero queremos traer a colación un punto de la mayor relevancia para configurar dicha exigibilidad, planteado por el profesor Cea: *“Es obligación del legislador dictar las normas que permitan concretarlo en la enseñanza, el desarrollo de la ciencia y la técnica, las acciones de salud e higiene, la vivienda y la seguridad social, el descanso, la remuneración digna, la seguridad humana”*. Y para ello toma como referencia el artículo 104 de la Carta Fundamental, en el cual aparecen estos principios como cláusulas abiertas y no en calidad de criterios autorealizables. Por ello, cuando inicia el estudio del tema, advierte que los derechos sociales se relacionan con la incidencia que ellos tienen para la integración de la persona en los grupos intermedios y en la Sociedad Civil<sup>30</sup>.

De seguirse este predicamento, creemos –y lo adelantamos desde ya– que una manera de promover de manera efectiva los derechos sociales es permitiendo el pleno funcionamiento de las libertades que configuran las Bases de la Institucionalidad Económica (comúnmente llamado “Orden Público Económico”), pero donde es el legislador quien tiene una función gravitante, atendida su calidad de soberano nacional y portador de la mayoría que implica el sistema democrático.

En efecto, y a título meramente ejemplar, para poder permitir el acceso a ciertos bienes básicos se pueden otorgar subsidios a diversos grupos de la sociedad civil que permitan su actividad. Podría eximirse de impuestos a quienes desarrollen actividades industriales en zonas con alto desempleo, promoviendo el derecho al trabajo. El Estado podría entregar *vouchers* para la educación básica y media si no tiene la infraestructura necesaria para tener escuelas y liceos. Podría eximirse de impuestos a los grupos intermedios que promuevan la difusión de las artes y la cultura a personas que no pueden acceder a dichos bienes. El Estado podría dar incentivos directamente a los cotizantes para que las cotizaciones sean mayores y premiar a los afiliados si las Administradoras de Pensiones superan ciertas metas de gestión.

En fin, esta promoción de la solidaridad como principio puede permitir, manteniendo todo el estatuto de libertades que ampara las Bases de la Institucionalidad Económica, mayores y mejores prestaciones para quienes lo requieran. Siguiendo lo planteado por el profesor Cea podemos decir –parafraseando a Perez Luño– que el Estado Social de Derecho supone también el reconocimiento

<sup>29</sup> Cfr. Cea Egaña, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno”. Tomo II. Ediciones U.C., p. 53.

<sup>30</sup> Cfr. Cea Egaña, José Luis. Ob. Cit. p. 51.

de la abolición fáctica de la separación entre el Estado y la sociedad<sup>31</sup>. De lo que se sigue que el Estado no puede aislar a los individuos en sus derechos de emprendimiento con el objeto de proporcionar a otros individuos un conjunto de prestaciones. Es trascendental que éste admita la colaboración de los particulares.

Ahora, tal como se ha dicho en lo que antecede, en el fundamento de los derechos resulta patente que la solidaridad es uno de ellos. Como se aprecia en un trabajo clásico sobre los Derechos Fundamentales, Gregorio Peces Barba esgrime que la solidaridad es una idea compatible e integrable en las concepciones antropocéntricas e individualistas que están en el origen de los derechos humanos. Dicho de otra manera, la solidaridad actúa al servicio de la dignidad humana. Su finalidad es *“contribuir a la autonomía, independencia, libertad moral de las personas, igual que los restantes valores, libertad, seguridad e igualdad”*. Con todo, tiene una notable prevención que no podemos sino compartir: *“No se debe identificar a la solidaridad con posiciones que defienden la disolución del individuo en la comunidad, o al menos a la solidaridad como valor superior que actúa como fundamento de derechos humanos, porque éstos y el colectivismo son incompatibles”*<sup>32</sup>. Invocar el principio de solidaridad para que nos subordinemos a un ente colectivo, es el camino a la pérdida de todas las libertades.

En consecuencia, la promoción de ciertos principios y fundamentos sobre los que descansan los derechos sociales sin detenerse en el asunto de su exigibilidad/justiciabilidad, pueden permitir su mayor y hasta mejor realización. Encapsular el debate en torno a si son o no exigibles/justiciables, reduce ampliamente la multiplicidad de soluciones que ofrece el ordenamiento jurídico en su conjunto, el que reconoce –ya sea en el ámbito internacional– cierta disponibilidad de recursos, como también los deberes que emanan del “legislador” y no del constituyente, sobre la materia. La discusión, aunque respetable académicamente, resulta estéril si no se promueven mecanismos concretos que aseguren el ejercicio de ciertos derechos de prestación, y nubla las posibilidades de adjudicar dichos derechos tanto a quienes los requieren como también a otras soluciones al problema. Finalmente, cualquiera sea el mecanismo para lograr dicha exigibilidad, no se puede aceptar que sea a costa de otros derechos de igual relevancia, a menos que se parta de una premisa que no compartimos, que existe cierta jerarquía en los derechos fundamentales<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Pérez Luño, Antonio. Ob. Cit. p. 233.

<sup>32</sup> Peces Barba Martínez, Gregorio, “Curso de Derechos fundamentales. Teoría General” Madrid. BOE, 1995, p. 276.

<sup>33</sup> Tema que, aunque resulta del mayor interés, no podemos tratar en esta oportunidad.

### **III.- Más Estado y menos libertad de emprendimiento. Restricción a la acción privada en los diversos ámbitos del quehacer económico, bajo la excusa de dar satisfacción a los derechos sociales**

Son innumerables los ejemplos que se podrían dar que dan cuenta de la presencia creciente del Estado en los más diversos y variados **ámbitos** del quehacer económico. Y siempre bajo la explicación de que deben ser satisfechos ciertos derechos sociales, que de lo contrario quedarían entregados a la suerte del mercado.

Como expresión del derecho a la prestación, como lo es el de recibir el servicio de gas por red, se tramita en la actualidad un proyecto de ley que modifica el D.F.L N° 323 "Ley General de Servicios de Gas" (Boletín 9890-08). Si bien el proyecto de ley dice mantener un régimen de libertad tarifaria, lo cierto es que se impone un sistema de fijación de precios, a través de un mecanismo indirecto como lo es controlar la rentabilidad máxima de las empresas concesionarias y, por esa vía, imponer por el solo ministerio de la ley un determinado nivel tarifario. Cada vez que la empresa concesionaria excede el límite máximo de rentabilidad autorizado por la ley, por el solo ministerio de la ley se presume que abusó de su condición y se le impone un régimen de fijación tarifaria. O sea, se castiga la eficiencia que podría ser la razón que está detrás de la superación del límite máximo de rentabilidad y se asume que ello es siempre consecuencia de un abuso de la empresa concesionaria. En la regulación actual tal decisión corresponde que la adopte el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), ya que es precisamente su función el calificar si el exceso de rentabilidad se debe a conductas anticompetitivas o a razones de eficiencia en la gestión de la empresa. En el proyecto se suprime la intervención del TDLC, y se asume per se que el exceso de rentabilidad que alcanza una empresa solo puede tener como explicación el abuso en contra del consumidor.

En suma, para asegurar el derecho a la prestación "*gas por red*", se fija el precio por autoridad administrativa, con el consiguiente desincentivo que tal fijación importa para la iniciativa privada.

En abono de la tesis que se viene sosteniendo, de que el Estado avanza copando espacios y replegando cada vez más a la acción privada, se puede citar también la reforma tributaria (Ley N° 20.780), en parcial vigencia, que impuso mayores cargas a los contribuyentes para financiar con ello los requerimientos que importan para el Estado la satisfacción de esta nueva gama de derechos sociales, a la salud, a la educación, y a las más diversas prestaciones que, según sea el poder de los grupos de presión, empiezan a aparecer con fuerza en los distintos ámbitos del quehacer económico.

Se sabe que mayor carga impositiva para los contribuyentes importa un mayor tamaño del Estado y una consecuente reducción del espacio de acción para la iniciativa privada. El Estado asume el rol, que desde el punto de vista de la gestión, es perfectamente posible que su desarrollo se entregue a la iniciativa privada, sometida a un marco regulatorio de origen legal.

La reforma educacional en actual tramitación y la parte ya aprobada de la misma (eliminación del lucro, el copago y la selección en los colegios que reciben subvención estatal), que parte del supuesto de que la educación constituye un derecho social, margina significativamente a la iniciativa privada del rol que hasta la vigencia de esta nueva ley desempeñaba.

En suma, crece el tamaño del Estado para dar satisfacción al ahora derecho social a la educación, restándole espacio y protagonismo a la iniciativa privada.

La misma idea parece estar detrás de la iniciativa para crear una Administradora de Fondo de Pensiones de carácter estatal y la propuesta de la llamada Comisión Bravo, que será el antecedente de un proyecto de ley para reformular, con una clara visión estatista, el sistema de Isapres.

El mismo sesgo aparece en la tramitación del proyecto de reforma laboral en actual tramitación, en donde los espacios de libertad individual ceden en favor del poder de las organizaciones sindicales. Si bien esto se manifiesta en el plano de la libertad individual, como una restricción a esta, es claro que obedece a una matriz ideológica común, que da mayor primacía a lo colectivo, a lo social, en desmedro de la libertad individual.

Por último, si bien ha quedado postergado el debate sobre la reforma a la Constitución Política de la República, y en particular al derecho de propiedad, es claro que de producirse este, la matriz ideológica que ha estado presente en todas las reformas implementadas en los últimos años se hará notar también en estos ámbitos.

De mantenerse la tendencia presente en las reformas someramente enunciadas en lo que antecede y proyectarse ella al ámbito constitucional, es nuestra opinión que ello se traducirá en un debilitamiento de los principios del OPE y de las bases de la institucionalidad económica, con el consiguiente castigo a la iniciativa privada y al campo de acción en que ésta se desenvuelve.

En suma, la matriz ideológica que se ha instalado como corazón de las reformas ya aprobadas y aquellas que están en curso de hacerlo, descansa sobre el supuesto, equivocado en nuestra opinión, de que la igualdad como objetivo que se pretende alcanzar con ellas se logra de un modo más eficiente con la acción del Estado y la satisfacción que este proveerá de los derechos sociales, en vez de

alcanzar tal objetivo dejándole el espacio a la libertad de emprendimiento y a la iniciativa privada, sometiéndola, eso sí, a un marco regulador que impida los abusos y los castigue con severidad.

Y tal antagonismo que se insinúa existe entre la libertad de emprender y la satisfacción del principio de la igualdad, una de cuyas expresiones es precisamente el reconocimiento, protección y satisfacción por el Estado de los llamados derechos sociales, es precisamente la razón que se invoca para promover una reforma a la Constitución Política y, en particular, a las bases de la institucionalidad económica que en ella se consagran.

Pero nuestra opinión es que no son categorías antagónicas en el orden constitucional las bases de la institucionalidad económica y el reconocimiento y satisfacción de los derechos sociales, ya que estos últimos se pueden reconocer, proteger y satisfacer dejando espacio a la libertad de emprendimiento y a la iniciativa privada, sometida al marco regulatorio impuesto por la ley, y sólo en casos en que ello no sea posible, recurriendo, como ultima ratio, a la presencia del Estado.

No creemos necesario cambiar las bases de la institucionalidad económica para reconocer y dar satisfacción a los denominados derechos sociales –al no ser categorías antagónicas–, ya que con la actual estructura normativa es posible darles satisfacción, en primer lugar, dejando que la libertad de emprendimiento y la libre iniciativa privada lo hagan, sujeta, por cierto, a un marco legal que impida y castigue los abusos, y, en segundo lugar, sólo en aquellos ámbitos y espacios en que ello no sea posible, que la satisfacción de tales derechos corra por cuenta del Estado.

#### **IV.- Conclusiones**

De lo dicho en lo que antecede, es posible formular las conclusiones que siguen:

**1.-** Es imprescindible mencionar en la Carta Fundamental ciertos principios económicos, de modo que no puedan ser vulnerados por la ley ni por norma, autoridad o persona alguna, protegiendo y amparando así tanto las libertades como el marco general regulatorio de la actividad económica. Esto es lo que se conoce con el nombre de “Orden Público Económico” (OPE), tal como se denominó por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

**2.-** Se integran al concepto de OPE, entre otros, los siguientes principios: libertad económica; propiedad privada; igualdad e interdicción de toda forma de discriminación arbitraria; subsidiariedad, servicialidad y solidaridad; legalidad del gasto; Banco Central autónomo con rango constitucional; Tesorería General

de la República como instrumento de jerarquía constitucional y racionalidad y responsabilidad en manejo de los recursos públicos.

**3.-** Desde sus inicios siempre se entendió que el propósito del Orden Público Económico (o lo que llamamos hoy Bases de la Institucionalidad Económica), tenía claros fines garantísticos, de tutela y protección de los principios que lo integran, cuyo titular es y será siempre la persona.

**4.-** La libertad económica como presupuesto del Orden Público Económico tiene un fundamento ontológico, que recae en el reconocimiento constitucional de la primacía de la persona humana sobre el Estado, lo que está previsto en el artículo 1° de la Constitución, preceptiva que enlazada con el artículo 19 numeral 21, configuran lo que hemos llamado las "Bases de la Institucionalidad Económica". Adicionalmente ciertos presupuestos libertarios están consagrados en la Constitución, lo que demuestra que la Carta Fundamental no sólo pretendió proteger la libertad de emprendimiento económica.

**5.-** Al garantizar el N° 21 del artículo 19 de la CPR la libertad de emprendimiento, como una de las más sublimes y privilegiadas forma en que se manifiesta la libertad de trabajo del ser humano, se ha entendido que ella pretende asegurar para todas las personas la posibilidad de manifestar el máximo de sus fuerzas, energías y capacidad creadora, que es motor del dinamismo y de la actividad económica, en todas las formas en que esta pueda manifestarse.

**6.-** La actividad económica a que se refiere tal numeral implica garantizar la libertad de emprendimiento en todo ámbito del quehacer humano que se traduzca en la realización de cualquiera actividad que tenga un contenido o expresión patrimonial, sean en el ámbito de la extracción, producción, distribución, consumo, inversión, ahorro y un innumerable etcétera de manifestaciones de tal actividad.

**7.-** Pese al profuso reconocimiento a la libertad de emprendimiento, la consideración de las funciones del Estado no puede quedar delimitada a priori, puesto que de ser así las autoridades no podrían hacer contribuciones prácticas al bien común.

**8.-** De la aplicación de los principios de libertad-primacía, subsidiariedad y bien común y sus correlatos y solidaridad, servicialidad y colaboración con el bien común, se desprende que el Estado debe abstenerse de sustituir a los particulares en las actividades económicas que éstos pueden desarrollar adecuadamente. Pero dado que el fundamento del derecho no radica únicamente en la libertad y creatividad individual sino también en la solidaridad y el servicio al bien común, el Estado subsidiario tiene el deber de adoptar en la materia una función no solo pasiva sino también activa a fin de que las necesidades sociales sean cabalmente cumplidas.

**9.-** La matriz ideológica que se ha instalado como corazón de las reformas ya aprobadas y aquellas que están en curso de hacerlo, descansa sobre el supuesto de que la igualdad como objetivo que se pretende alcanzar con ellas, se logra de un modo más eficiente con la acción del Estado y la satisfacción que este proveerá de los derechos sociales, en vez de alcanzar tal objetivo dejándole el espacio a la libertad de emprendimiento y a la iniciativa privada, sometiéndola, eso sí, a un marco regulador que impida los abusos y los castigue con severidad.

**10.-** El antagonismo que se insinúa existe entre la libertad de emprender y la satisfacción del principio de la igualdad, una de cuyas expresiones es precisamente el reconocimiento, protección y satisfacción por el Estado de los llamados derechos sociales, es precisamente la razón que se invoca para promover una reforma a la Constitución Política y, en particular, a las bases de la institucionalidad económica que en ella se consagran.

**11.-** No son categorías antagónicas en el orden constitucional las bases de la institucionalidad económica y el reconocimiento y satisfacción de los derechos sociales, ya que estos últimos se pueden reconocer, proteger y satisfacer dejando espacio a la libertad de emprendimiento y a la iniciativa privada, sometida al marco regulatorio impuesto por la ley, y sólo en casos en que ello no sea posible, recurriendo, como ultima ratio, a la presencia del Estado.

**12.-** No es necesario cambiar las bases de la institucionalidad económica para reconocer y dar satisfacción a los denominados derechos sociales –al no ser categorías antagónicas–, ya que con la actual estructura normativa es posible darles satisfacción, en primer lugar, dejando que la libertad de emprendimiento y la libre iniciativa privada lo hagan, sujeta, por cierto, a un marco legal que impida y castigue los abusos, y, en segundo lugar, sólo en aquellos ámbitos y espacios en que ello no sea posible, que la satisfacción de tales derechos corra por cuenta del Estado.





# **Gobernando por glosas: algunas notas sobre las distinciones arbitrarias contenidas en la partida 05 de la Ley de Presupuestos en materia de educación superior**

Ignacio Covarrubias Cuevas<sup>1</sup>

Doctor en Derecho,

**UNIVERSIDAD DE LOS ANDES,**

**MAGÍSTER EN DERECHO PÚBLICO, PUC,**

Licenciado en Derecho, **UNIVERSIDAD FINIS TERRAE.**

Profesor de Derecho constitucional

Investigador del Centro de Justicia Constitucional

**FACULTAD DE DERECHO**

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

## **I. Objeto del estudio**

La glosa presupuestaria 05 del Capítulo de Educación Superior, contenida en la Ley de Presupuestos, ha sido objeto de numerosas críticas en cuanto a la constitucionalidad de las distinciones allí dispuestas como en relación a pertinencia de emplear dicho instrumento legislativo para regular una materia de ley no abordada previamente por el Congreso. En esta breve opinión procuraremos entregar elementos de juicio para responder a la pregunta de si las diferencias de trato, previstas en la referida glosa, entre Universidades del CRUCH y el resto de las Universidades privadas, sortea exitosamente el examen de igualdad constitucional.

## **II. El contenido de la glosa de la Ley de Presupuestos 2016 en materia de gratuidad en la educación superior**

### **1. Objeto de la glosa**

La glosa 05 del Capítulo de Educación Superior, que contiene la propuesta de gratuidad del Gobierno y su incorporación en la Ley de Presupuestos 2016, bajo

<sup>1</sup> Se agradecen los comentarios y observaciones a [icovarrubias@udd.cl](mailto:icovarrubias@udd.cl)

la asignación denominada “financiamiento del acceso gratuito a las Instituciones de Educación Superior 2016”, establece que los “recursos se asignarán para el pago del arancel y derechos básicos de matrícula u otros de similar naturaleza de los estudiantes de programas de pregrado presenciales conducentes a los títulos de técnico de nivel superior, profesional y grado de licenciado, según corresponda, que cumplan los requisitos” que se señalan a continuación “y que se encuentren matriculados en instituciones que, a su vez, cumplan las condiciones establecidas en la presente glosa”<sup>2</sup> para los efectos que sean elegibles.

## **2. Estudiantes de pregrado beneficiarios con los recursos de la gratuidad**

La referida glosa presupuestaria 05 expresa que “[p]odrán acceder a este beneficio los estudiantes que cumplan con los siguientes requisitos:

- a) Ser chileno o extranjero con residencia definitiva, y respecto de este último, que haya obtenido su respectiva licencia de enseñanza media en Chile.
- b) Provenir de los hogares pertenecientes a los cinco primeros deciles de menores ingresos de la población del país, para lo cual se utilizará un instrumento de evaluación uniforme de la situación socioeconómica, en la forma que se establezca en el reglamento. Adicionalmente, el Ministerio de Educación verificará la información proporcionada por los estudiantes para acceder a este beneficio, pudiendo solicitar antecedentes a diversas entidades públicas y privadas.
- c) No poseer un título profesional o licenciatura terminal otorgada por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, o por una institución de educación superior extranjera, de conformidad a lo que establezca el reglamento. Con todo, quienes posean un título de técnico nivel superior solo podrán acceder a este beneficio para cursar un programa conducente a un título profesional o licenciatura.
- d) En caso de haber iniciado su programa de estudios en un año anterior al 2016, el estudiante deberá haber permanecido en el mismo por un tiempo que no exceda de la duración nominal de éste, informada por la respectiva institución al Ministerio de Educación de conformidad a lo dispuesto en el Título III de la Ley N° 20.129. Con todo, para estos efectos no se considerarán las suspensiones de estudios debidamente

<sup>2</sup> PROYECTO DE LEY DE PRESUPUESTOS AÑO 2016. Ministerio de Educación. Subsecretaría de Educación. Educación Superior (01), p. 46, documento disponible en: <http://www.dipres.gob.cl/595/w3-multipropertyvalues-14437-22940.html>

informadas al Ministerio de Educación por la institución de educación superior respectiva.

- e) *Matricularse en una institución de educación superior elegible, y que ésta haya celebrado el convenio establecido en el párrafo cuarto.*<sup>3</sup>.

### 3. Instituciones de educación superior elegibles para la gratuidad

El aludido texto de la glosa 05 dispone que “[s]erán instituciones de educación superior elegibles, de conformidad a lo establecido en el literal e) del párrafo anterior, aquellas que eximan a los estudiantes que cumplan los requisitos señalados en el párrafo anterior de cualquier pago asociado a arancel, derechos básicos de matrícula u otros de similar naturaleza. Asimismo, dichas instituciones deberán encontrarse en alguno de los siguientes casos:

- i. Universidades referidas en el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, de 1981, del Ministerio de Educación [Universidades del CRUCH].
- ii. Universidades privadas no incluidas en el literal anterior que, al 30 de septiembre de 2015, cumplan con los siguientes requisitos:

1) Estar acreditadas, de acuerdo a la Ley N° 20.129, por 4 años o más.

2) *No contar con la participación, en calidad de miembros, asociados o beneficiarios de la respectiva corporación o fundación, según corresponda, de personas jurídicas de derecho privado que no estén constituidas como personas jurídicas sin fines de lucro.*

3) *Constar en sus estatutos registrados ante el Ministerio de Educación, de conformidad a lo dispuesto en el Párrafo 2° del Título III del Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 2010, del Ministerio de Educación, el derecho a la participación de al menos un representante de los estamentos estudiantiles o personal no académico, sea con derecho a voz o a voto, en algún órgano colegiado de la administración o dirección central de la institución.*

- i. Centros de Formación Técnica o Institutos Profesionales que, al 30 de septiembre de 2015, cumplan con los siguientes requisitos:

1) Estar organizado como persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro.

<sup>3</sup> PROYECTO DE LEY DE PRESUPUESTOS AÑO 2016. Ministerio de Educación. Subsecretaría de Educación. Educación Superior (01), p. 47, documento disponible en: <http://www.dipres.gob.cl/595/w3-multipropertyvalues-14437-22940.html>

2) Contar con acreditación institucional vigente, de acuerdo a la ley N° 20.129.

*“Las instituciones de educación superior elegibles de conformidad a lo establecido en el párrafo anterior, deberán suscribir, antes del 22 de diciembre de 2015, un convenio con el Ministerio de Educación, en el cual se comprometan a acceder al aporte para la gratuidad en las condiciones establecidas en la presente glosa.”<sup>4</sup>.*

#### **4. Fin prevalente contenido en la glosa presupuestaria: gratuidad a estudiantes vulnerables**

Los distintos aspectos regulativos contenidos en la glosa presupuestaria precedentemente transcrita llevan a la constatable conclusión de que el gran fin perseguido por esta normativa es financiar, a estudiantes provenientes de los hogares de menores ingresos del país, el acceso gratuito a ciertas Instituciones de Educación Superior (IES). Este es indudablemente un fin prevalente, pues cruza e integra todos y cada uno de los aspectos contenidos en la aludida glosa.

La identificación de este fin prevalente contenido en la referida glosa presupuestaria es determinante para examinar si dicha finalidad se estructura y formula conforme con el principio de igualdad constitucional.

##### **4.1 Otros fines relevantes pero subalternos**

Hay otros fines de gran importancia contenidos en la referida glosa aunque se observa que son subalternos al fin dominante. La idea de que el financiamiento al acceso a la gratuidad recaiga en Instituciones de Educación Superior (IES) con un estándar mínimo de calidad es indudablemente un objeto muy relevante, pero no alcanza a ser tan primordial como el fin prevalente, pues no se encuentra impregnado en todos los aspectos contenidos en la glosa o, al menos, no aplica con igual intensidad en todas los casos.

A modo ilustrativo, la acreditación institucional, como estándar mínimo de calidad, es exigible como condición *sine qua non* a todas las IES –Universidades privadas, Centros de Formación Técnica (CFT) e Institutos Profesionales (IP)- con la salvedad de las Universidades pertenecientes al CRUCH.

Uno de los aspectos sobre los que nos pronunciaremos es acerca de si la referida distinción formulada por la glosa presupuestaria es mínimamente razonable

<sup>4</sup> PROYECTO DE LEY DE PRESUPUESTOS AÑO 2016. Ministerio de Educación. Subsecretaría de Educación. Educación Superior (01), p. 47, documento disponible en: <http://www.dipres.gob.cl/595/w3-multipropertyvalues-14437-22940.html>

en vistas a la satisfacción del fin prevalente de esta regulación consistente en brindar acceso gratuito a la educación superior a determinados estudiantes económicamente vulnerables.

### **III. Aspectos sobre la constitucionalidad de la glosa en la provisión de gratuidad a Universidades**

#### **2. Infracción al derecho fundamental a la igualdad**

##### *2.1 Elementos esenciales comunes en todo examen de igualdad*

Cualquier evaluación en materia de igualdad jurídica presupone necesariamente tomar en consideración ciertos elementos de juicio. En primer término, es claro que toda relación de igualdad conlleva un examen comparativo entre entidades diferentes, pues el juicio de igualdad o de desigualdad se predica respecto de algo o alguien en comparación con un análogo<sup>5</sup>.

Lo segundo es que la evaluación comparativa, para que sea tal, supone identificar un estándar o patrón que sirve de medida común. Este estándar común, que suele denominarse *tertius comparationis*<sup>6</sup> o factor de comparación, persigue examinar la consistencia entre el fin de la regulación y la consecuencia que produce bajo un criterio común. En tercer lugar, siempre existe alguien que lleva a cabo la comparación, un agente comparador, sea privado (el empleador, en materia laboral) o público (el legislador o la Administración del Estado) quien efectúa distinciones al principio general de igualdad.

La idea de igualdad más extendida y pacífica es la de igualdad general, asociada a la noción de igualdad aristotélica o igualdad entre iguales, conforme a la cual debe tratarse igual a los iguales y diferente a los distintos, por lo que cualquier desviación a esta regla debe ser justificada racional o razonablemente para que no sea considerada arbitraria o caprichosa<sup>7</sup>. El estándar de razonabilidad exigida varía desde una exigencia mínima (exclusión de la irracionalidad o *rational basis test*) hasta grados más severos de escrutinio (razonabilidad o proporcionalidad), cuya gradación depende de la sensibilidad de las materias evaluadas, entre otros motivos que no es del caso señalar por ahora.

Otro aspecto bastante extendido en materia de igualdad constitucional es que se considera que existe una discriminación arbitraria cuando se detecta una diferencia de trato, generalmente menos favorable, que no se estima suficien-

<sup>5</sup> BEDAU (1967) pp. 6 y ss.; PÉREZ (2007) pp. 17-18; DÍAZ DE VALDÉS (2015) p. 154.

<sup>6</sup> WESTEN (1990); VALDÉS (1992); FERNÁNDEZ (2004).

<sup>7</sup> ALEXY (2002) p. 270; LACEY (1987) p. 416; FELDMAN (2002) pp. 135 y ss.; FERNÁNDEZ (2004) p. 56.

temente justificada<sup>8</sup>. Esta noción de discriminación arbitraria es la que ha sido empleada por la generalidad de los autores y también por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional<sup>9</sup>.

En fin, para examinar la igualdad constitucional es crucial identificar la finalidad del trato diferente, pues la justificación de la razonabilidad de la distinción, más o menos favorable, dependerá de la evaluación del grado de conexión racional entre el legítimo propósito de la distinción o desigualdad de trato, el impacto o consecuencia prevista por la norma o acto y el factor de comparación o discriminación empleado para alcanzar el pretendido fin<sup>10</sup>.

En un ejemplo clásico, el trato desigual de una ley impositiva se examina evaluando si el fin del impuesto a la renta propuesto (fin redistributivo de que contribuyan más quienes perciben más ingresos) se condice racionalmente con el efecto previsto por la norma considerando el factor de discriminación utilizado para aplicar el tributo (nivel de remuneración). Pues bien, el nivel de renta no sólo es un patrón de medida que puede aplicarse a todos los que tengan ingresos por igual, sino que además es idóneo al posibilitar el cumplimiento del lícito fin buscado de que a mayor ingreso mayor sea también la carga tributaria.

Se entiende que una diferencia de trato no requiere de justificación únicamente cuando la distinción es tan evidentemente justa o razonable que no necesita de mayor explicación. Siguiendo con nuestro ejemplo, la exención del cobro de impuesto a la renta a las personas que carecen de ingresos o que son mínimos constituye un trato favorable que no exige mayor explicación. No sólo no se les puede medir con un patrón común aplicable al resto (no tienen ingresos o son insignificantes), sino que por ello no pueden contribuir a la finalidad pública buscada.

De conformidad a los criterios recién expuestos en materia de igualdad, enseguida examinaremos la razonabilidad del trato diferenciado entre Universidades, en razón de distintos factores de distinción, llevado a cabo por la glosa presupuestaria.

## **2.2 ¿Se justifica la distinción formulada por la glosa presupuestaria a la luz del factor de vulnerabilidad económica?**

Aisladamente considerada, el fin dominante de la glosa presupuestaria se encuentra formulado de modo tal que no adolece de objeciones desde la pers-

<sup>8</sup> LACEY (1987) pp. 416; FELDMAN (2002) pp. 135 y ss; DÍAZ DE VALDÉS (2015) p. 163.

<sup>9</sup> A modo ilustrativo, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional, Rol N° 28-1985, considerandos 4 - 8°; Rol N° 280-1998, considerando 24°, y Rol N° 807-2007, considerando 22°.

<sup>10</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2015) p. 161.

pectiva del derecho a la igualdad general, pues la normativa destina los recursos de la gratuidad a todos aquellos estudiantes que se encuentran en iguales condiciones de vulnerabilidad social, esto es, que *“proviengan de los hogares pertenecientes a los cinco primeros deciles de menores ingresos de la población del país”*.

Despejado esto, cabe preguntarse si el fin perseguido por la aludida normativa se condice con la consecuencia o impacto regulatorio contenido en la misma glosa considerando el factor de distinción que exhibe la regulación. Se trata de discernir si la concreta modalidad en que la glosa se encuentra formulada se condice con el fin de proveer gratuidad a los estudiantes vulnerables segmentados según un factor de distinción consistente en su pertenencia a los cinco primeros deciles de hogares de menores ingresos del país.

Si lo que el Ejecutivo persigue es dar gratuidad a los estudiantes universitarios vulnerables económicamente (fin) en función de provenir de los cinco primeros deciles de hogares de menores ingresos (factor de discriminación) ¿es razonable que la normativa permita dicho beneficio a los estudiantes que estudien en Universidades del CRUCH o en aquellas que no estén agrupadas en esta entidad que tengan un mínimo de 4 años de acreditación institucional?

Atendido que el fin inequívoco consiste en beneficiar con gratuidad a un segmento de estudiantes en atención a su vulnerabilidad económica, debe existir una razón plausible para excluir de tal beneficio a un grupo importante de estudiantes que cumpliendo con dicha vulnerabilidad no puedan acceder a la gratuidad por ingresar o haber ingresado a Universidades privadas, no pertenecientes al CRUCH, que tengan menos de cuatro años de acreditación institucional (o que no estén acreditadas).

Demandar el motivo de la distinción es de suyo exigible, pues la modalidad en que la regulación se encuentra formulada pone en entredicho, en mayor o menor grado, el cumplimiento del fin declarado por la glosa en razón del factor o criterio de diferenciación utilizado. Pues bien, al no existir una razón o fundamento plausible que justifique la distinción llevada a cabo por la glosa a la luz del fin normativo y del factor de diferenciación empleados, hay motivo suficiente para estimar que la discriminación es arbitraria, pues no es razonable admitir que la glosa pretende beneficiar a estudiantes económicamente vulnerables cuando la misma disposición excluye –sin motivo explícito ni autoevidente– a un grupo significativo de estudiantes de igual vulnerabilidad, por el hecho de haber elegido estudiar en Universidades privadas acreditadas institucionalmente hasta por tres años, pero que no pertenecen al CRUCH.

Si resulta demostrarse, como se ha señalado, que un 71% de los estudiantes pertenecientes a dicho segmento económico-social cursa sus estudios en institu-

ciones que no pertenecen al CRUCH<sup>11</sup>, ello evidenciaría la carencia de conexión racional entre los fines buscados por la regulación y los medios previstos para cumplirlo, puesto que la normativa en cuestión excluiría a un porcentaje muy relevante de aquellos alumnos que en razón de su vulnerabilidad económica se pretende beneficiar con la gratuidad.

### **2.3 ¿Son razonables las distinciones previstas por la glosa en virtud del factor de calidad de las Universidades?**

Enseguida procuraremos examinar si la satisfacción del fin buscado por la glosa explica o justifica la discriminación entre Universidades que son del CRUCH y las restantes Universidades privadas, en razón de la calidad de las instituciones que elegirán los estudiantes vulnerables beneficiarios de la gratuidad.

En efecto, un factor de distinción contemplado por la glosa presupuestaria es la calidad de la institución receptora de los recursos de la gratuidad, medida en términos de años de acreditación institucional de las Universidades privadas que no pertenezcan al CRUCH. Sin embargo, la glosa no prevé este factor de distinción a las instituciones agrupadas bajo dicha entidad, por lo que antes de pronunciarnos sobre la justicia de la distinción en términos de niveles de acreditación para las Universidades privadas que no son del CRUCH, cabe preguntarse si es razonable liberar absolutamente del cumplimiento de dicho estándar de calidad a las instituciones que pertenecen a tal entidad.

- i. ¿Es justificable eximir a las Universidades del CRUCH del estándar de calidad consistente en la acreditación institucional?

Si—como lo señala el Ejecutivo— la “*Reforma Educacional busca hacer de la educación superior un derecho social efectivo, propendiendo a garantizar una educación de calidad, con un trato preferente a los estudiantes de menores ingresos*”<sup>12</sup>, ¿es razonable asumir como incontestable que las Universidades del CRUCH, por su sola pertenencia a dicha entidad, cumplen los estándares mínimos de calidad institucional al punto de ser razonable eximir las de la acreditación institucional, que además es un requisito que la glosa hace exigible en mayor medida al resto de las Universidades?

La diferencia de trato entre Universidades del CRUCH y las que no pertenecen a dicha entidad está muy lejos de exhibir una justificación evidente, pues el

<sup>11</sup> *Avanzando hacia la gratuidad en Educación Superior*, Documento de análisis, Fundación Acción Educar, p. 3. Texto disponible en: [http://accioneducar.cl/wp-content/files\\_mf/1445976322Gratuidadyglosa27102015.pdf](http://accioneducar.cl/wp-content/files_mf/1445976322Gratuidadyglosa27102015.pdf)

<sup>12</sup> Gobierno de Chile, Ley de Presupuestos 2016, Dirección de Presupuestos, p. 7. Documento disponible en: [http://www.dipres.gob.cl/594/articles-135748\\_Prioridades\\_periodo\\_2016.pdf](http://www.dipres.gob.cl/594/articles-135748_Prioridades_periodo_2016.pdf)



CRUCH agrupa en su seno a instituciones de educación superior tan heterogéneas entre sí que difícilmente podría encontrarse un patrón común que las distinga globalmente respecto de aquellas que no son del CRUCH. Las hay estatales, privadas, con varios años de acreditación, con pocos años, sin acreditación, con mucha investigación, con poca investigación, con gran parte de alumnos vulnerables, con menos cantidad de alumnos vulnerables, etc.

Únicamente dos características de las Universidades del CRUCH parecen diferenciar –absoluta y relativamente– a este grupo del resto de las Universidades privadas. El único rasgo distintivo compartido por todas las Universidades del CRUCH es que se trata de casas de estudio creadas o reconocidas con anterioridad a 1981 o cuya creación deriva de aquéllas, conforme al DFL N° 2/1986<sup>13</sup> según un criterio histórico. Una segunda característica dominante en el CRUCH es que buena parte de tales instituciones son estatales, mientras que en las Universidades que no son del CRUCH no hay ninguna estatal. ¿Son relevantes estos elementos distintivos para los efectos de justificar la exclusión de la acreditación a las Universidades del CRUCH?

La distinción fundada en el criterio histórico es derechamente arbitraria, pues atendida la heterogeneidad del grupo, no es posible extraer algún criterio común o uniforme que justifique racionalmente liberar a las instituciones del CRUCH de la exigencia de un estándar mínimo de calidad como la acreditación institucional, a partir de la sola consideración del momento de creación de tales casas de estudio. Descartada la plausibilidad de este factor de distinción ¿podría justificarse la exención en que gran parte de las Universidades del CRUCH (16 de 25) son estatales?

Si bien este es un rasgo diferenciador del CRUCH con el resto de las Universidades privadas, no es una característica común a todas las casas de estudio pertenecientes a tal entidad, por lo que su empleo como factor de discriminación se dificulta toda vez que el CRUCH comprende además a 9 Universidades privadas bastante heterogéneas entre sí, cuyas características no difieren significativamente de la heterogeneidad observable en las Universidades privadas que no son integrantes del CRUCH.

El criterio de discriminación fundado en la estatalidad de la mayoría de las instituciones del CRUCH tampoco parece justificable en vistas al cumplimiento de los fines de la normativa. Si lo pretendido por el Ejecutivo es la provisión de gratuidad a alumnos vulnerables que estudien en universidades que den garantías mínimas de calidad, el carácter estatal de las instituciones no sólo no asegura dicho objetivo, sino que lo pone en entredicho, puesto que no hay

<sup>13</sup> DFL N° 2/1986, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto Orgánico del Consejo de Rectores.

motivo para suponer razonablemente que aquellas Universidades del CRUCH que no se encuentran acreditadas institucionalmente satisfacen, sin embargo, el estándar de brindar una educación que además de gratuita sea de calidad mínima.

En efecto, resulta inexplicable que si una política busca financiar la educación superior en Universidades de calidad excluya la exigencia de acreditación institucional a las casas de estudio del CRUCH, por su predominante carácter estatal, en circunstancias que al momento de proponerse esta iniciativa legal tres instituciones del CRUCH no han satisfecho el mínimo estándar de calidad que la glosa exige a las instituciones que no integran dicha entidad gremial<sup>14</sup>.

Por último, los elementos expuestos tampoco parecen ser suficientes como para justificar la exención de exigir la acreditación institucional al grupo de instituciones ya señaladas, cuando ha sido precisamente dicho instrumento de medición un criterio o estándar de calidad que el Estado ha establecido, sin excepción alguna, para todas las instituciones de Educación Superior, sean Universidades, Centros de Formación Técnica o Institutos Profesionales.

A la luz de los fines prevalentes contenidos en la normativa de la glosa presupuestaria –educación gratuita con estándares mínimos de calidad– ni el criterio histórico, ni tampoco el de estatalidad, proveen de un sustento racional básico que justifique excluir a las Universidades del CRUCH de la exigencia de acreditación institucional. Más todavía, la discriminación no sólo carece de justificación plausible, sino que la distinción se encuentra formulada de tal modo por la glosa que obstaculiza la satisfacción de los fines buscados por la regulación. Al carecer de razonabilidad y no condecirse con el fin de la normativa ni tampoco con el factor de discriminación utilizado, creemos que la distinción es arbitraria.

- ii. ¿Es justo establecer para las Universidades privadas que no son del CRUCH un estándar de calidad que no se exige para las integrantes de aquel grupo?

En el acápite anterior procuramos dilucidar si la regulación en cuestión entrega mínimos elementos de juicio que justifiquen brindar un trato diferenciado a las Universidades del CRUCH al eximirlos de la acreditación institucional como requisito para ser receptoras de la gratuidad. Ahora procuraremos abordar si es razonable que la regulación imponga a las Universidades no pertenecientes al CRUCH niveles de acreditación superiores al mínimo en circunstancias que

<sup>14</sup> Al momento de enviarse la Ley de Presupuestos, tres instituciones del CRUCH han sido acreditadas por tres años: la Universidad Tecnológica Metropolitana (UTEM), la Universidad Arturo Prat y la Universidad de Los Lagos (todas estatales). Información disponible en: <https://www.cnachile.cl/Paginas/Acreditacion-institucional.aspx>

ni siquiera hace exigible el mínimo del mismo estándar de calidad a aquellas instituciones que son integrantes del CRUCH.

Establecer un estándar mínimo de calidad a aquellas Universidades receptoras de la gratuidad para los estudiantes social y económicamente más vulnerables parece ser un criterio bastante incuestionable que se cohonestaría racionalmente con el fin, buscado por la autoridad, de proveer acceso gratuito a los estudiantes de un segmento de menores ingresos en instituciones universitarias de calidad. Pues bien, en vistas a dicho objetivo, la glosa presupuestaria exige a las Universidades que no integran el CRUCH una acreditación institucional mínima de cuatro años, mientras exime a las Universidades del CRUCH de la misma consideración del referido estándar.

Dilucidado que los tres aspectos definitorios de la política pública promovida por el Gobierno en materia de educación superior son *gratuidad, calidad y focalización* en la vulnerabilidad<sup>15</sup>, pareciera que el único patrón o estándar común que permite medir o evaluar comparativamente la calidad de todas las Universidades –con independencia de su origen, historia, propiedad o configuración jurídica– es la acreditación institucional. Este instrumento no sólo posee la indudable ventaja de constituir una vara común que sirve para evaluar a todas las Universidades conforme al factor de calidad institucional, sino que es el patrón de calidad establecido por el ordenamiento jurídico y previsto concretamente en la glosa para medir las Universidades privadas que no son del CRUCH.

Si se ha estimado que es del todo inconsistente con los propósitos buscados por la regulación no exigir estándar de acreditación institucional alguno a las instituciones del CRUCH que permita dar sustento a la idea de que tales instituciones, no obstante su gran heterogeneidad, poseen un estándar mínimo de calidad, la discriminación se hace aun más patente cuando debiendo haberse previsto un estándar común en términos de calidad, se impone un trato más desfavorable, de acreditación por un mínimo de cuatro años, a las Universidades que no integran la aludida entidad.

En efecto, no hay elemento racional alguno para que el agente comparador –el Ejecutivo en este caso– no haya aplicado a las instituciones del CRUCH el mismo instrumento de medición de calidad –la acreditación institucional– que la normativa educacional contempla y que ha utilizado y sigue empleando para todas las Universidades chilenas, pertenezcan o no a la aludida agrupación. Menos razonable todavía es que el regulador suponga o presuma que

<sup>15</sup> Ello se desprende asimismo de la *Ficha de Definiciones Estratégicas del Período 2015-2018*, específicamente del objetivo N° 11, del Ministerio de Educación. Documento disponible en: [http://www.dipres.gob.cl/595/articles-136181\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.dipres.gob.cl/595/articles-136181_doc_pdf.pdf)

las Universidades del CRUCH satisfacen dicho estándar mínimo de calidad, a sabiendas que varias de las instituciones de dicha entidad podrían no estar acreditadas o estarlo por el mínimo.

En fin, la regulación propuesta en la glosa produce una discriminación injustificada al excluir a las Universidades del CRUCH de un requisito o condición de calidad mínima que impone más exigentemente al resto de las Universidades. La arbitrariedad del trato diferenciado es evidente toda vez que conduce a la conclusión de que una Universidad del CRUCH, no acreditada o acreditada por el mínimo, es igual para los efectos de ser receptoras de la gratuidad con calidad a una Universidad privada con 4 años de acreditación.

#### **IV. A modo de síntesis**

1. Desde la perspectiva del factor de vulnerabilidad económica, la distinción contenida en la glosa presupuestaria 05 es arbitraria, pues si el fin inequívoco de la regulación consiste en beneficiar a estudiantes económicamente vulnerables, no es razonable que la misma disposición excluya, sin motivo explícito ni autoevidente, a un grupo significativo de estudiantes de igual vulnerabilidad por haber elegido estudiar en Universidades privadas acreditadas institucionalmente hasta por tres años, pero que no pertenecen al CRUCH.

2. Si es efectivo, además, que una parte significativa de los estudiantes pertenecientes al segmento económico que se pretende beneficiar con la gratuidad no estudia en las Universidades del CRUCH, la modalidad en que la glosa presupuestaria se encuentra formulada pone en entredicho el cumplimiento del fin buscado por la regulación en razón del factor o criterio de diferenciación empleado.

3. La diferencia de trato entre Universidades del CRUCH y las que no pertenecen a dicha entidad, en razón del factor de calidad de la institución, está lejos de exhibir una justificación evidente, pues el CRUCH agrupa en su seno a Universidades tan heterogéneas entre sí que difícilmente podría encontrarse un patrón común que las distinga globalmente respecto de aquellas que no son del CRUCH. Las hay estatales, privadas, con varios años de acreditación, con pocos años, sin acreditación, con mucha investigación, con poca investigación, con gran parte de alumnos vulnerables, con menos cantidad de alumnos vulnerables, etc.

4. Resulta inexplicable que si una política busca financiar la educación superior en Universidades de calidad excluya la exigencia de acreditación institucional a las instituciones del CRUCH, considerando su predominante carácter estatal, en circunstancias que al momento de proponerse esta iniciativa legal tres instituciones del CRUCH no han cumplido con dicho estándar mínimo de calidad.

5. A la luz de los fines contenidos en la glosa presupuestaria –educación gratuita con estándares mínimos de calidad– ni el criterio histórico ni el de estatalidad de las instituciones del CRUCH proveen de un sustento racional que justifique eximir a estas Universidades de la exigencia de acreditación institucional. La discriminación no sólo carece de justificación plausible, sino que el modo en que está formulada la glosa obstaculiza la satisfacción de los fines buscados por la regulación.

6. No hay explicación razonable para que el agente comparador, el Ejecutivo en este caso, no haya aplicado a las instituciones del CRUCH el mismo instrumento de medición de calidad –la acreditación institucional– que la normativa educacional contempla y que ha utilizado y sigue empleando para todas las Universidades chilenas, pertenezcan o no a la aludida agrupación. Menos razonable es todavía que el regulador suponga o presuma que las Universidades del CRUCH satisfacen dicho estándar mínimo de calidad.

7. La regulación propuesta en la glosa presupuestaria produce una discriminación injustificada al excluir a las Universidades del CRUCH de un requisito o condición de calidad mínima que impone más exigentemente al resto de las Universidades.

8. Pareciera que la iniciativa busca eludir el examen de igualdad respecto del CRUCH, al no aplicarles el estándar común que el mismo agente regulador utilizado con ellos y con el resto de las Universidades.

### **1. Conclusiones sobre el impacto regulativo previsto en la glosa presupuestaria**

1. Si se asume que las distinciones previstas por la glosa presupuestaria no son arbitrarias, deberían admitirse como justificados los siguientes efectos regulatorios.

2. Que todas las instituciones del CRUCH cumplen con un estándar de calidad mínimo, no obstante no exigírseles estándar alguno para los efectos de ser receptoras de los beneficios de la gratuidad (con calidad).

3. Que la acreditación institucional es un estándar común de calidad del Sistema Universitario, pero que en este caso sólo mide las Universidades privadas que no integran el CRUCH.

4. Para los efectos de ser receptora de la gratuidad con calidad, una Universidad del CRUCH que no podría no estar acreditada es igual a una Universidad privada con 4 años de acreditación que no pertenece a dicha entidad.

5. Para los mismos efectos, debe entenderse que una Universidad privada con 3 años de acreditación no es igual a una Universidad del CRUCH no acreditada o acreditada por el mínimo.

6. De acuerdo a la glosa se supone que es legítimo brindar un trato menos ventajoso a instituciones que son iguales o superiores en términos de calidad, medidos por acreditación institucional.

7. La educación gratuita de calidad no está garantizada a todos los destinatarios de la política pública aunque estudien en Universidades acreditadas 199institucionalmente hasta por tres años.

8. La gratuidad no es igual para todos los estudiantes vulnerables si éstos estudian en Universidades privadas que se encuentran en la misma situación medida según un estándar común de calidad (acreditación). La gratuidad con calidad no es igual para todos.

9. Alumnos vulnerables no podrán acceder a la gratuidad dado que la Universidad en la que estudian posee una acreditación de 3 años, mientras que otros igualmente vulnerables y talentosos sí accederán por estudiar en una Universidad con menor acreditación o con ninguna acreditación.

## Bibliografía

ALEXY, Robert (2002): *A Theory of Constitutional Rights* (New York, Oxford University Press).

BEDAU, Hugo Adam (1967): "Egalitarianism and the Idea of Equality" en Pennock, Roland y Chapman, John (edit.) *Equality* (New York, Atherton Press), pp. 3-27.

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2015): "La igualdad constitucional y compleja", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N° 1: pp. 153-187.

FELDMAN, David (2002): *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2004): *Principio Constitucional de la Igualdad Ante la Ley* (Santiago, LexisNexis).

LACEY, Nicola (1987): "Legislation Against Sex Discrimination: Questions from a Feminist Perspective", *Journal of Law and Society*, vol. 14: pp. 411-421.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2007): *Dimensiones de la Igualdad* (Madrid, Editorial Dykinson, segunda edición).

VALDÉS PRIETO, Domingo (1992): *La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico* (Santiago, ConoSur Ltda.).

VIVANCO, Ángela (1999): "La Garantía Constitucional de la Igualdad ante la Ley: ¿De qué Igualdad Estamos Exactamente Hablando?", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26 N° 1: pp. 173-186.

WESTEN, Peter (1990): *Speaking of equality* (Princeton, Princeton University Press).





# **Restricciones a la posibilidad de abrir nuevos colegios subvencionados: una amenaza a la libertad de enseñanza.**

**RAÚL FIGUEROA SALAS**

Abogado y Máster en Derecho de la Empresa  
DIRECTOR EJECUTIVO DE LA FUNDACIÓN ACCIÓN EDUCAR

**RESUMEN:** El resguardo de la libertad de enseñanza permite la existencia de proyectos educativos diversos y, por esa vía, constituye una especial garantía del pleno ejercicio del derecho a la educación favoreciendo que la oferta educativa sea tan amplia como para dar cabida a los distintos intereses y capacidades, tanto de los jóvenes, en el caso de la educación superior, como de los padres respecto de la formación que quieren para sus hijos en el caso de la educación escolar.

La subvención escolar que el Estado entrega a los establecimientos educacionales reconocidos oficialmente y que cumplen otros requisitos legales es un instrumento fundamental en el desarrollo de este sistema mixto de educación y constituye mecanismo concreto de política pública que hace posible la libertad de enseñanza y asegura que no se trata de una mera declaración formal.

Los nuevos requisitos que la Ley 20.845 establece para que establecimientos educacionales puedan impetrar por primera vez la subvención escolar implican, en la práctica, una prohibición para la instalación de nuevos proyectos educativos en Chile, amenazando el ejercicio de la libertad de enseñanza y perjudicando especialmente a las familias de menores ingresos.

\* \* \*

## **1.- Sociedad libre y libertad de enseñanza.**

La libertad y responsabilidad individual, la autonomía de los grupos intermedios y el consecuente deber del Estado de garantizarla así como de promover el bien común, constituyen principios esenciales sobre los que se ha organizado la sociedad chilena. Estos principios son los cimientos de una sociedad libre, derivan del reconocimiento de la dignidad del hombre y son los mismos que han inspirado nuestro sistema educacional, favoreciendo su actual nivel de desarrollo. Así, el derecho a la educación, el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos y la libertad de enseñanza son una consecuencia natural del reconocimiento que el Estado hace de la libertad del hombre, siendo su resguardo necesario tanto

para mantener las estructuras de una sociedad libre como para permitir que la educación siga siendo un instrumento concreto de progreso social e individual.

La libertad de enseñanza constituye una aplicación específica del deber del Estado de reconocer y amparar a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y de garantizarles la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos, al que se refiere el artículo 1° de la Constitución y que constituye una de las bases de nuestra institucionalidad. Esta libertad comprende tanto el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales como el derecho y el deber de los padres de educar a sus hijos, que se manifiesta entre otras formas en la posibilidad de escoger por ellos el establecimiento educacional que mejor se adecúe a sus intereses y, en el caso de los jóvenes, de elegir ellos mismos entre la diversidad de proyectos educativos.

Tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza están entre las garantías cuyo ejercicio la Constitución Política de la República asegura a todas las personas, señalándolos expresamente en los números 10 y 11 de su artículo 19. Aunque distintos, se trata de derechos profundamente ligados y complementarios.

El resguardo de la libertad de enseñanza permite la existencia de proyectos educativos diversos y, por esa vía, constituye una especial garantía del pleno ejercicio del derecho a la educación favoreciendo que la oferta educativa sea tan amplia como para dar cabida a los distintos intereses y capacidades, tanto de los jóvenes en el caso de la educación superior como de los padres respecto de la formación que quieren para sus hijos en el caso de la educación escolar. Lo anterior cobra mayor fuerza en el último caso, donde la asistencia es obligatoria y, por ende, el derecho a la educación se ejerce fundamentalmente mediante la enseñanza formal y la elección que los padres hacen de un establecimiento educacional para sus hijos. Por obvio que parezca, si lo que se asegura es la libertad de elección del establecimiento educacional, mientras mayor sea la gama de posibilidades mejor garantizado se encuentra ese derecho.

Tan importante como la posibilidad de abrir nuevos establecimientos educacionales es la autonomía que se les debe reconocer; éste es un elemento esencial para la concreción de un proyecto educativo determinado y, por ende, para el pleno resguardo de la libertad de enseñanza. Dicha autonomía ha de abarcar los ámbitos docente, administrativo y económico, traduciéndose en la posibilidad de definir las características del respectivo establecimiento, acordes con sus finalidades y objetivos, así como los métodos para lograrlos.

## **2.- Instrumentos para asegurar la libertad de enseñanza.**

La educación constituye una de las principales herramientas de desarrollo económico, social y cultural del país. Los beneficios que entrega son innegables,

ya sea por los conocimientos que permite adquirir como por las habilidades cuyo desarrollo facilita y valores que transmite. Se trata de un gran vehículo de movilidad social y otorga oportunidades a quienes más las necesitan.

Su alto impacto social llevó a establecer la educación parvularia (en su segundo nivel de transición), básica y media como obligatorias. Como contrapartida a la obligatoriedad que se impone a las personas de educarse en el sistema formal, el artículo 19 n° 10 de la Constitución establece el deber del Estado de financiar un sistema gratuito, destinado a asegurar el acceso a la educación preescolar, básica y media de toda la población. La manera en que este deber del Estado se ha explicitado en la Constitución y que implica una preeminencia del deber de financiar el sistema por sobre el de proveer directamente la educación, no es fortuita; obedece a la idea de una sociedad libre que ha servido de base a nuestra institucionalidad y es una consecuencia evidente del respeto que se asegura a la libertad de enseñanza.

El rol que le cabe al Estado en el sistema educacional deriva de la obligación que la Constitución le impone de promover el bien común y reconocer los grupos intermedios, garantizándoles su adecuada autonomía para lograr sus propios fines específicos. Ello se cumple generando las condiciones para el desarrollo permanente de un sistema de educación de calidad, que garantice a las personas el ejercicio de los derechos que la Constitución reconoce y que facilite a la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación, velando por la igualdad de oportunidades tanto de niños y jóvenes que acceden al sistema educacional como de las instituciones que participan del mismo.

De esta forma, el deber del Estado de asegurar el derecho a la educación no implica, bajo ningún punto de vista, la estatización de la misma. El propio texto de la Carta Fundamental centra la obligación del Estado en el financiamiento del sistema y reconoce a todas las personas el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, el cual debe interpretarse asociado a otros derechos que permiten establecer un estatuto completo en torno a la libertad de enseñanza. Todo lo anterior ha derivado en la existencia en Chile de un sistema mixto, que incluye establecimientos de propiedad y administración del Estado o sus órganos y otros de propiedad particular, que pueden ser tanto subvencionados como pagados.

Un instrumento fundamental en el desarrollo de este sistema mixto ha sido la subvención escolar, que el Estado entrega a los establecimientos educacionales reconocidos oficialmente y que cumplen otros requisitos legales. Esta subvención se paga por cada niño que asiste a clases e implica, en los hechos, un mecanismo concreto de política pública que hace posible la libertad de enseñanza y asegura que no se trata de una mera declaración formal.

El ejercicio del derecho a abrir establecimientos permite la concreción de diversos proyectos educativos, lo cual se relaciona con una dimensión cualitativa de la educación. La subvención satisface el derecho a la educación de las personas y la libertad de los padres para elegir el establecimiento para sus hijos, teniendo una triple naturaleza: por una parte, satisface el costo de la prestación del servicio educacional; por otra, permite a las personas realizar el derecho a la educación de sus hijos, en aquellos casos en que no pueden cubrir por sí mismos el costo del servicio educacional; y adicionalmente, que asegura el financiamiento a todo proyecto educativo que, cumpliendo ciertos requisitos, resulta atractivo para las familias.

La subvención es el instrumento que hace posible la libertad de enseñanza. Sin ese instrumento la garantía constitucional resulta ser un privilegio del cual muy pocos pueden gozar, ya que sólo quienes tengan recursos suficientes para instalar, abrir y administrar un establecimiento sin necesidad de recurrir a los aportes estatales, podrían ejercer ese derecho. No basta que la libertad de enseñanza esté consagrada a nivel conceptual: se requieren instrumentos que permitan su ejercicio y concreción.

La subvención es necesaria y hace posible la apertura de nuevos establecimientos educacionales; de este modo hace efectiva la garantía constitucional, al permitir la existencia de diversos establecimientos entre los cuales los padres ejercen su preferencia.

En este sentido, el aporte estatal es una contribución obligatoria para el Estado para que se satisfaga tanto el derecho a la educación de las personas como la libertad de los individuos para crear proyectos formales de educación y la de los padres para elegir el establecimiento de su preferencia. Impedir la apertura de nuevos establecimientos y coartar el mantenimiento de aquellos que ya reciben aporte estatal significa impedir a los padres el ejercicio de su derecho a elegir un proyecto educativo de su afinidad y aspiración valórica y, por otra parte, implica también prohibir a los particulares abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

### **3.- La libertad de enseñanza bajo amenaza: la Ley 20.845 y las restricciones para abrir nuevos establecimientos subvencionados<sup>1</sup>.**

La última semana de enero de 2015 se aprobó en el Congreso Nacional la llamada Ley de Inclusión Escolar, que regula la admisión de los estudiantes,

<sup>1</sup> El análisis que a continuación se hace se basa en la presentación hecha por el autor al Tribunal Constitucional en el marco del requerimiento sobre inconstitucionalidad hecho por un grupo de senadores del proyecto de ley en cuestión, así como en un estudio realizado por la Fundación Acción Educar sobre el impacto de esta medida: "Restricción a la apertura de nuevos establecimientos subvencionados II". Acción Educar. Año 2, N° 24.

elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado. Se trata de la Ley N° 20.845, publicada en junio del mismo año, luego que en votación dividida el Tribunal Constitucional rechazara el requerimiento de un grupo de 10 senadores que solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de todo o parte de las normas de dicho proyecto<sup>2</sup>.

Aunque se trató de una reforma educacional muy anunciada y con alto nivel de respaldo al momento de su presentación en el Congreso, los sondeos de opinión disponibles muestran que al momento de su aprobación y durante gran parte de su discusión dicho proyecto de ley contó con mayor nivel de rechazo que de aprobación de la ciudadanía<sup>3</sup>. Considerando que lo que se anunciaba con esa iniciativa legal era una educación de calidad, no discriminatoria e inclusiva, todo supuestamente coincidente con los anhelos de parte importante de la población, dicha desaprobación debiese llamar la atención. Pero el análisis de la ley y de los instrumentos escogidos para hacerse cargo de esos objetivos permite comprender de mejor manera la percepción negativa de la ciudadanía.

La ley en comento estableció una serie de restricciones a los sostenedores para impetrar la subvención escolar, que alteran de manera sustancial la forma en que el sistema educacional se ha venido desarrollando y que implican, aunque la mayoría del Tribunal Constitucional no lo haya considerado así, fuertes limitaciones a la libertad de enseñanza.

Durante la discusión de la ley el debate se centró fundamentalmente en los principales ejes del proyecto de ley, esto es, la prohibición de lucrar con fondos públicos, la imposibilidad de seleccionar alumnos y la eliminación del financiamiento compartido. Todos esos elementos constituyen restricciones a la manera de organizar y mantener un determinado proyecto educativo, cuyo impacto en calidad es discutido. Así, la eliminación del lucro, permitido expresamente desde la ley de instrucción primaria obligatoria de 1920, afecta directamente la diversidad del sistema educativo y, por ende, las posibilidades de elección de las familias. En materia de selección de alumnos, bajo el pretexto correcto de establecer normas que impidan la discriminación arbitraria, se introducen mecanismos que dificultan en extremo la conducción de un proyecto educativo determinado al eliminar la posibilidad de establecer como criterio de selección la verificación de ciertos requisitos que implican no solo la aceptación de las familias, sino su compromiso concreto con dicho proyecto.

Con todo, para los efectos de este ensayo, nos abocaremos al análisis de una norma cuya discusión estuvo opacada durante la tramitación de la ley y cuyos

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2015, rol 2787-15.

<sup>3</sup> Encuesta Plaza Pública Cadem N° 55.

efectos nos parecen particularmente graves en lo que a la garantía de la libertad de enseñanza se refiere.

Como en términos generales se explicó en el punto 2 de este ensayo, hasta la entrada en vigencia de la Ley 20.845 cualquier establecimiento educacional que hubiese obtenido el reconocimiento oficial del Estado y que cumpliera con los demás requisitos que establece la ley podía impetrar la subvención escolar. No es del caso detallar dichos requisitos, pero basta para estos efectos saber que se refieren a condiciones mínimas establecidas tanto en la Ley General de Educación<sup>4</sup> como en la Ley de Subvenciones.<sup>5</sup>

Con la entrada en vigencia de la ley que comentamos, las posibilidades de abrir un nuevo establecimiento particular subvencionado serán prácticamente nulas, afectando seriamente la libertad de enseñanza, privando a las familias más vulnerables de la posibilidad de escoger entre proyectos diversos, transformando lo que debiese ser un derecho de todos en un privilegio de quienes tienen mayores recursos.

El artículo 2°, numeral 7°, letra a) de la Ley 20.845 establece las excepcionales situaciones en que se podrá abrir nuevos establecimientos subvencionados, a ser verificadas y resueltas discrecionalmente por la autoridad administrativa, como sigue:

*“Artículo 2°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N°2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N°2, de 1996, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educativos (...):*

*7) Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 8°:*

*a) Intercálanse los siguientes incisos segundo, tercero y cuarto, nuevos:*

*“Tratándose de un establecimiento educacional que por primera vez solicite el beneficio de la subvención, el Ministerio de Educación aprobará, por resolución fundada dentro del plazo señalado en el inciso anterior, la solicitud sólo en caso de que exista una demanda insatisfecha por matrícula que no pueda ser cubierta por medio de otros establecimientos educacionales que reciban subvención o aporte estatal, o que no exista un proyecto educativo similar en el territorio en el que lo pretende desarrollar. Dichos establecimientos deberán tener el carácter de gratuitos.*

<sup>4</sup> Artículo 46 del D.F.L. N° 2 de 2010, del Ministerio de Educación que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 20.370 con las normas no derogadas del D.F.L. N° 1 de 1995.

<sup>5</sup> D.F.L. N° 2 de 1998 del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 2, de 1996, sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales.

*Se entenderá aceptada una solicitud cuando ésta fuere aprobada por el Ministerio de Educación y ratificada dicha decisión por la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del Consejo Nacional de Educación.*

*Un reglamento del Ministerio de Educación, que deberá llevar la firma del Ministro de Hacienda, determinará el ámbito territorial a que hace referencia el inciso segundo y establecerá los procedimientos y requisitos para el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo”.*

En otros términos, únicamente la verificación administrativa de una de las siguientes situaciones permitirá la apertura de un establecimiento subvencionado:

1. La existencia de demanda insatisfecha por matrícula que no pueda ser cubierta mediante otros establecimientos educacionales que reciban subvención o aporte estatal, o
2. La inexistencia de un proyecto educativo similar en el territorio en el que se pretende abrir un nuevo establecimiento.

La poca claridad de la norma y el amplio espacio de ambigüedad que presenta podrían llevar a que en vastos sectores del territorio nacional sea imposible la creación de nuevos proyectos educativos. Así, si solo se considera un criterio de demanda insatisfecha, prácticamente en ninguna comuna del país será posible la autorización de apertura de un nuevo proyecto educativo subvencionado. Si a lo anterior se agrega un indicador del proyecto educativo del establecimiento, como la confesionalidad, en el 93% de las comunas no será posible construir un nuevo colegio subvencionado laico y en cerca del 70% de ellas no se podrá abrir un colegio confesional (para primero básico). De esta manera se limitan las posibilidades de elección de los padres, quienes podrán optar exclusivamente entre lo que ya existe, pues en la práctica la nueva ley prohíbe en casi la totalidad del territorio nacional la creación de nuevos colegios.

Sobre la base de un estudio de la Fundación Acción Educar, se analizará a continuación el impacto de esta medida considerando los nuevos criterios que la ley establece.

### **c.1.- Criterio de demanda insatisfecha.**

Considerando el alcance comunal, el estudio en comento arrojó que más del 85% de las comunas muestra porcentajes de vacantes que son superiores al 10% de la matrícula en dicha división administrativa, por lo que en ninguna de ellas se podría instalar un nuevo recinto educacional ya que no existiría demanda insatisfecha bajo el nuevo escenario propuesto. Por ejemplo, en primero básico sólo un 7% de las comunas tenía un porcentaje de demanda insatisfecha.

Al realizar un análisis dentro de un territorio más acotado que el comunal y considerando sólo sectores urbanos, se aprecia que solo el 10% de los establecimientos están instalados en sectores donde habría cabida para nuevos proyectos educativos. Si sólo se considera un criterio de demanda insatisfecha como la propuesta en la ley aprobada, existiría una restricción a la apertura de nuevos establecimientos educacionales en prácticamente todo el territorio nacional. De esta manera, se verán restringidas las posibilidades de elección de los padres, quienes podrán optar exclusivamente entre los establecimientos ya existentes, con independencia de la oferta cualitativa que estos presenten.

En efecto otro impacto negativo de esta restricción es que deja a aquellos territorios que hoy no cuentan con establecimientos de calidad, sin la posibilidad de que entre un nuevo proyecto educativo a dar un mejor servicio y a presionar para que los demás mejoren. Existen 110 establecimientos urbanos que imparten educación básica que están instalados en sectores donde hay vacantes pero donde toda la oferta del sector, incluido el mismo colegio, es de calidad inferior al promedio (según el nivel socioeconómico de cada establecimiento). En ninguno de estos casos se podría instalar un nuevo colegio.

## **c.2.- La inexistencia de un proyecto educativo similar.**

La ley establece una segunda situación prevista para la autorización de la apertura de un nuevo establecimiento subvencionado. Se especifica que si existen vacantes en un sector o territorio (aplicación del criterio de demanda insatisfecha), será posible abrir un nuevo establecimiento subvencionado sólo si en ese territorio no existe un "proyecto educativo similar".

No existe hasta ahora una forma que permita clasificar un proyecto educativo y a la fecha sólo se cuenta con la información no vinculante que declaran los sostenedores para describir sus establecimientos. Por tanto, se realizó un ejercicio simple de clasificación de establecimientos educacionales a nivel nacional, regional y a nivel de establecimiento: i) laicos o confesionales, y ii) católicos o evangélicos, dentro de los confesionales.

Los resultados del ejercicio arrojan que la mayor restricción la experimentarán los colegios laicos, ya que sólo en el 7% de las comunas del país se podrá instalar uno nuevo; a nivel de territorios sólo en un 10% se permitiría el ingreso de un nuevo proyecto de este tipo. Por otro lado, en cerca del 70% de las comunas existirá una restricción para abrir nuevos establecimientos confesionales en general, y católicos en particular, ya que no se cumplirán ninguno de los dos criterios que permitan la autorización de apertura de un establecimiento educacional con aporte estatal.



Cabe destacar que la ley es ambigua en definir lo que significa el *territorio* donde se medirá si existe demanda insatisfecha, y además en la actualidad no existen estudios que permitan hacer una correcta descripción y análisis de los proyectos educativos ya existentes, ni la construcción de categorías por lo que establecer si un colegio es similar o distinto a otro es una tarea compleja, tal vez imposible. En este sentido, la ley da cabida a la comisión de arbitrariedades.

Se constata, por tanto, que la nueva ley no establece restricciones, sino lisa y llanamente una prohibición generalizada de autorizar la apertura de establecimientos educacionales financiados con subvención o aporte estatal.

#### **4.- Comentarios al fallo del Tribunal Constitucional que se pronunció sobre la constitucionalidad del nuevo requisito para obtener la subvención escolar.**

Como se ha dicho más arriba, el Tribunal Constitucional mediante voto de mayoría rechazó el requerimiento presentado por un grupo de 10 senadores donde, entre otros asuntos, se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de la norma que establece nuevos requisitos para que un establecimiento educacional pueda recibir subvención del Estado por primera vez.

El asunto está tratado en los considerandos 64° a 78° de la mencionada sentencia y específicamente entre el 75° y 78° tratándose de la libertad de enseñanza. No compartimos los fundamentos de dicha sentencia, toda vez que implica una mirada restringida de la libertad de enseñanza y del deber del Estado de resguardarla, que no se condice con la importancia que tiene por su consagración a nivel constitucional ni con la forma en que nuestro sistema educacional se ha desarrollado.

Para abordar el asunto la sentencia hace una serie de puntualizaciones previas en orden a dejar establecido que nuestro ordenamiento jurídico ya contemplaba exigencias y requisitos que regulan la entrega de la subvención escolar y que, por ende, no se otorga de manera automática. En la misma línea, pone especial énfasis en que no es primera vez que una norma legal introduce nuevos requisitos o condiciones para la entrega de la subvención escolar. Es efectivo que la subvención no es automática y que exige para su entrega el cumplimiento de una serie de requisitos; pero, lo que no dice el fallo es que el cumplimiento de dichos requisitos depende exclusivamente de la voluntad del sostenedor que impetra la subvención, de tal manera que siempre tiene la posibilidad de adecuarse a la norma y cumplir así la exigencia.

Distinto es el caso de los nuevos requisitos a los que en este artículo nos hemos referido, toda vez que dicen relación con circunstancias que no dependen en absoluto de la voluntad del sostenedor, como la disponibilidad de vacantes en

un determinado territorio del país. En este escenario, por mucho que el sostenedor quiera cumplir con el requisito, no podrá hacerlo, quedando marginado de la posibilidad de obtener la subvención.

Asimismo, si el requisito que se impone dice relación con las características del proyecto educativo que se quiere llevar a cabo, la exigencia de tener un proyecto necesariamente distinto a los existentes en un determinado territorio implica, inevitablemente, una intromisión a la autonomía que la Constitución garantiza para organizar un establecimiento educacional, puesto que la definición de ese proyecto queda en manos de la autoridad y no del sostenedor.

Entrando en el fondo del asunto, la sentencia señala en su considerando 74° que *"La subvención está prevista para asegurar la provisión de una educación de calidad, no para garantizar la libertad de enseñanza, es decir, el emprendimiento individual o colectivo."* Agrega el mismo considerando que *"La subvención no está diseñada para mantener establecimientos educacionales, sino sólo en la medida que éstos contribuyan a materializar el derecho a la educación, que es lo que justifica que obtengan la subvención."* La existencia de nuevos establecimientos conlleva potenciar la pluralidad del sistema, lo que facilita la elección de los padres y, por ende, potencia el derecho a la educación. La interpretación del Tribunal desconoce que esa diversidad de proyectos educativos es un elemento fundamental para asegurar el pleno ejercicio del derecho a la educación y, por otra, no se hace cargo del rol que al Estado corresponde de garantizar la libertad de enseñanza, no solo con meras declaraciones, sino mediante instrumentos concretos que la hagan posible.

El Estado debe financiar tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza; si no lo hace, la posibilidad de abrir y mantener establecimientos queda sólo en manos de quienes tienen los medios necesarios para ello, acotando en su esencia el rango de aplicación de la garantía constitucional.

El considerando 75° de la sentencia se refiere a por qué en opinión del voto de mayoría no se afecta la libertad de enseñanza y, específicamente, el derecho a abrir establecimientos educacionales. Para llegar a esa conclusión, aborda el tema del reconocimiento oficial del Estado como el elemento central asociado al derecho a abrir establecimientos y, por otra parte, en el derecho a la educación y a la supuesta necesidad de la medida como un mecanismo para mejorar la calidad de la educación.

En cuanto al reconocimiento oficial, la sentencia explica cómo nuestro ordenamiento jurídico separa dicho reconocimiento de la obtención de la subvención, aclarando que pueden obtener aquel no sólo establecimientos que aspiren a obtener una subvención, sino también aquellos totalmente privados que se mantienen con sus propios recursos. Agrega la sentencia que el derecho de

abrir establecimientos educacionales está asociado al reconocimiento oficial. Las distinciones que hace el Tribunal son correctas, pero no lo es el pretender que toda la población está en condiciones de acceder a un colegio particular pagado.

Hemos visto cómo la aplicación de las nuevas exigencias implica que prácticamente en todo el territorio nacional será imposible abrir un nuevo colegio subvencionado. Si se aplica el criterio del Tribunal, se llegaría a la conclusión absurda que el derecho de abrir colegios queda a resguardo, porque en las comunas más ricas del país se podrá siempre instalar un colegio particular pagado. Es evidente que la libertad de enseñanza y el derecho a abrir colegios no puede ser un privilegio exclusivo de las familias más ricas, lo que obliga al Estado a contar con instrumentos que permitan a todos su ejercicio y ayuden, precisamente, a quienes no tienen los medios suficientes.

En cuanto a que los nuevos requisitos enfocan el problema de la apertura de los colegios desde el derecho a la educación y no desde la libertad de enseñanza, lo primero que llama la atención es que se tilde de “problema” la existencia de una oferta educativa amplia y diversa. Luego, suponer que el control de la asignación de subvenciones para nuevos establecimientos es un mecanismo que permite mejorar la educación implica un desconocimiento absoluto de los avances que el país ha hecho en esa materia y que se materializan, entre otros cuerpos legales, en el Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación (Ley 20.529) cuyo propósito es precisamente poner exigencias a los establecimientos, pero sobre la base de sus resultados y no de las características de su proyecto educativo.

Al señalar la sentencia que *“el legislador puede establecer condiciones o requisitos destinados a garantizar el derecho a la educación, por la vía del control de la entrega de las subvenciones”* cae en una contradicción que implica, por una parte, separar equivocadamente el derecho a la educación de la posibilidad de escoger que se le asegura a las familias y, por otra, desconocer el rol que el Estado tiene en la promoción de la libertad de enseñanza.

## **5.- Conclusión**

La limitación que contempla la Ley 20.845 atenta contra la libertad de enseñanza que ha sido promovida en Chile desde el siglo XIX y que está consagrada en la Constitución, donde se reconoce expresamente el derecho de “abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”, no existiendo otras limitaciones que “las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”. Atenta también contra el derecho de los padres de escoger el establecimiento para sus hijos, que requiere para su ejercicio de la existencia de establecimientos diversos.

Estos derechos se pueden hacer efectivos gracias a la subvención que entrega el Estado para financiar proyectos educativos elegibles por las familias. La imposición de criterios que, en los hechos, impiden que dicha subvención se entregue a nuevos proyectos en prácticamente todo el territorio nacional, restringen el ejercicio de estos derechos fundamentales.

La justificación de esta restricción entre quienes la promovieron es que ella serviría para fortalecer la educación municipal y frenar la fuga de más alumnos de sus aulas. Sin embargo, el camino para lograr dicho fin es mejorar la educación pública para convertirla en una alternativa atractiva para los padres. Con una mala justificación se prohíbe la apertura de nuevos colegios y se impide a los estudiantes y a las familias la posibilidad de beneficiarse de nuevos proyectos educacionales que cumplan de mejor modo con sus expectativas.



## Monografía



## Acuerdo de unión civil.

PABLO RODRÍGUEZ GREZ

Decano

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**RESUMEN:** La presente monografía, sobre el llamado “acuerdo de unión civil”, tiene por objeto sistematizar y comentar las disposiciones de la Ley N° 20.830. Esta nueva normativa introduce en la legislación chilena una especie de “submatrimonio”, destinado a personas que viven en concubinato (heterosexuales) o de parejas del mismo sexo (homosexuales) que buscan la manera de regularizar su situación personal y patrimonial. Del análisis de las características principales de esta novel institución, se infiere que ella ha sido concebida como una forma de satisfacer la presión social de ciertos sectores que proclaman una absoluta igualdad entre hombres y mujeres en lo que concierne a la organización de la vida familiar. Se desarrolla en este estudio una revisión de los efectos que provoca el “acuerdo de unión civil” (personales, patrimoniales, sucesorios, de seguridad y previsión social y presunción de paternidad tratándose de convivientes de diverso sexo), y los conflictos que pueden suscitarse con ocasión de su aplicación. Al parecer, la ley que comentamos funda todas sus disposiciones en los preceptos que regulan el matrimonio, no obstante tratarse de una relación esencialmente precaria e informal, revocable por decisión unilateral y, salvo acuerdo en contrario, sin consecuencias económicas importantes. Se sostiene en este trabajo que, a pesar de todos los esfuerzos que despliega el legislador, no puede homologarse el “matrimonio” con el “acuerdo de unión civil” cuando este último compromete a dos personas del mismo sexo. Toda tentativa a este respecto tropezará con la imposibilidad de fundar una familia basada en la identidad genérica de los padres con su descendencia, lo anterior sin perjuicio de reconocer la legitimidad y respeto que merecen los grupos unidos por lazos sentimentales y afectivos. El gran desafío, en la hora actual, es encontrar una fórmula original para regular las relaciones entre personas del mismo sexo, sin remitirse a la normativa que rige el matrimonio. Especial preocupación, merece la circunstancia que estos ensayos legislativos, en definitiva, redunden en perjuicio de la unión matrimonial. Difícilmente esta nueva legislación podrá insertarse fluida y naturalmente en nuestra realidad social, entre otras razones, porque choca frontalmente con la cultura y tradición prevalecientes. De aquí su carácter confrontacional y el descontento que desata su entrada en vigencia.

\* \* \*

## I.- “¿Un submatrimonio a la chilena?”

Con fecha 21 de abril de 2015, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.830, que crea el “Acuerdo de Unión Civil.” La vigencia de sus normas se hace efectiva a partir del 21 de octubre (seis meses de vacancia legal). Se estimó, a este respecto, que era necesario dar a la ciudadanía y a la autoridad un espacio de tiempo para conocer e internalizar sus disposiciones, sin perjuicio de dictarse los reglamentos que proceden para su recta aplicación.

La característica esencial de esta nueva institución radica en el hecho de que pueden acogerse a sus normas tanto las parejas heterosexuales como homosexuales, lo cual se ha interpretado como un reconocimiento expreso de la legitimidad de dichas uniones, sin perjuicio de regularizar la situación de hombres y mujeres que viven en concubinato. Nuestra jurisprudencia ha aplicado a este último compromiso las normas del cuasicontrato de comunidad, cada vez que ha sido necesario resolver conflictos derivados del dominio de los bienes adquiridos durante la convivencia.

Más allá de la discusión que suscitan las uniones homosexuales, al menos tres cuestiones parecen relevantes: **la ley debe hacerse cargo de las uniones de hecho que tienen efecto y consecuencias jurídicas; los rasgos distintivos del matrimonio** (unión actual, convivencia, procreación y auxilio mutuo) **no pueden proyectarse a otras instituciones que no tienen ni pueden tener los mismos fines; y una legislación que confunde o unifica toda suerte de convivencias inevitablemente debilita el matrimonio**, que sigue siendo la base de la célula fundamental de la sociedad. Los tres temas citados constituyen la médula del debate público que ha suscitado esta nueva legislación.

### A.- Uniones de hecho.

Esta materia ha perdido importancia desde la promulgación de la nueva Ley Sobre Matrimonio Civil (N°19.947). Durante muchos años, no obstante la presión social desencadenada sobre los poderes colegisladores, nuestro país excluía el divorcio con disolución del vínculo. El divorcio perpetuo o temporal que se instituía en la Ley de Matrimonio Civil de 1884 solo autorizaba a la pareja a vivir separados (en el divorcio perpetuo cesaba el deber de fidelidad y se disolvía la sociedad conyugal). El divorcio contemplado en la nueva Ley de Matrimonio Civil, N°19.947 de 17 de mayo de 2004, hace desaparecer los obstáculos que impedían la extinción del vínculo, al extremo de admitirse, incluso, el divorcio por decisión unilateral de cualquiera de los contrayentes, cumpliéndose los requisitos establecidos. La aplicación de esta ley ha ido abriendo paso a un divorcio fácil y rápido, poniéndose énfasis, especialmente,



en la aplicación práctica de la llamada “compensación económica” (artículo 61 de la ley N°19.947), que puede reclamar el cónyuge más débil. A lo dicho habría que agregar la amplitud de las causales que autorizan la nulidad del matrimonio, las cuales, incluso, se refieren a *“los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio”*. La aplicación de esta causal puede extender considerablemente la extinción del vínculo por efecto de la nulidad.

Así las cosas, es forzoso reconocer que la Ley N°20.830 no viene a resolver un problema insoluble –como ocurría en el pasado–, y que el hecho de hallarse reglamentado el divorcio vincular en la actualidad impide esgrimir este antecedente como argumento justificatorio de la nueva legislación. En este momento, si una pareja heterosexual que convive decide no contraer matrimonio, ello, por regla general, no será más que una opción libre y voluntaria, porque el sistema legal le proporciona la posibilidad de regularizar su situación recurriendo a la legislación civil vigente.

Es curioso observar una cierta reticencia, especialmente entre las parejas más jóvenes, a asumir obligaciones y deberes de carácter jurídico. Se ha transformado en consigna el rechazo a la **“burocratización de la relación”**. Lo que destacamos implica una desconfianza hacia las instituciones jurídicas que, ciertamente, entorpece el buen funcionamiento de la vida social. Algunos comentaristas, con un cierto grado de optimismo, ligan esta tendencia a circunstancias y “modas” transitorias que, a poco andar, cambian su dirección en sentido opuesto. Cabe, por ende, esperar lo que nos aguarde el futuro. Pero lo que nadie puede ignorar ni dejar de considerar al plantearse estos problemas, es la profunda transformación experimentada por el papel que corresponde a la mujer en la sociedad contemporánea. Probablemente el hecho de mayor significación, luego de largos años de sometimiento, derivados principalmente de factores económicos, radica en la incorporación de la mujer al proceso productivo, de lo cual se sigue una suerte de plena independencia para abordar sus relaciones de familia. Ciertamente, más que debilitarse el nexo matrimonial, han cambiado los roles que antaño asumía cada uno de los cónyuges, generándose las condiciones para igualar todo cuanto se refiere a derechos y obligaciones. Imperceptiblemente, en todo orden de cosas, la mujer ha ido clausurando el poder que se ejercía sobre ella (la ley regulaba incluso la potestad marital), creando las bases de una relación igualitaria.

Tampoco puede ignorarse que los medios anticonceptivos, a partir de la década del sesenta del siglo pasado, han sido un elemento disuasivo respecto del matrimonio. Las relaciones sexuales de la pareja, en el día de hoy, no son la antesala de un compromiso matrimonial, como ocurría en el pasado, generalmente, a causa de embarazos no deseados. Esto explica la caída en la tasa de matrimonios, y el hecho de que los contrayentes sean cada día de mayor edad.

Los cambios experimentados por la comunidad, los avances científicos y el mejoramiento en la calidad de vida –aspiración compartida por una inmensa mayoría de la población– no son un aliciente para el matrimonio, sino por el contrario. Aun cuando ya no se visualiza el matrimonio como una forma de sometimiento de la mujer a su marido (recuérdese que en el artículo 131 inciso 2° del Código Civil rezaba como sigue: *“El marido debe protección a la mujer, y a mujer obediencia al marido”*), la independencia que ella ha conquistado, impulsa una reversión de estas relaciones en términos de provocar un cambio paradigmático. Hoy el artículo 131 señala que *“El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”*.

### **B.- Rasgos distintivos del matrimonio.**

El matrimonio, como institución fundamental de la sociedad, se caracteriza por sus efectos y, entre ellos, fundamentalmente por ser la base de la constitución de la familia monogámica a través de la procreación. Esta realidad choca frontalmente con la aspiración de instaurar el “matrimonio homosexual.” Cualquiera que sea el juicio que nos merezca este tipo de relaciones, lo concreto e inamovible es que una pareja del mismo sexo no puede procrear y, por consiguiente, fundar una familia tradicional, con padre (masculino) y madre (femenino). Es cierto que existe la posibilidad de procrear mediante procedimientos y técnicas de gestación artificial asistida. Pero ello no ha sido asumido como una relación natural y corriente, puesto que el hijo no será jamás la síntesis genética de sus padres. En este último rasgo se expresa la grandeza de la naturaleza en lo que toca a la procreación y sus misterios.

Se opone a este argumento el hecho de que existen variados “modelos” de familia y, entre ellos, la familia fundada en una unión homosexual. Lo anterior, por cierto, depende de la concepción que se tenga de familia y la conveniencia de introducir en el mundo social esta nueva tipología, mucho más allá de lo que empíricamente resulta natural. En tal supuesto, el interés de los convivientes pasa a un segundo plano, porque prevalece el “interés superior del niño”, integrado a la familia tradicional propia de nuestra cultura occidental.

No creemos que Chile esté preparado para un experimento de esta naturaleza. Nuestra sociedad, enraizada en valores tradicionales (incluso impuestos por credos religiosos), rechazaría transmitir al matrimonio homosexual la solemnidad y trascendencia de una de las instituciones más importante en la vida de una persona. Aceptar un compromiso de este orden implicaría un detrimento de la base esencial de la sociedad, erosionando a millones de familias que sustentan su existencia en la solidez de los valores en que fueron formadas.

El desafío, que no es menor, consiste, entonces, en encontrar la fórmula jurídica original para regular las relaciones entre personas del mismo sexo, pero sin

asimilarlas al matrimonio heterosexual. Ello no implica una minusvalía ni una condena a este tipo de uniones.

### C.- Debilitamiento del matrimonio.

Como quiera que se enfoque esta materia, la posibilidad de introducir un matrimonio entre personas del mismo sexo provocará un debilitamiento de la institución. Lo que señalamos es consecuencia de transferir artificialmente los efectos naturales que recoge la regulación jurídica de la mencionada institución a otra, creada a "imagen y semejanza" de la primera.

Probablemente muchos no adviertan que el acatamiento y perfeccionamiento del derecho (derivados de la aplicación, análisis, sistematización y coordinación del sistema legal), está en directa relación con el prestigio y respetabilidad de la correspondiente normativa. No merece discusión el hecho de que el divorcio vincular (absolutamente necesario en nuestro tiempo) ha sido un factor negativo para su estabilidad y proyección. Por lo mismo, debemos esmerarnos por acentuar sus virtudes y subsanar sus deficiencias. Extenderlo a una relación solo recientemente despenalizada importa un peligro para la sana constitución de la familia heterosexual.<sup>1</sup>

La insistencia por imponernos un "matrimonio homosexual" apunta en dos direcciones: por una parte a dotar al primero (matrimonio homosexual) del prestigio que rodea al matrimonio heterosexual (una de las instituciones más antiguas de nuestra cultura) y, por otra parte, debilitar este último en razón de postulados ideológicos que todos conocemos.

De cuanto llevamos dicho se infiere que la Ley N°20.830 consagra un "**submatrimonio**", que, como se demostrará en este trabajo, recoge las características del matrimonio heterosexual y, de paso, resuelve los problemas que genera el concubinato respecto de aquellas personas que no aceptan regularizar su situación ejerciendo los derechos que les confiere la nueva Ley de Matrimonio Civil. La receta empleada por el legislador es expresión de una posición intermedia o ecléctica (posición siempre celebrada entre nosotros), que si bien clausura el matrimonio homosexual, abre otra opción, "parecida" al matrimonio, pero diferente. Lo obrado no impedirá que se mantenga la presión sobre los legisladores, basada en la conquista de un reconocimiento más amplio como expresión de "progresismo". Lo que señalamos obedece a una tendencia

<sup>1</sup> Nuestro Código Penal establecía en el artículo 365 que "El que se hiciera reo del delito de sodomía, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio". Esta disposición fue reemplazada por el artículo 1° de la Ley N°19.617 de 12 de julio de 1999, quedando redactada en la siguiente forma: "El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en su grado mínimo a medio". En consecuencia, recién en 1999 la homosexualidad ha sido despenalizada, salvo las excepciones que se contienen en la misma norma.

internacional generada por eficientes organizaciones estrechamente vinculadas a través del mundo.

La ley que comentamos, por lo tanto, no es más que un ingenioso engendro para reconocer los efectos jurídicos que se siguen de la unión de toda suerte de parejas del mismo o diferente sexo. Por lo mismo, es posible predecir que será empleado preferentemente por las parejas homosexuales. Curiosamente, no es esta la tendencia observada en otras naciones.

## II.- Definición y alcance.

La ley define esta institución como ***“un contrato solemne mediante el cual dos personas –denominadas convivientes– que comparten un hogar común, regulan los efectos jurídicos que genera su vida afectiva de carácter estable y permanente”***.

La validez de este contrato no queda subordinada ni a la existencia de un “hogar común”, ni a “vida afectiva” de los convivientes, ni a la estabilidad y permanencia de la relación. Ninguna de estas exigencias compromete la validez del vínculo jurídico una vez contraído. Se trata, entonces, de una declaración programática sin mayores consecuencias. Por consiguiente, si los contratantes viven separados (falta el hogar común), no se profesan afecto (falta la vida afectiva), o su contacto es superfluo y transitorio, no por ello el referido contrato deja de producir todos los efectos asignados en la ley. Una posición divergente no tiene asidero en las disposiciones de la ley e implicaría dar a los jueces una amplísima facultad para indagar, incluso, los sentimientos o intenciones de los presuntos convivientes. Cabe observar que los deberes que impone este acuerdo están señalados en la ley, al igual que las causales de nulidad. Por lo tanto, la definición que comentamos no pasa de ser una declaración intrascendente. No se divide de qué manera los caracteres asignados a este acuerdo se traducen en deberes formales o causales de nulidad, como sucede, por ejemplo, con el artículo 102 del Código Civil. Esta última disposición, si se observa atentamente, remite cada uno de sus caracteres a obligaciones y deberes específicos, debidamente definidos en la ley (vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente).

## III.- Características principales.

El contrato o “acuerdo de unión civil” presenta las siguientes características principales:

- a.- Es **solemne**, vale decir, debe celebrarse en el Servicio de Registro Civil e Identificación y ante cualquier oficial. No es requisito de validez la

circunstancia que el oficial civil no corresponda al domicilio común o de cualquiera de los convivientes, sin perjuicio que la celebración deba efectuarse en las oficinas del funcionario público o en el lugar que señalen los contrayentes siempre que este quede en el territorio jurisdiccional del funcionario (artículo 5°). Si el mencionado funcionario público actúa en un territorio que no corresponde al ámbito de su jurisdicción, el contrato es absolutamente nulo. Nótese que no nos hallamos ante la causal de nulidad de matrimonio invocada en el pasado sobre incompetencia del oficial civil en razón del domicilio de los contrayentes. La nulidad que anticipamos deriva del hecho que el oficial civil solo puede ejercer válidamente sus funciones en el radio territorial que según la Administración le corresponde, en caso alguno fuera del mismo. En el evento de que el nombramiento del funcionario público que interviene adolezca de nulidad administrativa, es posible alegar “error común”, siempre y cuando los contrayentes ignoren esta circunstancia. Otra conclusión sería absurda, puesto que quienes requieren su participación no están obligados a revisar sus credenciales.

- b.- Es un contrato **puro y simple** que no admite modalidad (condición, plazo, modo ni gravamen alguno). En otras palabras, sus efectos no pueden quedar sujetos al cumplimiento de una condición, ni el acuerdo extenderse por un término predeterminado, ni imponerse una prestación para su continuidad en el tiempo. Si lo anterior ocurriera, el acuerdo de unión civil sería nulo.
- c.- Es un contrato de **libre discusión** respecto de todo aquello que no se encuentra imperativamente impuesto en la ley. Así, por ejemplo, ocurre con el régimen de bienes al que nos referiremos más adelante. A este respecto conviene preguntarse –desde ya– si pueden los contrayentes, al convenir un régimen de comunidad, alterar la regla que declara que los bienes que se adquieren a título oneroso durante la vigencia del acuerdo de unión civil “*se considerarán indivisos por mitades*”. Sin perjuicio de un análisis más detallado, adelantemos que pueden las partes convenir otra distribución de la participación en la comunidad, puesto que el artículo 2305 del Código Civil se remite al derecho de los socios en el haber social. Volveremos sobre este tema.
- d.- **Tampoco se admite la “promesa” de celebrar un acuerdo de unión civil.** En esta parte, se diferencia del matrimonio, toda vez que el artículo 98 del Código Civil regula el contrato de esponsales o desposorio (promesa mutuamente aceptada de contraer matrimonio), fijándose sus efectos para el caso de un eventual incumplimiento. Estimamos que esta característica es consecuencia de la poca estabilidad del vínculo, que puede extinguirse, incluso, por la voluntad de uno de los contrayentes.

- e.- **Es un contrato de familia** que consagra un parentesco entre parejas hasta hoy no sujetas a regulación jurídica específica, sino de manera indirecta o referencial. Este aspecto explica el hecho de que se genere un nuevo estado civil (conviviente civil), un parentesco por afinidad, y la calidad de legitimario para los efectos de la sucesión por causa de muerte. Sin duda se discutirá, tratándose de la unión de personas del mismo sexo, si se constituye una familia propiamente tal, pero ello no es óbice para reconocer que el contrato de acuerdo de unión civil debe considerarse, para todos los efectos, como un contrato de familia, puesto que regula una convivencia fundada presuntivamente en la vida afectiva en común, de carácter estable y permanente, según reza su definición.
- f.- El acuerdo de unión civil es **incompatible con el matrimonio y con otro acuerdo de unión civil vigente**. Recordemos que en el matrimonio un impedimento dirimente consiste en la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto. En el presente caso ello se extiende, como es natural, a un acuerdo de unión civil vigente (artículo 5° inciso 2° de la Ley 20.830). A propósito de este punto cabe recordar qué ocurre cuando se contrae matrimonio estando unido por vínculo anterior. El artículo 382 del Código Penal prescribe que *“El que contrajere matrimonio estando casado válidamente, será castigado con reclusión menor en su grado máximo”*. El artículo 39 de la Ley N°20.830 no modificó la disposición citada, razón por la cual contraer matrimonio o celebrar un acuerdo de unión civil estando ligado por alguno de los vínculos indicados no es constitutivo de delito y solo tiene consecuencias civiles. Habida consideración de los efectos que genera el acuerdo de unión civil, debió también sancionarse penalmente la infracción del artículo citado (5° inciso 2°), por cuanto el daño que se causa al orden social es, por lo menos, equivalente. No parece recomendable dar a este contrato un tratamiento más benigno.
- g.- Genera un **parentesco por afinidad civil y un nuevo estado civil** (conviviente civil). La ley se adelantó, además, a reconocer que los contrayentes son parientes entre sí (cuestión que se ha discutido tratándose de los cónyuges), para todos los efectos legales. Anticipándose a la poca estabilidad del vínculo, se prescribió que *“El término de este acuerdo restituirá a los contrayentes el estado civil que tenían antes de celebrar este contrato”* (artículo 1° inciso 2°), salvo cuando siendo personas de distinto sexo contraen matrimonio. Sin embargo, a pesar de ser parientes, no les concedió la ley a los convivientes civiles derecho de alimentos.
- h.- Solo pueden celebrar válidamente este contrato las **personas mayores de edad que tengan capacidad para administrar libremente**

**sus bienes.** En esta materia la Ley de Matrimonio Civil es más liberal, puesto que pueden contraer matrimonio las personas mayores de 16 años. En otros términos, quedaron excluidos los incapaces relativos, aun en el supuesto de que actuaren autorizados por su representante legal, salvo los disipadores declarados en interdicción que pueden celebrar este contrato libremente. Al parecer, la razón de esta inhabilidad radica en el hecho de que, al celebrar este contrato, pueden los contrayentes optar por un régimen de comunidad, comprometiendo parte de los bienes que se adquieran a título oneroso durante la vigencia del acuerdo. Como el menor de 18 años no tiene la libre administración de sus bienes, se extendió el resguardo fijando una doble exigencia.

- i.- Es esencialmente **revocable** (el contrato termina por “voluntad unilateral” de uno de los convivientes civiles de la manera señalada en la ley). Cabe señalar que la ley no impone otros requisitos que no sean manifestar la voluntad en escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil, subinscribir esta declaración al margen de la inscripción prescrita en el artículo 6°, y notificar al otro contrayente previo decreto del tribunal de familia, por receptor judicial, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la subinscripción. Estimamos que si en el plazo indicado (20 días hábiles) no se practica la subinscripción, la declaración caduca, puesto que se trata de una “carga” que condiciona el alcance de la revocación. La ley no señala el plazo aludido, pero este se deduce de la notificación ordenada que debe practicarse en el término mencionado (veinte días hábiles). No ocurre lo mismo si falta notificación, cuya ausencia no acarrea la caducidad sino otros efectos especificados en la misma ley.
- j.- En lo no regulado expresamente se aplican a la adquisición y dominio de los bienes adquiridos por los convivientes civiles a título oneroso durante la vigencia del acuerdo de unión civil, las **reglas del cuasi-contrato de comunidad**, a que se refiere el Párrafo 3° del Título xxxiv del Libro iv del Código Civil, siempre que al celebrar el contrato hayan optado expresamente por el régimen de comunidad. La regla general o régimen de derecho es la separación de bienes, existiendo comunidad solo cuando así lo hayan pactado. Como puede comprobarse, se invierte la regla del matrimonio, ya que en el silencio de las partes se entiende pactada sociedad conyugal (artículos 135 y 1718 del Código Civil). Como se explicará más adelante, estas reglas no impiden que, separados de bienes, puedan los convivientes alegar la existencia de una comunidad de bienes, siempre que se pruebe que la adquisición de los mismos ha operado con recursos de uno o ambos convivientes civiles. En tal caso la comunidad no tendrá origen en el contrato de unión civil, sino en el aporte efectivo para la adquisición de los bienes. Sería

aberrante, a nuestro juicio, limitar el derecho de uno de los convivientes, cuando ha realizado aportes efectivos para la adquisición de bien, por el solo hecho de estar ligado por el contrato de unión civil. Ante esta situación deberá, aquel que alega la existencia de la comunidad, probar la contribución, lo cual no sucede tratándose de la unión civil con comunidad de bienes.

- k.- **Se aplica a los convivientes el Párrafo 2° del Título VI del Libro I del Código Civil** (“De los bienes familiares”), cualquiera que sea el régimen de bienes a que se hallen sujetos. A este respecto no hay diferencia entre el matrimonio y el acuerdo de unión civil, salvo en lo que concierne a la constitución de los derechos de uso, usufructo y habitación a que se refiere el artículo 147 del Código Civil, ya que ellos se opondrían a lo previsto en el artículo 28 de la Ley N° 20.830, al dejar subsistentes derechos que deben entenderse extinguidos al terminar el acuerdo de unión civil.
- l.- Los convivientes tienen derecho a reclamar una **“compensación económica”** en los mismos términos de que tratan los artículos 62 a 66 de la Ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil, normas a las cuales la Ley N° 20.830 se remite expresamente. A nuestro juicio, como se analizará más adelante, estas normas no son aplicables en el evento de que los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo de unión civil se distribuyan por mitades entre los convivientes civiles. Sostener lo contrario sería muy injusto, puesto que ello implicaría que uno de los convivientes obtendría beneficios superiores al otro, en circunstancias de que es la ley o la voluntad de los interesados la que determina el porcentaje que corresponde a cada uno. Diverso sería el caso en el supuesto de que, aceptando que pueden las partes alterar su participación en la comunidad (cuestión discutible), aquel que quedare desmejorado, no obstante existir la comunidad, pueda hacer efectivo el derecho de compensación económica que regula la Ley de Matrimonio Civil.
- m.- Se reconocen en Chile los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, **celebrados en el extranjero**, siempre que en ellos se respeten las normas previstas especialmente para estos efectos. Varios otros países han optado por la receta aplicada en Chile o contemplan contratos semejantes al instituido en la Ley N°20.830. De aquí la necesidad de reconocerlos en Chile, siempre que ello no implique admitir un matrimonio al margen la regulación dispuesta en la Ley de Matrimonio Civil; que el acuerdo, en su caso, esté sujeto al registro; y que se haya celebrado válidamente en el extranjero. No cabe duda que lo indicado es fruto de la globalización que nos afecta



y que tiende a uniformar el derecho, como ha sucedido con la Unión Europea y sucederá, a corto plazo, en el resto del mundo.

- n.- El conviviente es **heredero intestado y legitimario del otro y goza de los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente, pudiendo ser titular, además, de la cuarta de mejoras.** Se trata, a nuestro juicio, de una normativa excesiva. Igualar en materia sucesoria la unión civil y el matrimonio rompe todos los equilibrios, por cuanto se trata, como se ha dicho, de un vínculo esencialmente frágil, precario, susceptible de romperse con relativa facilidad. Basta que uno de los convivientes repudie a su pareja (revocar el acuerdo de unión civil), para privarlo de todo derecho en su sucesión. Sobre estas bases no puede considerarse seriamente lo que ordena la ley.
- ñ.- Finalmente, el conviviente es titular de **derechos previsionales** (pensión de sobrevivencia y otros), conforme a la legislación vigente. Ha sido a propósito de estas normas que ha surgido, en ciertos sectores, una airada protesta al no haber conseguido una igualación absoluta en la materia, reclamando una ampliación de estos beneficios a favor de la pareja.

Analizaremos, a continuación, cada una de las 15 características atribuidas a este contrato sobre acuerdo de unión civil.

#### A.- Contrato solemne.

El artículo 5° de la Ley N°20.830 dispone que este contrato se celebrará *“en el Servicio del Registro Civil e Identificación, ante cualquier oficial”*. La redacción del precepto es, por decir lo menos, equívoca, puesto que, conforme el mismo precepto, el acuerdo puede celebrarse no solo en las oficinas de dicha repartición, sino *“en el lugar que señalen los contrayentes”*, bajo condición de que este último *“se hallare ubicado dentro de su territorio jurisdiccional”*. Agrega la ley que el funcionario público que interviene deberá levantar acta de todo lo obrado, documento que será firmado por él y por los contrayentes. Agrega el artículo 6° que el acta levantada por el oficial civil deberá inscribirse en un registro especial que llevará el servicio público, fijándose en el mismo artículo las menciones que deberá contener dicha inscripción.

En consecuencia, las solemnidades que impone la ley son: i) presencia de un oficial civil competente (entendiendo como tal a aquel que corresponde a la jurisdicción en que se desempeña el funcionario); ii) acta levantada por el oficial en que se dejará constancia de todo lo obrado y que llevará la firma del funcionario y los contratantes (la ley emplea el término *“contrayente”* con el inocultable propósito de asimilar este acuerdo al matrimonio); iii) inscripción

del acta levantada en el “Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil”, con las menciones señaladas en la norma conforme el inciso 2° del artículo 6° ya citado. En el supuesto que falten las dos primeras exigencias (no esté presente el oficial civil o no se levante el acta que deja constancia de la celebración), el contrato sobre acuerdo de unión civil será **inexistente**. Si no se diere cumplimiento al último de estos requisitos (no se inscriba el acta respectiva en el registro especial), el contrato será inoponible a terceros.

La inexistencia del acuerdo de unión civil deriva de la ausencia del funcionario público que exige la ley para dar testimonio de la expresión de voluntad de los contratantes, y/o del instrumento en que se deja constancia de lo obrado. En otras palabras, la ley exige que la voluntad se exprese ante un ministro de fe que representa la autoridad del Estado, si ella falta o no puede acreditarse, por el único medio instituido en la ley al efecto, el contrato no tiene carácter de tal, es una tentativa convencional fallida y, por lo mismo, el acto no existe. La voluntad expresada por otros medios es inidónea para formar el consentimiento.

Distinta es la conclusión en el evento que el acta no se inscriba en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil. Desde luego, la ley no fijó plazo para realizar esta inscripción ni ello constituye una “carga” impuesta a los contratantes. Por lo tanto, se trata de una infracción administrativa que puede corregirse requiriendo la inscripción, ya sea administrativa o judicialmente. Con todo, antes de practicarse la inscripción, el acuerdo de unión civil es inoponible a los terceros, a quienes no empece la celebración del mismo, incluyendo entre los terceros los organismos (previsionales) que deban prestaciones a cualquiera de las partes. Lo propio sucederá con los derechos hereditarios que puedan disputar otros herederos con ocasión del fallecimiento de uno de los contratantes. En suma, estamos en presencia de una formalidad por vía de publicidad, lo cual no acarrea la nulidad, sino solo la imposibilidad de hacer valer el acuerdo respecto de terceros. A contrario sensu, el acto surtirá plenos efectos entre las partes desde el momento mismo de su celebración.

A nuestro juicio, las solemnidades instituidas en la ley son innecesarias y no tienen otra explicación que vincular el “acuerdo de unión civil” al “matrimonio”, lo cual queda de manifiesto al hacer intervenir a un servicio público, lo cual implica la participación del Estado en la constitución de la familia. Lo que se persigue, entonces, es hacer del “acuerdo de unión civil” un **submatrimonio** destinado, preferentemente, a dar legitimidad, con un barniz jurídico, a la convivencia entre personas del mismo sexo. Habría bastado con la exigencia de celebrar el contrato mediante escritura pública para dar a la expresión de voluntad de las partes la seriedad y trascendencia que se pretendía. La presencia de un oficial civil que autoriza el convenio no tiene otra finalidad que dar al acuerdo el alcance de una institución de orden público. Se trata, por lo mismo, de un estatuto más fingido que real.

Reiteremos que, en el evento que el acuerdo sea celebrado por un medio diverso del dispuesto en la ley, puede hacerse valer como antecedente –por ejemplo– de la existencia de una comunidad sobre determinados bienes o de una cierta filiación o estado civil (diferente, por cierto, del que corresponde a los convivientes civiles).

### B.- Contrato puro y simple.

Ratifica cuanto llevamos dicho lo ordenado en el artículo 3° de la ley, conforme al cual el acuerdo no admite modalidad ni gravamen alguno. Cabe preguntarse, entonces, qué ocurre si los celebrantes convienen, por ejemplo, establecer un plazo para que surta efecto o una condición para que se entienda perfeccionado o una multa para el caso que el acuerdo no se cumpla dentro de un período de tiempo determinado. Estimamos que sobre esta materia es necesario distinguir. Si el plazo convenido o la condición estipulada se ha cumplido al momento de perfeccionarse el contrato (levantarse el acta de que trata el artículo 5°), el acuerdo es perfectamente válido porque, siguiendo la terminología utilizada en la ley, éste no estará “**sujeto**” (hacia el futuro) a ninguna modalidad ni existen elementos que interfieran su normal cumplimiento. Distinto es el caso de sujetar el acuerdo a un gravamen, en cuyo caso el acuerdo será absolutamente nulo, salvo que no tenga efecto dicho gravamen en los términos convenidos (como si se estipulara que un conviviente pagará al otro cada 200 años una determinada prestación económica). En los demás casos, como es obvio, el contrato será absolutamente nulo por el hecho de estar el contrato sujeto a una modalidad o gravamen.

La interpretación que precede se funda en el hecho de que este contrato no afecta el **orden público**. Si la conclusión fuera distinta, procedería la nulidad por el solo hecho que el acuerdo contemple una modalidad o gravamen, sin atender a la efectividad de los mismos. El verdadero sentido de la ley, aplicando el elemento “lógico” de interpretación contemplado en el inciso 2° del artículo 19 del Código Civil, nos lleva a la conclusión que la verdadera intención y espíritu de la ley es anular el contrato cuando existe un perjuicio jurídico que reparar (principio de trascendencia), no un escollo meramente formal, sin alcance práctico. Por otra parte, rige también en esta materia el principio de preservación de las convenciones, fundado en el hecho de que la voluntad se expresa para que produzca efectos, debiendo preferirse la interpretación que conduzca a esta finalidad.

### C.- Contrato de libre discusión.

Salvo disposición expresa de la ley que prohíba una cierta estipulación o imponga otra, se trata en la especie de un contrato de **libre discusión**. No nos hallamos ante un contrato dirigido ni de cláusulas predispuestas, razón por la

cual los convivientes pueden estipular todo aquello que estimen pertinente, pero sin contravenir las disposiciones contempladas en la ley. Así, por vía de ejemplo, no podrá estipularse que los convivientes no tengan el carácter de herederos abintestato y legitimarios en la sucesión del contratante premuerto, o que no tendrán legitimación activa para reclamar las indemnizaciones a que se refiere el artículo 20 de la Ley N°20.830, o que no podrán sustituir el régimen de comunidad por el de separación de bienes, o que no podrá terminar este contrato sino por acuerdo de voluntad de ambos contrayentes.

Cabe preguntarse si es posible incorporar en este acuerdo materias que exceden lo relativo a la relación personal de los convivientes y si el funcionario ante quien se celebra está obligado a dar testimonio de lo acordado en el acta que debe levantar. A nuestro juicio, no hay inconveniente alguno en extender el contrato a otras materias susceptibles de regularse, pero el oficial civil solo dará cuenta de *“todo lo obrado”* en lo relativo al *“Acuerdo de Unión Civil”*, sin sobrepasar las facultades que la ley le otorga. Incluso más, el contrato así celebrado puede adolecer de nulidad parcial, dejando en pleno vigor lo relacionado con la unión de los convivientes. En la práctica, no cabe duda que estas estipulaciones no serán frecuentes, aun cuando sí útiles. Por ejemplo, si cada uno de los convivientes conserva la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos antes de celebrado el contrato o durante su vigencia, nada impide que se convenga, cuando no se han sometido expresamente al régimen de comunidad, que uno de ellos entregará al otro una cierta cantidad de dinero a cambio de una prestación laboral o comercial equivalente. Dicha estipulación no quebranta, a nuestro parecer, lo que preceptúa el artículo 15 de la Ley 20.830.

La amplitud que proponemos, respecto del contenido del contrato de unión civil, tiene su base en los términos del artículo 1° de la ley que, al definir este contrato, alude al **“propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común”**. Por otro lado, el artículo 2° del texto legal citado dispone que el acuerdo *“generará para los convivientes civiles los derechos y obligaciones que establece la presente ley”*. Por ende, no se consagra una limitación expresa que impida a los contratantes extender sus estipulaciones a materias relacionadas con la convivencia común o cuestiones ajenas a ella.

No debe perderse de vista, tampoco, que tratándose del matrimonio pueden los esposos pactar, en capitulaciones matrimoniales, sobre cualquier materia que no sea contraria a las buenas costumbres, ni a las leyes, ni que afecte los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes, según reza el artículo 1717 del Código Civil. Si bien es cierto que esta norma está referida al matrimonio, no lo es menos que por analogía puede invocarse para efectos de integrar una laguna legal en la regulación del acuerdo que examinamos.

#### **D.- La ley no admite la promesa de celebrar un “acuerdo de unión civil”.**

Como se indicó en lo que precede, esta cuestión está ligada estrechamente al contrato de esponsales o desposorio, definido en el artículo 98 del Código Civil. En esta materia el legislador ha tenido especial cuidado de no afectar la libre determinación de cada individuo de ligarse jurídicamente a otra persona por motivos afectivos. Lo que indicamos está recogido en el artículo 2° de la Ley de Matrimonio Civil, según el cual *“La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello”*. La misma disposición entrega al juez amplias facultades para resguardar el ejercicio de este derecho, cuando sea negado o restringido arbitrariamente. Las razones para invocar estas disposiciones es la misma de aquella consignada en el párrafo anterior, vale decir, la posibilidad de recurrir a la analogía para efectos de integrar una laguna legal o interpretar una norma.

En lo concerniente al “acuerdo de unión civil” se ha seguido una política semejante, aun cuando más estricta. No cabe convenir la promesa de celebrar un contrato de unión civil. Lo indicado evita un sinnúmero de problemas, especialmente en lo que se relaciona al incumplimiento del contrato de promesa.

Desde esta perspectiva, nos parece evidente que el acuerdo de unión civil genera una regulación que se hace cargo de una realidad fáctica que, por lo general, se ha gestado al margen del derecho (así se trate de uniones entre personas del mismo o de diferente sexo). El derecho, en cierta medida, sale al encuentro de una problemática social que nadie puede ignorar, y que se resuelve sin necesidad de reglamentar pronósticos o proyecciones más o menos posibles. Sin duda alguna, otra posición aumentaría innecesariamente la conflictividad, sin ganar espacio ninguno para la paz social. Asimismo, no puede desconocerse que el acuerdo de unión civil es esencialmente frágil e inestable, toda vez que puede terminar por la sola voluntad de una de las partes (revocación). Unir a esta característica un acuerdo precontractual resultaría contraproducente y poco efectivo.

Son estas las principales razones para eliminar el contrato de promesa concebido para otro tipo de relaciones jurídicas.

#### **E.- Es un contrato de familia, pero no de “orden público”.**

Indudablemente el acuerdo de unión civil es un contrato de familia, puesto que reconoce un compromiso que contraen personas que conviven y que presuntivamente comparten una vida afectiva en forma estable y permanente. Sin embargo, atendida la precariedad del nexo jurídico, la imposibilidad de integrar al núcleo a descendientes nacidos de dicha relación (tratándose de

parejas del mismo sexo), no tiene, a nuestro juicio, la envergadura de un instituto de "orden público". No puede sostenerse, creemos nosotros, que en este acuerdo prevalezca el interés superior de la sociedad, ni que pueda estimarse como núcleo fundamental de la misma.

La Ley 20.830 regula una situación de hecho, lícita, frecuente, pero no fundamental para el desarrollo de la comunidad civil. Si bien es cierto que existe, mientras el acuerdo se encuentre vigente, un **parentesco por afinidad** entre los contrayentes y los consanguíneos de su pareja, y que los convivientes **son considerados parientes** para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil, nada de ello implica dar a este contrato un alcance que supere el interés privado prevaleciente. Tampoco altera esta conclusión el hecho de que sean los tribunales de familia los llamados a resolver las cuestiones que se promuevan entre los convivientes civiles (artículo 22 de la Ley), puesto que ello es consecuencia de la naturaleza de la relación.

En síntesis, nos hallamos ante un contrato de familia, al cual no puede dársele el carácter de contrato de orden público, como ocurre, por ejemplo, con el contrato de matrimonio.

#### **F.- Incompatibilidad entre el acuerdo de unión civil y el contrato de matrimonio u otro acuerdo de unión civil vigente.**

La incompatibilidad a que se alude en este párrafo se desprende de lo previsto en el artículo 5° inciso 2° de la Ley 20.830, que reza como sigue: *"En este acto (se refiere a la celebración del contrato), los contrayentes deberán declarar, bajo juramento o promesa, por escrito, oralmente o por lenguaje de señas acerca del hecho de no encontrarse ligados por vínculo matrimonial no disuelto o un acuerdo de unión civil vigente"*.

La disposición trascrita plantea varias cuestiones de importancia.

Desde luego, el requisito de validez del acuerdo se deduce de la declaración exigida en la ley. Cabe preguntarse entonces qué ocurre si no se formula la indicada declaración, pero no concurre, en ninguno de los contrayentes, el impedimento señalado. Asimismo, qué ocurre en el evento de que con posterioridad a una declaración falsa, se anule el matrimonio o el acuerdo de unión civil anterior termine o sea declarado nulo.

Creemos nosotros que la falta de la declaración impuesta en el artículo 5° inciso 2° de la Ley 20.830 no es causal de nulidad del acuerdo, si no concurre la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto o un acuerdo de unión civil vigente. La causal de nulidad no deriva de la ausencia de un requisito formal, sino de un impedimento sustancial. Avala lo que decimos lo previsto en el

artículo 26 letra f), que especifica que la nulidad procede cuando el acuerdo no reúne los requisitos consignados en los artículos 7°, 8° y 9° de la misma Ley 20.830. La última de dichas disposiciones se refiere, precisamente, a la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto y al acuerdo de unión civil vigente.

El otro problema planteado se relaciona con los efectos de la nulidad. La sentencia que anula un matrimonio opera con efecto retroactivo, en los términos consagrados en el artículo 50 de la Ley 19.947 sobre matrimonio civil. En consecuencia, se retrotraen las partes al estado en que se hallaban al momento de contraer el vínculo matrimonial. Por consiguiente, deberá entenderse que el acuerdo de unión civil es válido en virtud del efecto retroactivo de la nulidad. No interfiere esta conclusión el hecho de que pueda tratarse de un matrimonio putativo (artículo 51 de la Ley 19.947), porque ello afecta el interés exclusivo de los contrayentes y no de terceras personas ligadas a cualquiera de aquellos que fueron partes en el juicio sobre nulidad. La misma solución cabe dar a la existencia de un acuerdo de unión civil vigente al momento de celebrarse otro acuerdo de la misma naturaleza. Para ello invocamos lo previsto en el artículo 1687 del Código Civil y el efecto retroactivo de la nulidad, como principio general aplicable.

Como se explicó en lo precedente, contraer matrimonio estando ligado por vínculo matrimonial no disuelto importa la comisión de un delito (bigamia), sancionado en el artículo 382 del Código Penal. Este delito no se extiende al acuerdo de unión civil, razón por la cual quien celebra este contrato estando ligado por matrimonio anterior u otro acuerdo de la misma especie no incurre en un hecho punible. Conviene precisar que la Ley N°20.830 (artículo 44) modificó el artículo 5° de la Ley de Matrimonio Civil, prescribiendo que el "acuerdo de unión civil" constituye un impedimento que acarrea la nulidad del matrimonio, salvo que éste se celebre entre convivientes civiles. O sea, puede casarse válidamente quien está ligado por un "acuerdo de unión civil", siempre que se trate de personas de diverso sexo que optan por sustituir el acuerdo de unión civil por el matrimonio.

No parece lógico dar un tratamiento penal diverso a la situación descrita, ni dejar sin sanción a quien celebra sucesivamente dos o más acuerdos de unión civil en desmedro del orden social. Lo que destacamos induce a pensar que efectivamente el legislador consideró que el acuerdo de unión civil implicaba una relación jurídica de muy incierta continuidad.

### **G.- El acuerdo de unión civil es fuente de un nuevo estado civil y de parentesco por afinidad.**

El "estado civil" se encuentra parcamente definido en el artículo 304 del Código Civil como *"la calidad de un individuo, en cuanto lo habilita para ejercer ciertos*

*derechos y contraer ciertas obligaciones civiles*". La Ley 20.830 creó un nuevo estado civil que denominó "**conviviente civil**". Creemos que ello constituye un error, atendida la precariedad jurídica del vínculo. Al parecer, consciente de esta limitación, el legislador dispuso que "*el término de este acuerdo restituirá a los contrayentes el estado civil que tenían antes de celebrar este contrato*", salvo que los convivientes civiles contraigan matrimonio entre sí, cuando procediere (artículo 1° inciso 2°). En verdad no se advierte la importancia y sentido de esta creación, ni la trascendencia que puede tener para los convivientes civiles. Todo hace presumir que se quiso fortalecer la "unión civil", reconociendo a los contratantes la titularidad de un **atributo de la personalidad**.

Algo semejante puede decirse de lo que previene el artículo 4° en lo relativo al **parentesco por afinidad**, siguiéndose las mismas reglas contenidas en el artículo 31 del Código Civil, salvo lo que dice relación con el impedimento consagrado en el artículo 9° de la Ley N°20.830 (es nulo el contrato de unión civil entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad). Al parecer, la intención o espíritu de la ley fue insertar al conviviente civil en el seno de la familia de su respectiva pareja, generándose para estos efectos una relación de parentesco.

La filosofía indicada se expresa, además, en el ánimo manifiesto de asimilar el acuerdo de unión civil al matrimonio. Para estos efectos se modificó el N°5 del artículo 10 del Código Penal, relativo a las causales de exención de responsabilidad criminal, incorporándose al "conviviente civil" cuando obra en defensa del otro conviviente. También se modificaron los artículos 13 (circunstancias agravantes o atenuantes), 17 (sobre exención de pena al encubridor cuando es conviviente civil), 32 bis (sobre beneficio carcelario al condenado a presidio perpetuo calificado), 146 (sobre exención de responsabilidad en el delito violación de correspondencia) y 295 bis (sobre exención de pena en el delito de asociación ilícita). Resulta evidente, entonces, que todas estas modificaciones tienen por objeto asimilar al conviviente civil con el cónyuge, creándose una confusión de roles que muy poco sirve al orden social. Varias otras modificaciones (contenidas entre los artículos 29 y 47 de la Ley 20.830) incorporan al conviviente civil al estatuto del matrimonio, lo cual nos ha hecho sostener que el acuerdo de unión civil conforma un verdadero "submatrimonio".

No es fácil descubrir el destino de una "creación" de esta envergadura, ni quién saldrá favorecido con su establecimiento. Lo esencial es precisar de qué manera se reordenarán las relaciones privadas y cómo ellas serán una efectiva contribución al bien común. No nos queda claro si esta legislación será un medio para legalizar la vida de las parejas heterosexuales o un primer reconocimiento legislativo para las parejas homosexuales.



## H.- Capacidad para celebrar el acuerdo de unión civil.

La ley, separándose esta vez del matrimonio, exige una capacidad especial para celebrar el contrato de unión civil. Sólo pueden hacerlo los mayores de edad que tengan la libre administración de sus bienes, salvo que se trate de un disipador declarado en interdicción de administrar lo suyo, quien puede celebrarlo por sí mismo. Esta causal de nulidad se sana en el término de un año a contar del día en que el menor cumpla la mayoría de edad, pudiendo ejercer la acción de nulidad solo el menor afectado o sus ascendientes (artículo 26 de la Ley 20.830). Este saneamiento implica una especie de ratificación tácita.

¿Cuál es la razón de ser de la antedicha disposición? A nuestro juicio, es la forma de evitar que puedan celebrar un acuerdo de esta especie personas del mismo sexo, habida consideración de lo previsto en el artículo 365 del Código Penal, que sanciona al que accediera carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo. Lo anterior porque el acuerdo de unión civil implica admitir las relaciones homosexuales como constitutivas de un estado civil y parentesco por afinidad, y ello sería inconsistente con el delito sancionado en el referido artículo 365 de la ley penal, si pudieran celebrar este acuerdo de unión civil personas menores de edad. Del mismo modo, se intenta proteger patrimonialmente a los menores adultos, puesto que, como veremos más adelante, puede generarse entre los convivientes civiles un régimen de comunidad de bienes (artículo 15 de la Ley N°20.830).

Es curioso constatar que las leyes han ido disminuyendo la mayoría de edad (25, 21, 18 años), en circunstancias que se extiende la vida humana, llegando a elevados promedios de sobrevivencia. Aun cuando se trata de una tendencia irreversible, creemos que una persona de apenas 18 años carece de la madurez que se requiere para afrontar las contingencias de vida en pareja.

En síntesis nos encontramos ante una exigencia encaminada a brindar protección y amparo a los menores de edad. Cumplidos los 18 años no existe impedimento alguno derivado de esta circunstancia.

## I.- El acuerdo de unión civil es esencialmente revocable.

La ley dispone que este acuerdo es revocable, vale decir, puede ponerse término *“por voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles”*. Se trata de un derecho absoluto, que da origen a un acto incausado. Lo indicado significa que el conviviente que resuelve poner fin a este vínculo no requiere invocar una razón que justifique su decisión, ni puede, tampoco, evitarlo una decisión judicial. Para dar seriedad y certeza a esta determinación se exige que la revocación se realice por escritura pública o acta otorgada ante el oficial del Registro Civil.

A propósito de esta materia, se plantea un problema interesante. ¿Puede revocarse el acuerdo de unión civil por un mandatario especialmente facultado al efecto? Como precedente puede citarse el artículo 5° inciso 3° de la Ley 20.830 que permite celebrar este acuerdo mediante mandatario habilitado, señalándose las exigencias que debe contener la escritura pública en que conste el mandato. Sin embargo, nosotros creemos que se trata de un acto jurídico **personalísimo** que no admite obrar por medio de mandatario. Desde luego, la ley no faculta al conviviente civil para actuar a través de un representante convencional, como sucede con la celebración del contrato. Por otra parte, se trata de una determinación que tendrá efectos personales y patrimoniales de importancia, lo cual hace recomendable la expresión formal de voluntad del afectado. Por último, en los contratos de familia no cabe la representación, salvo que la ley expresamente lo autorice, lo cual no sucede en el presente caso.

Podría contraargumentarse señalándose que el matrimonio, que importa un contrato más importante, puede celebrarse, sin embargo, mediante mandatario especialmente habilitado (artículo 103 del Código Civil). Lo indicado es efectivo, con la salvedad de que existe norma expresa que permite celebrar el matrimonio por mandatario, lo cual no sucede en el contrato de unión civil.

Por último, digamos que el acto revocatorio deberá cumplir todas las exigencias legales, pudiendo estar afectada la validez del mismo por los vicios en que se incurra de acuerdo a las reglas generales de derecho. Lo que destacamos puede originar conflictos importantes, especialmente de carácter patrimonial, todo lo cual se analizará más adelante.

De más esta recordar que el derecho a poner término al acuerdo de unión civil es irrenunciable, cuestión que se desprende de lo preceptuado en el artículo 3° de la Ley 20.830, que impide sujetar su existencia a plazo, condición, modo o gravamen alguno (artículo 3°). A lo anterior debe agregarse que la misma ley ha fijado los efectos que se siguen de la terminación del acuerdo de unión civil (artículo 1° inciso 2°).

#### **J.- En lo no regulado expresamente se aplican a la adquisición y dominio de los bienes las reglas del cuasicontrato de comunidad del Párrafo 3° del Título xxxiv del Libro IV del Código Civil.**

Los convivientes civiles tienen, respecto de los bienes, dos opciones: o permanecen “separados de bienes”, en cuyo caso conservan la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos antes de la celebración del contrato y los que adquieran durante su vigencia; u optan expresamente por un régimen de comunidad. En este último caso se aplican a la comunidad de bienes las normas del Párrafo 3° del Título XXXIV del Libro IV del Código Civil. Queda en

evidencia una inconsistencia de la ley, ya que se aplican las reglas dadas para el cuasicontrato de comunidad (hecho voluntario, lícito y no convencional) a un contrato (acuerdo de unión civil). Nótese que son los convivientes los que eligen someterse a este estatuto legal en un acto de carácter convencional. Cabe señalar que la decisión de someterse a un régimen de comunidad debe adoptarse al momento de acordar la celebración del acuerdo de unión civil, en ningún caso con posterioridad.

La solución ideada para esta institución es de una manifiesta simplicidad, incluso para los efectos de ponerle término al régimen de comunidad y sustituirlo por el de separación de bienes, todo lo cual se analizará más adelante. En otras palabras, cuando se contrae matrimonio (de acuerdo a los artículos 135 y 1718 del Código Civil), el régimen de bienes es la "sociedad conyugal" (comunidad de bienes). A la inversa, al celebrarse el contrato de unión civil, en el silencio de las partes, el régimen es la separación de patrimonios. En ninguno de los casos mencionados es posible someterse al régimen de comunidad de bienes una vez celebrado el respectivo contrato civil (ni en el matrimonio ni en el acuerdo de unión civil), pero sí en ambos es posible separarse de bienes, obrando de consuno. No deja de llamar la atención que para poner término al acuerdo de unión civil basta la voluntad de cualquiera de los contrayentes, en tanto para poner fin al régimen de comunidad es necesario un acuerdo de voluntades.

Surge a propósito de esta materia una cuestión vital. ¿Pueden los contrayentes, al momento de celebrar este contrato, convenir una participación diferente de la asignada en la ley, según la cual "*los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo se considerarán indivisos por mitades entre los convivientes civiles*"? Sin adelantar opinión, ya que esta cuestión la abordaremos más adelante, creemos que se enfrentan a este respecto dos principios; un mandato legal no categórico y el principio de la autonomía privada, que solo puede entenderse limitado en casos especiales signados claramente en la ley.

#### **K.- El acuerdo de unión civil hace aplicable a los convivientes el régimen de bienes familiares establecido en el Código Civil.**

En su afán por aproximarse a las normas que regulan el matrimonio, la ley que comentamos hace aplicables al contrato de unión civil las normas del Párrafo 2° del Título VI del Libro I del Código Civil. Se trata, como es sabido, de un impedimento impuesto al dueño del inmueble en que se convive (residencia principal de la familia) para enajenarlo. La recta aplicación de estos preceptos obliga a sustituir toda referencia al "cónyuge", reemplazándolo por "conviviente".

Dos comentarios surgen a este respecto. En primer lugar, la indicada institución se aplica sea que exista entre los convivientes régimen de comunidad

o separación de bienes, lo cual implica una restricción al dominio cuando el inmueble afectado es de propiedad de uno cualquiera de los convivientes. En segundo lugar, este derecho extraordinario no debió conferirse en el ámbito de una relación de por sí inestable y frágil, puesto que es bien obvio que el beneficio desaparece cuando se pone término a un vínculo esencialmente revocable, según quedó dicho en las páginas precedentes. El legislador parece haber olvidado la necesidad de mantener en pleno vigor el principio de la "libre circulación de los bienes", lo cual obliga a restringir al máximo las limitaciones a la facultad de disponibilidad que corresponde al propietario. Dicho de otro modo, la "familia" fundada al amparo de esta legislación especial es demasiado frágil como para justificar la aplicación de los preceptos contenidos entre los artículos 141 a 149 del Código Civil. La revocabilidad del acuerdo de unión civil se contrapone a la aplicación de instituciones que suponen una mayor permanencia y vigencia en el tiempo. Adicionalmente, podría observarse que la circunstancia de que los convivientes no se deban alimento entre sí induce a pensar que la aplicación de estos preceptos (los que regulan los bienes familiares) tendrá menos aplicación, especialmente cuando el vínculo se contrae entre personas del mismo sexo. Distinto será el caso de la unión entre personas de diverso sexo cuando existe descendencia común, pero en tal hipótesis el título para reclamar alimentos e invocar la institución de los "bienes familiares" no será el acuerdo de unión civil, sino el parentesco invocado en el artículo 321 del Código Civil.

A todo lo anterior debe agregarse el hecho de que exista en esta materia una norma de clausura, según la cual el término de la unión civil pone fin a todas las obligaciones y derechos que se hayan constituido en virtud de la vigencia de este contrato. De ello se desprende que el instituto de los "bienes familiares", cuando el antecedente en que se sustenta sea el acuerdo de unión civil, quedará sin efecto por el solo ministerio de la ley tan pronto este último haya terminado. Queda así demostrado que la fragilidad de la relación reglamentada en esta ley la hace incompatible con instituciones que suponen una necesaria extensión en el tiempo.

En suma, estimamos un exceso de la ley hacer aplicable al contrato de unión civil normas que se justifican en razón del matrimonio.

**L.- Los convivientes tienen derecho a reclamar una compensación económica, en los términos de los artículos 62 a 66 de la Ley Sobre Matrimonio Civil.**

Siempre en la misma línea de inspiración, la Ley N°20.830 consagra el derecho de los convivientes de reclamar una compensación civil cuando, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de ellos no pudo desarrollar una actividad remunerada o

lucrativa durante el tiempo que duró la unión civil o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, dice la ley. Lo señalado no es más que una fiel reproducción de lo que prescribe el artículo 61 de la Ley N°19.947. Sin embargo, este derecho solo procede cuando la unión civil se ha extinguido por mutuo acuerdo de los convivientes, o por voluntad unilateral, o declaración judicial de nulidad. La remisión a la Ley N°19.947 no solo se refiere al derecho mismo, sino a la forma en que debe determinarse. Por consiguiente, tienen aplicación los artículos 63, 64, 65 y 66 de la referida ley. Por ende, la facultad de fijar el monto de esta compensación corresponde al juez, a falta de acuerdo entre las partes. Si bien la Ley N°20.830 se remite formalmente a las disposiciones citadas, algunos de sus mandatos no tienen aplicación. Tal ocurre, por vía de ejemplo, con lo previsto en el artículo 64 incisos 2° y 3° de la Ley de Matrimonio Civil, toda vez que no existe siempre una demanda que deba conocer el tribunal competente, como sucede cuando se pone término al acuerdo de unión civil por mutuo consentimiento o por decisión unilateral de uno de los convivientes.

Estimamos que este derecho, por regla general, no procede tratándose de parejas de convivientes del mismo sexo, porque las normas citadas están referidas al cuidado de los hijos, lo cual no puede suceder en la hipótesis de la unión civil de parejas homosexuales. La única posibilidad que se advierte para hacer valer este beneficio sería que uno de los convivientes se dedicara, durante la vigencia de la unión civil, a las "labores propias del hogar común", lo cual se nos representa como una situación muy improbable. No puede decirse lo mismo tratándose de parejas heterosexuales, puesto que, conforme nuestros hábitos y costumbres, no es extraño que uno de los convivientes asuma las tareas domésticas en provecho de la pareja y la descendencia común. Por lo mismo, se justifica plenamente la aplicación de esta normativa.<sup>2</sup> A lo indicado debería agregarse el hecho de que si entre los convivientes existe comunidad de bienes, resulta excesivo el ejercicio de una compensación de esta naturaleza. Por lo tanto, si entre los convivientes civiles ha existido comunidad de bienes no parece justo que, paralelamente, además de la participación que le corresponde al conviviente a título de gananciales, pueda exigirsele una retribución económica basada en corregir una discriminación respecto de las funciones que a cada cual correspondió en la vida común.

No cabe duda que se contraargumentará, afirmándose que las parejas homosexuales pueden constituir una familia y asumir el cuidado y crianza de los hijos, lo cual haría posible reclamar el derecho a una compensación económica. Sin perjuicio de lo que diremos más adelante, la Ley N°20.830 se refiere, en

<sup>2</sup> Respecto de la "compensación económica" establecida en la Ley de Matrimonio Civil, puede consultarse nuestro trabajo sobre la materia, publicado en la Revista Actualidad Jurídica N°20 (Julio 2009), de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, páginas 377 y siguientes. En dicho trabajo nos ocupamos de la naturaleza jurídica de este beneficio, sus características y la aplicación que ha dado la jurisprudencia a este tipo de compensación patrimonial.

el artículo 27 genéricamente “*al cuidado de los hijos*”, lo que induce a pensar que se trata de la descendencia biológica de la pareja. En tal caso, tratándose de una legislación excepcional y, por lo mismo, de interpretación restrictiva, y no existiendo una norma que extienda este beneficio más allá del cuidado de los hijos biológicos de la pareja, debe limitarse la compensación económica a reparar el perjuicio definido en la norma legal. Probablemente, esta interpretación contravenga las tendencias actuales (favorecer las uniones homosexuales), pero ello corresponde a la voluntad, sentido e intención de la ley.

### **M.- Reconocimiento en Chile de acuerdos de unión civil o actos equivalentes celebrados en país extranjero.**

La ley que comentamos es clara en orden a que se reconocen en Chile los acuerdos de unión civil u otros actos equivalentes celebrados en país extranjero, siempre que no sean constitutivos de matrimonio, que se hallen sujetos a registro en el país en que se otorgaron, y que se hayan celebrado válidamente. Para evitar todo equívoco, la ley trata de la regulación de la vida afectiva en común de dos personas del mismo o diferente sexo.

En verdad estas disposiciones no ofrecen mayores novedades, ya que la tendencia general es el reconocimiento de actos y contratos concertados en país extranjero, dejando a salvo el orden público interno. La ley da a este respecto seis reglas para armonizar la legislación interna con la legislación extranjera.

Comentario especial merece lo previsto en el N°6 inciso 2° del artículo 12 de la Ley 20.830, que aplica el principio de “conversión del acto nulo”. En efecto, el matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo –inquestionablemente nulo a la luz de las disposiciones de la Ley N°19.947– es reconocido en Chile “*como acuerdo de unión civil*”, si cumple con las normas de la ley sobre este último contrato. En otros términos, el matrimonio entre personas del mismo sexo vale en Chile, pero sus efectos son aquellos que corresponden a lo que prescribe la ley sobre el acuerdo de unión civil. Esta disposición nos parece también excesiva. En Chile el matrimonio supone la participación de un hombre y una mujer, con el fin de protegerse, vivir juntos, y procrear. El matrimonio homosexual, entonces, infringe normas de orden público y no debería producir efecto alguno. No se advierte qué procuró el legislador al introducir una norma de esta especie, asignando al matrimonio entre personas del mismo sexo efectos civiles importantes, los mismos que pueden alcanzar los extranjeros contratando en el territorio nacional.

Entre las exigencias establecidas para atribuir efectos a los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes celebrados en el extranjero, se establece que éstos se hayan contraído válidamente en el país de origen. Consiguientemente, deberá probarse el cumplimiento de la ley extranjera y calificarse su validez a

la luz de dicha legislación. Se trata de un procedimiento engorroso y excesivo. Habría bastado con resguardar el cumplimiento de las disposiciones de orden público para salvaguardar el interés nacional.

**N.- El conviviente es heredero abintestato en la sucesión del premuerto, tiene carácter de legitimario, goza de los mismos derechos que el cónyuge sobreviviente, y puede ser titular de cuarta de mejoras.**

Es esta, a nuestro juicio, la innovación más importante introducida por la ley que comentamos. En pocas palabras el conviviente civil, así provenga de un acuerdo de unión civil heterosexual u homosexual, se incorpora a la sucesión del premuerto con los mismos derechos que el cónyuge sobreviviente. En esta materia, entonces, se asimila el acuerdo de unión civil con el matrimonio. Indudablemente estas normas afectan a los ascendientes y los descendientes, que pueden ver mermada su participación en la sucesión, sin siquiera expresión de voluntad del causante, no obstante la precariedad de la relación que analizamos. Se genera con esta normativa una serie de situaciones injustas que lejos de favorecer a la familia la debilitan, todo lo cual analizaremos más adelante. La principal objeción que nos merece esta normativa radica en la confusión que se advierte en el legislador. El acuerdo de unión civil es esencialmente precario, puesto que puede dejarse sin efecto por voluntad unilateral, sin causa que justifique dicha determinación y sin más formalidades que las dispuestas en la ley. En ello no interviene sino el conviviente interesado en poner fin a la relación.<sup>3</sup>

Atendidas las circunstancias mencionadas, creemos que los derechos hereditarios conferidos a los convivientes civiles debieron circunscribirse, a lo más, a un cierto período de vida en común. De la misma manera, debió hacerse un distingo entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales, especialmente, en este último caso, cuando ha habido descendencia biológica.

Las limitaciones de los derechos hereditarios tienen en nuestra historia precedentes importantes, como sucedió con los llamados "hijos naturales", que llevaban la mitad de lo que correspondía a los hijos legítimos y entre todos ellos no más de una cuarta parte de la herencia (Ley N°10.271 de 1952). Lo indicado se justificaba en razón de la distinción que introducía la ley en materia

<sup>3</sup> Durante muchos años hemos sostenido que debe ampliarse la libertad de disposición que corresponde a la persona respecto del destino de su patrimonio después de sus días. Las llamadas asignaciones forzosas (principalmente las que corresponden a los legitimarios) limitan exageradamente la libre disposición de los bienes y constituyen un gravamen ajeno absolutamente a la voluntad del causante. Solo deberían aceptarse como asignaciones forzosas aquellas destinadas al cónyuge sobreviviente (cuando carece de lo necesario para sustentar su vida de la manera que llevaba con el cónyuge premuerto), y a los hijos menores o desvalidos. Lo demás debería quedar a merced de la voluntad de la persona. La ley sobre acuerdo de unión civil está inspirada en principios opuestos, ya que incorpora a la sucesión a más personas cuya relación con el causante, reiteramos, es frágil y precaria.

de filiación, cuestión que desapareció, a juicio nuestro, desde la dictación de la Constitución Política de 1980, que comienza declarando que *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. En consecuencia cualquier distinción fundada en el origen de la persona humana, sea en razón de su ascendencia, su sexo, su raza, la religión de sus padres u otro factor, será siempre arbitraria y, por lo tanto, inconstitucional. Sin embargo, no creemos posible homologar situaciones tan distintas –acuerdo de unión civil y matrimonio–, en una de las materias más sensibles para la existencia y proyección de la familia. Son muchos los casos prácticos que demuestran que lo previsto en la normativa que comentamos es altamente inconveniente. No parece justo que los derechos de los legitimarios queden severamente limitados tan pronto se perfecciona el acuerdo de unión civil. En el curso de este trabajo analizaremos las distorsiones de que adolece el acuerdo que examinamos.

Una vez más, el legislador imprudentemente se arroga la facultad de fijar el destino de los bienes del causante, sea que muera bajo el imperio de un testamento o intestado. Las asignaciones forzosas impuestas en la ley deben ser excepcionales y favorecer, real o presuntivamente, a quienes por razones naturales son llamados a ser continuadores de la personalidad del causante. Si a un conviviente se le quiere favorecer para después de los días del premuerto, es posible asignarle siempre, si tiene herederos legitimarios, hasta el 25% del patrimonio sucesorial, y un 100% si carece de ellos. Por consiguiente, este beneficio no se justifica si va contra la voluntad del causante. Habría bastado con incorporar al conviviente como beneficiario de la cuarta de mejoras para aumentar su participación, por voluntad del premuerto, al 50% de la herencia. Ahora, desde la perspectiva de la sucesión intestada, cabe recordar que la presencia de un conviviente civil afectará los derechos de los hijos personalmente o representados por su descendencia, a tal extremo que, en el evento que concurra con más de un hijo, llevará el doble de lo que corresponda a estos últimos. Volvemos a destacar el hecho de que la continuidad del acuerdo de unión civil es demasiado frágil y no cabe, por lo mismo, asignarle efectos tan trascendentes.

### **Ñ.- El acuerdo de unión civil confiere al conviviente derechos previsionales.**

La última característica que deseamos destacar es el otorgamiento de derechos previsionales al conviviente en los términos indicados en el Decreto Ley N°3.500 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social de 1980, que establece el nuevo sistema de pensiones. Para estos efectos, el artículo 30 y siguientes de la Ley N°20.830 modifica varias disposiciones que generan, como se explicará, una nueva asimilación entre *“matrimonio”* y *“acuerdo de unión civil”*. Asimismo, y con idéntico objetivo, se introducen modificaciones (artículo 31) a la Ley N°20.255 sobre reforma previsional. Persiste en todas estas disposiciones el



espíritu de igualar “cónyuge” y “conviviente”, no obstante la diferencia que se advierte entre una y otra categoría.

Hasta aquí las principales características de esta nueva institución que, como se dijo al comenzar este trabajo, constituye un verdadero “submatrimonio”, por sus efectos y similitud con algunos rasgos del matrimonio. No faltan quienes piensan, y lo manifiestan abiertamente, que la Ley 20.830 no sería sino un paso más para llegar al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, reconociéndose abiertamente la familia homoparental. La solución dada por el legislador a las presiones en dicho sentido parecen haberse resuelto con la dictación de la Ley N°20.830, aun cuando sacrificando principios que son muy caros para un porcentaje importante de la población. No puede ignorarse que la realidad internacional sigue golpeando nuestra institucionalidad y que la tendencia mundial se inclina por instalar el matrimonio homosexual con todo lo que ello implica.

A nuestra manera de ver, acceder a estas presiones tiene un costo difícil de medir, pero de dimensiones considerables: el debilitamiento paralelo del matrimonio y con ello de la familia tradicional, consecuencias que deben evitarse si prevalece el propósito de dar consistencia y seguridad al orden social. Sobre este aspecto debería centrarse el debate que se mantiene vivo hace años. Pueden considerarse diversos y aun heterogéneos grupo sociales que comparten algunos rasgos comunes a la familia, pero es imposible dar a todos ellos la misma normativa. No puede la ley tratar de igual manera realidades tan diversas, sin hacer las distinciones que corresponden y que sirven para afianzar la institucionalidad fundamental de la sociedad.

Por último, para cerrar este capítulo, agreguemos que los movimientos que reivindican los derechos de los homosexuales y que ponen acento en la necesidad de introducir a la legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo, se exponen a provocar en la comunidad un rechazo más radical, agudizando diferencias que se intentan aminorar. Lo que realmente interesa es que la sociedad no discrimine, respete la diversidad, y que ello se refleje en una convivencia pacífica y, sobre todo, plenamente tolerante. En este sentido debemos comprender la importancia y significado de la Ley N°20.830. Persistir en el propósito de igualar el matrimonio heterosexual y homosexual no hará más que agudizar la divergencia sin provecho alguno para nadie.

#### **IV.- Requisitos del contrato de unión civil.**

Los requisitos impuestos en la ley para la celebración de este contrato pueden clasificarse en dos grandes grupos: **formales** y **sustanciales**. Los primeros miran el cumplimiento de exigencias externas; los segundos a las aptitudes de

fondo de los contrayentes. Para un análisis adecuado haremos, entonces, esta diferenciación para el examen de dichos requisitos.

#### A.- Requisitos formales.

1.- Este contrato debe celebrarse ante un oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación, sea en la oficina de esta repartición pública o en el lugar escogido por los contrayentes siempre que este último esté ubicado dentro del territorio jurisdiccional del dicho funcionario. Como puede comprobarse, no hay en la ley alusión alguna al domicilio de los contrayentes, de modo que la validez del acto queda subordinada solo a la competencia del oficial civil en virtud de su radio jurisdiccional.

Este requisito implica un reconocimiento explícito y especial del Estado, puesto que la voluntad de los celebrantes solo puede expresarse manifestándose ante un funcionario del servicio público encargado, precisamente, de las inscripciones de los nacimientos, matrimonios, defunciones y demás actos y contratos relativos al estado civil de las personas (artículo 1° de la Ley N° 4808). La voluntad, por sí sola, carecerá de eficacia para generar los efectos previstos en la Ley N° 20.830, sin perjuicio, como se verá, de otros efectos de diferente naturaleza, cuando el funcionario público mencionado se desempeñe más allá del territorio en que ejerce su ministerio.

Cabe preguntarse ¿qué ocurre si no se procede de la manera señalada en la ley, vale decir, si no concurre la presencia del indicado funcionario? A nuestro juicio, el contrato, como se dijo, sería **inexistente**, ya que los efectos legales solo pueden producirse previo consentimiento manifestado por los medios consignados en el artículo 5°. Diferente nos parece la situación si el funcionario que interviene no lo hace en el radio jurisdiccional que le corresponde. En este supuesto el contrato es **nulo**, pero puede invocarse como antecedente de un cuasicontrato de comunidad (hecho voluntario, lícito y no convencional), conforme se desprende de lo establecido en el artículo 2284 del Código Civil.

Para justificar lo anterior debe considerarse que no hay una relación convencional válida, pero sí un hecho voluntario y lícito que puede generar derechos y obligaciones. Nótese que se trata de un antecedente que servirá para justificar la existencia de una comunidad de acuerdo al Párrafo 3° del Título xxxiv del Libro IV del Código Civil. Nadie, estimamos nosotros, puede rebatir esta aseveración, si se tiene en consideración que en el evento de no existir un acuerdo de unión civil nulo, existirá comunidad respecto de los bienes que los frustrados contrayentes adquieran durante la convivencia con un aporte compartido. Sería absurdo, a la inversa, clausurar toda consecuencia por el hecho de haber celebrado el contrato ante oficial civil incompetente. Agréguese a lo señalado lo previsto en el inciso 2° del artículo 1701 del mismo Código Civil, cuando

dice: *“Fuera de los casos indicados en este artículo (inexistencia de los actos y contratos solemnes cuando no se da cumplimiento a la formalidad requerida), el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviera firmado por las partes”*. Queda claro entonces que el contrato nulo servirá como antecedente de un cuasicontrato de comunidad en el supuesto que los bienes disputados hayan sido adquiridos con la contribución de ambos convivientes.

Una más profunda consideración de la nulidad e inexistencia del acuerdo de unión civil debería considerar lo que nosotros hemos llamado *“efectos autárquicos”*, al tratar de la inexistencia jurídica.<sup>4</sup> No es esta la oportunidad de volver sobre el tema, razón por la cual nos remitimos a la publicación citada.

En síntesis, si no interviene oficial civil en la celebración del contrato de acuerdo de unión civil, nos hallaremos ante un caso típico de **inexistencia** (tentativa de acto jurídico incompleto). Si el oficial civil que interviene carece de competencia, el acto será **nulo**, todo ello sin perjuicio de las consecuencias que puedan seguirse, especialmente atendiendo a los llamados efectos autárquicos.

2.- El oficial civil deberá levantar un **“acta”** de todo lo obrado, firmada por él y por ambas partes, la cual se inscribirá en un **“registro especial”** que llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación. El inciso 2° del artículo 6° alude específicamente a las referencias que deben consignarse en el mencionado registro.

¿Qué sanción debe aplicarse en el evento de que las menciones consignadas en la ley sean erradas por negligencia, descuido o falta de diligencia funcionaria? A nuestro entender, el contrato será nulo, pero solo si la omisión, error o deficiencia causa perjuicio a uno de los contrayentes o a terceros (lo que sucederá en el supuesto que exista un error en la individualización de uno o ambos contratantes). Cabe aplicar, en este caso, el **“principio de trascendencia”**, ya que la nulidad no se justifica por pruritos o formalismos sin consecuencias prácticas. Por otra parte, el error que la ley sanciona es imputable al funcionario del Estado, ya que el **“Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil”** (denominación consignada en la ley) es operado y controlado por la Administración y no por los contratantes. Lo que sí no resulta discutible es el hecho que faltando la inscripción consagrada en la ley y el reglamento, el acto será **inoponible respecto de terceros** por la sola circunstancia de no hallarse inscrito en el respectivo registro. La función del registro público y la inscripción del contrato

<sup>4</sup> En nuestro libro *“Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno”*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1995. Páginas 18 y siguientes, se analiza la presencia de los llamados efectos autárquicos del acto jurídico. Dichos efectos demuestran que, incluso reconociendo como sanción la inexistencia, es posible atribuirlos cuando en la celebración del acto o contrato ha concurrido uno o más elementos esenciales del mismo. No es efectivo, entonces, que la inexistencia excluya de raíz cualquier efecto jurídico, como se ha sostenido mayoritariamente por la doctrina.

es un requisito de publicidad que lleva aparejada como sanción la inoponibilidad.

3.- En el acto de celebración del “contrato de unión civil” deben los contrayentes declarar bajo juramento o promesa, por escrito, oralmente o por lenguaje de señas sobre el hecho de no hallarse “ligados por vínculo matrimonial no disuelto o un acuerdo de unión civil vigente” (artículo 5° inciso 2°).

Estimamos que este requisito **no acarrea sanción civil alguna**, salvo la que administrativamente corresponda al funcionario que interviene sin exigir la declaración señalada en la ley. Lo que decimos se justifica a la luz de lo previsto en el artículo 9° inciso 2° de la Ley 20.830, que dispone, entre las causales de nulidad del acuerdo, la existencia de un vínculo matrimonial anterior no disuelto o de un acuerdo de unión civil vigente. O sea, la causal de nulidad es el vínculo anterior, no el hecho de no haberlo manifestado al momento de celebrar el acuerdo de unión civil. Lo propio puede concluirse si se relaciona este requisito con el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes. Se trata, entonces, de una norma meramente declarativa, de carácter administrativo, impuesta con el fin de dar mayor seriedad a este contrato.

Muy distinta es la situación en el evento que el contrayente declare que no existe vínculo anterior y, por consiguiente, falte a la verdad. Lo anterior está sancionado en el artículo 210 del Código Penal, conforme al cual *“El que ante la autoridad o sus agentes perjurare o diere falso testimonio en materia que no sea contenciosa, sufrirá las penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio, y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”*. Como puede observarse, una cosa es la falta de declaración bajo juramento o promesa y otra muy distinta es faltar a la verdad de aquello sobre lo cual se declara.

La exigencia contenida en el inciso 2° del artículo 5° de la ley no mira el interés de los contrayentes, sino de los terceros que pueden encontrarse patrimonialmente afectados.

4.- El artículo 10 de la Ley N° 20.830 hace aplicables las normas de los artículos 124 a 127 del Código Civil, referidas al que, teniendo hijos de un precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo tutela o curaduría, quisiere volver a casarse. Como es sabido, el interesado deberá practicar inventario solemne de los bienes que administra y le pertenezcan como heredero de su cónyuge difunto o a cualquier otro título. La ley fija los efectos que acarrea esta infracción.

5.- Finalmente, el artículo 11 de esta ley, inspirado en lo que disponen los artículos 128 y 129 del Código Civil, señala que cuando el acuerdo de unión civil haya expirado, la mujer que está embarazada no podrá contraer matrimonio con un varón distinto ni celebrar un nuevo acuerdo antes del parto, o,

no habiendo señales de preñez, antes de cumplirse los doscientos setenta días subsiguientes a la expiración del acuerdo. Este plazo, agrega la misma disposición, puede rebajarse cuando haya sido absolutamente imposible el acceso del conviviente varón a la mujer. La infracción de esta exigencia, desencadenará un conflicto de filiación que escapa los propósitos de este estudio, todo lo cual debe entenderse sin perjuicio de las responsabilidades del Oficial Civil que permitió la celebración del acuerdo de unión civil.

## B.- Requisitos sustanciales.

1.- El contrato de unión civil solo pueden celebrarlo las personas **mayores de edad y que tengan la libre administración de sus bienes**. Este requisito tiene una sola excepción: las personas declaradas en interdicción de administrar lo suyo por disipación, pueden celebrarlo por sí mismas (artículo 7°). El legislador estima, adecuadamente a nuestro juicio, que las obligaciones y efectos patrimoniales que provoca este acuerdo, exigen una madurez mínima para adoptar una decisión de esta especie, lo cual contrasta con el matrimonio, que, como se dejó dicho en lo precedente, puede celebrarse a partir de los 16 años de edad (menores adultos relativamente incapaces conforme lo dispone el artículo 1447 del Código Civil). Al analizar, más adelante, el estatuto de la nulidad dispuesto en la ley 20.830, veremos que se trata de una causal de nulidad que se sana con el correr del tiempo, el plazo se computa desde que el contratante alcanza la mayor edad. Cabe recordar, desde ya, que la sentencia ejecutoriada que declara la nulidad debe subinscribirse al margen de la inscripción en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil, que lleva el respectivo Servicio Público (artículo 6°). Mientras no se practique esta subinscripción dicha sentencia será inoponible a terceros. La sanción mencionada –inoponibilidad por falta de publicidad– está consignada en el artículo 26 letra f) de la Ley 20.830.

2.- Las partes contratantes deben **consentir libre y espontáneamente**. Se trata de un requisito general dispuesto para la validez de todo acto jurídico. La ley, en este acuerdo, ha especificado cuándo falta el consentimiento libre y espontáneo (artículo 8°). Los vicios que acarrear la nulidad son dos: error en la identidad de la persona del otro contrayente, y fuerza en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil. En verdad cuesta entender por qué razón se consignan estos vicios, puesto que, tratándose de un contrato, se entienden incorporados a su regulación. Se advierte, en este sentido, el propósito de dar a un mero contrato el alcance de una institución fundamental del derecho de familia. Señalemos, empero, que al disponerse que el error que vicia el consentimiento, debe hallarse referido a la identidad de la **“persona del otro contrayente”**, se clausura toda posible discusión acerca de si el error puede imputarse a la personalidad moral de la contraparte. En consecuencia, el error anula el consentimiento cuando se contrata con una persona diferente de la que se quiere y se cree. Lo que indicamos tiene importancia, ya que el artículo 8° de

la Ley N°19.947 sobre matrimonio civil, consagra como vicio del consentimiento el error en alguna de las cualidades personales que, atendidos los fines del matrimonio, debe estimarse como determinante para otorgar el consentimiento.

Tratándose de la fuerza, el mismo artículo 8° de la Ley Sobre Acuerdo de Unión Civil se remite a los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, sin otra referencia. Por su parte, el artículo 8° de la Ley 19.947 agrega que la fuerza puede ser ocasionada *“por una persona o por una circunstancia externa, que hubiere sido determinante para contraer el vínculo”*. De las normas citadas se desprende que la causal de nulidad en el matrimonio es bastante más amplia que la causal regulada a propósito de los acuerdos de unión civil, ya que en este último evento no hay nulidad si la fuerza ha sido ocasionada por una circunstancia externa determinante para consentir. La ley civil exige que la fuerza sea empleada por la persona beneficiada con ella o *“por cualquier **otra persona** con el objeto obtener el consentimiento”* (artículo 1457 del Código Civil). En otras palabras el Código Civil anula el consentimiento cuando la fuerza es obra del que la ejerce o de otra persona, no así en el matrimonio, en que la fuerza puede provenir tanto de un tercero como de una circunstancia externa con la exigencia de que ella haya sido determinante para contraer el vínculo (matrimonial).

No deja de ser curiosa esta sutileza, que resulta explicable a la luz de la inestabilidad del acuerdo de unión civil y la supuesta solidez del matrimonio.

Dejemos sentada nuestra opinión en lo relativo a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 1456 del Código Civil, que luego de definir la fuerza (*“como una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición”*), agrega: *“Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave”*. Nos encontramos, sin ninguna duda, ante una **presunción de derecho**, que determina la concurrencia del vicio de fuerza por la sola circunstancia de que la víctima se vea en la situación descrita en la ley. No merece mayores comentarios el amplio margen que da la norma legal a la autoridad del juez, quien deberá apreciar los hechos y concluir si ha habido fuerza al gestarse la relación jurídica respectiva.

3.- No pueden celebrar un acuerdo de unión civil entre sí los **ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado** (hermanos). El artículo 9° de la Ley 20.830 debe relacionarse con el artículo 4° de la misma, según el cual mientras se encuentre vigente el acuerdo, existirá entre los convivientes parentesco por afinidad. En lo relativo a ascendientes y descendientes por consanguinidad, no hay duda que se procura hacer respetar valores éticos irrenunciables que no pueden vulnerarse, sin perjuicio de secuelas eugenésicas de comprobada gravedad. Lo que no tiene sentido es incluir en esta prohibición, tratándose de este tipo de

contrato, a los **ascendientes y descendientes por afinidad**, ya que ello no producirá efecto, puesto que solo hay afinidad durante la vigencia de este acuerdo y la existencia de dicho vínculo impide celebrar otro acuerdo de la misma especie. Así las cosas la ley estaría reglamentando la forma de eludir su propia infracción.

En efecto, habiendo acuerdo de unión civil vigente, la persona no puede contraer matrimonio (actual artículo 5° N° 2 de la Ley 19.947), ni celebrar otro acuerdo de unión civil, si tal ocurre el acto adolecerá de nulidad. Por consiguiente, la hipótesis contemplada en la ley corresponde a la existencia de un acuerdo de unión civil nulo. Ahora bien, extinguido el primitivo acuerdo de unión civil, desaparece toda restricción que pueda afectar a una persona (artículo 28 de la Ley 20.830), de suerte que bastará con poner fin al acuerdo de unión civil (revocación), para que los "ex" parientes por afinidad puedan casarse o celebrar un nuevo acuerdo de unión civil, perfectamente válido. Nótese que el parentesco por afinidad en el contrato de matrimonio subsiste luego de extinguido el vínculo (artículo 6° de la Ley de Matrimonio Civil en relación al artículo 31 del Código Civil).

Respecto de los colaterales por consanguinidad, la regla es la misma que en el matrimonio y tiene también idéntica justificación.

4.- No pueden celebrar un acuerdo de unión civil los que estén ligados por **vínculo matrimonial no disuelto o un acuerdo de unión civil vigente**. Este requisito está destinado a ordenar las relaciones de familia y hacer posible que cada cual cumpla los compromisos asumidos. Nuestra cultura judeocristiana consagra el matrimonio monogámico, lo cual implica admitir la unión entre un hombre y una mujer, excluyendo a terceras personas. Esta es una de las bases de la organización de la familia, núcleo básico de la sociedad.

Como se destacó en lo precedente, quien contrae matrimonio estando casado válidamente, comete el delito de bigamia penado en el artículo 382 del Código Penal. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando se contrae matrimonio estando ligado por acuerdo de unión civil. Lo que señalamos implica, en cierta medida, un trato especial a los convivientes que, estando casados, celebran un acuerdo de unión civil en contravención a la ley. Probablemente, se estimó que la aplicación del artículo 210 del Código Penal constituía una sanción suficiente, toda vez que, al celebrarse el contrato de unión civil, debe jurarse o prometerse que no se encuentra el contrayente unido por vínculo matrimonial no disuelto o acuerdo de unión civil anterior.

Agreguemos, por último, que el contrato de unión civil puede celebrarse por un mandatario especialmente habilitado al efecto. El artículo 5° inciso 3° de la Ley 20.830 reglamenta esta situación. Desde luego, el mandato debe otorgarse por escritura pública, facultarse especialmente al mandatario para celebrar el

contrato de unión civil, debiendo indicarse en dicho instrumento el nombre, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los contrayentes y del mandatario. Además, dispone la ley que el mandatario debe estar facultado en forma expresa para convenir el régimen de comunidad de bienes a que se refiere el artículo 15, materia que veremos más adelante. La omisión de cualquiera de estos requisitos acarrea la nulidad del contrato, no siendo aplicables las normas del contrato de mandato en cuanto contravengan estas disposiciones.

Contrasta esta reglamentación con lo que dispone la Ley de Matrimonio Civil sobre la ratificación, ante un oficial del Registro Civil y en el plazo de 8 días corridos, del consentimiento que prestan las parejas que contraen matrimonio en una entidad religiosa de derecho público (artículo 20 de la Ley N° 19.947). Dicha ratificación no admite obrar a través de un mandatario, por tratarse de una decisión personalísima. Igual criterio debió seguirse en este caso, atendidos los fines del contrato de unión civil.

## **V.- Contratos de unión civil celebrados en país extranjero.**

Señala la ley a este respecto que los contratos de unión civil “o contratos equivalentes”, serán reconocidos en Chile siempre que:

- a.- No sean constitutivos de matrimonio;
- b.- Se encuentren sujetos a registro; y
- c.- Se hayan celebrado válidamente en país extranjero.

Es difícil, en la mayor parte de los casos, afirmar que no se trata de matrimonio un acto que, sin embargo, regula “la vida afectiva en común de dos personas”, como dice la ley en el artículo 12. La diferencia solo se advierte porque puede unir a sujetos del mismo sexo. Pero si el contrato liga a contrayentes de diverso sexo que comparten la vida afectiva, lo más lógico será reconocer que nos hallamos ante un contrato de matrimonio. Piénsese en las enormes diferencias que existen en esta materia entre las culturas occidentales y orientales, especialmente en lo que dice relación con las formalidades, derechos y obligaciones impuestos en cada comunidad.

Que se refiera a un contrato “sujeto a registro” implica que en el país de su celebración quedó constancia del mismo en oficio público, lo cual no ocurre siempre. En el fondo, ello representa un reconocimiento estatal de que nos hallamos ante un contrato de familia.



Finalmente, se exige que haya sido celebrado válidamente en el extranjero. Este requisito se presume mientras no se demuestre que por decisión de autoridad competente ha sido declarado nulo.

Cumplida la triple exigencia consignada en la ley, el reconocimiento se ajusta a las siguientes reglas:

- 1.- Los requisitos de forma y fondo se rigen por la ley del país en que se celebró. Debió la ley, a nuestro juicio, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, salvaguardar los requisitos de "orden público" consignados en esta misma ley.
- 2.- Pueden declararse nulos, conforme a la ley chilena, los contratos que hayan vulnerado lo dispuesto en los artículos 7°, 8° y 9°. El carácter facultativo dispuesto en la ley para declarar la nulidad del acuerdo, constituye un error craso, respecto del requisito señalado en el artículo 9°, en lo tocante a los parientes por consanguinidad, porque se trata de un vicio de nulidad que quebranta el "orden público" y que no puede omitirse ni sanearse. Sobre esta materia debió seguirse la misma política del artículo 80 de la Ley N°19.947, y configurar lo que llamamos "nulidad expresa" (dispuesta en la ley), y que opera de pleno derecho.
- 3.- El contrato debe inscribirse en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil referido en el artículo 6°. Una vez inscrito, los efectos se arreglarán a las leyes chilenas, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en territorio chileno.
- 4.- La terminación del acuerdo y sus efectos se someterán a la ley aplicable a su celebración. Nuevamente se infringe el "orden público" porque puede ocurrir que los efectos de la terminación contraríen principios o derechos fundamentales en nuestro país.
- 5.- Las sentencias que se dicten en el extranjero que declaren la nulidad o terminación del acuerdo serán reconocidas en Chile, conforme las reglas generales establecidas en el Código de Procedimiento Civil. En otros términos, dichas sentencias requieren de exequátur, requisito que mitiga en parte las deficiencias anotadas. Sin embargo, subsiste el peligro de que los efectos asignados en país extranjero a la terminación del acuerdo puedan afectar el orden público nacional.
- 6.- Se reconoce que los actos auténticos en que conste la terminación de uno de estos acuerdos serán reconocidos en Chile, *"en conformidad con la legislación chilena vigente en esta materia"*. La mención que la ley hace a los "actos auténticos" alude a las disposiciones que regulan el

mérito probatorio de los mismos, cuestión que queda sometida a la ley chilena.

Aplicando el principio de la “**conversión del acto nulo**”, el inciso final del artículo 12, dispone lo siguiente: “*Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus efectos serán los mismos del referido acuerdo*”. De lo transcrito se desprende que en Chile, en ciertos casos, no es nulo el matrimonio de personas del mismo sexo, lo que ocurre es que produce efectos distintos de los propiamente matrimoniales. Esta norma parece desde decir lo que prescribe el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil, puesto que dicha disposición consagra el principio de que el matrimonio celebrado en país extranjero producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, “*siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer*”. Lo que destacamos es indicativo de que el legislador mira con simpatía extrema el acuerdo de unión civil, ya que le asigna efectos importantes, no obstante tratarse de un acto que adolece, a nuestro juicio, de inexistencia jurídica.

Como quiera que se considere, no puede negarse que se trata de una concesión hecha por el legislador a los movimientos de liberación homosexual. Estos últimos son fruto de alteraciones experimentadas en la escala de valores de la sociedad, todo lo cual origina conflictos y enfrentamientos ideológicos característicos de épocas de cambio. Nadie puede negar que el derecho debe asentarse en la realidad social, que no siempre se genera respetando el ordenamiento jurídico y los valores que él representa. Aquí reside, a nuestro juicio, la raíz de los conflictos más convulsivos de nuestra comunidad.

## **VI.- Efectos del acuerdo de unión civil.**

Los efectos de este contrato pueden clasificarse en:

- a.- Efectos personales;
- b.- Efectos patrimoniales;
- c.- Efectos sucesorios; y
- d.- Seguridad y previsión social.
- e.- Presunción de paternidad tratándose de convivientes civiles de diverso sexo.

Analizaremos, enseguida, cada uno de estos efectos para una mejor sistematización de este nuevo instituto jurídico.

### Efectos personales.

a.- La Ley N°20.830 es parca respecto de los deberes personales, limitándose a señalar que los convivientes civiles *“se deberán ayuda mutua. Asimismo, estarán obligados a solventar los gastos generados por su vida en común, de conformidad a sus facultades económicas y el régimen patrimonial que exista entre ellos”*. Lo anterior apunta a lo que debe entenderse como asistencia y cooperación, tanto en el ámbito personal como patrimonial. Queda, en consecuencia, excluido, por ejemplo, el deber de fidelidad y de convivencia física y afectiva, a lo cual, sin embargo, hace alusión remota el artículo 1° de la ley, ya comentado. Es claro que al legislador no le interesó la relación humana que trasunta de esta unión civil, sino otros aspectos, probablemente más profanos de la misma.

¿Permite el incumplimiento de este deber personal dar origen a una reparación indemnizatoria? ¿Puede demandarse la resolución del contrato de unión civil por este incumplimiento? Este último efecto lo descartamos de plano, porque la ley señaló taxativamente las causales de terminación del acuerdo de unión civil, excluyendo la resolución por tratarse de un contrato de familia. Pero no descartamos la posibilidad de que se reclame una reparación indemnizatoria para el caso que uno de los convivientes, culpable o dolosamente, se resista a prestar ayuda al otro, pudiendo y debiendo hacerlo. El acuerdo de unión civil genera una relación contractual que, en el evento de burlarse, hace procedente una indemnización de perjuicios, tanto por el daño material como moral causado. Sería absurdo descartar esta posibilidad, dejando sin sanción el incumplimiento. Recordemos que la sanción es una *“conducta de reemplazo”* destinada a restaurar el orden jurídico quebrantado y restablecer las prestaciones dispuestas en la ley. No hay, en consecuencia, motivo ni justificación alguna para excluir la reparación del daño causado por la falta de ayuda y cooperación que ha debido prestarse.

### Efectos patrimoniales.

b.- Respecto de los efectos patrimoniales, los convivientes deben, primordialmente, solventar los gastos generados por la vida en común, debiendo considerarse dos factores: las facultades económicas de cada uno y el régimen patrimonial que exista entre ellos (artículo 14). Nada de esto resulta novedoso, por cuanto corresponde a la aplicación de los mismos principios consagrados en el artículo 134 del Código Civil.

El régimen de bienes, a su vez, puede ser de **comunidad** o **separación de bienes**. En el silencio de los convivientes se entiende que cada uno conserva

la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos a cualquier título antes de la celebración del contrato y de los que se adquieran durante su vigencia (separación de bienes). Sólo cuando expresamente lo estipulan las partes, se aplican las reglas de la comunidad que la misma disposición (artículo 15) regula. De este pacto se dejará constancia en el acta que debe inscribirse en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil (artículo 6°). Como puede constatarse, la regla es precisamente inversa a la que rige en el contrato de matrimonio, ya que en el silencio de las partes se entiende contraída sociedad conyugal (artículos 135 y 1718 del Código Civil). Más aún, la sociedad conyugal no se pacta, salvo un caso excepcional contemplado en el artículo 135 inciso 2° del citado Código Civil.

Conviene preguntarse qué ocurre en el evento de que no se deje constancia del pacto en el acta o registro del acuerdo de unión civil. A nuestro juicio, el pacto es válido y obliga a los contrayentes, pero es inoponible a los terceros (por falta de publicidad). En todo caso prevalece la voluntad de los contrayentes (la cual deberá acreditarse por los medios establecidos en las leyes), sin afectar los derechos e intereses de los terceros.

Celebrado el pacto antes aludido en el artículo 15 de la Ley N°20.830, los efectos que siguen son los siguientes:

- i.- Los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo de unión civil *“se consideran **indivisos por mitades** entre los convivientes civiles”*. Solo se exceptúan los muebles de uso personal necesarios para el conviviente que los adquirió. Esta disposición altera las reglas del cuasicontrato de comunidad, puesto que no se atiende a la contribución efectiva del aporte de cada conviviente. Podría, por ende, darse el caso que uno de ellos no realizara aporte ninguno para los efectos de la adquisición del bien, y este pertenecería por iguales partes a cada uno de los convivientes, por el solo hecho de haberse adquirido durante la vigencia del acuerdo de unión civil a título oneroso. No cabe, entonces, acreditar que la adquisición fue realizada con recursos de una sola de las partes, ni reclamar algún tipo de recompensa a favor de quien aportó los medios para estos fines.
- ii.- Para los efectos de la Ley N°20.830 se tiene como fecha de adquisición de los bienes aquella en que el título haya sido otorgado. Esta regla no tiene excepciones de manera que cualquiera que sea el antecedente que dio lugar al título, ello carece de importancia para determinar los derechos de cada conviviente. Sin embargo, nótese que la ley alude (artículo 15 N°2) a los *“efectos de esta ley”*. De lo cual se deduce que para cualquier otro efecto, debe estarse a lo que señale el derecho común. Por consiguiente, el mandato contenido en esta norma es de aplicación

excepcional. Contrasta esta regla con el artículo 1736 del Código Civil, que atiende a la causa del título de la adquisición (disposición reformada por la Ley N°18.802 de 1989).

- iii.- Se aplican a la comunidad formada por los bienes adquiridos por los convivientes durante la vigencia del acuerdo de unión civil las reglas del Párrafo 3° del Título XXXIV del Libro IV del Código Civil, esto es, las reglas del cuasicontrato de comunidad. Pero, además de la remisión que la Ley N°20.830 hace al Código Civil en esta materia, hay que tener en consideración que el artículo 2305 de este último, a su vez, al tratar del derecho de cada comunero, se remite al de los socios en el haber social, materia de que trata el artículo 2081 del Código Civil. Este precepto contiene cuatro reglas, todas ellas susceptibles de aplicarse a los convivientes en el régimen de comunidad. De todo lo cual resulta que los convivientes están sujetos tanto a las normas sobre la comunidad como de la sociedad, en lo relativo a sus derechos sobre los bienes comunes durante la vigencia del acuerdo de unión civil. Si bien la ley nos remite a la normativa del cuasicontrato de comunidad, ello queda limitado por las dos reglas comentadas (indivisión por mitades y fecha de adquisición de los bienes comunes). En lo demás rigen las normas del cuasicontrato de comunidad.

La ley ha previsto lo que ocurre respecto de la liquidación de los bienes comunes. Puede esta liquidación hacerse de común acuerdo por los convivientes civiles o sus herederos, prerrogativa que les asiste conforme a las normas generales de derecho. Pueden también someterla, actuando todos ellos de consuno, al conocimiento de un juez partidario, otorgándole incluso el carácter de árbitro arbitrador. Si nada de ello ocurre, esta materia queda entregada al juez de familia competente (Ley 19.968). No creemos que sea esta una buena fórmula, ya que si se trata de liquidar una comunidad, debió preferirse el derecho común y reconocerse que se trata de una materia de arbitraje forzoso.

Pueden los convivientes sustituir el régimen de comunidad por el de separación de bienes. Este pacto debe celebrarse por escritura pública y no surte efecto entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que se subinscribe al margen de la inscripción de acuerdo de unión civil. La indicada subinscripción debe practicarse en el plazo de 30 días corridos, vencido el cual caducan sus efectos (lo cual se desprende del plazo fatal en que debe realizarse dicha subinscripción). Agrega la ley que este pacto no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto de cada uno de los convivientes civiles (artículo 15 inciso 4°)

En la escritura pública en que se pacte separación total de bienes, los convivientes están autorizados para liquidar la comunidad y celebrar otros pactos lícitos,

pero ello no producirá efecto alguno entre las partes y respecto de terceros sino desde la subinscripción antes mencionada. Nótese que la exigencia de la subinscripción solo opera cuando se trata de una separación convencional de bienes. Por consiguiente, sujetos a esta exigencia, los convivientes podrán convenir una comunidad limitada de bienes, asumir uno de ellos obligaciones económicas para con el otro, convenir la adquisición de bienes determinados y darse el estatuto jurídico que juzguen conveniente. En tal caso, las estipulaciones solo surtirán efecto siempre que se practique la subinscripción antes mencionada y se aplicarán a todas ellas las normas de derecho común.

No cabe duda que, separados totalmente de bienes, pueden los convivientes celebrar cualquier acto o contrato lícito entre sí, pero al margen de la regulación especial que analizamos. Tampoco existe inconveniente en que después de separados de bienes, en un pacto independiente, puedan los convivientes liquidar la comunidad sin necesidad de mayores formalidades (solo requerirán escritura pública si en la comunidad existen bienes raíces o derechos inmuebles). De la misma manera, la separación total de bienes no es óbice para que uno de ellos pueda reclamar la existencia de una comunidad, si esta última tiene como antecedente la adquisición de bienes realizada después de la separación de bienes, y con recursos comunes. En toda esta problemática deberá aplicarse el derecho común.

El penúltimo inciso del artículo 15 se refiere a las uniones civiles o contratos equivalentes que cumplan las exigencias dispuestas en el artículo 12, que no se encuentren inscritos en Chile y que cumplan con los requisitos de la Ley N°20.830. Para invocar estos actos en nuestro país será menester que se proceda previamente a su inscripción en el Registro Especial de Uniones Civiles, contemplado en el artículo 6°, disponiéndose que las formalidades que establece este precepto se ajustarán a un reglamento dictado conforme lo prevé el artículo 48 de la misma ley.

Finalmente, son aplicables al acuerdo de unión civil los llamados "bienes familiares", institución regulada en los artículos 141 a 149 del Código Civil, cualquiera que sea el régimen de bienes de los convivientes. Es bien obvio que este derecho tendrá mayor importancia tratándose de convivientes heterosexuales, ya sea en razón de la descendencia y del derecho de alimentos de que son titulares estos últimos.

Como puede constatar, estas reglas no difieren de lo preceptuado en el mismo Código Civil al regular algunos aspectos de la sociedad conyugal, generándose un pobre y poco imaginativo estatuto legal. Hay que reconocer que todos los preceptos comentados tienen como necesario antecedente lo previsto en el Código Civil. Su aplicación deja en evidencia que el legislador careció de clari-

dad y capacidad creativa, limitándose a reproducir normas que corresponden a otra institución de acuciosa reglamentación jurídica.

### Efectos sucesorios.

c.- Las normas sobre sucesión por causa de muerte, sin duda, constituyen el efecto más importante de este acuerdo de unión civil, alterando el esquema sucesorio consagrado en la ley.

Comencemos por recordar que dicho contrato confiere un nuevo estado civil (convivientes), y da origen al parentesco por afinidad. Sin perjuicio de lo anterior, los contrayentes son considerados parientes para los efectos del artículo 42 del Código Civil. Esta última referencia apunta a remarcar que el conviviente forma parte de la familia. La doctrina, precisamente sobre la base de esta disposición, ha pretendido definir quiénes integran este núcleo fundamental de la sociedad<sup>5</sup>.

El artículo 16 de la Ley que comentamos señala que el *“conviviente civil será heredero intestado y legitimario del otro, y concurrirá en su sucesión de la misma forma y gozará de los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente”*. O sea, por mandato expreso de la ley, se integra el artículo 1182 del Código Civil y todas las demás disposiciones que configuran los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente con los derechos que asisten al conviviente civil. Se amplía esta asimilación a la titularidad de la cuarta de mejoras (artículo 1195 del Código Civil), sin modificarse tampoco la respectiva disposición. En suma, donde se lee *“cónyuge sobreviviente”* deberá agregarse en el futuro *“o conviviente civil”*, puesto que ambas calidades son incompatibles.

Si el conviviente es heredero legitimario del premuerto, ello implica que tiene el carácter de asignatario forzoso. Las mencionadas asignaciones están enumeradas en el artículo 1167 del Código Civil (los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, las legítimas y la cuarta de mejoras). Sin embargo, el conviviente que sobrevive a su pareja no es titular de la asignación forzosa alimenticia, puesto que no tiene derecho de alimentos conforme a la ley. Los títulos que habilitan a reclamar alimentos están señalados en el artículo 321

<sup>5</sup> No es esta nuestra posición, ya que los integrantes de la familia están señalados en el artículo 983 del Código Civil, que enumera a quienes son llamados a la sucesión intestada del causante, precisamente porque forman parte de la familia. Sin embargo, en presencia de lo dispuesto en los artículos 1°, 4° y 16 de la Ley N° 20.830, no cabe duda que, si bien no se modificaron los artículos 42 y 983 del Código Civil, entre los miembros de la familia debe incorporarse al *“conviviente civil”*, atendida su participación en la sucesión del premuerto y al hecho de considerárseles *“pariente”* por expreso mandato de la ley. Es curiosa la técnica legislativa empleada en esta rama del derecho, ya que debieron modificarse derechamente los artículos indicados (42 y 983 del Código Civil), sistematizando con mayor rigor esta materia. Lo propio ocurre al conferirse al conviviente derechos sucesorios sin afectarse la redacción y contenido de las normas contenidas en el Código Civil.

del Código Civil y entre sus titulares no se encuentra el conviviente civil. Por lo tanto, puede decirse que el conviviente civil es un **legitimario limitado**, que accede a la legítima que le corresponde (rigorosa o efectiva) y a la cuarta de mejoras con que el causante lo favoreció.

Salta a la vista el primer problema. ¿Qué ocurre en el evento de que al fallecimiento del conviviente premuerto, este se hallaba ligado por vínculo matrimonial no disuelto o por contrato de unión civil anterior? En este supuesto, es indiferente qué ocurrió primero, ya que no puede contraerse matrimonio estando ligado válidamente por acuerdo de unión civil (salvo que se trate de los mismos convivientes), ni celebrarse contrato de unión civil encontrándose casado válidamente. Sin perjuicio de lo que se dirá a propósito de las normas que regulan la nulidad del acuerdo de unión civil, debe entenderse que la porción hereditaria que corresponda al cónyuge sobreviviente o conviviente civil anterior deberá repartirse por iguales partes entre ambos concurrentes. La solución propuesta es la misma que corresponde aplicar cuando subsisten dos matrimonios luego del fallecimiento del cónyuge premuerto y no se reclama la nulidad del segundo matrimonio. En otras palabras, puede suceder que un conviviente civil, al momento de abrirse su sucesión (delación de la herencia), esté ligado por vínculo matrimonial no disuelto o por un acuerdo de unión civil anterior. Concurren a la sucesión, por consiguiente, ambos interesados (cónyuge y conviviente civil). Empero el cónyuge sobreviviente podrá demandar la nulidad del acuerdo de unión civil posterior al matrimonio (artículos 5° N° 2, 46, 47 y 48 de la Ley de Matrimonio Civil), pero el conviviente civil no podrá demandar la nulidad del matrimonio posterior (carece de legitimación activa). En efecto, el artículo 47 de la Ley N° 19.947 dispone que la acción de nulidad de matrimonio solo puede intentarse mientras vivan ambos cónyuges, salvo los casos especiales establecidos en el artículo 46, entre los cuales no se encuentra el derecho del conviviente civil para reclamar la nulidad de un matrimonio celebrado en contravención al artículo 5° N° 2 de la indicada Ley de Matrimonio Civil. Otra manifestación de la calidad de legitimario limitado.

Atendido el hecho de que el conviviente civil es legitimario, titular de una asignación forzosa, puede ser desheredado por las tres primeras causales del artículo 1208 del Código Civil. Asimismo e innecesariamente, se agrega (artículo 18 de la Ley 20.830) que los derechos hereditarios del conviviente que sobrevive solo tendrán lugar si al momento de producirse la delación de la herencia el acuerdo de unión civil subsiste y no ha expirado.

La Ley N°20.830 va todavía más lejos. Reiterando lo ya dispuesto, agrega que al conviviente civil que sobrevive le corresponde el derecho preferente consagrado en la regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil. Lo indicado para conservar el uso de la casa habitación en que vive y que sirvió de vivienda principal de la



familia, además del mobiliario que la guarnece. La regla indicada hace extensivo este derecho de adjudicación preferente, y al otorgamiento de los derechos de uso y habitación para el caso que el valor del inmueble y los bienes que lo guarnecen excedan la cuota hereditaria. Esta norma está inspirada en un claro sentido humanitario, puesto que despojar de su vivienda al sobreviviente (sea cónyuge o conviviente civil) constituye un exceso. Tampoco puede originarse un problema en el supuesto que el causante hubiere estado unido por vínculo matrimonial y acuerdo de unión civil al momento de abrirse su sucesión, o por dos acuerdos de unión civil vigentes, ya que el beneficio de que se trata solo puede reclamarlo quien vive efectivamente en la vivienda, cuestión de hecho susceptible de acreditarse.

La ley concede legitimación activa al conviviente para reclamar las indemnizaciones derivadas de los perjuicios que se hubieren causado al premuerto, haciendo extensiva esta facultad a cualquier reclamo indemnizatorio en caso que el otro conviviente esté imposibilitado de ejercer por sí mismo las acciones y derechos que le corresponden (artículo 20).

De las disposiciones citadas se infiere que el legislador ha instituido efectivamente un “submatrimonio”, puesto que sus efectos son en gran parte asimilables al contrato de matrimonio, al menos en lo substancial. Lo inédito, hasta hoy, es el reconocimiento de uniones civiles entre personas del mismo sexo con efectos jurídicos tan trascendentales. La regulación de parejas heterosexuales no puede extrañar a nadie, tanto más si se tiene en cuenta la necesidad de fortalecer los diversos modelos de familia en una sociedad cruzada por valores muchas veces disímiles y la recepción que esta situación ha tenido en nuestra jurisprudencia. Esta nueva institución se caracteriza, creemos nosotros, por la fragilidad y probable temporalidad del vínculo, susceptible de contraerse y disolverse con extrema facilidad. ¿Es esto lo que Chile necesita? ¿Serán estas disposiciones un incentivo real para que las parejas regularicen los efectos de la convivencia o, a la inversa, se deteriorará todavía más el matrimonio, sin duda, fuente y defensa esencial de la familia? No podemos menos que asombrarnos de la facilidad con que se arremete contra instituciones fundamentales, a pretexto de que debemos acomodarnos a las cambiantes tendencias de los tiempos. Esta ley es una manifestación más de este fenómeno que seguirá provocando confusión e inestabilidad.

### **Efectos previsionales y de seguridad social.**

d.- Finalmente, el acuerdo de unión civil produce efectos de importancia en el campo de la seguridad y previsión social, para lo cual se modifica una serie de cuerpos legales. El artículo 29 permite a cualquiera de los convivientes ser carga del otro, incorporándose al Régimen Público de Salud o al sistema privado de salud. Del mismo modo, se fijan los requisitos para que el conviviente civil

pueda ser beneficiario de pensión de sobrevivencia y acceda a otros beneficios. A este respecto se modifica el Decreto Ley N°3.500 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social de 1980 sobre sistema de pensiones. Igualmente, se modifica la Ley N° 20.255 que establece la reforma previsional.

Como puede comprobarse, se adapta la legislación sobre previsión y seguridad social, a fin de que el conviviente ocupe el mismo lugar que asiste al cónyuge, sea en vida del otro conviviente o con ocasión de su muerte. De allí las numerosas reformas que sobre este tipo de derechos y prestaciones dispone la Ley N° 20.830.

### **Efectos de la presunción de paternidad tratándose de convivientes de distinto sexo.**

Por último, la ley remite el acuerdo de unión civil, cuando ha sido contraído por personas de diverso sexo, a las disposiciones del artículo 184 del Código Civil. Por consiguiente, se presume la paternidad del conviviente varón respecto de los hijos nacidos después de celebrado el contrato de unión civil y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución. No se aplica esta presunción al que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al acuerdo de unión civil, si el conviviente no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de celebrarse el acuerdo y desconoce judicialmente su paternidad. Para el ejercicio de esta acción, el artículo 184 del Código Civil se remite a los artículos 212 y siguientes, también aplicables al conviviente varón. En todo caso, no puede el conviviente civil ejercer la acción de impugnación de paternidad si por actos positivos ha reconocido al hijo después de nacido. En lo demás no se aplica la presunción a los convivientes porque los efectos señalados en la norma se refieren a la "separación judicial", instituto que no está contemplado en la Ley N°20.830.

Hasta aquí los principales efectos que atribuimos al acuerdo de vida en común.

## **VII.- Tentativa de igualación del matrimonio y el acuerdo de unión civil.**

La ley que analizamos se pronuncia derechamente por el máximo acercamiento entre el matrimonio y el acuerdo de unión civil, sin lograrlo ciertamente. En el afán indicado, se incluyen varias disposiciones que apuntan en esta dirección con carácter general.

Comencemos por recordar lo que dispone el artículo 16 inciso 1°, que señala que el conviviente civil concurrirá en la sucesión del premuerto *"de la misma forma y gozará de los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente"*.

Salvo que se trate de una asignación forzosa –alimentos que por ley se deban a ciertas personas– en lo demás hay plena similitud entre ambas calidades. Lo indicado reviste máxima importancia si se tiene en consideración que el cónyuge sobreviviente y, por lo tanto, el conviviente civil, es un **legitimario calificado**, atendiendo a los beneficios que le asigna la ley.

El artículo 23 de esta ley, con una irritante generalidad que alentará, sin duda, variadas interpretaciones, dispone que *“Todas la inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que las leyes y reglamentos establecen respecto de los cónyuges se harán extensivas, de pleno derecho, a los convivientes civiles”*. No parece ser esta una buena técnica legislativa, tanto más si se tiene en consideración que tal declaración producirá efectos en todas las ramas del derecho. A lo menos, se produce, en este caso, un desorden normativo no siempre fácil de resolver.

Complementa la declaración que antecede lo previsto en el artículo 24, que reza como sigue: *“Las leyes y reglamentos que hacen alusión a los convivientes, sea con esta expresión u otras que puedan entenderse referidas a ellos, serán igualmente aplicables a los convivientes civiles”*.

Por último, el artículo 25 hace aplicables a los convivientes los artículos 450 y 462 N°1 del Código Civil. Este mandato es absolutamente innecesario, ya que está comprendido en lo ordenado en el artículo 23 ya transcrito. El primero de los artículos invocados dispone que ninguno de los cónyuges podrá ser curador del otro declarado disipador. El segundo dispone que se deferirá la curaduría del demente a su cónyuge no separado judicialmente, sin perjuicio de lo que ordena el artículo 503. Este último, a su vez, en lo que interesa, prescribe que el marido y la mujer no podrán ser curadores del otro cónyuge si están totalmente separados de bienes. ¿Se aplica esta norma a los convivientes civiles en el entendido que la inhabilidad procede al estar “separados de bienes”? ¿Es equivalente la separación de bienes en el matrimonio y la separación de bienes en el acuerdo de unión civil? Nos inclinamos por aplicar esta inhabilidad de la manera indicada, ya que ella opera a favor del conviviente llamado a asumir la curaduría cuando sus intereses patrimoniales están comprometidos con los del pupilo. Si existe entre ambos comunidad de bienes, parece lógico que no se inhabilite al conviviente civil para asumir la curaduría de su pareja.

A través de todo este trabajo se observa claramente la intención del legislador de crear una institución que se aproxime al matrimonio por dos razones fundamentales: instar a las parejas a regularizar la convivencia sin hallarse sujetos a una demasiado estricta regulación jurídica; y reconocer como fuente de derechos y obligaciones la unión de parejas homosexuales.

## VIII.- Término del acuerdo de unión civil.

El contrato de acuerdo de unión civil termina por las siguientes causales:

### 1.- La muerte natural de uno de los convivientes civiles.

Sobre esta causal es necesario señalar que ella opera en los términos establecidos en el Decreto N°240 del Ministerio de Salud y publicado en el Diario Oficial el día 3 de diciembre de 1983. Nos referimos al Reglamento del Libro IX del Código Sanitario, que trata del aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante muerto. El artículo 12 de esta normativa dispone que para los efectos de certificar la muerte de donante de órganos debe seguirse un cierto procedimiento, cuyo finalidad es *“comprobar la abolición, total e irreversible, de todas las funciones encefálicas”*. Atendido el hecho de que el artículo 78 del Código Civil no define la “muerte natural”, debe recurrirse a la integración de una laguna legal y aplicar, para este efecto, la analogía, los principios generales de derecho y, finalmente, la equidad natural. Si para aprovechar los órganos de un cadáver debe entenderse que la muerte natural tiene un cierto alcance, en virtud de lo previsto, entre otros, en los artículos 22 y 24 del Código Civil, deberá estimarse que ello ocurre en la misma forma en los demás casos en que las normas se refieran a la muerte natural. Esta premisa se funda en la presunta coherencia y armonía del ordenamiento normativo. Cuando el legislador, para el aprovechamiento de los órganos de una persona muerta, establece cuándo se extingue la existencia legal, no puede considerarse en forma diversa en los casos análogos. Por consiguiente, la muerte natural consiste en la abolición, definitiva e irreversible, de las funciones encefálicas para los efectos de la terminación del acuerdo de unión civil.

### 2.- La muerte presunta de uno de los convivientes civiles.

En esta causal la Ley N°20.830 se remite al artículo 43 de la Ley Sobre Matrimonio Civil. Esta última comienza estableciendo que el matrimonio termina transcurridos **diez años** desde la fecha de las últimas noticias del desaparecido, fijada en la sentencia que declara la presunción de muerte (regla general). El matrimonio y ahora el acuerdo de unión civil, por lo tanto, se prolonga largamente después de declarado muerto al desaparecido. Las excepciones a esta regla son las siguientes: a) el plazo es de **cinco años** si se comprueba que desde la fecha de las últimas noticias han transcurrido setenta años desde su nacimiento, o cuando el desaparecido recibió una herida grave en la guerra, o le sobrevino otro peligro semejante y no se ha sabido más de él; b) el plazo es de **un año** desde el día presuntivo de la muerte en caso de pérdida de una nave o aeronave que no apareciere en los siguientes tres meses de la fecha de las últimas noticias que se tuvieron del desaparecido, o cuando ha ocurrido un sismo o catástrofe que provoque o haya podido provocar la muerte de

numerosas personas en determinadas poblaciones o regiones. Nótese que en el primer caso los diez años se computan desde la fecha de las últimas noticias fijada en la sentencia que declara la presunción de muerte; en el segundo caso, los cinco años se computan también desde las últimas noticias; y en el tercer caso, el año se computa desde el día presuntivo de la muerte fijado en la respectiva resolución judicial.

A propósito de esta causal, se dispone que el acuerdo de unión civil termina, también, por la comprobación judicial de la muerte de uno de los convivientes civiles, en los términos prescritos en los artículos 95 y 96 del Código Civil. Se trata, sin duda, de una causal genérica de muerte presunta que arranca de la desaparición de una persona cuando ella se *"hubiere producido en circunstancias tales que la muerte puede ser tenida como cierta, aun cuando su cadáver no fuere hallado"*. Las dos normas citadas regulan esta situación que, a decir verdad, oculta hechos muy dolorosos de una etapa extraordinariamente difícil de nuestra historia.

Como puede apreciarse, en esta causal se confunden matrimonio y acuerdo de unión civil, dejando, una vez más, de manifiesto la intención de aproximar ambas instituciones.

### **3.- Matrimonio de los convivientes civiles entre sí.**

Como es obvio, los convivientes heterosexuales pueden hallarse habilitados para contraer matrimonio. De aquí que al enunciado de esta causal se agregue *"cuando (el matrimonio) proceda"*. No procederá en todos los casos en que los contrayentes no estén habilitados para hacerlo, como ocurre cuando uno o ambos convivientes civiles estén privados de razón, o carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio u otras causales de nulidad dispuestas en la ley.

Habida consideración de que no coinciden las causales de nulidad del acuerdo de unión civil con las causales de nulidad de matrimonio, es posible que termine la unión civil en virtud de la celebración de un matrimonio (cuando ello es posible) y, posteriormente, este último sea declarado nulo. La Ley N°20.830 dispone que el término del acuerdo de unión civil *"restituirá a los contrayentes al estado civil que tenían antes de celebrarse este contrato"*, salvo cuando la terminación se produce por matrimonio de los contrayentes, según artículo 26 letra c). Ahora bien, declarada la nulidad del matrimonio que puso fin al acuerdo de unión civil ¿revive este último contrato? Estimamos que la disposición trascrita no puede aplicarse extensivamente por tratarse de una excepción, de modo que la restitución de un cierto estado civil perdido por causa legal solo puede invocarse en el caso preciso instituido en la norma. Así

las cosas, la extinción del acuerdo de unión civil por causa de un matrimonio posteriormente declarado nulo debe estimarse definitiva, sin que reviva por ello el acuerdo de unión civil anterior. La extinción de este último restablece el estado civil anterior de los convivientes, salvo cuando se trate de un matrimonio posterior entre ellos, si procediere.

En otras palabras, la Ley 20.830 en su artículo 1° dispone que el término de este acuerdo restituirá a los contrayentes el estado civil que tenían antes de celebrarse este contrato. Por lo tanto, el restablecimiento del estado civil anterior proviene de la terminación del acuerdo de unión civil no de la terminación del matrimonio. En esta última hipótesis, el acuerdo de unión civil no revive.

#### **4.- Mutuo acuerdo de los convivientes civiles.**

Para dar seriedad a esta decisión, la ley exige escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil. Debió, además, haberse exigido la subinscripción en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil, en donde se practicó la inscripción ordenada en el artículo 6° inciso 1°.

Esta causal responde al principio de que las cosas en derecho se deshacen de la misma manera en que se hacen. Sin embargo, en derecho de familia (la Ley N°20.830 debe calificarse como tal), la resciliación o mutuo disenso no tiene aplicación como sucede en el campo del derecho patrimonial. Con todo, si la ley lo autoriza, pueden las partes poner término a un contrato obrando de consuno.

¿Qué sucede si la resciliación no se subinscribe en el Registro respectivo? Indudablemente el acto será inoponible a terceros (por falta de publicidad), lo cual cobra importancia para efectos patrimoniales si entre los convivientes existe régimen de comunidad de bienes. No puede perderse de vista que tratándose de derechos comunitarios, ellos pueden ser perseguidos por los acreedores de uno y otro conviviente. No ocurre lo mismo en la sociedad conyugal, ya que tratándose de los bienes sociales, no puede perseguirse a la mujer por imperativo de los artículos 1752 y 1749 del Código Civil. Durante la sociedad conyugal la mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales (solo una mera expectativa), lo que no ocurre en presencia de un acuerdo de unión civil.

En el supuesto que la resciliación o mutuo disenso, sea declarado nulo por cualquier vicio o falta de requisitos que acarree esta sanción, la comunidad de que trata el artículo 15 perdurará, siempre sobre la base de las reglas que rigen el cuasicontrato de comunidad. Si no existe comunidad entre los convivientes civiles (separación total de bienes), la subinscripción que reclamamos no tiene trascendencia alguna para los intereses de terceros.

La resciliación que pone término al acuerdo de unión civil opera hacia el futuro y no tiene efecto retroactivo. Ello implica que todo lo obrado durante la vigencia de este contrato debe ceñirse a lo previsto en el Ley N°20.830. Por lo tanto, como se señaló en las páginas anteriores, deberá liquidarse la comunidad, sea por los convivientes de común acuerdo o sus herederos, o por un juez partidador designado de acuerdo a las reglas generales, pudiendo, incluso, tener el carácter de árbitro arbitrador. Mientras no se liquide la comunidad, ella seguirá sujeta a las disposiciones del Párrafo 3° del Título xxxiv del Libro IV del Código Civil.

### **5.- Voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles.**

El conviviente que decida poner fin a este acuerdo de unión civil deberá manifestarlo en escritura pública o acta extendida ante oficial del Registro Civil. La causal indicada hace que este contrato sea esencialmente precario porque depende, excepcionalmente, de la sola voluntad de quien desea ponerle término. No es necesario, por lo mismo, que exista una causa susceptible de calificarse por el juez, ni siquiera que se exprese en la manifestación terminal de voluntad. Se trata, entonces, de un derecho absoluto.

La ley dispone (artículo 26 N°5 letra e) inciso 2°) que deberá notificarse al otro conviviente civil, mediante una gestión judicial voluntaria (no hay controversia), ante tribunal con competencia en materia de familia, pudiendo comparecer personalmente. Para asegurar la seriedad de la diligencia, la ley dispone que la notificación deberá practicarse por medio de receptor judicial (ministro de fe), en el plazo de 20 días hábiles siguientes a la subinscripción de la referida escritura o acta, al margen de la inscripción del acuerdo de unión civil, efectuada en el registro especial que dispone el artículo 6°. De lo anterior deducimos que el instrumento que da cuenta de la voluntad de poner término al acuerdo de unión civil debe subinscribirse y notificarse en el plazo de 20 días hábiles. Si en dicho plazo no se practica la subinscripción, la declaración unilateral de voluntad caduca por el solo ministerio de la ley.

El inciso 4° de la letra e) del artículo 26 se pone en el supuesto que no se practique la notificación, señalando que ello no afectará el término del acuerdo de unión civil, pero se hace responsable al contratante negligente de los perjuicios que puedan irrogarse al otro contratante.

Es cierto que nada dice la ley sobre las consecuencias que se siguen si no se practica la subinscripción de la escritura o acta en que consta la voluntad de poner término al acuerdo de unión civil. A nuestro juicio, se trata de una omisión fruto de una mala técnica legislativa. La única solución posible es admitir que se trata de una gestión (la subinscripción) que no puede mantenerse en reserva para emplearla según las circunstancias. Para resolver esta situación debe considerarse que si se fijó un plazo para notificar el instrumento indica-

do (escritura pública o acta otorgada ante oficial civil), y éste supone haber practicado la subinscripción, es bien obvio que esta exigencia ha debido cumplirse antes de la expiración del plazo ya indicado. De lo contrario, el plazo señalado en términos tan perentorios no se justifica. Más aún, la ley limita los efectos de la notificación (su incumplimiento no afecta el término del acuerdo de unión civil), pero no se pronuncia sobre la falta de subinscripción. Aplicar a esta última las mismas reglas dadas para la notificación implicaría extender indebidamente sus efectos.

La misma ley relevó de la obligación de notificar en caso que el conviviente se encontrara desaparecido, o se ignorara su paradero, o haya dejado de estar en comunicación con los suyos. En dichos casos no es posible practicar la notificación por razones obvias. Para clausurar cualquier conflicto se agrega que, *“en todo caso, no podrá alegarse ignorancia transcurridos tres meses de efectuada la subinscripción a que se refiere el inciso precedente”*. Por consiguiente, practicada la subinscripción, la voluntad de poner término a este contrato operará plenamente por el solo transcurso del tiempo. La disposición trascrita constituye una presunción de derecho (de la subinscripción se deduce el conocimiento por el solo transcurso de tres meses). Lo anterior debió expresarse como presunción para una mejor comprensión de estos preceptos.

Resta todavía determinar qué ocurre cuando practicada la subinscripción no se ha notificado al otro conviviente civil. Ya hemos señalado que al cabo de tres meses se presume que se tiene conocimiento de la escritura o acta respectiva. Pero ¿cuál es la situación de los convivientes en el curso del referido plazo? Creemos que la respuesta más conservadora es concluir que la determinación de poner término al acuerdo de unión civil es inoponible a terceros y al otro conviviente.

Parece indispensable precisar cuándo se entiende terminado el acuerdo de unión civil, cuestión que puede incidir tanto en las relaciones personales (cuando, por ejemplo, se celebra un nuevo acuerdo de unión civil o el contrato de matrimonio), como patrimoniales (cuando, por ejemplo, se adquiere a título oneroso un bien existiendo comunidad). Pueden presentarse varias situaciones:

- a.- Si se manifestó la voluntad de poner término al acuerdo de unión civil por escritura pública o acta levantada por oficial del Registro Civil, se subinscribe en el Registro Especial de Uniones Civiles, y se notifica al otro conviviente, el contrato habrá terminado al momento de practicarse la notificación por receptor judicial;
- b.- Si se ha subinscrito el acta o escritura pública antes señalada dentro de los veinte días siguientes, pero no se ha practicado la notificación, el



acuerdo de unión civil terminará al cabo de tres meses contados desde la fecha de la subinscripción.

- c.- Si transcurren veinte días desde la escritura pública o acta levantada ante oficial del Registro Civil en que se pone término unilateralmente al acuerdo de unión civil, y no se practica la subinscripción respectiva, caduca la declaración y no surte efecto alguno, subsistiendo el contrato.

Esta última afirmación puede provocar discusión. No hay en la ley referencia alguna a la oportunidad en que debe procederse a la subinscripción. Sin embargo, si la hay al prescribirse el procedimiento que debe seguirse (expresión solemne de voluntad, subinscripción y notificación). No cabe duda que si la ley estableció imperativamente un plazo para notificar, debiendo ello ocurrir dentro de los veinte días siguientes hábiles a la subinscripción, se deduce que esta última debe practicarse en el mismo plazo (máximo veinte días hábiles). No nos parece admisible la tesis según la cual la subinscripción puede practicarse en cualquier tiempo y, a partir de entonces, empezar a correr el plazo para notificar.

Lo que manifestamos, aparentemente, carece de importancia, porque puede renovarse la voluntad unilateral de poner término al acuerdo de unión civil, tantas veces como se quiera. Empero, pueden existir efectos que hagan variar sustancialmente los efectos, tanto respecto de los bienes como de las relaciones personales.

Transcurridos, entonces, veinte días contados desde la fecha de la escritura pública o acta levantada ante oficial del Registro Civil, sin practicar la subinscripción correspondiente, caducará la declaración de voluntad y se presumirá que ella no se ha formulado jamás. La caducidad se desprende del hecho que el procedimiento instituido en la ley no puede completarse de la manera en que está prescrito.

Como puede constatarse, la ley dejó varios vacíos que deberán llenarse por el intérprete al sistematizar este estatuto.

## **6.- Declaración judicial de nulidad del acuerdo.**

Esta causal se halla regulada en el artículo 26 letra f) de la Ley N°20.830. Comienza este precepto señalando que la sentencia ejecutoriada que se pronuncie declarando la nulidad del acuerdo de unión civil deberá subinscribirse al margen de la inscripción practicada, según dispone el artículo 6° (inscripción del contrato de unión civil en el Registro Especial de Uniones Civiles). Agrega que sin este requisito no será oponible a terceros, sino desde que esta subinscripción se verifique. Queda perfectamente claro que la sentencia ejecutoriada que declara

la nulidad produce todos sus efectos entre las partes sin otra exigencia, pero no tiene efecto respecto de terceros por falta de publicidad.

Las causales de nulidad están expresamente recogidas en los artículos 7°, 8° y 9° de la Ley N°20.830. A nuestro juicio, la nulidad a que se refiere el artículo 26 letra f) de la Ley N°20.830, es **expresa**, puesto que es la misma ley la que la declara, correspondiendo al juez la simple tarea de constatarla (situación semejante a la condición resolutoria ordinaria).<sup>6</sup>

Abona la interpretación expuesta el hecho de que el artículo 26 letra f) inciso 3°, al tratar de la titularidad de la acción de nulidad (expresa), señale que ella corresponde a los "*presuntos convivientes civiles*". Esta calidad solo puede emanar de un juicio anticipado sobre falta de validez jurídica. Recordemos que, tratándose de nulidades virtuales, el acto es provisionalmente válido y ello cesa cuando una sentencia judicial ejecutoriada declara la nulidad.

La ley, curiosamente, nada dice sobre si este contrato infringe el artículo 5° inciso 1° que ordena celebrarlo en el Servicio de Registro Civil e Identificación y ante cualquier oficial. Surge, entonces, una cuestión de fondo: se trata de un acto inexistente o de un acto nulo. A primera vista, pareciera que, como acuerdo de unión civil, el acto o contrato no existe, puesto que la voluntad idónea para generarlo debe manifestarse en la forma prescrita en la ley. Si tal no ocurre, carece de un elemento esencial. Lo anterior no excluye la posibilidad de que, por aplicación de lo previsto en el artículo 1444 del Código Civil, el acto degenera en otro contrato diferente. Tal sucederá, por ejemplo, cuando los contratantes reconozcan, en una escritura pública, por ejemplo, la existencia de una comunidad o convengan ejecutar una tarea común distribuyéndose las utilidades que de ello provengan.

En consecuencia, si se celebrara el acuerdo de unión civil ante un notario público chileno u otro ministro de fe (p.ej. un cónsul de Chile en el extranjero), tal contrato sería inexistente, sin perjuicio de que algunas de sus estipulaciones puedan degenerar en otro contrato, provocando los efectos que en cada caso regula la ley. Esta parece ser la filosofía que anima al legislador en la materia. Recordemos que el inciso final del artículo 12 de la Ley N°20.830, por ejemplo,

<sup>6</sup> La alusión a la nulidad expresa corresponde a la terminología empleada en la teoría bimembre de la nulidad de que trata nuestro libro sobre "Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno. Teoría Bimembre de la nulidad". Editorial Jurídica de Chile. Año 1995. En aquel trabajo se sostiene que en numerosas disposiciones la ley ordena que un acto, que cuenta con todo sus elementos para existir como tal, sea nulo. Se trata de actos perfectamente singularizados, en que pueden o no concurrir vicios de nulidad, sin embargo de lo cual el legislador, en forma imperativa, declara la nulidad directamente. Las nulidades pueden ser entonces: originarias y virtuales. A su vez, las primeras pueden ser radicales (cuando la ley declara que el acto no existe o se tiene por no escrito o no produce efecto alguno), y expresas o directas. Las segundas (nulidades virtuales), pueden ser absolutas o relativas. Se trata de una nueva teoría sobre la nulidad, fundada en lo que la ley ordena en cada caso. Como es obvio, el estatuto jurídico de cada nulidad difiere fundamentalmente.

reconoce en Chile el matrimonio celebrado en el extranjero entre dos personas del mismo sexo, pero le atribuye los efectos del acuerdo de unión civil si cumple las reglas establecidas en esta ley. La llamada teoría de la conversión del acto nulo se encuentra presente en las normas que examinamos.

La acción de nulidad a que se refieren los artículos 7°, 8° y 9° corresponden a cualquiera de los *"presuntos convivientes civiles"*, pudiendo ejercerse mientras vivan, salvo las excepciones consignadas en la ley. Por consiguiente, la muerte de uno de los convivientes civiles, dice la ley, extingue la acción de nulidad, salvo cuando el acuerdo se haya celebrado en artículo de muerte o que la causal en que se funda la acción sea la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto o un acuerdo de unión civil vigente. En ambos casos subsiste la acción de nulidad por un año, contado desde el fallecimiento, y se radica en los herederos del conviviente premuerto. Si la acción de nulidad deriva de vínculo matrimonial no disuelto o acuerdo de unión civil vigente, la acción de nulidad corresponderá también al cónyuge sobreviviente o conviviente civil anterior o a sus herederos.

Si el contrato fue celebrado por un menor de 18 años, la acción de nulidad corresponde al menor y a sus ascendientes, pero prescribirá al cabo de un año a contar del día en que el menor haya cumplido la mayoría de edad.

Si para la celebración del acuerdo de unión civil se empleó la fuerza, en los términos mencionados en lo precedente, ya sea contra uno o ambos contratantes, o cuando se ha incurrido en error acerca de la identidad de la persona con que se contrata, la acción de nulidad corresponde a quien ha sufrido la fuerza, extinguiéndose al cabo de un año contado desde que cese la fuerza o se haya celebrado el contrato si se trata de un error sobre la identidad del otro contratante.

Señala la ley que si notificada la demanda de nulidad muere uno de los convivientes civiles, *"podrá el tribunal seguir conociendo de la acción y dictar sentencia definitiva sobre el fondo del asunto"*. ¿Implica ello que el juez está facultado para discrecionalmente seguir el juicio o ponerle fin? Creemos que se trata de una deficiente redacción de la norma. Requerido por el conviviente que subsiste o los herederos del conviviente premuerto, el juez está obligado a proseguir la tramitación de la causa y pronunciar sentencia, puesto que ello tiene importancia en la liquidación de la respectiva comunidad, cuando la hubiere, u otras prestaciones de carácter patrimonial.

Resta resolver qué ocurre cuando los convivientes fallecen al mismo tiempo (comurientes), o no es posible determinar cuál de ellos murió primero. Esta situación está expresamente resuelta, con carácter general, en el artículo 79 del Código Civil. Se dispone a este respecto que dichas personas (en este caso los convivientes) han perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas ha

sobrevivido a la otra. La conclusión, entonces, sería que ninguno de los convivientes se hereda y si existe comunidad de bienes, ella se extingue procediendo su liquidación (partición).

Como resulta fácil constatar, la mayor parte de estas disposiciones no es más que la transcripción de las normas de la Ley de Matrimonio Civil. Llama la atención que se reglamente con cierta prolijidad la nulidad de un acto o contrato que puede terminar, como se analizó en las páginas precedentes, por voluntad unilateral de cualquiera de los convivientes.

Concluye el Título VI de la Ley 20.830 con el artículo 28, conforme al cual el término del acuerdo de unión civil pone fin (extingue) a todas las obligaciones y derechos cuya titularidad y ejercicio deriven de la vigencia del contrato. No se advierte la razón de ser de esta norma, si resulta obvio que extinguida una cierta relación jurídica, deja ella de producir efectos. Es probable que el legislador haya querido anticiparse a clausurar toda posibilidad de dar al contrato extinguido efecto putativo, semejante a lo que la ley dispone sobre el matrimonio celebrado de buena fe y con justa causa de error por uno de los contrayentes (artículo 51 de la Ley de Matrimonio Civil).

### **IX.- Modificación de otros cuerpos legales.**

Los artículos 29 y siguientes de la Ley N° 20.830 modifican numerosos cuerpos legales, con el fin de otorgar al conviviente civil los mismos derechos de que goza el cónyuge, sea durante la vigencia del acuerdo de unión civil o una vez terminado.

Entre ellos lo concerniente al Régimen Público de Salud y del Sistema Privado de Salud (contemplado en los Libros II y III, respectivamente, del Decreto con Fuerza de Ley N°1, del Ministerio de Salud, promulgado el año 2005 y publicado el año 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469), en el sentido que el acuerdo de unión civil celebrado conforme a la Ley 20.830 *“permitirá a cualquiera de los convivientes civiles ser carga del otro”*. Lo anterior es consecuencia de la relación de parentesco de los convivientes y del estado civil creado por la ley (artículo 29).

El artículo 30 introduce varias modificaciones al Decreto Ley N° 3.500 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social de 1980, que establece un nuevo sistema de pensiones. Interesa destacar que para ser beneficiario o beneficiaria de pensión de sobrevivencia, el conviviente civil sobreviviente debe ser soltero, viudo o divorciado y haber suscrito un acuerdo de unión civil que se encuentre vigente al momento del fallecimiento del causante, *“a lo menos con un año de*

*anterioridad a la fecha de dicho fallecimiento, o tres años si el acuerdo de unión civil se celebró siendo el o la causante pensionada de vejez o invalidez”.*

El artículo 31 modifica la Ley N° 20.255, que establece la reforma previsional, agregando, entre los beneficiarios, al conviviente civil.

El artículo 32 modifica el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo, dando derecho al conviviente civil, en caso de fallecimiento del funcionario público, a percibir la remuneración que a éste corresponda hasta el último día del mes en que ocurriera el deceso, y a percibir el desahucio que habría correspondido al funcionario si se hubiere retirado a la fecha del fallecimiento. En tal caso, concurriendo otros herederos, el derecho al desahucio integra el haber de la herencia.

El artículo 33 modifica la Ley N° 18.883 que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, dando al conviviente civil los mismos derechos que le reconoce el Estatuto Administrativo (párrafo anterior).

El artículo 34 modifica los artículos 165 y 445 del Código de Procedimiento Civil relativos al derecho de suspender en los tribunales colegiados la vista de la causa en caso de fallecimiento del conviviente civil y sobre inembargabilidad de bienes en el juicio ejecutivo.

El artículo 35 introduce modificaciones en el Código Orgánico de Tribunales a los artículos 195 sobre causales de implicancia; 196 sobre causales de recusación; 259 sobre requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para ser nombrado ministro de corte de apelaciones; 260 sobre ingreso al Escalafón Secundario del Poder Judicial; 316 sobre prohibición a los jueces de ejercer la abogacía; y 479 sobre prohibición del ejercicio de la abogacía a los auxiliares de la administración de justicia. En todas estas disposiciones se asimila al cónyuge con el conviviente civil.

El artículo 36 modifica el artículo 30 de la Ley N° 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, haciendo extensiva al conviviente civil la protección que se brinda a los testigos en el Código Procesal Penal y a otros intervinientes en el juicio, ante un riesgo o peligro grave para la vida o la integridad física.

El artículo 37 sustituye el artículo 1° de la Ley N° 20.340, que regula los actos y contratos que se pueden celebrar respecto de viviendas adquiridas con el respaldo de los programas habitacionales estatales, permitiendo al conviviente civil, cualquiera que sea el régimen de bienes por el cual haya optado, intervenir en los actos destinados a renegociar, repactar o novar los créditos obtenidos para el financiamiento de las viviendas cuya adquisición o construcción haya

sido financiada, en todo o en parte, por el Estado mediante sus programas habitacionales.

El artículo 38 sustituye el artículo 140 y modifica el inciso 2° del artículo 147 y el artículo 148 del Código Sanitario. El primero sobre la obligación del conviviente civil de dar sepultura al cadáver del otro conviviente y, los segundos, a la facultad de entregar el cadáver del conviviente premuerto para efectos de estudios o investigaciones científicas y sus órganos y tejidos destinarlos a la elaboración de productos terapéuticos y a la realización de injertos.

El artículo 39 introduce numerosas modificaciones al Código Penal, asimilando al conviviente civil al régimen penal del cónyuge. La tendencia es integrar a ambos, respecto de eximentes y agravantes de responsabilidad, encubrimiento, presidio perpetuo calificado, exclusión de responsabilidad del conviviente civil en el delito de violación de correspondencia o papeles de su pareja, responsabilidad en lo relativo al delito de asociación ilícita, responsabilidad penal en el delito de hurto, defraudación y daños que recíprocamente se causaren. Como puede observarse se ha hecho un esfuerzo en colocar al conviviente civil en la misma situación penal que el cónyuge. Lo anterior parece ser un efecto plenamente justificado desde el momento que se reconoce un contrato de unión civil.

El artículo 40 introduce, con el mismo fin, modificaciones al Código Procesal Penal. Todas ellas apuntan en idéntica dirección de manera que las normas referidas al cónyuge comprendan también al conviviente civil.

El artículo 41 modifica el Código del Trabajo y el 42 a la Ley N° 16.271 sobre impuestos a las herencias, asignaciones y donaciones.

El artículo 43 modifica el artículo 15 de la Ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad. El artículo 44 modifica la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil (ya comentado).

El artículo 45 reemplaza el inciso 2° del artículo 226 del Código Civil. Esta disposición otorga al juez la facultad de confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, cuando ambos padres adolecen de una inhabilidad física o moral. El inciso modificado se refiere a la elección de quien los reemplaza, pudiendo recaer este encargo en los consanguíneos de grado más próximo y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda.

A la modificación de otras materias menores se sigue el artículo 48, que reza como sigue: *“Mediante un reglamento, que llevará la firma del Ministro de Justicia, se determinará la forma en que se dará cumplimiento a lo establecido en esta ley”*.

Por consiguiente, corresponde a la potestad reglamentaria del Presidente de la República la tarea de velar por la recta ejecución de esta nueva normativa.

Para dar a la ciudadanía la posibilidad de interiorizarse de estas disposiciones con la debida antelación, se contempló en un artículo transitorio un plazo de vacancia legal, de manera que la ley entra en vigencia seis meses después de su publicación el Diario Oficial (13 de abril de 2015).

Como puede apreciarse, se ha incorporado, al margen del Código respectivo, una institución que consagra un parentesco por afinidad, un estado civil, un régimen de bienes entre personas ligadas por una unión reconocida en la ley.

### **X.- Reglamento de la Ley N°20.830.**

Mediante Decreto Supremo N°510 del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial de 16 de septiembre de 2015, se dictó el Reglamento de la Ley N°20.830, que entró a regir a partir del 22 de octubre del mismo año.

En verdad este instrumento ofrece pocas novedades y no aclara ninguna de las dudas de interpretación que se han registrado a lo largo de este trabajo (tampoco puede asignársele este cometido). Se reiteran en él las disposiciones de la Ley N° 20.830, señalándose en detalle cómo deben cumplirse.

Enumeraremos, resumidamente, aquello que nos parece de mayor interés.

- 1.- En relación a la celebración de acuerdo de unión civil (artículo 4°), se especifica que los contrayentes deberán solicitar hora con cualquier oficial del Registro Civil, indicándose sus nombres, el lugar, día y hora de celebración. *“En caso de requerir la asistencia de un intérprete de señas, deberán indicarlo, así como también señalar si el acuerdo de unión civil se celebrará a través de mandatario especialmente facultado para este efecto”*. Dos comentarios nos merece esta regla. Primero, debió considerarse una lista oficial de intérpretes, atendida la importancia de su tarea, aun cuando éste debe designarse por el servicio. Segundo, la redacción no es muy feliz, ya que el contrato no se celebra *“a través de mandatario”*, sino por medio de mandatario.
- 2.- El artículo 6° del Reglamento se refiere a la celebración del acuerdo de unión civil, reiterando que puede intervenir cualquier oficial civil, sin aludirse a su territorio jurisdiccional (como lo exige el artículo 5° de la ley). El inciso 2° agrega que *“No obstante lo anterior, los acuerdos de unión civil en artículo de muerte pueden celebrarse ante cualquier oficial del Registro Civil y en cualquier lugar”*. Esta disposición plantea dudas sobre su legalidad, ya que la Ley N° 20.830 excluye la facultad del

funcionario público cuando actúa fuera del ámbito de su jurisdicción. ¿Puede el Reglamento ampliar su competencia más allá de lo ordenado en la ley? Estimamos que este precepto contraviene el contenido de la ley y, por lo mismo, excede el marco de la potestad reglamentaria.

3. El artículo 10, ubicado en el párrafo relativo a la celebración del contrato de unión civil, especifica los deberes del oficial del Registro Civil. Destaca entre todos ellos la obligación de dejar constancia de haberse consultado a los contrayentes, quienes deberán declarar bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre varios hechos que configuran causales de nulidad del acuerdo. Creemos que esta norma reviste especial importancia, en presencia de lo prevenido en el artículo 210 del Código Penal, ya comentado.
4. Los artículos 12 y 13 se refieren al Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil, establecido en el artículo 6° de la Ley 20.830, el cual queda a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, tanto respecto de su organización, operación y administración. El Reglamento dispone que el Registro será *“único y centralizado, y estará conformado por el acta de celebración del Acuerdo de Unión Civil levantada por el Oficial del Registro Civil, y demás documentos a que se refiere el artículo 10 de este Reglamento, cuyas inscripciones y/o anotaciones se practicarán de manera sistematizada por medios tecnológicos”*. Por consiguiente, el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil es uno, cubriéndose todo el país y operándose mediante recursos tecnológicos.
5. Los artículos 14, 15 y 16 del Reglamento individualizan los instrumentos que deben inscribirse y las menciones que debe contener cada inscripción. Se trata, entonces, de la sistematización de las diversas inscripciones dispuestas en la ley.
6. El artículo 18 se ocupa de los acuerdos de la *“unión civil o contratos equivalentes no constitutivos de matrimonio, celebrados en el extranjero entre dos chilenos; o entre un chileno y un extranjero”*, destinado a producir efectos en Chile. Para que tal ocurra es necesaria su inscripción en el Registro Especial. Agrega el Reglamento que *“La inscripción en estos casos, podrá ser requerida a través de los Consulados de Chile, los cuales deberán remitir los antecedentes correspondientes al Ministerio de Relaciones Exteriores, quien a su vez los enviará al Servicio de Registro Civil e Identificación para su inscripción en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil”*. Lo anterior debe entenderse, sin perjuicio que la inscripción sea requerida directamente en el Registro Especial, o bien en cualquier oficina del Servicio.



7. En relación al matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo, el artículo 21 del Reglamento reproduce el inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830. Según se comentó en las páginas precedentes, se trata de la aplicación de la teoría de conversión del acto nulo. El artículo 22 agrega la exigencia de acompañar, en estos casos, los documentos originales debidamente autenticados y traducidos, cuando corresponda.
8. Dispone el Reglamento que la información contenida en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil, se entregará por el Servicio mediante certificados y que dichos certificados, expedidos de acuerdo a la Ley Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación *“se otorgarán a petición de cualquier interesado”* (artículo 23).
9. El Reglamento (artículo 24) faculta al Director Nacional del Servicio para ordenar, de oficio o a petición de parte, las rectificaciones de errores u omisiones manifiestos de la inscripción en el Registro Especial.
10. Finalmente, se define en el Reglamento (artículo 24 inciso 2°) el error u omisión manifiestos, señalándose que deberá entenderse como tales *“todos aquellos que se desprendan de la sola lectura de la respectiva inscripción o de los antecedentes que le dieron origen o que la complementan”*.

Hasta aquí las normas más importantes de la reglamentación analizada.

## **XI.- Enjuiciamiento crítico.**

La sola lectura de la Ley N° 20.830 lleva a la inmediata conclusión que se ha hecho un esfuerzo no bien logrado para dar un estatuto jurídico a las relaciones entre personas de diverso sexo que se resisten a contraer matrimonio. De la misma manera, por primera vez, se da una regulación especial a las parejas homosexuales que no contaban con un estatuto que garantizara sus derechos y resolviera los problemas propios de la convivencia, tanto personales como patrimoniales.

Hemos sostenido, antes de la promulgación de esta ley, que el sistema jurídico proporcionaba una serie de instrumentos que aliviaban considerablemente la situación de las personas del mismo sexo que optaban por una vida en común (contratos de sociedad, testamento, cuasicontrato de comunidad, seguros de salud, etcétera). Ciertamente, una ley de esta naturaleza y la modificación de las disposiciones precedentemente invocadas mejoran la posición de dichas parejas y les dan mayores seguridades, al menos en el ámbito propiamente jurídico.

La intención preponderante de los poderes colegisladores fue generar una institución en todo semejante al matrimonio, de menor entidad y mayor inestabilidad, la cual, sin duda, menosprecia la relación de hecho regulada y menoscaba el matrimonio por efecto de la confusión y la liviandad de una burda imitación legislativa. Baste para ello tener en consideración que puede dicho acuerdo terminar por decisión unilateral de los contrayentes, sin asumir mayores responsabilidades, ni afrontar consecuencias derivadas de eventuales daños e incumplimientos. En todo caso, digamos que la ruptura del acuerdo de unión civil por hecho o culpa de uno de los contrayentes generará la responsabilidad que corresponda, conforme las reglas generales (responsabilidad contractual o extracontractual). Por otra parte, con esta ley se profundiza la descodificación que se observa como tendencia legislativa en el último tiempo, generándose un desglose de instituciones que deberían formar parte de un todo orgánico y coherente. La dispersión legislativa, respecto de instituciones que deben formar parte de una normativa general para su adecuada aplicación, atenta contra el perfeccionamiento de la ley en su fase interpretativa, que es la llave maestra para actualizarla y eliminar sus ripios e impurezas.

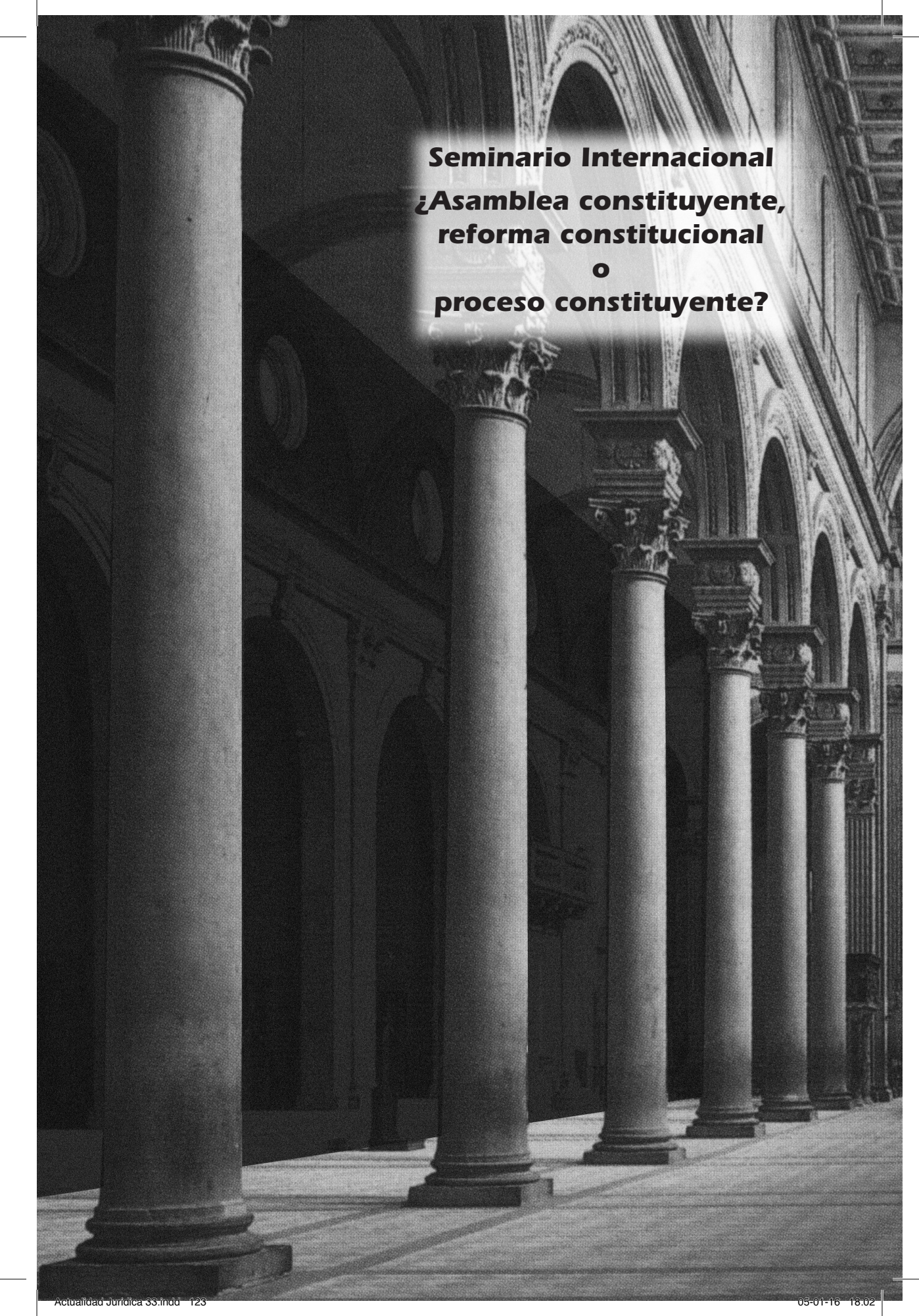
Creemos que el desafío de encarar la realidad social, que nadie puede ignorar a la altura de nuestro tiempo, exigía la creación de una institución original, que abordara los efectos de la unión civil entre personas del mismo y distinto sexo, empero ajena al matrimonio y susceptible de orientar su funcionamiento sobre la base de la responsabilidad y la estabilidad del vínculo. No hay en la Ley N°20.830 una sola disposición que acentúe este aspecto o sirva de antecedente para mejorar las relaciones humanas.

Como si lo anterior no fuere suficiente, los movimientos sociales que representan los anhelos de quienes aspiran derechamente al matrimonio entre personas del mismo sexo seguirán presionando para poner fin a esta figura e imponer sus puntos de vista. Por lo tanto, esta legislación no servirá para frenar aquellos ímpetus, que continuarán manifestándose cada vez con mayor vigor.

Ignoramos qué dirección tomará este proceso, pero sí advertimos que la ley que comentamos no será, como se cree, un escollo para introducir en Chile el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En apretada síntesis, podemos afirmar que la Ley N°20.830, que consagra el contrato de "acuerdo de unión civil", al que pueden acceder parejas de heterosexuales y homosexuales, no es más que mala adaptación del contrato de matrimonio, que lejos de fortalecer la familia, terminará por debilitarla.

Cabe preguntarse ¿habrá llegado el momento de pensar en la elaboración de un Código de Familia que se haga cargo de la estructura jurídica de las más delicadas relaciones humanas?



**Seminario Internacional  
¿Asamblea constituyente,  
reforma constitucional  
o  
proceso constituyente?**



## ¿Nueva Constitución? La ilusión del Poder Constituyente

**Julio Alvear Téllez**

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Constitucional

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

**(CHILE)**

El 13 de octubre de 2015 la Presidenta Michelle Bachelet anunció al país el inicio del proceso constituyente.

Nadie duda de la importancia que en la materia tiene la reflexión y el debate académico. Es más, constituyen un ejercicio democrático altamente recomendable. Sin embargo, no parece conveniente avanzar hacia una nueva Constitución sin que ese debate haya alcanzado la cota de madurez necesaria para alcanzar consensos mínimos.

De hecho, el dato más elemental de todos, el que está comandando la totalidad del problema constituyente, es la falta de acuerdo. Una gruesa paradoja, porque la Constitución es precisamente un gran pacto político. Para algunos el debate constitucional es casi innecesario. Para otros, es urgente. Una tras otra, en continua dialéctica, se levantan actitudes conservadoras, reformistas, novadoras y refundacionales, Ni siquiera hay consenso sobre el procedimiento, puesto que la Presidenta solo ha indicado disyunciones abiertas, en su conjunto indefinidas, entre Comisión Bicameral, Convención Constituyente, Asamblea Constituyente o Plebiscito. Del contenido, siendo lo más importante, nada está claro, y pueden augurarse choques irresolutos en las materias más esenciales, como la organización política, el concepto de Estado, las bases del modelo económico, etc.

En el programa de gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet se contienen algunas "Reformas de fondo", en las que se encuentra la llamada "Nueva Constitución" (pp. 30-35). No se trata de un proyecto acabado de nueva Constitución sino de ideas inspiradoras de tal propósito, las que en el futuro podrán ser plasmadas por distintas vías, desde una reforma constitucional anclada en el Congreso Nacional hasta una asamblea constituyente de carácter fundante y populista.

En el Mensaje del 21 de mayo del 2015 la Presidenta Bachelet también aborda el tema. Ahí sostiene que "*Chile, por primera vez en su historia, tiene la oportu-*

*nidad de construir una Constitución genuinamente republicana y soberana, que sea política y socialmente acordada, que refleje el país que somos hoy, maduro y democrático". Y anuncia para septiembre el inicio de un "proceso constituyente", frase tan oscura en sus proyecciones como imprecisa en sus contenidos.*

No analizaremos en esta ocasión el contenido concreto de las innovaciones propuestas en los diferentes ámbitos (derechos fundamentales, garantías, deberes, sistema político, principios socioeconómicos y laicidad del Estado). La evaluación queda para más adelante, cuando la nueva propuesta constitucional en curso haya delimitado sus contenidos concretos.

Lo que nos interesa destacar ahora es el uso del constitucionalismo como mitología política, que entrega a un grupo de hombres de gabinete la facultad de modificar sobre un plano el Estado chileno, su sistema político, su régimen garantístico y los principios constitutivos de la propia sociedad, prometiéndonos la salvación. Es lo que algunos llaman Poder Constituyente, término eufemístico que cubre la posibilidad de uso y abuso de un poder total en materia política.

Para comprender bien las pretensiones de este Poder Constituyente, examinaremos primero su contexto histórico: el constitucionalismo en la era de las ideologías "fuertes". Después evaluaremos su desenvolvimiento en la época contemporánea, tiempos de relatos "débiles". Finalmente mostraremos cómo un poder constituyente de este género es algo absurdo, irracional y destinado al fracaso. Solo lo hemos aceptado por inercia intelectual.

## **1) El constitucionalismo "fuerte" y su caída.**

Los ideólogos del siglo XIX concibieron la Constitución como la forma en que el hombre moderno garantizaría su libertad creando una estructura político-jurídica que le impidiera caer en la anarquía o en el despotismo y le diera estabilidad para el goce de sus derechos. Tal concepción se insertaba, sin embargo, en la creencia demiúrgica de que el hombre podía rehacer los vínculos asociativos y establecer sus propias finalidades políticas *ex nihilo*, desde la nada, a partir del arbitrio de su propia voluntad. La condición para alcanzar la felicidad parecía evidente. Nada de reconocer dependencias previas que paralizaran la imaginación constitucional: ni con Dios, ni con un orden natural y objetivo de justicia, ni con las tradiciones históricas, a las que se les consideró como irracionales. El cientificismo sistémico, el racionalismo y el voluntarismo se constituyeron en los nuevos dioses tutelares: con sus manos la sociedad humana se volvería al fin libre y soberana, pletórica de igualdad y seguridad. El hombre se transformaría en un pequeño dios: autónomo, dueño de su destino, jurídicamente protegido.

Es oportuno recordar que fue severo el pronóstico que formuló el Magisterio Pontificio y la filosofía política cristiana, especialmente la católica, a este anhelo ideológico. Se adujo que si no hay un orden previo que respetar, la organización que impusiera el hombre a través de la Constitución sería esencialmente modificable, y traería dentro de sí el germen de su propia demolición.

Para evitarlo, la imaginería constitucional articuló la mayor concentración de poder político y jurídico de la historia. Lo hizo mediante la edificación del Estado, que centralizó en sus manos todo el poder político, jurídico y simbólico de la nación.

Nuestros manuales universitarios de derecho político no se cansan de repetir la cantinela de que antes de la era moderna lo que imperaba era la "tiranía" o el "absolutismo", mientras la Revolución Francesa –esa maldita distorsión de la *civitas* política– nos habría traído la libertad. La percepción de los pensadores coetáneos a dichos eventos es, sin embargo, distinta. En la mayor parte de ellos se reconoce el asombro ante el apareamiento de un poder tan inmenso, centralizado y omnicompreensivo como el Estado y su potestad constituyente. Donoso Cortés habla del poder ubicuo de millones de ojos, oídos y brazos que se cierne sobre cada país<sup>1</sup>. Tocqueville denuncia el apareamiento de un poder inmenso y tutelar; un poder absoluto, minucioso, regular y aparentemente benigno, señor, intendente y cajero que se encargará de asegurar los goces y vigilar la suerte de los ciudadanos<sup>2</sup>. Stuart Mill alude al poder ilimitado, opresor y concentrado de cómoda ejecución<sup>3</sup>. Nietzsche denuncia en el Estado el más frío de todos los monstruos fríos<sup>4</sup>. Marx se refiere al espantoso parásito que envuelve como una membrana el cuerpo de la sociedad y obstruye sus poros<sup>5</sup>, y que el comunismo habría de utilizar tan bien, ampliándolo para fines revolucionarios.

A despecho de tan sombrío pronóstico, el Estado moderno se irguió representando ideas y metas que encubrieron su verdadera naturaleza. Cual nuevo Adamastor se presentó dispuesto a utilizar toda su fuerza al servicio de los ideales ilustrados que, se dijo, eran los del pueblo. El constitucionalismo fijó al respecto una serie de dogmas que dieron legitimidad al monstruo. Había que soportarlo, se proclamó, porque era el único medio de proteger la libertad. La historia se acostumbró a él hasta tal punto que hoy nos parece que la política

<sup>1</sup> Juan Donoso Cortés, Discurso pronunciado en el Congreso el 4 de enero de 1849, en *Obras de don Juan Donoso Cortés, ordenadas por don Gavino Tejado*, Imprenta de Tejado Editor, Madrid, 1854, Vol. III, p. 269.

<sup>2</sup> Alexis de Tocqueville, *Democracia en América*, (traducción de Raimundo Viejo Viñas), Akal, Madrid, 2007, II, VI, V, 877 y II, IV, VI, p. 88.

<sup>3</sup> John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, (traducción de Josefa Sainz Pulido), Aguilar, Buenos Aires, 1954, I, p. 20.

<sup>4</sup> Friedrich Nietzsche, *Así habló Zaratustra*, II, 11, *Del nuevo ídolo*.

<sup>5</sup> Karl Marx, *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, citado por Bertrán de Jouvenel, *Los orígenes del Estado moderno. Historia de las ideas políticas del siglo XIX*, (traductor Gerardo Novás P.), Emesa, Toledo, 1977, p. 58.

y la misma libertad serían imposibles sin este poder estatal que tiende a la configuración total de la sociedad. Sin ir más lejos, en libros como *El Otro Modelo*, que sustenta ideológicamente el Programa de la Presidenta Bachelet, el Estado figura como la llave de la “buena nueva” para oponerse al “orden neoliberal”<sup>6</sup>.

Y nos habituamos asimismo a sus dogmas justificantes, de tal manera que después de dos siglos se les expone como panacea de toda organización política y se les enseña como artículos de fe. Caso típico es el principio democrático y popular de sabor rousseauiano que inspira la propuesta de “Nueva Constitución” del programa de Bachelet. Reza así: *“El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios”* (p. 15).

Tanto la noción de “pueblo”, como su “escucha” e “interpretación” (no hay traducción sin traductores), o la “voluntad popular” que para ser “real” solo admite ser expresada en el “sentido de los cambios”, son susceptibles de diversas estrategias políticas, paradigmáticas incluso en el estilo al uso de la Revolución Francesa o de la bolchevique, por poner dos ejemplos.

De cualquier modo, si se atiende a la dimensión instrumental de estos dogmas, se descubre que no fueron sino mediaciones engañosas de una razón constructivista y planificadora cuya finalidad tráfuga pasó por imponer la estatalidad como camisa de fuerza a las sociedades. Como tales funcionaron a la manera de principios organizativos, pero también como promesas hacia el futuro.

El constitucionalismo como movimiento histórico-ideológico –racionalismo, voluntarismo, liberalismo– prometió que el hombre se liberaría en el plano colectivo de todo orden trascendente, pues no habría más normas, sociedad y gobierno que los que el hombre mismo consintiera a través del pacto social.

Esta promesa de liberación ínsita al constitucionalismo en sus fuentes filosóficas más agudas –Rousseau, Kant, etc.– permite enfocar este movimiento como manifestación del proyecto moderno de divinización de la voluntad humana encarnado en el poder secularizador y constructivista del Estado.

Empero, la desproporción entre las promesas de la modernidad política (divulgadas como realidad por la mitología constitucional) y la realidad del cons-

<sup>6</sup> Fernando Atria, Guillermo Larraín, José Miguel Benavente, Javier Couso, Alfredo Joignant, *El Otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Debate, Santiago, 2013, especialmente pp. 125-170 y 192-198. Hacemos este comentario, salvando la gran valía intelectual y humana de los autores, algunos de quienes conocemos y estimamos en mucho.



titucionalismo implantado es de tal envergadura, que impulsados a hacer un balance, el débito supera en mucho al crédito.

El hecho de constituir a la vez una realización consumada y una promesa incumplida otorga a los dogmas del constitucionalismo un carácter ambiguo. Muchos se refieren a sus promesas como si ya fueran realizaciones históricas. Nos encontramos en la hora de la deontología y la axiología constitucional convertida en realidad por un ejercicio de impúdica y desnuda retórica. El constitucionalismo, en lo que tiene de idílico, se asemeja a una tragicomedia: los dogmas del constitucionalismo se cumplen porque así lo dice la Constitución.

De todos modos, el aspecto mesiánico del constitucionalismo ya no tiene cultivadores serios. Los ídolos del constitucionalismo “fuerte” han caído uno por uno. No sólo porque todos sus dogmas sin excepción han sido objeto de irreversibles cuestionamientos a nivel teórico, sino también porque su realización ha contrastado con las premisas que le servían de justificación. Ni la soberanía popular, ni la separación de poderes, ni la representación electoral ni el culto a los derechos humanos cumplen con la misión para la cual fueron elaboradas.

Achacarle estos defectos a la Constitución de 1980, como parecen hacer los constitucionalistas de la Presidenta Bachelet, es, por ello, sumamente engañoso, como veremos a continuación.

## **2) El paso en falso del proceso constituyente de Bachelet: no reconocer el constitucionalismo “débil”.**

Ya no hay lugar para los dogmas del constitucionalismo fuerte, salvo en ciertos ambientes de la demagogia caudillista latinoamericana. Por ello, la pregunta que hoy debemos hacernos es qué tipo de constitucionalismo se construye ante nuestros ojos. La respuesta parece sencilla: el constitucionalismo “débil”, porque las promesas de la organización perfecta, representativa y liberadora ya no tienen visos de poder ser cumplidas, ni en Chile ni en Occidente. Lo que importa ahora no es la tensión progresiva hacia míticos sueños, sino algo mucho más modesto y sensato: que el pacto que implica toda Constitución funcione de acuerdo a los hábitos políticos del pueblo al que va a regir. Y que se garanticen los derechos superiores de la persona humana, la familia y las asociaciones intermedias.

Todo proceso constituyente que no se enmarque dentro de estos límites está destinado al fracaso. Los tiempos no están para poderes constituyentes omni-comprendivos y totales. Por una razón incluso técnica: todas las Constituciones escritas vigentes –en particular las que han seguido el modelo de Europa conti-

mental– sufren análogas disfuncionalidades, una *desorganización constitucional* lenta, pero cada vez más amplia, y que anotamos a continuación.

#### – El fenómeno de la desconstitucionalización.

La desconstitucionalización es una tendencia que se agudiza en los regímenes políticos contemporáneos<sup>7</sup>. Expresa situaciones disímiles, de las que cabe destacar, para efectos de nuestra perspectiva, la derogación sociológica de normas constitucionales:

*“El incumplimiento, la desnaturalización o la violación reiterados de reglas constitucionales, no sancionados por los custodios de la supremacía constitucional, puede provocar en determinados casos la abrogación sociológica, por desuetudo, de las normas en cuestión. Según situaciones que varían de país en país, es factible que tramos significativos de la constitución queden así desconstitucionalizados. En homenaje a la verdad, cabe constatar esas exclusiones de reglas constitucionales, más allá de lo lamentable que sea el proceso de desconocimiento de cláusulas de la ley suprema”<sup>8</sup>.*

#### – “Desmontaje de la Constitución”.

Werner Kägy ha acuñado el término para significar el declive de la función informadora de la norma constitucional, fruto del decaimiento general de la fuerza motivadora de las normas. *“Importan casos de desviaciones o aberraciones normativas, ya que la regla en sí no queda afectada, aunque sí su eficacia”<sup>9</sup>.*

Entre los síntomas del fenómeno, Sagüés, glosando a Kägy, destaca:

- a) El “derecho de emergencia” oculto en la noción de “constitución extraordinaria o de emergencia”, que desvincula al operador gubernativo de los controles y responsabilidades previstos.
- b) Delegación de competencias legislativas, y “concesión de plenos poderes” al Poder Ejecutivo, confiriéndole un “poder constitucional exorbitante”.
- c) “Fuga hacia las cláusulas generales” o utilización de conceptos jurídicos indeterminados (“conceptos-válvula”) para evitar la aplicación de preceptos constitucionales precisos.

<sup>7</sup> Una acertada síntesis en Nestor Pedro Sagüés, *El concepto de “desconstitucionalización”*, en La Ley, Buenos Aires, 13 abril 2007. Más ampliamente, Id., *Cultura constitucional y desconstitucionalización*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVI, Montevideo, 2010, pp. 97-108.

<sup>8</sup> Id., *“El concepto de “desconstitucionalización”*, cit., p. 3.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp. 3-4.

- d) Recurso a la “adaptación de la Constitución” como estrategia de evasión de las directrices constitucionales.
- e) Identificación entre el ordenamiento populista y el derecho<sup>10</sup>.

### – “Desvalorización” de la Constitución.

En su clásica *Teoría de la Constitución*<sup>11</sup>, Loewenstein aborda la cuestión de su “desvalorización”. Descrita como una especie de fatiga de material del sistema, se tipifica cuando los operadores jurídicos conscientemente incumplen algunas de las disposiciones de la Carta Fundamental, contando con la solidaridad o la indiferencia de la población.

Sagüés destaca a este propósito:

*“Karl Loewenstein plantea el problema de la “desvalorización” de la constitución escrita preferentemente en el ámbito de las constituciones que denomina normativas, esto es, de las cumplidas u obedecidas en una proporción aceptable.*

*En concreto, define esa desvalorización como un episodio signado por dos acontecimientos. El primero es la “falta de observancia consciente de la constitución”, por parte de los detentadores del poder constitucional. Y acaece cuando una disposición constitucional de tipo esencial no es deliberada y consecuentemente aplicada o realizada. La norma constitucional sigue formalmente vigente, pero permanece como *lex imperfecta*, o letra muerta, “en contradicción con la supuesta obligatoriedad inalienable de la ley fundamental”. Ello es así porque la efectivización de la norma perjudicaría a los operadores de la constitución<sup>12</sup>.*

*El segundo factor que coadyuva a la desvalorización de la constitución es la “erosión de la conciencia constitucional” en la sociedad, vale decir, la pérdida de prestigio de la constitución en la comunidad, suceso que para nuestro autor es muy frecuente: “la masa de la población ha pedido su interés en la constitución,*

<sup>10</sup> Nestor Pedro Sagüés, *Ibid.*, pp. 4-5, con citas al trabajo de Werner Kägy, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 54 ss., 62, 137 y ss., 144. No hemos reproducido en cursiva a Sagüés porque en ocasiones alteramos la redacción.

<sup>11</sup> Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 2ª ed., pp. 222-231.

<sup>12</sup> “Esta patología, explica Loewenstein, se produce algunas veces (i) incumpliendo prohibiciones constitucionales (por ejemplo, el rearme japonés, interdicto por la constitución de 1946; la concesión de delegaciones legislativas parlamentarias en el poder ejecutivo, en la constitución francesa de 1946), o (ii) no realizando deberes constitucionales (algo que hoy llamaríamos inconstitucionalidad por omisión: la falta de lanzamiento de la Corte Constitucional italiana durante ocho años, por desacuerdos entre los partidos políticos acerca de los jueces que debía designar; y la ausencia de ley reglamentaria de la vida interna de los partidos políticos en Alemania Federal, durante un lapso prolongado, a pesar de las previsiones de la ley fundamental de 1947). En otros casos, (iii) se adoptan medidas que la constitución no contempla (por ejemplo, en Suiza, durante bastante tiempo, las “resoluciones federales urgentes”). El listado es simplemente enunciativo”. Nestor Pedro Sagüés, *Ibid.*, p. 6.

*y ésta, por tanto, su valor efectivo para el pueblo. Esto es un hecho indiscutible y alarmante". Existen, eso sí, distintos grados de desapego y de indiferencia hacia la constitución, que en casos extremos pueden llegar hasta la hostilidad constitucional. Lograr la "revitalización de la conciencia constitucional" en el pueblo puede en ciertos casos resultar una misión harto difícil, que demanda acercar al pueblo a su constitución o acercar la constitución al pueblo, mediante la reforma constitucional*<sup>13</sup>.

Dos cosas hay que destacar aquí. En primer lugar, la constatación de Loewenstein de que *"es un hecho indiscutible y alarmante que la masa de la población ha pedido su interés en la constitución, y ésta, por tanto, su valor efectivo para el pueblo"*. Lo que en la época del autor podía ser relativizado a este o aquel país, es hoy un fenómeno universal. En nuestros días la constitución es una cantera de la que sacan materiales sólo los especialistas, dentro de una lógica peculiar, con reglas asimismo particularizadas, fijadas por tribunales también especiales. Hay una desconexión sociológica y cultural entre el llamado poder constituyente originario (el pueblo) y la norma constitucional que se supone es su fuente. De ahí que el proceso de reforma constitucional –también en manos de especialistas, y con sus propios embrollos, según veremos– tampoco sea la solución.

En rigor, la desvalorización de la constitución se debe a su naturaleza racionalista y voluntarista. Tarde o temprano la artificialidad entra en disonancia con la naturalidad y la historicidad. Sólo en la medida en que una constitución recoja las tradiciones peculiares y los hábitos políticos materiales de cada pueblo, es que puede ser valorada en el plano orgánico. La política es por excelencia el campo de acción de la virtud de la prudencia, no de la geometría.

#### – "Falseamiento" de la Constitución.

Hauriou ideó el término para designar la modificación o mutación encubierta de los enunciados formales de la constitución política. Los modelos característicos de falseamiento son dos: la aprobación de normas legales ordinarias opuestas a la constitución, pero no declaradas inconstitucionales por los órganos de control de la constitucionalidad, y las prácticas y costumbres, en particular de los órganos gubernativos y administrativos, contrarias a la carta fundamental<sup>14</sup>.

En un sentido más sustantivo, Sánchez Agesta considera que cabe dentro del *falseamiento* constitucional el establecimiento de una constitución cuyo contenido es inepto para articular una sociedad<sup>15</sup>. Lo que muchas veces lleva al *fraude* constitucional, pues permite manipular las normas para obtener

<sup>13</sup> *Ibíd.*, pp. 5-6.

<sup>14</sup> Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, Reus, Madrid, pp. 331-2. Para su glosa, de la que nos servimos, Nestor Pedro Sagüés, *Ibíd.*, p. 7.

<sup>15</sup> Sánchez Agesta Luis, *Principios de Teoría Política*, 3ª ed. (Madrid 1970), Editora Nacional, págs. 341/2.

determinados objetivos ideológicos o de destrucción, utilizando para ello la capacidad del Estado.

Al respecto se pueden dar tres ejemplos recientes:

**a) Constitución de la República Bolivariana del Venezuela (1999)<sup>16</sup>.**

En el preámbulo de la constitución venezolana aparece el nombre de Dios al lado del “Libertador Simón Bolívar”<sup>17</sup> y del “poder creador” del pueblo. Subyace una inspiración política compleja en la que concurren cinco relatos: el relato *moderno* de la soberanía popular en toda su radicalidad (es la voluntad humana la que construye *ex novo* el orden político)<sup>18</sup>; el relato *patriótico* que afirma que la construcción de las naciones americanas es fruto de la lucha contra el dominio hispano; el relato *indigenista* que sostiene que los pueblos aborígenes, por ser tales, son modelo de virtudes humanas; el relato *postmoderno* que legitima la llamada “multiculturalidad” disgregadora como única condición válida de coexistencia social; y el relato *colectivista-socialista*, que reivindica el papel del Estado en la “refundación de la República” y en la distribución de bienes y servicios para el cumplimiento de los ideales humanitarios colectivos<sup>19</sup>.

Todos estos relatos se entrecruzan a la hora de concretarse en disposiciones constitucionales. Los ideales modernos de libertad e igualdad se cultivan desde lo que se supone que es el proyecto de un Bolívar mítico<sup>20</sup>. El indigenismo primitivo alimenta con radicalidad la multiculturalidad posmoderna y vicever-

<sup>16</sup> La Constitución venezolana fue publicada el 30 de diciembre de 1999. Edición digital en: <<http://www.constitucion.ve/documentos/ConstitucionRBV1999-ES.pdf>>.

<sup>17</sup> El nombre de Dios a título de invocación; la imagen de Simón Bolívar a título de modelo histórico político y moral, como veremos en seguida.

<sup>18</sup> El art. 5 de la Constitución establece la soberanía popular: “La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”. *Ibidem*.

<sup>19</sup> Dice el preámbulo: “El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad; en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático...” . *Ibidem*.

<sup>20</sup> Art. 1., Inc. 1, segunda parte.- “La República Bolivariana de Venezuela ... fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador”. *Ibidem*.

sa, y ambos dan sabiduría al colectivismo socialista<sup>21</sup>. Todo lo cual se promueve y difunde desde el poder político.

El péndulo de la modernidad política que se mueve entre individuo y Estado se detiene en este último. La República por ser democrática es apodóticamente libre<sup>22</sup>. La libertad, como ideal político, se realiza por sí misma en la voluntad general hipostasiada en la decisión del Estado. Los derechos individuales y el respeto por la dignidad humana se cultivan en *el ejercicio democrático de la voluntad popular destinada a la construcción de una sociedad justa*<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> El Capítulo VI establece los "Derechos Culturales" (y educativos) y el Capítulo VIII los "Derechos de los Pueblos Indígenas" (Arts. 119-124), ambos concebidos principalmente como derechos sociales, a los que el Estado da satisfacción a la vez que fomenta. Son derechos con una instrumentalización evidente para la causa de la multiculturalidad y del colectivismo socialista.

Sobre los derechos culturales se estipula:

**Art. 100.-** "Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. La ley establecerá incentivos y estímulos para las personas, instituciones y comunidades que promuevan, apoyen, desarrollen o financien planes, programas y actividades culturales en el país, así como la cultura venezolana en el exterior ...".

**Art. 101.-** "El Estado garantizará la emisión, recepción y circulación de la información cultural. Los medios de comunicación tienen el deber de coadyuvar a la difusión de los valores de la tradición popular y la obra de los o las artistas, escritores, escritoras, compositores, compositoras, cineastas, científicos, científicas y demás creadores y creadoras culturales del país...". *Ibidem*.

**Sobre los derechos indígenas se dispone:**

**Art. 121.-** "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones".

**Art. 119.-** "El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley".

**Art. 122.-** "Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos".

**Art. 123.-** "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades ...". *Ibidem*.

<sup>22</sup> Art. 1.- "La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente ... Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía ...". *Ibidem*.

**Art. 2.-** "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación ... la libertad, ... la igualdad, ..., la democracia, ... la preeminencia de los derechos humanos, ... y el pluralismo político". *Ibidem*.

**Art. 6.-** "El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables". *Ibidem*.

<sup>23</sup> Art. 3, inc. 1.- "El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución". *Ibidem*.

### **b) Constitución de la República del Ecuador (2008)<sup>24</sup>.**

En el preámbulo se celebra la *Pacha Mama*, como si fuera una realidad viva de la que depende la nación ecuatoriana. Se diría que se establece un Estado de inspiración confesional panteísta y mítica si no fuese por la posterior invocación al Dios de los cristianos, inmediatamente sofocada por la referencia a las *diversas formas de religiosidad y espiritualidad* que supuestamente conformarían la tradición ecuatoriana<sup>25</sup>. Otro ingrediente es la identificación de los objetivos políticos del Estado con la herencia de unas supuestas luchas históricas contra el colonialismo y la dominación capitalista rumbo a la creación de una nueva construcción política que traerá la felicidad a los ecuatorianos<sup>26</sup>.

### **c) Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (2009)<sup>27</sup>.**

El preámbulo de esta constitución alude, con claros tintes míticos neopaganos e indigenistas, a una suerte de edad de oro en la que los hombres habrían vivido en plena armonía con la madre tierra, hasta que los *funestos colonizadores* destruyeron ese mundo de ensueño<sup>28</sup>. Desde entonces, el pueblo boliviano ha sostenido una sublevación anticolonial, una lucha popular de liberación, contra las estructuras malévolas heredadas de la civilización occidental, cuyo resultado positivo ha sido, al fin, la creación de un *nuevo Estado*, de sabor mesiánico<sup>29</sup>,

<sup>24</sup> La nueva Constitución de Ecuador fue aprobada el 28 de septiembre del 2008 por la vía de un referéndum.

<sup>25</sup> "Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador

*Reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, Invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad".*  
<[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)>

<sup>26</sup> "Como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir

*Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay;*

*Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;*

*Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro–, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra".* Ibídem.

<sup>27</sup> La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia fue aprobada vía referéndum el 25 de enero del 2009. La edición digital en: <<http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>>.

<sup>28</sup> "En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia". Ibídem.

<sup>29</sup> "El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

*Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia".* Ibídem.

a través del cual las reivindicaciones supuestamente indígenas se transmutan en los valores colectivistas de la faceta socialista de la Modernidad política<sup>30</sup>. El dogma de la soberanía popular se une a la planificación estatal para ejecutar autoritativamente los objetivos establecidos, en un fondo de cuadro en el que se vuelve patente la aceleración del proceso de descristianización del país.

El Estado boliviano se funda en el pluralismo agnóstico y relativista en todos los ámbitos de la actividad humana<sup>31</sup>, a tal punto que establece como deber no sólo el reconocimiento, sino también la promoción de las múltiples *espiritualidades* de los *pueblos originarios*<sup>32</sup>. Aparentemente antiliberal, la Constitución es, en realidad, pugnazmente liberal a la hora de multiplicar la reactivación de las individualidades grupales divergentes sin puntos de unión en torno a bienes que trasciendan el despliegue de la subjetividad. Ello la lleva a reconocer la *autoidentificación cultural* como derecho fundamental<sup>33</sup> así como a establecer treinta y siete idiomas oficiales<sup>34</sup>.

La ideología liberal se conjuga con el ímpetu planificador del laicismo estatal.

#### – El problema de la Constitución como sistema.

El sistema constitucional supone que los cambios que se introducen a la legalidad deben guardar una estricta sistematicidad y armonía. Pero hoy vivimos en una selva de leyes donde en la práctica se hace imposible tal garantía. El

<sup>30</sup> “Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país”. *Ibidem*.

<sup>31</sup> Artículo 1. “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”. *Ibidem*.

<sup>32</sup> Lo que se realiza especialmente en la educación: Artículo 86.- “En los centros educativos se reconocerá y garantizará la libertad de conciencia y de fe y de la enseñanza de religión, así como la espiritualidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y se fomentará el respeto y la convivencia mutua entre las personas con diversas opciones religiosas, sin imposición dogmática. En estos centros no se discriminará en la aceptación y permanencia de las alumnas y los alumnos por su opción religiosa”. *Ibidem*.

<sup>33</sup> “Artículo 21. Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: 1.- A la autoidentificación cultural”. *Ibidem*.

<sup>34</sup> Artículo 5. “1. Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu’we, guarayu, itonama, leco, machajuyaikallawayá, machineri, maropa, mojeño trinitario, mojeño ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uruchipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco”. *Ibidem*.



fenómeno de la descodificación<sup>35</sup> y la expansión de los sedicentes “subsistemas” legales han colocado en entredicho la concepción del ordenamiento jurídico como sistema<sup>36</sup>.

– *La reforma a la Constitución: vehículo del malestar constitucional.*

El mecanismo de reforma constitucional fue creado para adaptar la carta fundamental a las nuevas exigencias o realidades de un modo formal, previsible y controlado, sin perder su ideario y su conjunción sistémica, signos de su estabilidad consubstancial. Sin embargo, la frecuencia con que viene siendo utilizado el mecanismo revela que la Constitución muta de manera descontrolada. En principio, ya no puede asegurar la estabilidad de sus propias normas. Se hace presente un malestar difuso acerca de su bondad y eficacia configuradora. Lo que puede llevar a una consecuencia desorientadora: una Constitución que permanentemente está rehaciendo sus propias partes es desde el punto de vista diacrónico una *contradictio in terminis*.

Algunos ejemplos hispanoamericanos sirven para ilustrar este aserto.

- i) Chile: La Constitución chilena entró en vigencia el 1 de marzo de 1981. Ha sido objeto hasta la fecha de veintisiete leyes de reforma constitucional: desde la ley 18.825 del 17 de agosto de 1989 hasta la ley 20.414 del 4 de enero del 2010
- ii) México: La Constitución mexicana fue publicada el 5 de febrero de 1917, y ha conocido sesenta y nueve reformas, que enunciamos solamente por los años: 1921, 1923, 1927, 1928, 1929, 1931, 1933, 1934 (dos reformas), 1935, 1937, 1938, 1940 (dos reformas), 1942, 1943, 1944, 1945, 1946, 1947, 1948, 1949, 1951, 1952, 1953, 1960, 1961, 1962, 1963, 1965, 1966, 1967, 1969, 1971, 1972, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982 (dos reformas), 1983, 1985, 1986, 1987, 1988, 1990, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 (dos reformas), 2007, 2008, 2009.
- iii) Uruguay: La Constitución uruguaya fue sancionada el 24 de noviembre de 1967 y aprobada plebiscitariamente el 27 de noviembre del mismo año. Ha conocido cuatro paquetes de reformas también plebiscitadas: la del 26 de noviembre de 1989, del 26 de noviembre de 1994, del 8 de diciembre de 1996 y del 31 de octubre de 2004.

<sup>35</sup> Es de referencia el libro de Natalino Irti, *La edad de la descodificación*, José María Bosch, Barcelona, 1992.

<sup>36</sup> Una interesante evaluación del problema en Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 113-351.

- iv)** Panamá: La Constitución data del 11 de octubre de 1972 y ha sido reformada en tres ocasiones: los años 1978, 1983 y 1993.
- v)** Nicaragua: La Constitución Política de la República de Nicaragua fue aprobada el 19 de noviembre de 1986 y publicada el 30 de abril de 1987. Ha sido objeto de reformas en ocho oportunidades, las más amplias por la ley n° 192 del 4 de julio de 1995 y la ley n° 330 del 19 de enero del 2000.
- vi)** Colombia: La Constitución Colombiana del 4 de julio de 1991 ha sido modificada en once años sucesivos: 1993, 1995, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005.

#### *– El problema de la interpretación constitucional.*

En la concepción moderna del ordenamiento jurídico, la interpretación ha sido un expediente imprescindible para salvar el hiato que existe entre la norma general, que normalmente responde a un diseño racionalista, y la realidad del caso concreto. Lo que de suyo abre la problemática –tan temida– de la indeterminación de la solución justa, en la medida en que afecta al dogma de la seguridad jurídica.

En materia constitucional, la seguridad jurídica no existe. Es una afirmación que no puede desmentirse si se mira el funcionamiento de la jurisprudencia constitucional, anclada en metodologías sucesivas no previstas, que dan cuenta de una infinidad de reglas no consensuadas, tendentes todas a disociar el texto constitucional de cualquier previsibilidad razonable.

En algunos casos, el problema viene del texto mismo: los conceptos jurídicos indeterminados o las instituciones tipos abundan en las Constituciones, abriendo las puertas a las concreciones de significados y soluciones jurisdiccionales que pueden ser no solo dispares sino que opuestas y hasta contradictorias. Un mismo texto puede amparar las situaciones más disímiles.

En otras ocasiones, el embarazo tiene su origen en la necesidad de adaptar la Constitución a supuestas o reales situaciones políticas, sociales, éticas, culturales o económicas, utilizando para ello los espacios interpretativos a que deja lugar el texto, sin necesidad de recurrir a la reforma constitucional<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> La discusión en torno al mal denominado “matrimonio homosexual” es un caso característico que se viene planteando en diversos países europeos y americanos. En Chile, con fecha siete de enero del 2011, el Tribunal Constitucional admitió a trámite el requerimiento para declarar inaplicable el artículo 102 del Código Civil y el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil en aquella parte que establecen que el matrimonio debe ser contraído entre un hombre y una mujer. Lo que el matrimonio secularmente siempre ha sido, de acuerdo con su propia naturaleza y su finalidad, y en concordancia con el régimen

A este propósito, García de Enterría ha confeccionado un balance de los riesgos de la justicia constitucional:

- i) La responsabilidad del Tribunal Constitucional parece ser demasiado amplia, de excesivo peso para el sistema político y jurídico, al extremo de que cualquier deficiencia en su funcionamiento viene a poner virtualmente en crisis el sistema entero<sup>38</sup>.
- ii) Existe una tensión evidente entre la política y el derecho que repercute en la labor del Tribunal Constitucional, condicionando políticamente su interpretación. Lo que a su vez abre una serie de cuestionamientos:

*“¿Los graves problemas políticos que se someten a la decisión del tribunal pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial? ¿El Tribunal Constitucional es una verdadera jurisdicción o un órgano político que decide políticamente bajo capa de sentencias? ¿Es que los problemas políticos (y los problemas de principio sometidos a la presión social de tantas atmósferas) son susceptibles de judicializarse, de reconducirse a soluciones jurídicas con parámetros preestablecidos, como es lo propio de todo litigio procesal?”<sup>39</sup>.*

- iii) La fuente epistemológica de la interpretación constitucional no parece ser el texto de la carta, sino la propia elección de criterios del Tribunal Constitucional.

*“¿De dónde extrae el TC sus criterios de decisión supuesto que él interviene justamente en el momento en que se comprueba una insuficiencia del texto constitucional? Aunque se pretenda aplicar el texto constitucional, la historia demuestra que los TC ejercitan en la práctica un verdadero amending power, en los términos del juez americano Marlan, esto es, un poder de enmendar o revisar la CP, o al menos de suplementarla, de construir preceptos universales nuevos, que ni pudieron estar siquiera en la intención de los constituyentes”<sup>40</sup>.*

- iv) El poder asignado al Tribunal Constitucional plantea un problema de legitimidad democrática en la medida que un puñado de votos de jueces no electos popularmente puede arrumbar las decisiones de las cámaras legislativas.

---

constitucional chileno en materia de familia, corre ahora el riesgo de mutar su esencia según lo dictamine la jurisprudencia. Una institución protegida por la Constitución pasa a ser interdicta en uno de sus atributos esenciales por la misma Constitución, sin siquiera variar su texto.

<sup>38</sup> Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson Civitas, Navarra, 2006, 4ª ed., pp. 167-168.

<sup>39</sup> p. 168.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, p. 168.

Al respecto, pregunta García de Enterría:

*“¿Cuál es la fuente del formidable poder del Tribunal Constitucional y –más grave aún– de su legitimidad democrática? El criterio de unos cuantos hombres puede prevalecer sobre lo expresado por la mayoría de la asamblea legislativa, representante directo del pueblo?”<sup>41</sup>.*

La cuestión se complica si se aborda el fenómeno del *judicial activism*. Ya no se trata de discurrir acerca de la competencia formal de los jueces constitucionales sobre la legislación. Nos desviamos ahora hacia el “gobierno de los jueces” que se arrojan la competencia material de revisar la política legislativa usurpando los poderes que pertenecen al Congreso, como afirma Frankfurter.

La nación no debe tolerar, declama Berger, *“el espectáculo de un tribunal que pretende aplicar los mandatos constitucionales cuando de hecho los está revisando de acuerdo a la preferencia de una mayoría de jueces que busca imponer su voluntad a la de la nación”*<sup>42</sup>.

- v) La interpretación constitucional opera, en realidad, en el vacío de significado determinado del texto constitucional. En la línea de la auto-justificación de las propias decisiones, las posibilidades de abuso son infinitas.

*“La Constitución no puede ser el fundamento de la decisión sobre su propio contenido. La decisión que resuelve las dudas sobre el contenido de una determinación constitucional no puede deducirse del propio contenido dudoso. El Tribunal Constitucional en realidad completa, determina, más que aplica la Constitución. Contra el abuso de la forma legislativa se organiza el abuso de la forma judicial”*<sup>43</sup>.

- vi) La Constitución contiene principios generales susceptibles de las interpretaciones más diversas. Y no solo porque sean en sí mismo amplios. También debido a que en son susceptibles de diversa intelección<sup>44</sup>. A lo que hay que agregar su variabilidad. Todo lo cual se finiquita en una extrema incertidumbre acerca de su número y naturaleza. Sobre

<sup>41</sup> *Ibíd.*, pp. 168 y 177.

<sup>42</sup> Citado en *Ibíd.*, p. 181.

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p. 172.

<sup>44</sup> La igualdad constitucional contempla, por ejemplo, diversas categorías. Y entre ellas o al interior de ellas hay significaciones incompatibles entre sí. *Vr. gr.*, Santiago Sánchez distingue entre igualdad como valor, como principio y como derecho, criticando la raíz ideológica y la formulación oscura de las dos primeras en la Constitución española. Santiago Sánchez González, *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, en Santiago Sánchez González (coord.), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 15-28. En *ibíd.*, pp. 27-28 critica la igualdad igualitaria como práctica y meta de los poderes públicos, mientras en la misma obra otra autora defiende dicho concepto como base de las medidas de acción positiva: María Salvador Martínez, *Las medidas de acción positiva. Principio de igualdad y derechos fundamentales*, en Santiago Sánchez, *op. cit.*, pp. 30-55, especialmente 31-36.

el tópic, García de Enterría habla de un solo gran principio, Nogueira, de muchos<sup>45</sup>.

Es interesante constatar que García de Enterría ha formulado con agudeza las objeciones precedentes a la justicia constitucional, con abundantes citas de sus mejores exponentes. Empero, le parece que el compromiso del Tribunal Constitucional con los valores del Estado de Derecho es consubstancial a su propio diseño. Y que los métodos de interpretación constitucional pueden ser expresados en padrones objetivos y razonables que impidan la arbitrariedad. Por lo demás, la democracia rectamente entendida no se confunde con el misticismo jacobino del asambleísmo popular, sino con la protección de los derechos fundamentales de mayorías y minorías<sup>46</sup>.

De cualquier manera, los cultivadores del derecho constitucional dan cuenta del problema que ocasionan las variables de la justicia constitucional. Y ninguno ha podido, hasta donde llegan nuestros conocimientos, hacerse cargo de la objeción central: *la falta de seguridad de que lo que dice la Constitución sea realmente lo que dice*. En este sentido, la interpretación constitucional supera en mucho la función canónica que el positivismo clásico asignó a la interpretación jurídica, anclada en el valor de la seguridad jurídica. Y desde esta perspectiva, las seis objeciones arriba mencionadas, en cuanto reflejan la propia dinámica de la jurisdicción constitucional, tienen un valor inexpugnable.

Lo anterior se confirma cuando se avalúan los métodos de interpretación constitucional o los modelos de resolución de conflicto. No hay al respecto nada estable. Son muchos los métodos y el arbitrio de escogerlos queda en manos de los jueces y de las modas intelectuales<sup>47</sup>. Es una afirmación que no puede

<sup>45</sup> García de Enterría resalta la importancia del principio de interpretación conforme a la Constitución, dándole un valor amplísimo. García de Enterría, op. cit., pp. 101-127. Nogueira, quien cita al jurista español, se refiere a él como uno más entre trece, que serían los siguientes: (i) Postulado de la interpretación conforme a la Constitución; (ii) Principio de supremacía de la Constitución; (iii) Principio de la unidad de la Constitución; (iv) Principio de la fuerza normativa de la Constitución; (v) Postulado del efecto útil; (vi) Postulado de la concordancia práctica; (vii) Postulado de la eficacia integradora de la Constitución; (viii) Postulado de la corrección funcional; (ix) Postulado de la interpretación conforme al derecho internacional; (x) Postulado de primacía o prevalencia de los derechos humanos; (xi) Postulado de racionalidad y razonabilidad; (xii) Principio de proporcionalidad o prohibición del exceso; (xiii) Postulado de prudencia o interpretación previsor. Humberto Nogueira Alcalá, *Enfoques sobre interpretación constitucional y jurisdicción constitucional*, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Temas Actuales de Derecho Constitucional. Libro homenaje al Profesor Mario Verdugo Marinkovic*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pp. 155-186. De suyo, la mera existencia de trece principios (¿por qué no una cifra menor o mayor?) vuelve complejísima la labor interpretativa, agudizando la subjetividad del intérprete y el alejamiento del texto constitucional como marco normativo de significado unívoco.

<sup>46</sup> *Ibíd.*, pp. 187-208. Ante el problema de la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional, los esfuerzos conceptuales para arribar a una respuesta positiva son heroicos. Vid., v. gr., Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 137-174.

<sup>47</sup> Un panorama sintético pero enjundioso en Soledad Bertelsen Simonetti, *Métodos de solución de conflicto entre derechos fundamentales*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago de Chile, 2010, n° 42, pp. 13-108.

desmentirse si se mira el funcionamiento de la jurisprudencia constitucional, anclada en metodologías sucesivas no previstas, que dan cuenta de una infinidad de reglas no consensuadas, tendentes todas a disociar el texto constitucional de cualquier previsibilidad razonable.

### **3) Brevemente: la ilusión del Poder Constituyente.**

Recapitemos lo que acabamos de decir. Tiempos del constitucionalismo débil. Los síntomas de la referida desorganización constitucional se están produciendo en todas las constituciones. Ejemplos recurrentes son la exclusión sociológica de las reglas constitucionales (Sagüés le llama “desconstitucionalización”), el declive de su función informadora a través de diversas formas de “desmontaje” constitucional (Kägy), la “desvalorización” observada hace décadas por Loewenstein, la modificación o mutación encubierta de los enunciados formales de la Constitución (lo que Hauriou identifica como “falseamiento” constitucional), el eclipse de la Constitución como sistema y la reforma constitucional recurrente como vehículo del malestar o desapego institucional. Y más específicamente, la hermenéutica constitucional, donde la seguridad jurídica ya no existe.

Sin embargo, tras el proceso constituyente de Bachelet vuelve a aparecer el voluntarismo racionalista y su siempre fracasado intento de construir la comunidad política desde cero. Como si el tiempo no hubiera dejado atrás el constitucionalismo “fuerte”. Recordemos nuevamente las palabras de la Presidenta Bachelet: *“Chile, por primera vez en su historia, tiene la oportunidad de construir una Constitución genuinamente republicana y soberana”*. ¿Por primera vez?

Cualquiera que sea la interpretación que pueda darse a las palabras de la Presidenta Bachelet, una cosa es imprescindible en estos tiempos de constitucionalismo débil: hay que oponerse al mito del Poder Constituyente. No es esto una invitación al inmovilismo. Supone, al contrario, dos ejercicios sumamente racionales: primero, reducir a su justa medida la función normativa que puede esperarse de un texto constitucional. Segundo, reconocer lo que hemos avanzado institucionalmente y en materia de derechos fundamentales, a fin de acordar la mejor respuesta del Derecho a los problemas presentes, muchos de los cuales, como el descrédito institucional que nos agobia, no tienen, por cierto, su fundamento esencial en la Constitución de 1980, sino en la falta de virtudes republicanas, en el desarraigo político que ocasiona la partitocracia, y en las malas leyes.

Cuando se anuncia una nueva Constitución que resuelva nuestros problemas institucionales se olvida que el Poder Constituyente no puede crearla tal como

se espera. Quienes así hablan, permítasenos la insistencia, actúan como si aún viviéramos en la época del constitucionalismo fuerte. Gueso error.

Recordemos que el Poder Constituyente es una categoría diseñada por el abate Sieyès en 1789, al calor de la Asamblea Constitucional francesa. En su época condensó, como ya aludimos, la más alta aspiración política del racionalismo dieciochesco: rehacer una nación desde cero por medio de normas ideales reputadas "perfectas", elaboradas por expertos intérpretes de la razón universal y de la voluntad popular. Tan expertos, que desde sus despachos formulaban recetas de gobierno y declaraciones de derechos como quien escribe recetas de cocina.

El resultado fue desastroso. Ninguna Constitución ideal se avino con el país real. Solo incertidumbre. En tan solo diez años, Francia conoció cuatro constituciones "perfectas" en el papel: la de 1791, del año I (1793), del año III (1795) y del año VIII (1799). Mientras tanto, la milenaria estabilidad política y jurídica del antiguo reino cayó por los suelos hasta el advenimiento de Napoleón, quien a su vez también estableció una constitución tras otra: la del año X (1802) y del año XII (1804), abrogadas asimismo a los pocos años. Es el precio de no respetar la Constitución histórica, como ha recordado en nuestro medio Bernardino Bravo.

Sacar a colación el proceso constitucional francés, un auténtico paradigma, no deja de ser oportuno. Hoy como ayer, el mito del Poder Constituyente tiene mucho de ilusorio. Permite iniciar el proceso de dar y quitar constituciones de papel como si la realidad pudiera contenerse dentro del léxico jurídico. Basta con imaginar el mejor de los mundos posibles, que ya cabe en la Constitución. Es lo que Gaxotte denomina la "buena república", o Derrida "la democracia para otro día". Garantizar constitucionalmente a las generaciones presentes fórmulas de buen gobierno o derechos realizables a cuenta de un futuro que nunca llega.

La Constitución puede asegurar la representación política, pero si no hay prestancia y pulcritud en los representantes el texto queda en nada. La salud puede consagrarse como derecho justiciable, pero si el país no es capaz de producir infraestructura adecuada o recursos humanos, tecnológicos y materiales suficientes, solo tendremos un bonito enunciado lingüístico. Podemos incluso hablar de educación de calidad, pero a ella no llegaremos mientras la cultura, incluso la urbanidad, vayan en retroceso.

También el Poder Constituyente se asocia a un peligro de sabor totalitario. En su tiempo, los jacobinos lo transformaron en un poder demiúrgico, un poder total, que no reconocía ni libertad ni propiedad previa. Un poder además permanente y estable destinado a poner en jaque a los poderes constituidos.

Pocos son los que hoy en día evocan esta faceta totalitaria del Poder Constituyente. Muchos la cubren evocando el consenso o la participación popular. Pero lo cierto es que no es un problema de número, sino de alcance: si realmente se cree que el Poder Constituyente es refundacional, que puede hacer tabla rasa de nuestro actual régimen de derechos y de gobierno, aun de aquellas bases que nos han llevado al desarrollo y a la posesión pacífica de libertades concretas, entonces lo único cierto, constitucionalmente hablando, es la incertidumbre. Cabría preguntarse si el país le ha dado al Poder Constituyente competencia tan desmedida.

#### **4) Conclusión**

En el debate sobre el proceso constituyente y la “nueva Constitución” hay que insistir en lo peligroso que resulta adoptar una concepción totalitaria y mesiánica del Poder Constituyente, al que se le atribuye la fortuna de producir un texto que llamamos Constitución, del que se esperaría la regeneración ideal de nuestra sociedad política y la superación primera de casi todos los problemas que nos agobian (en lo institucional, en lo garantístico y en lo “valórico”). Este poder constituyente es un mito de la época de los constitucionalismos fuertes y está condenado a producir constituciones ilusorias en sus expectativas e inciertas y engañosas en su protección jurídica.

Las constituciones son hoy algo mucho más modesto y a la vez pragmático: pactos sociales y políticos que deben asegurar la institucionalidad del país y respetar los derechos superiores de la persona humana, de las familias y asociaciones.



# Los límites del poder constituyente y la reforma de la Constitución

MIGUEL AYUSO

Doctor en Derecho

UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS DE MADRID  
(ESPAÑA)

## 1. Constitución y constitucionalismo

Cuando volvemos a pensar –que nunca está de más– en la definición canónica que de la Constitución ofrece el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, nos encontramos con unas coordenadas exquisitamente modernas, lo que no hace sino avalar la naturaleza también exquisitamente moderna de la propia Constitución.

Recordémoslo: «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*»<sup>1</sup>. La garantía de los derechos («del hombre y del ciudadano» según la rúbrica del propio cuerpo en que se inserta la declaración concreta que estamos examinando) y la separación de los poderes constituyen las premisas de la Constitución. Los derechos del hombre (más adelante derechos humanos o fundamentales<sup>2</sup>) no son de todo tiempo, sino que tienen su origen en el iusnaturalismo racionalista dieciochesco que en el siglo posterior se metamorfoseará en positivismo<sup>3</sup>. Y la separación de los poderes consiste en un artilugio mecánico de contención del poder desde dentro ideado en ese mismo tiempo<sup>4</sup>. La Constitución, pues,

<sup>1</sup> Véase la edición presentada y comentada por Stéphane Rials, *La déclaration de droits de l'homme et su citoyen*, París, Hachette, 1988,

<sup>2</sup> Cfr. Ricardo DIP, *Los derechos humanos y el derecho natural. De cómo el hombre imago Dei se tornó imago hominis*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 11 ss.

<sup>3</sup> Miguel AYUSO, «Derecho y derechos. De la Carta Magna al post-constitucionalismo», *Verbo* (Madrid), núm. 533-534 (2015), pp. 257 ss. Su evolución ha sido sintetizada recientemente de modo magistral por Danilo CASTELLANO, «El derecho y los derechos en las constituciones y declaraciones contemporáneas», *Verbo* (Madrid), núm. 533-534 (2015), p. 326: «[Los derechos humanos] nacidos (al menos virtualmente) “abiertos” a la trascendencia del derecho (aunque se afirmara sobre bases racionalistas), se han transformado en meras “pretensiones”, afirmadas al principio contra el ordenamiento, codificadas sucesivamente en el ordenamiento (los llamados “derechos civiles”) y limitadas por el mismo, afirmadas indiscriminadamente al final con la ayuda del ordenamiento».

<sup>4</sup> Marcel DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *La fin du principe de séparation des pouvoirs*, París, Sirey, 1934. A este propósito ha escrito el profesor Álvaro d'Ors: «El mito de la “división de poderes” –ejecutivo, legislativo y judicial– se evidencia hoy como falso, desde el momento en que, al menos de hecho, el que gobierna es el mismo que el que legisla; pero también cuando se pretende atribuir a los jueces una facultad de juzgar los actos propiamente políticos; porque, si se pretende controlar lo político con la

se inserta en unas coordenadas temporales (también –claro está– espaciales, las del mundo llamado «occidental», tras haberse llamado «europeo»<sup>5</sup>) que no son otras que las de la «modernidad». Y la «modernidad», se ha explicado con brillantez recientemente, equivale a subjetivismo, lo que significa que teóricamente se corresponde con el idealismo, gnoseológicamente con el cientismo, éticamente con la costumbre, políticamente con el voluntarismo y jurídicamente con el positivismo<sup>6</sup>.

De ahí que, aunque parezca un juego de palabras<sup>7</sup>, la Constitución sea dependiente en el fondo del constitucionalismo, es decir, del movimiento ideológico que a partir de premisas ilustradas condujo a la afirmación del liberalismo político por medio de la idea de Constitución: el constitucionalismo es la doctrina que sufre el espejismo de pretender controlar el poder tanto a través de la técnica de su «separación» geográfica, como en virtud de unos derechos del hombre (que no son sino derechos subjetivos), tutelados por la ley, de la que en la práctica dependen, y que finalmente se reducen al ejercicio de la libertad negativa, esto es, sin regla<sup>8</sup>. El constitucionalismo se concretó, a pesar de sus variantes francesa y anglosajona, en un primer momento, en un modelo signado por el liberalismo que, más adelante, perdería sus caracteres más marcados –en Europa aunque no en Estados Unidos– por causa del liberalismo doctrinario y el marxismo, para no recuperar su perfil hasta el final de la primera guerra mundial<sup>9</sup>. Si el constitucionalismo, pues, no es otra cosa que la *ideología* de la

---

intervención de los jueces, es inevitable que los jueces se contaminen de la polémica política en torno al gobierno del que depende la ejecución de las sentencias» (*Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid, Civitas, 1999, págs. 38-39).

<sup>5</sup> La sustitución de europeo por occidental no se debió sino a la irrupción de los Estados Unidos de América como potencia, al igual que la difusión del término Europa tuvo su origen en la desaparición de la Cristiandad. Véanse mis «España y Europa. Las razones de un malentendido histórico», *Verbo* (Madrid), núm. 381-382 (2000), págs. 17 y sigs., para lo primero, con cita de Álvaro d'Ors, Rafael Gamba o Francisco Elías de Tejada; así como «La *Hispanidad* como Europa o contra Europa», en AA.VV., *Europa: definizioni e confini*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, págs. 61 y sigs, en cuanto a lo segundo.

<sup>6</sup> Danilo CASTELLANO, «¿Es divisible la modernidad?», en Bernard Dumont, Miguel Ayuso y Danilo Castellano (eds.), *Iglesia y política. Cambiar de paradigma*, Madrid, Itinerarios, 2013, pág. 227 y sigs.

<sup>7</sup> Y diríase que paradójico al tiempo, pues podría parecer que el constitucionalismo debiera seguir a la Constitución y no al revés. Nada más lejos de la realidad sin embargo, pues es la ideología la que connota de modo tal a la realidad constitucional que sin el constitucionalismo no puede concebirse siquiera la Constitución (moderna). Cfr. Miguel AYUSO, *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, Criterio Libros, 2000, cap. 2. Es sabido que se ha querido en ocasiones, sobre todo en el mundo anglosajón, atribuir al término un significado ajeno al moderno, pero –a nuestro juicio– sin lograrlo. Lo demuestra el fracaso de los esfuerzos de Charles H. McIlwain, frente al título de su libro, *Constitucionalismo antiguo y moderno* [1939], versión castellana de Juan José Solozábal, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Una amplia y erudita reseña filológica e histórica, como por ejemplo la de Alejandro Guzmán Brito, «El vocabulario histórico para la idea de Constitución política», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso), núm. 24 (2002), no pretende en cambio tanto, y resulta por lo tanto interesante y útil.

<sup>8</sup> La explicación, bien precisa, es de Danilo CASTELLANO, *Racionalismo y derechos humanos. Sobre la anti-filosofía político-jurídica de la modernidad*, versión castellana, Madrid, Marcial Pons, 2005.

<sup>9</sup> Cfr., aunque subraya más los elementos jurídicos que los políticos, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981. Así como, del mismo autor,

Constitución liberal, el derecho constitucional, finalmente, ha podido definirse con toda justicia como el «derecho natural del Estado moderno»<sup>10</sup>.

## 2. El poder de reforma constitucional

La idea de Constitución no puede separarse de la de su fuente: el poder (llamado) constituyente. Que teóricamente encierra una aporía: el concepto moderno de soberanía invierte la relación entre ciudadano y Estado en el sentido de que el sujeto, originalmente protagonista del contrato, se convierte en coasociado: «Al ser el Derecho constitucional creación de la Constitución, ésta deja de dar forma a la sociedad, que pasa a formalizar la Constitución, creando una identidad de Estado y Constitución en la que lo constituido se convierte en constituyente, del mismo modo que lo constituyente no puede constituir sino lo ya constituido. Así, no es el Estado el que hace la Constitución, sino ésta al Estado»<sup>11</sup>.

Claro que eso viene referido sobre todo al poder constituyente puro. El (llamado) poder constituyente constituido, por su parte, consiste en la determinación de un órgano y la fijación de un procedimiento para la reforma de la Constitución<sup>12</sup>. De ahí que ambos temas, el del poder constituyente constituido y el del poder de reforma constitucional aparezcan unidos por un vínculo diamantino. Son varios los asuntos de interés que de aquí vienen<sup>13</sup>.

En primer lugar, el debate sobre si el poder constituyente llamado derivado o constituido es verdadero poder constituyente. La mayor parte de los autores, con la conocida excepción de Schmitt, así lo considera. Algunos, en cambio, dando un paso más, han rechazado la consideración del originario o puro. Al tiempo que en algunos casos, singularmente el de Inglaterra, no cabe la diferenciación entre los dos poderes constituyentes.

---

«La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Ciudad de Méjico), número conmemorativo del sexagésimo aniversario (2008), págs. 371 y sigs.

<sup>10</sup> Es la sabia caracterización de Pietro Giuseppe GRASSO, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 23 y sigs. Entre quienes han advertido con mayor claridad la importancia de la misma se encuentra Dalmacio NEGRO, *Sobre el Estado en España*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pág. 46. Ricardo Dip, por su parte, ya desde el título, ha realizado una traslación respecto del asunto que aquí también nos interesa: «Neoconstitucionalismo, derecho naturale de la pos-modernidad», *Anales de la Fundación Elías de Tejada* (Madrid), núm. 13 (2007), págs. 193 y sigs.

<sup>11</sup> Joaquín ALMOGUERA, «Los presupuestos teóricos del pensamiento de Danilo Castellano», *Verbo* (Madrid), núm. 537-538 (2015), págs. 567 y sigs.

<sup>12</sup> Cfr. Pietro Giuseppe GRASSO, *Il potere costituente e le antinomie del diritto costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2006, págs. 3-62.

<sup>13</sup> Cfr. Miguel AYUSO, «¿Hay un poder constituyente?», en Miguel Ayuso (ed.), *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones*, Madrid, Marcial Pons, 2012, págs. 137 y sigs., donde se halla más desarrollado lo que aquí me he limitado a apuntar.

Pero, en segundo término, es de observar el proceso de sustitución del poder constituyente puro, que progresivamente se ve privado de sus caracteres de originario y supremo, por un poder derivado cuya función no es tanto instituir como revisar. Una revisión en la que se actualizan dos procesos de notable interés y que se presentan entrelazados: la constitucionalización progresiva del poder constituyente y la que cabría denominar juridificación (y globalización) de los derechos humanos. Que ilustran, de un lado, el tránsito de una «constitución del Estado» a otra «de la sociedad», de acuerdo con las pautas del constructivismo<sup>14</sup>; y, de otro, según los postulados del «personalismo» contemporáneo, la afirmación del efecto irradiante de unos derechos fundamentales que no son solo derechos subjetivos, sino también valores objetivos del ordenamiento<sup>15</sup>.

### 3. Los límites del poder de reforma constitucional

Nos encontramos, para terminar, con los límites del poder de reforma. Para Sieyès el poder constituyente estaba desprovisto de toda forma, pues la Constitución obligaba al gobierno pero no a la nación. Schmitt encontraba que la definición más clara del poder constituyente venía presidida por la transformación de los estados generales en Asamblea nacional en 1789<sup>16</sup>. Sin embargo, progresivamente, se va produciendo no sólo la afirmación del poder constituyente derivado, sino incluso su subordinación al respeto de normas tanto sustanciales como de procedimiento.

La razón radica en un complejo de factores que han llevado al constitucionalismo primigenio –pese a su resistencia rocosa– a gran postración tanto teórica como práctica<sup>17</sup>. Y ha dado lugar a discusiones de notable intensidad. Pues, cuanto

<sup>14</sup> Cfr. Miguel AYUSO, *El ágora y la pirámide*, cit., capítulo 2.

<sup>15</sup> Para el análisis del personalismo contemporáneo puede verse el libro de Danilo CASTELLANO, *L'ordine político-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007. Y en cuanto al llamado efecto irradiante mi *¿Ocaso o eclipse del Estado?*, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 104 y sigs.

<sup>16</sup> Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución* [1928], versión castellana de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 1982, pág. 96. Conversión tramposa, aunque no menos que la producida en los que habían de ser los Estados Unidos. Lo cuenta, respecto de Francia, Marcel DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *Traité général de l'État*, vol. II, Paris, Sirey, 1931, págs. 69 y ss., al decir que el gobierno representativo nació de una usurpación cualitativa. Y respecto de los Estados Unidos, en que la Convención de Filadelfia de 1787, convocada para revisar el pacto confederal de los artículos de 1777, se colocó revolucionariamente como poder constituyente, puede acudir a Melvin BRADFORD, *Original intentions. On the making and the ratification of the United States Constitution*, Athens, University of Georgia Press, 1993.

<sup>17</sup> Antonio-Carlos PEREIRA, *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid, EDESA, 1987, pág. 55, da unas razones que han de entenderse –como es natural– en el seno de su personal sistema, de defensa del constitucionalismo (sobre todo de matriz anglosajona), pero que no resultan convincentes: «Sería ingenuo ignorar que no nos hallamos en el apogeo del constitucionalismo. Nuestra época se caracteriza por el imperio cuasiuniversal del positivismo jurídico, la pérdida de acuerdo sobre lo fundamental y la máxima extensión y mínima intensidad del constitucionalismo –con su consiguiente degradación de sustancial a formal, así como con la correlativa disminución del sentimiento constitucional...». Y es que, según se mire, el positivismo y la destrucción de la comunidad son características del

más exigentes sean las limitaciones (sobre todo las materiales, aunque también las procedimentales), al contraer al poder constituyente derivado, más dejan como única vía la del ejercicio del poder constituyente genuino. La experiencia alemana es ilustrativa de las vacilaciones a este respecto. En efecto, Carl Schmitt, en 1933, iba a justificar con la «Ley de Habilitación» (*Ermächtigungsgesetz*) elaborada conforme al artículo 76 de la Constitución de Weimar, el suicidio de esta última<sup>18</sup>. Venía a contradecir así su opinión anterior, de 1928, sobre la existencia en toda constitución de unos «límites inmanentes de la reforma», esto es, el sentido de que el poder de revisión constitucional consiste en que una o varias disposiciones pueden ser sustituidas por otras siempre que se respete la identidad y la continuidad de la Constitución considerada como un todo<sup>19</sup>. Sin embargo, y quizá por estas vicisitudes, el ciclo iniciado tras la segunda guerra mundial ha recuperado, por más que discretamente, los límites materiales de la reforma constitucional. Y ahí están para mostrarlo la Constitución italiana de 1947 (artículo 139), la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (artículo 79.3) y la Constitución francesa de 1958 (artículo 89), por no citar sino tres de los ejemplos más connotados de lo que se han llamado «constituciones hechas en serie», consecuencia del «constitucionalismo racionalizado»<sup>20</sup>.

#### **4. Constitucionalismo, neoconstitucionalismo y postconstitucionalismo**

En nuestros días, pues, se aprecia una notable evolución. Algunos creen vislumbrar un nuevo constitucionalismo. Otros, directamente un postconstitucionalismo. En lo que sigue, a través de tres contribuciones, muy sucintamente,

---

racionalismo político que el constitucionalismo históricamente ha articulado. Sin que sirva a estos efectos la valoración de sus dos «matrices», la anglosajona y la francesa, no sólo como diversas sino aun como alternativas, al entender que en la primera se proclama la soberanía de los derechos, a la que estaría también sometido el legislador (ordinario), mientras en la segunda se afirmaría la soberanía de la ley: «Solamente una "lectura" superficial de la experiencia jurídica contemporánea y de la doctrina lockeana de los derechos permite sostener que dichos derechos vienen antes que las constituciones y las leyes» (Danilo CASTELLANO, *Racionalismo y derechos humanos*, cit., págs. 55-56). He examinado sucintamente la posición de Locke en el volumen colectivo por mí dirigido *El pensamiento político de la Ilustración ante los problemas actuales*, Santiago de Chile, Fundación de Ciencias Humanas, 2008, págs. 11 y sigs.

<sup>18</sup> Cfr. Carl SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.

<sup>19</sup> Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 118 y sigs. Esto es exactamente lo ocurrido en España en 1976, en que se orillaron los muy claros límites al poder de reforma que señalaban las Leyes Fundamentales en una auténtica «revolución legal» o «golpe de Estado legislativo». En este sentido se ha llegado a decir –con intención evidentemente escandalizadora, pero que no quita un ápice de verdad desde el ángulo estrictamente técnico– que la «revolución legal» alemana de 1933 y la «reforma política» española de 1976 se caracterizarían por la «similitud en los métodos». Cfr. José ZAFRA VALVERDE, «La revolución "legal" en España», en *Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés*, tomo II, Valencia, Universidad de Valencia, 1984, págs. 1087 y sigs.

<sup>20</sup> Cfr. Boris MIRKINE-GUETZEVITCH, *Modernas tendencias del derecho constitucional* [1931], versión castellana de Sabino Álvarez Gendín, Madrid, Reus, 1934. Entre nosotros fue Eugenio Vegas Latapie quien en el mismo decenio de los treinta ya lo sometió a crítica aguda en *Romanticismo y democracia*, Santander, Cultura Española, 1938.

van a observarse las líneas de evolución, buscando ofrecer análisis que, más adelante, nos ayuden a alcanzar una síntesis. Para la que, a continuación, me limito a un simple apunte.

Y es que las constituciones modernas, ahormadas por el constitucionalismo, ¿siguen respondiendo a su designio, aunque más o menos esencial y sensiblemente transformado? O, por el contrario, ¿nos hacen pensar en un nuevo paradigma? Y, en tal caso, ¿qué relación guarda con el anterior?<sup>21</sup>.

Como ocurre cuando se habla de postmodernidad o de postmodernismo, que todo debería matizarse, de un lado aparecen signos que nos hacen pensar más en una mutación dentro de un cuadro axiológico que en otro estrictamente cronológico. Ese sufijo «neo» indica a las claras la novación. Aunque, en puridad, el signo de la misma no deja de implicar también una profundización en el nihilismo virtualmente (cuando no en acto) presente en el modelo primigenio. Pienso que el cuadro trazado no deje demasiado lugar a dudas, pues en todos los sectores examinados hemos visto que el postconstitucionalismo extrema las deficiencias que caracterizaban a su predecesor desde el ángulo de la recta constitución natural e histórica de las comunidades políticas.

Mas, de otro lado, es igualmente palpable la emergencia de otros signos que podrían empujar hacia la salida del horizonte hasta ahora asfixiante. Esto es, podríamos hablar también, y en alguna medida, de neoconstitucionalismo. Lo que ocurre es que de donde no salimos es de los «ismos» y, en concreto, de las variedades ideológicas del constitucionalismo. Poco importa, pues, por lo mismo, y en definitiva, si estamos ante un post o un neoconstitucionalismo. Aunque el primero en verdad pese más que el segundo. Porque los agentes disolventes del esquema moderno no pueden parangonarse con los potencialmente constructivos de un orden (nuevo).

La Constitución, como parte integrante del ordenamiento jurídico, debe ser funcional al orden jurídico. Pero con el constitucionalismo pretende suplantarlo. Da igual que sea el constitucionalismo «clásico», esto es, el moderno (y ya se entiende el juego de palabras, pues hablar de un constitucionalismo clásico implica una contradicción en los términos: clasicidad y modernidad son incompatibles), o el neoconstitucionalismo postmoderno. Sólo un postconstitucionalismo que lo fuera de verdad permitiría abrir las ventanas de los ordenamientos jurídicos modernos al aire y la luz de la naturaleza de las cosas. En cambio, no salimos de uno que se resuelve finalmente en simple neoconstitucionalismo.

<sup>21</sup> Miguel AYUSO, «La Costituzione fra neocostituzionalismo e postcostituzionalismo», en Danilo Castellano (ed.), *La Facoltà di Giurisprudenza: dieci anni*, Udine, Forum, 2009.

## 5. El poder constituyente: una visión problemática

Para cerrar estas breves consideraciones debe aferrarse el problema del poder constituyente<sup>22</sup>, en sí mismo, de modo problemático, así como en las condiciones históricas en que se presenta un concreto proyecto de reforma.

En lo que hace a lo primero, el problema del poder constituyente reside, sustancialmente, en el absurdo de considerar como «jurídico» un poder que presenta una absoluta libertad en cuanto al fin y que, consiguientemente, se ejerce en ausencia de normas que lo puedan regular tanto sustantiva como procedimentalmente; un poder, además, que actúa antes de que se establezcan las normas constitucionales, en las que reside –según la ortodoxia del positivismo jurídico– la primera y suprema fuente del derecho, que representan el nacimiento del derecho «objetivo». Problema que no se resuelve afirmando el nacimiento coetáneo de Estado y derecho.

La cuestión, desde luego, presenta notables dificultades. Una primera es la de que no hay poder si no tiene la capacidad de imponerse (pues de lo contrario no sería poder), por lo que un «poder constituyente», desde este punto de vista, es ya un poder constituido. El poder constituido, a continuación, de por sí no es un poder jurídico o político, lo que hasta el positivismo jurídico admite implícitamente cuando se ve obligado a distinguir entre distintos tipos de poderes. En tercer lugar, no se acierta a saber cómo el poder constituyente pueda vincular a quienes no participan en el proceso de su constitución (menores, no nacidos, etc.). Finalmente, el recurso al pueblo o la nación no sólo no resuelve el problema sino que crea otros y no menores<sup>23</sup>.

## 6. La reforma constitucional y su conveniencia

Las condiciones históricas de una singular reforma constitucional también deben ser consideradas atentamente. Antes aludíamos a un constitucionalismo hoy connotado por el prefijo «neo» o bien por el «post». No es pequeño el matiz. Si bien en nuestros días, ya lo hemos dicho, parece primar el elemento de radicalización y novación del significado del constitucionalismo más que su superación problemática. En efecto, éste se nos presenta hoy tocado por los rasgos de la búsqueda de la transformación social, del personalismo, del judicialismo, de la metamorfosis de la democracia y de la desintegración.

<sup>22</sup> Cfr. Miguel AYUSO (ed.), *El problema del poder constituyente*, cit., con contribuciones de Danilo Castellano, Juan Fernando Segovia, Julio Alvear y el propio editor.

<sup>23</sup> Danilo CASTELLANO, *Racionalismo y derechos humanos*, cit., pág. 37. Del mismo autor, también, *Constitución y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

El primero dice relación con el constructivismo que ha alterado la relación de la Constitución política con la organización de los poderes públicos al extenderla al seno de la Constitución social: «El primado de la voluntad de poder sobre la Constitución social, que es uno de los caracteres de nuestro tiempo, ha quebrado el hilo de una tradición histórica, forjadora de instituciones, y en cierta manera todo el orden constitucional contemporáneo se manifiesta como un proyecto racional de Constitución, no sólo de las instituciones que encarnan el poder político, sino de la misma entraña del orden social»<sup>24</sup>. El «personalismo», por su parte, remite a la cuestión nodal político-jurídica, principalmente después del cristianismo, de la persona humana, que ha sufrido un giro radical (incluso una «heterogénesis de los fines») con las vicisitudes de la modernidad y su mutación postmoderna. De un lado, la persona ha sido –de hecho– disuelta, al ser reducida a «acontecimiento» o a «proyecto». De otro, junto a lo anterior, también se han desvirtuado el fundamento y la razón de la política y el derecho. Así, tras la crisis de la modernidad «fuerte», se ha creído posible –escribe– legitimar el Estado y el ordenamiento jurídico transformándolos, en primer lugar, en «objetividad» al servicio total de la voluntad de la persona y, después, asignándoles la función «mediadora» que exige el llamado «republicanismo global». Lo institucional se identifica, así, con un «orden modular», que de cuando en cuando permite tejer una red (que se compone y descompone al gusto), que representa una nueva forma de «positividad» del nihilismo político-jurídico contemporáneo, incompatible no sólo con las doctrinas clásicas, sino también con el viejo contractualismo<sup>25</sup>. A continuación, el «judicialismo», lejos de recuperar el rostro del derecho fagocitado primero por la ley clásica y finalmente por su versión moderna, sirve a la postre principalmente para que el activismo de una clase de los llamados «operadores jurídicos», y sobre todo su estrato superior, imponga sus criterios (a menudo intensamente coloreados por la ideología posmoderna) por encima de gobiernos y mayorías<sup>26</sup>. Y no es que éstos sean garantía de racionalidad, pero –pese al impacto nocivo de la masificación inducida y reforzada por los medios de comunicación– en ocasiones parecen conservar restos de la misma con más cuidado que los tecnócratas y burócratas nacionales o internacionales<sup>27</sup>. Para

<sup>24</sup> Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Curso de Derecho constitucional comparado*, 5ª ed., Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1974, pág. 18. Y de nuevo el capítulo 2 de mi libro ya citado *El ágora y la pirámide*.

<sup>25</sup> Cfr. Danilo CASTELLANO, *L'ordine político-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, cit., *passim*. Lo he comentado en «Ideología personalista y orden “modular”», *Verbo* (Madrid), núm. 463-464 (2008), págs. 291 y sigs. También puede verse el desarrollo que le doy en el capítulo 3 de *El ágora y la pirámide*.

<sup>26</sup> Miguel AYUSO, *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001. También el capítulo 5 de *El ágora y la pirámide* y el libro de Alejandro ORDÓÑEZ, *El nuevo derecho y el nuevo orden mundial*, Bucaramanga, Universidad Santo Tomás, 2005.

<sup>27</sup> Cfr. Juan Fernando SEGOVIA, *Habermas y la democracia deliberativa. Una utopía tardomoderna*, Madrid, Marcial Pons, 2008. Y el capítulo 4 de *El ágora y la pirámide*. Respecto de la transformación de las formas de gobierno en nuestros días, puede verse también el conjunto de estudios que he dirigido bajo el título de *Política católica e ideologías. Monarquía, tecnocracia y democracias*, Madrid, Itinerarios, 2015.



acabar, el «federalismo» como proceso, máxime cuando se presenta en coalición con el funcionalismo en un contexto postestatal, se erige más elemento de desintegración que de integración<sup>28</sup>.

## 7. Coda

Es claro, pues, que en un contexto tocado por la decadencia de las instituciones políticas, que agrava la palmaria disolución social contemporánea, y con una pavorosa crisis moral y religiosa en el fondo, una reforma de la Constitución difícilmente servirá para revertir esos procesos, que –por el contrario– con toda probabilidad saldrán multiplicados y exasperados. Esto no dice sólo relación con Chile –no hemos osado siquiera apuntarlo en este papel, aunque no pueda dejar de observarse inevitablemente en su fondo–, sino que me parece predicable de todo el mundo conocido como occidental. El día en que pronuncio estas palabras, 31 de julio, la Iglesia celebra la fiesta de San Ignacio de Loyola. El que dejó escrito para siempre en sus *Ejercicios espirituales* esta lapidaria sentencia: «En tiempo de desolación no hacer mudanza»<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Carl J. FRIEDRICH, «Federal constitutional theory and emergent proposals in federalism», en Arthur W. Macmahon (ed.), *Federalism: mature and emergent*, Nueva York, Russell & Russell, 1955. También *El ágora y la pirámide*, capítulo 6.

<sup>29</sup> SAN IGNACIO DE LOYOLA, *Ejercicios espirituales*, núm. 318: «En tiempo de desolación nunca hacer mudanza, mas estar firme y constante en los propósitos y determinación en que estaba el día antecedente a la tal desolación».



# **Cambio constitucional: la experiencia constitucional colombiana**

**ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO**  
Procurador General de la Nación  
**(COLOMBIA)**

## **I. Introducción.**

Hablar de reformas constitucionales, asambleas constituyentes o procesos constituyentes como fórmula de solución a los problemas sociales y del Estado, en una época en la que ya se habla de neoconstitucionalismo o postconstitucionalismo, como corrientes de pensamiento que expresan de una u otra forma, la crisis de la Constitución y el constitucionalismo, se hace una tarea difícil.

No quiero con esta primera idea desanimar a los chilenos a que desistan del proceso constituyente al que se verán avocados en los próximos meses, pero sí quiero ser honesto en decirles los riesgos y dificultades que traen esos procesos, para lo cual quiero referirme un poco a la experiencia que afrontamos en nuestro país, y a partir de allí hacer unas advertencias generales.

## **II. Caso Colombia**

En Colombia se creyó ingenuamente que la Constitución de 1991 iba a solucionar todos los problemas de orden político, social, económico y jurídico. Se pensó que la realidad de conflicto por la que atravesábamos iba a resolverse con la expedición de una nueva Constitución. (Aquí se puede ampliar y contar un poco sobre la realidad de los 80 en nuestro país).

A decir verdad ese anhelo de armonía, concordia y paz que se creyó iba a solucionarse, hoy puedo decir con profunda tristeza que no se cumplió.

Evidentemente, mi país hoy sufre los mismos lastres y problemas anteriores a la Constitución de 1991. (Aquí se puede ampliar el contexto de hoy: proceso de paz, narcotráfico, degradación social, aborto, homosexualismo, eutanasia, etc.)

Con esto quiero demostrar sin mayor esfuerzo dialéctico que una nueva Constitución diseñada bajo la lógica moderna de la soberanía popular, el consenso y la libertad negativa, claramente no va a llevar a la solución de los problemas que

vive la sociedad, sino por el contrario, puede llevar a ahondar aun más la problemática. Claramente, los postulados del constitucionalismo hoy están en crisis.

Sin embargo, esta crisis que algunos especialistas señalan como verdadera, no parece hacer mella en este continente. A decir verdad, deberíamos preguntarnos si las extensas y obesas Constituciones de las últimas dos décadas han sido eficaces. No por mucho reglamentar y –constitucionalizar– se mejora la vida de los hombres.

El buen gobierno no pasa por Constituciones que engordan como un gato castrado; más bien, al contrario. Estas Constituciones que nada dejan al azar suelen ser trabas al buen gobierno, su obstáculo, porque carecen de sobriedad, porque desconfían de la sociedad, porque utópicamente quieren encerrar el futuro en su cárcel normativa.

### **III. Postconstitucionalismo**

La crisis del constitucionalismo nos ha llevado a hablar de postconstitucionalismo, es decir, de una etapa posterior en la que se revalúan los postulados originarios del constitucionalismo.

Son varios los síntomas que marcan el tiempo del postconstitucionalismo y que en cierta forma han determinado los problemas actuales de mi país y que deben tenerse en cuenta a la hora de someterse a un proceso constituyente:

En primer lugar, hoy enfrentamos la crisis porque la Constitución se piensa y se construye de espaldas a *la realidad*. La Constitución pretende imponer *una realidad* o, mejor, imponer una realidad a la realidad. Es decir, como dije anteriormente, la utopía del constituyente que se impone por sobre la realidad de la vida y las necesidades de los pueblos. El constituyente no es un mago ni la constitución una fantasía visual. Esta circunstancia pone en conflicto al orden de las cosas con la organización artificial del Estado. Es bien sabido, que la naturaleza de las cosas más tarde que temprano reclamará su lugar, como los ríos cuando buscan nuevamente su cauce. Si la Constitución quiere tener vocación de permanencia en el tiempo, debe reconocer que el orden político está determinado por el bien común. No debe legislarse en miras a bienes privados o al mero bien público del Estado, debe comprender a toda la sociedad y a sus integrantes. Debe reconocer a la justicia como la virtud a la cual deben tender el gobierno y el derecho. Hoy echamos de menos a la justicia y sus diversas dimensiones en la vida social. Debe la Constitución reconocer los derechos que atañen a la naturaleza social del hombre y no sus pretensiones o deseos desordenados, porque lo que lógicamente trae este tipo de derechos es más desorden.

La Constitución no es el sueño de unos pocos elegidos; los constituyentes no tienen derecho a embargar la vida de un pueblo en razón de sus desvaríos. Ellos han sido elegidos para trazar las grandes líneas de la organización política de un pueblo según su modo de ser, conforme a la constitución espiritual y a la tradición del pueblo, nunca según las ideologías y las utopías propias.

En segundo punto, así como la Constitución desplazó a la ley, así también la jurisprudencia de los tribunales constitucionales ha desplazado a la Constitución. Hemos pasado de constituciones políticas a constituciones jurídicas, que por no confiar en la prudencia legislativa acaban en el gobierno de los jueces. Y estos últimos –con independencia del acierto de sus decisiones– se convierten en supremos hacedores de nuestros destinos: todo queda en suspenso, como en una nube, hasta que ellos deciden. Aquí es importante acotar un aspecto que ha hecho –*líquida*– la teoría constitucional moderna. Las palabras con las que se construyen las normas constitucionales son sólo eso: palabras, pues la experiencia nos enseña, especialmente la de mi país, que son los jueces constitucionales los que dicen lo que la constitución quiere decir, so pretexto de interpretar y encontrar el espíritu de la norma. Esto ha hecho que en lugar de generar seguridad jurídica hoy estemos frente a la absoluta incertidumbre del derecho. En lugar de la certeza jurídica, hoy reina la duda; en lugar de lo establecido, impera lo incierto; en lugar de la firmeza de propósitos, rige lo dúctil y acomodaticio.

Aquí vale pena hacer una reflexión: si los magistrados y jueces constitucionales son los que en definitiva dicen lo que es la Constitución, prevalidos de la interpretación evolutiva y sistemática de la misma, ¿para qué una nueva Constitución? Es claro en esta época que los jueces hacen permanentemente nuevas constituciones cada vez que se pronuncian. Con esta otra idea no quiero desanimar a los amigos chilenos a un proceso constituyente, pero sí es bueno tenerlo en cuenta como límite a la hora de una nueva confección constitucional. Porque si es malo reducir al juez a la boca de la ley, como decía Montesquieu; igual de malo o más aún es hacer del juez la ley misma.

En tercer lugar, la crisis del constitucionalismo viene marcada por la incesante globalización del derecho. Los Estados modernos se fundan en la creencia de la soberanía popular, la cual tiene rasgos absolutos. Sin embargo, hoy presenciamos que dicho postulado se ha hecho “agua”, por el permanente activismo de los organismos internacionales, especialmente los judiciales, prevalidos del famoso “bloque de constitucionalidad”. Para poner un ejemplo de mi país, que también incumbe a Chile: Para nadie es un secreto que el sistema interamericano, ya sea en su Comisión o en su Corte, ha invadido terrenos de la soberanía nacional. Esto es, terrenos en los cuales son los gobiernos quienes mejor saben qué es el bien común de cada patria. La obligatoriedad no sólo de sus decisiones, sino de sus recomendaciones que hoy por hoy son más frecuentes, minan el carácter de órganos de cierre que tienen en principio

nuestras altas cortes nacionales. En el postconstitucionalismo hemos cedido parte de esa soberanía que caracterizaba al constitucionalismo. La justicia, por definición, no es abstracta sino concreta; es lo justo del caso, es lo debido en cada situación particular. ¿Quién puede conocer mejor lo justo concreto sino el juez de cada país, el que está próximo al caso? (Aquí podría tratarse, si se quiere, el caso de las medidas cautelares al Alcalde de Bogotá).

En cuarto puesto y en mi parecer, el aspecto que mayores complicaciones ha traído al constitucionalismo es la inflación y explosión de los derechos humanos o también conocidos como derechos fundamentales. Este punto tiene dos dimensiones:

La primera atiende a la insatisfacción individual que suscita el saber que se tienen reconocidos unos derechos por parte del Estado, pero al mismo tiempo, conocer que el Estado es impotente para realizarlos o protegerlos. La lógica compensatoria de esas Constituciones obesas es falsa: las mayores competencias del Estado y la administración no se satisface con la ampliación de catálogos de derechos que sirven de compensaciones individuales o colectivas. Al contrario, genera mayores conflictos. Esa desazón social no sólo se mira verticalmente entre el Estado y el individuo, sino horizontalmente entre los individuos, hoy más fuerte por la entrada en vigencia de las leyes antidiscriminación. En otras palabras, la inflación de derechos y su permanente incumplimiento ha incubado en la sociedad un resentimiento que no solo se expresa contra el Estado, sino entre los mismos ciudadanos. Queda todavía por satisfacer una amplia gama de derechos sociales (como son el salario justo, la vivienda digna, la protección de las familias) que no se remedia con nuevos derechos también incumplidos (esto es, la información veraz, la propia imagen o la autorrealización) o con nuevos derechos que alimentan la conflictividad social porque agreden directamente al ser humano y a la vida humana (como son los derechos sexuales, el aborto, la eutanasia o la pornografía).

La segunda cara se representa en un riesgo para los modelos democráticos que se puede concretar si no tenemos cuidado en la inflación de los derechos. Ese riesgo radica en que entre más derechos se otorguen por el Estado mayor es el poder que debe dársele, de lo cual se sigue que si el Estado con un mayor poder no logra la satisfacción de los derechos, su estirpe democrática puede tornarse en totalitaria, al mejor estilo de los estados del socialismo del siglo XXI.

#### **IV. Recomendaciones o advertencias para el proceso constituyente**

No sería completa mi exposición si luego de dar un diagnóstico sobre la realidad del problema y la crisis del constitucionalismo y de sus procesos cons-

tituyentes, no deo planteadas, siquiera sumariamente, algunas advertencias o recomendaciones a la hora de diseñar una nueva Constitución. Voy a dejar planteadas cuatro:

La primera consiste en que la Constitución debe reconocer el bien común, la justicia y la naturaleza social del hombre como aspectos determinantes en la formación de las instituciones políticas en el orden político. Lo que quiero decir es: que las Constituciones deben asentarse en la misma naturaleza del hombre y su demanda de una vida buena, que sea humana y no utópica. Perseguir el bien del "sistema" olvidando el bien humano es una utopía totalitaria.

La segunda recomendación es limitar el bloque de constitucionalidad, para evitar las indebidas interferencias del exterior a la soberanía judicial por parte de los organismos internacionales. Porque la demanda de justicia, ya lo he dicho, solamente se satisface por aquel que el primer constitucionalismo llamó –el juez natural–, el juez del caso, y no por agentes externos y ajenos a la realidad que se juzga. Asimismo, limitar de manera interna el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional y de los jueces constitucionales, para que de esta forma se conserve, por lo menos con alguna coherencia, lo que quiso mandar y proteger el constituyente.

La tercera es evitar que la Constitución se vuelva un código pesado y cargado de normas. Debe evitarse que desde la Constitución se regulen al detalle todas las instituciones y los procedimientos para ejercer el derecho. Para eso esta la ley. Esto es sano para *desconstitucionalizar* el derecho y evitar que cada juez, so pretexto de interpretar la Constitución, cree nuevas normas constitucionales. La experiencia nos dice que las Constituciones *ultrarreglamentaristas* generan inconstitucionalidades a diario; y que los jueces, so pretexto de sanearlas, vuelven incierta la Constitución y los derechos de las personas, librados ahora a sus caprichos

La cuarta y última recomendación consiste en no inflar en más derechos al individuo y la sociedad, aumentando el catálogo de derechos fundamentales que ya consagra la Constitución, pues esa circunstancia, contrario a lo querido por los constituyentes, agrava los problemas sociales, en la medida en que al no poder ser satisfechos por el Estado, esa insatisfacción generará más conflictos y problemas sociales. Y, además, puede eventualmente servir de soporte para la totalización del Estado, al verse impotente para protegerlos y realizarlos. No abogo por una solución liberal. Lo que quiero decir es que la Constitución debe servir a fortalecer las instituciones naturales de la sociedad para que sean éstas las que se encaminen –dentro del marco de la ley– a la vida buena, al bien común.

Pensar que el Estado todo lo puede y que todo lo dispone es recaer en el pecado del totalitarismo con el ropaje del paternalismo absolutista que nos advirtiera Tocqueville.



# Acerca del Estado Social y los nuevos derechos en la nueva Constitución<sup>1</sup>

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA

Profesor titular de Derecho Constitucional,

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO, FACULTAD DE DERECHO,

UNIVERSIDAD DE CHILE

(CHILE)

## 1. Introducción

Sabido es que el Programa de Gobierno de la plataforma Nueva Mayoría (NM) que encabeza la Presidenta Bachelet manifiesta la voluntad política de abrir o promover un proceso constituyente que otorgue a Chile una nueva Carta Fundamental, originada, discutida y promulgada en democracia. Esta voluntad se basa en la idea de que la actual Constitución, incluso con las múltiples modificaciones que ha sufrido, *“está sustentada en una desconfianza a la soberanía popular; de allí las diversas limitaciones a la voluntad popular mediante los mecanismos institucionales de contrapesos fuertes a dicha voluntad, siendo el ejemplo más evidente el mecanismo de los quórum contramayoritarios para la aprobación y modificación de leyes importantes”*. Por ello, se continúa más adelante, *“Chile debe reencontrarse con sus tradiciones republicanas y dar origen a la Nueva Constitución, en la que confluyan las tradiciones liberal, democrática y social y que sea fruto de un auténtico consenso constitucional”*.

Si bien es cierto que se ha discutido mucho en el debate público sobre el procedimiento que seguirá el Poder Ejecutivo y la coalición o plataforma gobernante para cumplir tal objetivo, lo cierto es que también resulta relevante revisar y discutir el contenido que el Programa prevé para la nueva Constitución.

Sobre lo primero, el procedimiento, si bien el Gobierno aún no lo ha determinado, sí contamos con las definiciones elementales sobre éste en el Programa, el que señala que aquél debe ser institucional, democrático y participativo.

Sobre lo segundo, el contenido, el Programa hace énfasis en un nuevo y más denso catálogo de derechos fundamentales y la instauración de remedios efi-

<sup>1</sup> Presentación realizada en el Seminario Internacional “¿Asamblea Constituyente, Reforma Constitucional o Proceso Constituyente?” organizado por el Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo, realizado el 31 de julio de 2015 en el Hotel W de Las Condes.

caces para el caso de su vulneración y, en cuanto al sistema político –que es lo que aquí nos ocupa– plantea explícitamente la opción de establecer en la nueva Carta a Chile como un Estado social y democrático de Derecho, siendo su forma política una República democrática y en que la soberanía, residente en el pueblo, se ejerza mediante un sistema democrático. En el Programa se define al Estado social y democrático de Derecho en los siguientes términos:

“En la Constitución Política se deberá reconocer bajo esta cláusula que el Estado no sólo es un sistema de potestades, sino un conjunto de deberes de ‘buen Gobierno’ y de satisfacción de necesidades públicas que son consustanciales a la legitimidad misma del Estado y del Poder. Se funda en la dignidad, libertad e igualdad de las personas, así como en los principios participativo, pluralista y de solidaridad.

Se trata, ante todo, el Estado social de un Estado de Derecho, fundado en el principio de legalidad y en el respeto de derechos fundamentales, de suerte que la fuente y medida de toda autoridad sea el Derecho mismo. El Estado Social es un Estado democrático, en que el poder electoral reside en el pueblo y su ejercicio se verifica en el poder a través de instituciones, procedimientos y técnicas representativas y participativas.

Finalmente, el Estado social es un Estado de garantías que protege el goce efectivo de derechos económicos, sociales y culturales”.

Luego, caracteriza con las siguientes palabras a la República democrática:

“Las democracias pluralistas combinan elementos de representación y participación en su versión contemporánea. Sus principios básicos son la representación política y la participación, en una ecuación de equilibrio. Esta definición republicana es una opción histórica por la electividad de los cargos públicos, la alternancia en el poder y la responsabilidad en el ejercicio del poder.

La República democrática exige un sistema de rendición de cuentas y, por tanto, de controles y responsabilidades sociales, políticas y jurídicas en el ejercicio del poder”.

A continuación, se revisará –con abierta adhesión a estas ideas– qué es lo que plantea el Programa de Gobierno para el cuatrienio de la Presidenta Bachelet, en concreto como medios para construir la institucionalidad que permita que Chile cumpla con los objetivos definidos por la coalición gobernante, ofrecidos al pueblo y hechos propios por éste mediante su adhesión en las elecciones presidencial y parlamentaria.

## **2. El sistema político: una República democrática que sea un Estado social y democrático de Derecho**

La idea base del Programa es que Chile merece que el texto constitucional reconozca y se base en un sistema plenamente democrático y que recoja en toda su extensión los derechos humanos reconocidos en Chile y en el ámbito internacional. Ello implica erradicar la desconfianza que la actual Carta tiene en la soberanía popular, manifestada en los fuertes mecanismos contramayoritarios vigentes. Tal desconfianza, de perpetuarse, sólo puede llevarnos a una crisis de legitimidad del sistema político y, luego, de gobernabilidad del país. Para cumplir este objetivo, se tiene que echar mano a las mejores tradiciones democráticas chilenas, a nuestra experiencia y a nuestro propio desarrollo doctrinario y científico; pero también a los desarrollos intelectuales y a la experiencia de las democracias modernas de Occidente.

Así, la intención del Gobierno es que la Nueva Constitución Política establezca que Chile es un *Estado social y democrático de Derecho*, siendo su forma política una *República democrática*, en que la soberanía nacional resida en el pueblo de Chile, de cuyo ejercicio emanen los poderes del Estado. Además, como concreción de ello, el Estado chileno sería esencialmente laico, reafirmando su separación con las Iglesias y, por tanto, suprimiéndose las múltiples referencias a juramentos, libros o símbolos de índole religiosa en el ordenamiento vigente.

### **Sistema electoral**

En cuanto la base del funcionamiento de un sistema democrático representativo es el ejercicio del sufragio por los ciudadanos y su real representación en los órganos delegatarios de la soberanía nacional, la reforma del sistema electoral binominal que regía la elección de los parlamentarios de ambas cámaras del Congreso Nacional resultaba esencial dentro de un cambio de la Constitución material, aun cuando su logro no implicó la superación de la vieja Carta de 1980 en lo formal; por ello, estando actualmente el sistema electoral regulado por su propia ley orgánica constitucional, el Gobierno planteó desde un principio que se intentaría su reforma en forma previa al inicio del proceso constituyente propiamente tal, cuestión que se logró tras la aprobación y promulgación de la Ley N° 20.840.

Al respecto, el contenido de dicha ley, cuya tramitación fue iniciada por el Poder Ejecutivo, ya es ampliamente conocida. En síntesis, se sustituyó el actual sistema electoral binominal por uno de representación proporcional; además, para avanzar en la plena igualdad política, civil, familiar, cultural y económica de mujeres y hombres, la ley contiene, recogiendo con ello la experiencia foránea, un mecanismo para acelerar la integración de la mujer en la vida política del país, en este caso, a través de su ingreso al Parlamento.

Aparte lo anterior y en conciencia del rol necesario que juegan los partidos políticos en un sistema democrático, el Programa manifiesta la intención de que la Nueva Constitución les garantice los recursos indispensables para el cumplimiento de su rol, a la vez que defina mecanismos eficaces para velar por su transparencia y democracia interna. Dicho asunto, sin embargo y como es sabido, no ha podido ser aun concretado en un proyecto –o unos proyectos– concreto.

### **Quórum para aprobar leyes**

Ahora bien, la profunda desconfianza que el constituyente autoritario de 1980 tuvo en la manifestación democrática de la voluntad popular no sólo se expresó mediante la instauración del sistema electoral binominal –*sui generis* y sólo vigente en nuestro país–, sino también en la exigencia de elevados quórums para aprobar la creación o modificación de las leyes de mayor relevancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Pues bien, de acuerdo a la esencia del sistema democrático, en la Nueva Constitución se deberá consagrar el principio de mayoría, siendo la mayoría absoluta el máximo quórum de aprobación y modificación de las leyes. De esa forma se recogerá nuestra propia historia constitucional democrática, así como el derecho comparado y el desarrollo de las doctrinas democráticas.

### **Pueblos indígenas**

El Programa considera que Chile debe saldar la deuda histórica que tiene con sus pueblos indígenas, reconociendo la identidad mestiza y raíces indígenas de la Nación chilena. Ello se verifica en el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, sus tradiciones, lenguas, costumbres, aporte a la cultura y derechos colectivos. Esto exige reconocer que Chile es una Nación indivisible, plural y pluricultural, obligándose el Estado a proteger, promover y asegurar los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y a desarrollar políticas interculturales, participativas, inclusivas y de bienestar.

### **Hacia una efectiva descentralización y poder de las regiones**

La Nueva Constitución tendrá que romper con el centralismo del Estado chileno. Deberán establecerse gobiernos regionales que, liderados por jefes ejecutivos elegidos por votación directa, dispongan de autonomía, facultades y recursos suficientes para constituirse en verdaderos ejes del desarrollo territorial.

### **Poder Judicial**

El Poder Judicial es clave, no sólo en la tutela judicial del derecho y la seguridad jurídica, sino en el Estado de Derecho mismo. Por lo anterior, junto con

asegurar su independencia y autonomía, se hace necesario fortalecer al Poder Judicial en sus funciones jurisdiccionales asegurando la plenitud y unidad de la jurisdicción. El actual gobierno está abierto a debatir sobre el mejor gobierno y administración del Poder Judicial, apertura también manifestada por la Corte Suprema en recientes jornadas de trabajo.

La Constitución asegurará la unidad de la jurisdicción, sometiendo a la justicia militar y al Ministerio Público Militar a un régimen compatible con la administración de justicia de un Estado de Derecho. En este mismo sentido la justicia militar, conforme su propia naturaleza y origen histórico, sólo será aplicable a los militares y bajo ningún pretexto a los civiles en tiempos de paz, velándose por el respeto de la garantía constitucional al debido proceso.

### **Tribunal Constitucional**

La nueva Constitución debe hacerse cargo de que el Tribunal Constitucional es una institución contramayoritaria, pues tiene el poder de contrarrestar decisiones democráticas. Para ello, el Programa propone una nueva generación del Tribunal Constitucional desde los poderes públicos democráticos, sin injerencia de la Corte Suprema, en número impar, eliminando el voto dirimente de su presidente.

Con la finalidad de racionalizar su rol contramayoritario, se requiere reordenar sus competencias, fortaleciendo su comprensión como tribunal, es decir, como órgano que resuelve conflictos, por lo que se hace imperioso suprimir las competencias de control preventivo de constitucionalidad de normas, tanto del control preventivo obligatorio como facultativo; que deforman su rol convirtiendo al Tribunal en "tercera cámara política". Asimismo, el Tribunal Constitucional tendrá una nueva competencia consultiva para que, a petición de cualquiera de las cámaras, examine la necesidad de adecuación del derecho interno con motivo de la aprobación parlamentaria de tratados internacionales de derechos humanos.

Finalmente, la Constitución debe establecer mecanismos de coordinación sistemática del Tribunal Constitucional con los tribunales que integran el Poder Judicial y la Justicia Electoral, para asegurar el debido cumplimiento de sus decisiones cuando corresponda.

### **Fuerzas Armadas**

Para la nueva Constitución las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública serán instituciones esencialmente obedientes al poder constitucional, no deliberantes, disciplinadas y partícipes del desarrollo del país a nivel nacional y regional. Las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública tendrán el

monopolio instrumental de la fuerza coactiva. Tendrán como fines la defensa nacional, la seguridad y el orden público, según sea el caso, con pleno respeto de los derechos humanos, del medio ambiente y los recursos nacionales estratégicos de la nación.

### **Defensoría del Ciudadano**

Las quejas de los administrados en relación a la mala administración o deficiente funcionamiento de los servicios públicos de la Administración del Estado o gestionados por empresas privadas, y que importen la lesión de derechos fundamentales y de derechos humanos, pasarían a ser campo de las tareas de una Defensoría del Ciudadano. Como se sabe, esta Defensoría del Ciudadano es una magistratura moral, revestida de *auctoritas*, pero no de *imperio*, que formula exhortaciones a la autoridad, recomendaciones e informes, contribuyendo a activar el control político y el control social de los gobernantes.

### **Banco Central, Consejo para la Transparencia e instituciones fiscalizadoras**

Banco Central, Consejo para la Transparencia y las instituciones fiscalizadoras son situadas por el Programa en la Administración institucional, reconociéndoseles su autonomía, cuya medida y la configuración de sus competencias son materia de ley. Se observa necesario un tratamiento coherente o sistémico de autonomías, controles y responsabilidades para las instituciones reseñadas, de suerte que operen como agencias independientes, en especial en el campo de la Administración Económica del país.

## **3. Descentralización**

Una de las mayores desigualdades que enfrentamos en el país es de carácter territorial. Son demasiadas las decisiones sobre aspectos importantes para el desarrollo de las regiones que se toman en Santiago. También son demasiado distintas las oportunidades que enfrentan las personas dependiendo del lugar donde nacen y residen. Debemos incorporar a todos los ciudadanos y ciudadanas por igual, tanto a la construcción como a los beneficios del desarrollo, independientemente del lugar donde vivan. Esto exige una efectiva descentralización.

En la década pasada Chile desarrolló una política de fomento de cadenas productivas o *clusters* sobre la base de cinco sectores (acuícola, minería, sector alimentario, servicios globales y turismo de intereses nacionales). Necesitamos retomar este camino, fomentar más competitividad y diversidad productiva, por lo que se propone restablecer y potenciar la política de *clusters*, basada en una fuerte cooperación y diálogo entre el ámbito público y el privado.

De acuerdo al Programa de Gobierno, se impulsará una Agenda de Descentralización con un cronograma de iniciativas que, sin alterar la organización político-administrativa del país, transfiera a las regiones mayores grados de poder. Se trata de avanzar en una descentralización efectiva que incluya la representación política, planes de desarrollo e inversiones, fortalecimiento del capital humano y mayor respaldo a las zonas extremas y los territorios con estatutos especiales. Así, se trata de potenciar las oportunidades económicas de las regiones con más descentralización, mayores competencias regionales para la gestión financiera, más recursos de inversión, y con un fuerte acento en los recursos humanos y el aliento a los talentos en las regiones.

Dentro de esta idea se inserta la creación y funcionamiento, por iniciativa de la Presidenta de la República, de la Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional, la que el 7 de octubre de 2014 presentó su Informe Final. Sin embargo, debe reconocerse que se ha avanzado poco en la materialización de las sugerencias de los comisionados.

### **Institucionalidad: Representación y gestión de los gobiernos regionales**

En el plano político, si hoy se eligen alcaldes, parlamentarios y consejeros regionales, ese mecanismo debe extenderse a la máxima autoridad regional. Además, es necesario dotar al gobierno regional de autonomía administrativa especialmente en las materias relacionadas con el desarrollo y competitividad del territorio.

Parte de ese objetivo se busca a través del proyecto de reforma constitucional que dispone la elección popular y directa del órgano ejecutivo del Gobierno Regional (Boletín N° 9834-06, actualmente en su primer trámite constitucional ante el Senado); aunque el contenido de dicho proyecto está lejos de todo lo sugerido por la Comisión Asesora Presidencial en su informe, sin duda se habrá dado un paso histórico en la descentralización del país, al menos en el aspecto político. Piénsese nada más en las varias veces que proyectos que implicaban la elección directa de los intendentes, fuesen originados por el Ejecutivo o por parlamentarios, fueron rechazados o estancados en su tramitación<sup>2</sup>.

Respecto a la Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional, entregó a la Presidenta de la República su informe, el que contiene un cronograma de traspaso de atribuciones y competencias y los contenidos específicos de las actividades a ser traspasadas, las materias de financiamiento,

<sup>2</sup> A vía ejemplar, encontramos el Boletín N° 2159-07, moción ingresada a la Cámara de Diputados el 21 de abril de 1998; el Boletín N° 6696-07, moción ingresada al Senado el 15 de septiembre de 2009 y archivado en 2014.

la gradualidad de la implementación y la identificación precisa de los cambios normativos que se requerirán a partir de las medidas descritas.

Como se ve –si bien no tan rápida y profundamente como se hubiese querido– la propuesta del Programa ya ha sido puesta en marcha, y pretende que al final del presente cuatrienio el desarrollo económico regional cuente con los mecanismos, atribuciones y recursos para desplegarse, buscando una eficaz cooperación público privada para fortalecer la competitividad del territorio y la inclusión social y económica de sus habitantes.

De acuerdo al Programa de Gobierno y al contenido del informe final, el país debiese avanzar en los siguientes sentidos.

En ejecución de esa cooperación, a nivel regional debiesen crearse Programas Tecnológicos de Inversión. La institucionalidad regional en esta materia será un reflejo de la nacional, para lo cual se crearán los *Consejos Regionales de Innovación y Competitividad*. De manera conjunta, se fortalecerán los Comités de Innovación de las regiones. Adicionalmente, para las regiones será relevante la existencia de los Centros de Desarrollo Empresarial que ofrecerán acciones de formación y fortalecimiento en materia de gestión a las empresas de menor tamaño.

Se establecerá en la SUBDERE una unidad especializada de descentralización, la que impulsará, coordinará y evaluará el proceso de descentralización y transferencia de facultades y competencias a regiones, así como el traspaso de Servicios Públicos, proceso que será paulatino y por grupos de regiones. Al mismo tiempo, se establecerá un organismo destinado a coordinar y apoyar la planificación y decisiones de los gobiernos regionales, que incluya el monitoreo de planes regionales plurianuales de desarrollo económico, social y productivo generados en acuerdo con los ministerios sectoriales involucrados. Los planes regionales tendrán un carácter obligatorio y constituirán el marco bajo el cual los recursos públicos apoyarán, a través de inversiones y gasto corriente, la materialización de una visión de desarrollo territorial integrada y de largo plazo.

Para dar curso al fortalecimiento de la descentralización y el desarrollo de las regiones se incrementará el gasto público regional y se generará información presupuestaria regional que incluya una desagregación regional de los presupuestos ministeriales. De esta forma, las regiones y el país sabrán exactamente los recursos con que van a contar, y ciudadanos y ciudadanas podrán exigir a sus gobiernos regionales si estos fondos no son utilizados en forma eficiente. Adicionalmente, es necesario traspasar al Gobierno Regional aquellos bienes necesarios para su funcionamiento.



En el plano de la inversión, en todas las regiones del país se crearán mecanismos de incentivos destinados a estimular la concreción de inversiones relacionadas con el asociativismo regional o comunal, de manera de incentivar esta práctica en materias de interés común. Además, se creará un Fondo de Convergencia Regional para disminuir brechas y apoyar el desarrollo de los territorios más rezagados en materia de desarrollo socioeconómico. Al mismo tiempo, se mejorarán los criterios de composición y asignación del Fondo Nacional de Desarrollo Regional (FNDR) y se disminuirán las provisiones para traspasar estos recursos al presupuesto de inversiones. El FNDR se enmarcará en la estrategia de desarrollo regional con un sentido estratégico y de futuro.

Se deberán realizar los cambios normativos necesarios para establecer las condiciones que permitan que los Gobiernos Regionales tengan relaciones más estrechas de cooperación con las Municipalidades de la Región para el cumplimiento de objetivos comunes o complementarios, incluyendo presupuestos de inversión. La participación de las Municipalidades en la elaboración de las Estrategias de Desarrollo Regional (EDR) y en el Plan Regional de Ordenamiento Territorial (PROT) debe ser obligatoria, e igualmente la asesoría del GORE en la Elaboración de los Planes de Desarrollo Comunal (Pladecos) para asegurar la coherencia de las inversiones locales y regionales.

Adicionalmente, se realizarán las modificaciones tendientes a mejorar los mecanismos de participación, transparencia y control ciudadano regional. Al mismo tiempo, contaremos con un sistema adecuado de incentivos, transparencia y rendición de cuentas que brinde seguridad jurídica a los agentes públicos en las regiones y al nivel central del Estado responsable de la disciplina fiscal. Por otra parte, resulta fundamental que cada región cuente con un sistema de estadísticas que permita registrar el comportamiento en todos los ámbitos de intervención de los gobiernos regionales y posibilite el establecimiento de líneas base, información para el diseño, seguimiento y evaluación de políticas y programas, y para establecer los indicadores que permitan objetividad en las rendiciones de cuentas.

### **Recursos humanos**

Conforme al Programa, se crearán estímulos para atraer y retener personas calificadas, como también para incentivar la migración a regiones desde Santiago e incluso desde el extranjero, tanto en el ámbito laboral como académico. En la misma línea, extenderemos el Sistema de Alta Dirección Pública a cargos regionales, con el consecuente atractivo de remuneraciones.

Las universidades regionales deben ser las mejores socias del Gobierno Regional para impulsar el desarrollo del territorio. En ese sentido se incluye la ley, iniciada por mensaje de la Presidenta, que creó las nuevas universidades regionales

en O'Higgins y Aysén. Por su parte, la Reforma Educacional, en lo referido a la educación superior, promoverá que en cada región exista una oferta de educación superior y técnico profesional de calidad. Se generarán incentivos y oportunidades para que los jóvenes de esas regiones que salen a estudiar afuera regresen a trabajar a sus lugares de origen.

### **Zonas extremas y territorios con estatutos especiales**

Las chilenas y chilenos que viven en territorios apartados tienen derecho a contar con estándares de vida similares al resto de la población, para lo cual es necesario enfrentar las diferencias en el costo de vida, las dificultades en conectividad, el acceso a los servicios de educación y salud, entre otros factores.

Por ello, se pondrá en marcha un Plan Especial de Desarrollo de Zonas Extremas para las regiones de Magallanes, Aysén y Arica y Parinacota, que les dará un impulso potente de crecimiento y desarrollo. Además, hay zonas del país que se encuentran rezagadas respecto del desarrollo del resto, como la zona de Arauco. Para ellas se implementará un Plan de Desarrollo para Territorios Rezagados.

## **4. Municipios**

En directa relación con la descentralización del país está la preocupación por el desarrollo de la administración comunal. Los desafíos que enfrentamos en la actualidad a nivel local nos exigen interpretar adecuadamente el momento político y los cambios que la sociedad ha experimentado, más aun cuando son los municipios, en cuanto instituciones con mayor cercanía a los ciudadanos, los que están llamados a ser el primer enlace en este esfuerzo.

### **Institucionalidad local**

En materia institucional, el objetivo estratégico es que los municipios pasen de cumplir una función exclusivamente de administración, a la constitución de verdaderos Gobiernos Locales, ampliando las actuales funciones que desarrollan y entregándoles un mayor grado de autonomía en la gestión. Esto será posible mediante el traspaso de competencias, recursos propios, autonomía administrativa y facultades.

Así, se estudiará la constitución de un conjunto básico de servicios municipales garantizados con un determinado nivel de calidad, sujeto a indicadores objetivos auditables, que permitan romper las inequidades territoriales y sociales que afectan a los habitantes de las distintas comunas. Para hacer esto posible

se requerirá una progresiva transferencia de competencias y recursos desde programas y servicios nacionales al nivel local.

Adicionalmente, se deben perfeccionar y ampliar los mecanismos de participación comunal, mejorando la legislación que establece los Consejos Comunales de Organizaciones de la Sociedad Civil, estableciendo como política pública los Fondos Concursables y presupuestos participativos, ampliando el ámbito de acción de las Oficinas de Información y Reclamos, mejorando la regulación sobre consultas ciudadanas y plebiscitos.

Se debe fortalecer el Concejo Municipal, entregándole mayores facultades, atribuciones y también responsabilidades y otorgarles a los concejales la responsabilidad de acompañar y monitorear una o más áreas del quehacer municipal con la obligación de rendir cuentas.

Sobre la dotación y el estatuto jurídico de los funcionarios municipales se propone retomar el debate sobre el Art. 121 de la Constitución que permite a los alcaldes descentralizar la gestión de personal de acuerdo a las particularidades de cada municipio, impulsando la norma legal que otorgue la facultad de revisar la estructura de plantas. La discusión sobre el Art. 121 debe incorporar la revisión de las normas laborales de los funcionarios municipales, con el debido resguardo de la carrera funcionaria y participación de todos los estamentos, permitiendo que éstos trabajen en condiciones de dignidad y de resguardo de sus derechos como trabajadores.

Por último, se debe implementar una nueva estrategia con los municipios rurales que permita desarrollar los instrumentos necesarios para superar las dificultades y necesidades especiales que presentan los ciudadanos del mundo rural.

### **Financiamiento de los municipios**

Sin duda, los municipios requieren de más recursos. Para ello se impulsará un conjunto de medidas entre las que destacan aumentar los recursos del Fondo Común Municipal (FCM), estudiando el fortalecimiento del aporte público y avanzando sustantivamente en la descentralización de decisiones de inversión; estudiar compensaciones, con cargo al presupuesto nacional, por las exenciones de diversos tributos de beneficio municipal, por ejemplo, por exención del pago de los derechos de aseo, del pago de contribuciones, o por la construcción de viviendas sociales, materias que gravan en mayor medida a los municipios más pobres del país; corregir, mediante una modificación a la Ley de Rentas Municipales, las discriminaciones e injusticias que existen, en particular para que los grandes contribuyentes financien adecuadamente las prestaciones y servicios que reciben de los municipios, y asegurar normativamente que cualquier

nueva función o tarea que se le asigne a los municipios deberá contemplar el financiamiento respectivo.

## **5. El Programa sobre la Modernización del Estado**

El Programa de Gobierno aspira a un Estado moderno para Chile, que sea capaz de promover el fortalecimiento de la democracia y de facilitar el diálogo y la participación; un Estado que garantice el ejercicio de los derechos políticos, económicos, sociales y culturales de la ciudadanía y que impulse políticas públicas para disminuir las desigualdades, combatir los abusos y contribuir a una distribución del ingreso más igualitaria.

Ese Estado moderno cumplirá con fuerza su rol de regulador y fiscalizador en la provisión de bienes y servicios, asegurando condiciones de competencia y velando por el acceso, la calidad y la satisfacción de los usuarios, en condiciones laborales dignas, y asegurará, entre otras materias, las condiciones apropiadas para el emprendimiento y la inversión privada, contribuyendo a la apertura de nuevos mercados y al desarrollo de tecnologías innovadoras.

### **Una nueva institucionalidad responsable de la evaluación de las políticas públicas**

El sistema de evaluación de políticas públicas que ha desarrollado nuestro país ha permitido que se disponga de más y mejor información para los procesos de análisis y toma de decisiones, contribuyendo así a la transparencia de la gestión pública. Sin embargo, si queremos evaluar para mejorar, los resultados de las evaluaciones deben estar vinculados al proceso de toma de decisiones de política pública. Para eso se hace necesaria una nueva institucionalidad, que interactúe con los distintos organismos públicos en el ciclo de definición de políticas.

Para ello, le Programa propone la creación de la *Dirección Nacional de Evaluación*, agencia que tendrá la misión de contribuir al mejoramiento continuo de la calidad de las políticas, programas y proyectos públicos, a través de la incorporación de procesos de evaluación que asesoren la toma de decisiones. Así, sus objetivos serían desarrollar evaluaciones de alta calidad técnica que entreguen recomendaciones para mejorar la gestión, la eficacia, la eficiencia y la calidad de las políticas y programas públicos; establecer estándares metodológicos para todas las evaluaciones realizadas en el sector público; difundir la información respecto de las evaluaciones realizadas en el sector público, favoreciendo la transparencia; y realizar el seguimiento a la puesta en marcha de las recomendaciones que surjan de las evaluaciones. El director del Servicio sería nombrado por el Sistema de Alta Dirección Pública.

La idea es que la nueva institucionalidad tenga como meta evaluar anualmente el 25% de los programas del presupuesto, de modo que en una administración cubra el 100% de los programas del presupuesto público.

### **Un Nuevo Trato para el empleo público**

El Programa aspira a un sector público que se identifique con una gestión de calidad, que disponga eficientemente de los recursos que se le asignan y en permanente proceso de innovación, para lo que resulta fundamental que los funcionarios públicos trabajen en condiciones de dignidad. Para ello, se evaluará la institucionalización de la negociación colectiva en el sector público, estudiando mecanismos que se hagan cargo de sus especiales particularidades. En relación al personal a contrata, se estudiarán esquemas que ofrezcan mayor estabilidad a estos trabajadores. También se evaluará la situación de los trabajadores con contratos a honorarios, revisando aquellas situaciones que puedan ser consideradas funciones permanentes.

Un empleo decente debe permitir a los funcionarios de mayor edad, retirarse dignamente de la función pública. Para ello, se impulsarán planes especiales de retiro que faciliten el cumplimiento del objetivo señalado.

En el ámbito de la capacitación, los Planes Anuales de Capacitación serán indispensables para lograr mejores resultados en el desempeño de los funcionarios, cuya pertinencia y vigencia se evaluarán periódicamente por los comités bipartitos de capacitación recibiendo, más recursos cuando sea necesario para su mayor eficacia.

### **Perfeccionamiento del Sistema de Alta Dirección Pública**

A 10 años de su creación, el Sistema de Alta Dirección Pública ha confirmado su relevancia entre las reformas del Estado que se han implementado en nuestro país. Ha sido exitoso al implantar un exigente sistema de selección de altos directivos. Sin embargo, al producirse el cambio de gobierno en 2010 mostró debilidad, convirtiendo la facultad para despedir a los altos directivos en un mecanismo de remoción política. Por lo tanto, es indispensable incorporar mejoras al sistema; hacer del convenio de desempeño del alto directivo un instrumento que apoye el mejoramiento de la gestión; y avanzar en la ampliación del sistema con carácter mixto, que contemple diferencias de régimen entre el primer y segundo nivel jerárquico, con criterios explícitos de delimitación técnico-política, aumentando la cobertura del sistema.

## **Agenda Digital**

La globalización en el siglo XXI nos obliga a enfrentar institucionalmente el desarrollo digital de nuestro país. Este desafío digital cubre tanto la promoción de la utilización de nuevas tecnologías por parte de la ciudadanía, como el uso de tecnologías de la información para profundizar la transparencia, elevar la eficiencia del Estado y promover una mejor calidad de los servicios al ciudadano. Para lograr estos objetivos es preciso que el Ministerio de Economía asuma en plenitud el rol conductor de la política pública de desarrollo digital de nuestro país, contemplando materias tales como el diseño de políticas del área, la promoción de iniciativas de gobierno electrónico, el desarrollo de la industria de las TIC y la promoción del acceso a las nuevas tecnologías.

Adicionalmente a este esfuerzo, se propone desarrollar el concepto de gobierno digital en línea, que permita un mejor acceso a la información y los servicios, especialmente en los campos de la salud, la educación, la previsión y otros servicios sociales, dando especial preferencia a regiones y municipios.

## **Probidad y Transparencia**

Hoy la ciudadanía tiene una creciente demanda por mayor transparencia en el accionar de las autoridades públicas. Esto tiene que ver con el acceso a la información y la participación en el debate, pero también, con los conflictos de intereses de las propias autoridades. La coalición, al respecto, se comprometió a implementar un sistema de fideicomiso ciego para las nuevas autoridades, sin esperar la aprobación del proyecto de ley que se discute actualmente en el Congreso, sin perjuicio de comprometerse a perfeccionar y acelerar su tramitación.

Además, se profundizará la normativa que regula el conflicto de interés en las funciones posteriores al ejercicio de cargos públicos, así como las declaraciones de patrimonio e intereses de las autoridades públicas. Adicionalmente, se fortalecerá la función de auditoría interna de gobierno y se impulsarán acciones para contar con un mejor y mayor control ciudadano sobre las actividades de lobby.

## **Perfeccionamiento de los Gobiernos Corporativos de las Empresas Públicas**

El Programa anuncia el perfeccionamiento del marco institucional de las empresas del Estado y de aquellas en que éste tenga participación, fortaleciendo sus gobiernos corporativos, para que estas empresas logren aumentar su transparencia y capacidad estratégica, mejorando la calidad de la gestión y la supervisión de las mismas.

Para ello, se propone la creación del *Consejo Superior de Empresas Públicas* como un servicio público descentralizado, encargado de representar los derechos y deberes del Estado en su rol de propietario, modificando tanto su composición y facultades como las normas referentes a los directores de las empresas públicas, de forma de facilitar la separación de las diversas funciones del Estado.

### **Institucionalidad de confianza y alto estándar técnico para las estadísticas públicas**

Si queremos políticas públicas de país desarrollado, para diseñarlas y evaluarlas necesitamos generar estadísticas con estándares de país desarrollado. Los lamentables episodios de la CASEN 2011 y del Censo 2012 han dejado en evidencia que existe una brecha entre ese anhelo y la capacidad institucional para alcanzarlo. Invertir en cerrar esta brecha es indispensable para lograr las dos características más importantes de la institucionalidad estadística: confianza de la ciudadanía y capacidad técnica. Para lograrlo, se perfeccionará el proyecto de ley que moderniza el INE. En el caso particular del Censo, la Comisión Externa Revisora convocada por el gobierno de Piñera recomendó realizar uno nuevo. Más aún, la Comisión recomendó no utilizar los datos recolectados para fines de políticas públicas. Por lo tanto, es imprescindible realizar un nuevo Censo.

## **6. Nuevas agencias de la Administración del Estado**

Con el fin de cumplir debidamente los objetivos hasta aquí reseñados, se hace necesaria la creación de algunas nuevas agencias que formen parte de la Administración del Estado. A continuación se destacarán algunas.

### **Ciudad, vivienda y territorio**

Con el propósito de velar por la política de infraestructura urbana y la coordinación en su ejecución, se dotará de una institucionalidad permanente a la *Comisión Interministerial de Ciudad, Vivienda y Territorio*. Estará integrada por los ministros de Vivienda, quien la presidirá, de Obras Públicas, de Transporte y Telecomunicaciones, de Bienes Nacionales y el Subsecretario de Desarrollo Regional.

### **Medio ambiente**

Es necesario evaluar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA,) a la luz de los objetivos iniciales que movieron al anterior gobierno de la Presidenta Bachelet a presentar la reforma a la institucionalidad ambiental, e impulsar con decisión los cambios necesarios que aseguren a todos los ciudadanos, or-

ganizaciones y empresarios, una institucionalidad validada desde el punto de vista técnico. Asimismo, se reforzará la Superintendencia del Medio Ambiente dándole presencia organizada en cada región del país.

## **Cultura**

Se plantea la creación del *Ministerio de Cultura y Patrimonio*, que será una institución con énfasis locales, que promueva la cultura, las artes y la interculturalidad. Este Ministerio debe ser capaz de una acción de dinámica, moderna y eficiente, manteniendo y profundizando las estructuras participativas actuales y generando nuevos espacios y metodologías de participación de la sociedad civil; avanzando cualitativamente en fórmulas de descentralización efectiva; incrementando las responsabilidades en la incorporación de la cultura y las artes en la educación.

Asimismo, se introducirán modificaciones al *Consejo Nacional de Televisión*, incorporándolo al Ministerio de Cultura y Patrimonio, ampliando sus atribuciones, manteniendo su rol de regulador de la TV, enfatizando su rol de fomento de la calidad de la industria televisiva, tanto a nivel de TV abierta, pago, regional y comunitaria.

Se buscará modificar la televisión pública, a través de un proyecto de ley. Esto, pues se deben ampliar las facultades de *Televisión Nacional de Chile* para un cumplimiento efectivo de los objetivos asociados con la misión pública que la ley le entrega. Al directorio se le aplicarán los deberes y régimen de responsabilidades de los directores de las Sociedades Anónimas y se le impondrá la obligación de dar cuenta de su gestión una vez al año. Además, TVN incorporará financiamiento público de manera sistemática, con el objeto de que pueda producir bienes públicos socialmente valorados que los privados no tienen obligación de producir. Esto, pues en el nuevo escenario de TV Digital, el canal público debiera desarrollar a lo menos dos frecuencias abiertas y gratuitas adicionales. Una, de noticias –actualmente sólo disponible en plataformas de pago– y otra para un canal educativo-cultural.

## **Transporte**

En cuanto a la gestión de los sistemas de transporte en las ciudades, se creará la Autoridad Metropolitana de Transportes para cada área metropolitana.

## **Pueblos indígenas**

Conforme a los objetivos planteados para la Nueva Constitución, se requiere adecuar la institucionalidad vinculada a los pueblos indígenas. Se realizará, primeramente, un proceso de consulta para establecer reformas que generen



espacios de autonomía y autodeterminación a nivel territorial mediante la generación de Estatutos Especiales de Autonomía.

Se impulsará, luego, una nueva institucionalidad indígena que recoja la experiencia histórica de entidades como Conadi y de la Ley Indígena y que eleve el estándar de la relación de los Pueblos Indígenas con el Estado. En efecto, los asuntos indígenas han estado a cargo de la Conadi, una institución que es una corporación dependiente de un Ministerio, lo que resta fuerza a su accionar. Por ello, el Programa plantea conferir rango de Ministro de Asuntos Indígenas al Director de la Conadi. Luego, se enviará al Congreso el proyecto de ley que crea el *Ministerio de Asuntos Indígenas*, que será además el encargado de colaborar con el Presidente de la República en la definición de una política indígena para Chile. Junto a este, se enviará otro proyecto que crea el *Consejo de Pueblos Indígenas*, autónomo y representativo de los diversos pueblos que existen en Chile. El Consejo deberá tener funciones consultivas y resolutivas y garantizar la debida representación por Pueblos, entre otras materias. Esta iniciativa será con consulta de los Pueblos Indígenas.

Se adecuarán los marcos regulatorios actualmente vigentes a las normas del Convenio 169 de la OIT, de manera de velar por su adecuada implementación y respeto. Esto incluye la revisión y eventual modificación –con consulta– del reglamento general de consulta como también respecto del nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, a objeto de que ambos instrumentos cumplan efectivamente con los estándares del Convenio 169. Además, se evaluará un mecanismo de financiamiento a estos procesos de consulta.

Se implementará, también en consulta con los pueblos indígenas, procedimientos e iniciativas para proteger efectivamente los recursos naturales y económicos de ellos.

## **7. Los derechos fundamentales en la Nueva Constitución**

Ahora bien, como se planteó al inicio de esta presentación, la intención manifestada por el actual Gobierno es, mediante el impulso de un nuevo texto constitucional y las demás reformas estructurales planteadas en su Programa, convertir a Chile en un *Estados social y democrático de Derecho*. Y como no se entiende de qué forma un Estado puede ser “Social” sin abordar su relación con los derechos fundamentales de las personas, finalmente se hace necesario hacer alguna referencia sobre la materia.

Como señala el Programa, la Nueva Constitución debe asumir un compromiso categórico con el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, a la fecha el mínimo ético universal en que los pueblos civilizados basan

sus formas de convivencia. Así, será deber de los órganos del Estado respetar, promover y asegurar, en todos sus niveles de protección, el pleno ejercicio de los derechos humanos, propendiendo a su progresividad, expansividad y óptima realización posible.

Por ello, la Nueva Constitución, fruto de la confluencia de las tradiciones liberal, democrática y social, requiere de un completo y equilibrado catálogo de derechos, deberes y garantías que plasme los derechos establecidos en los principios, declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos; reconociendo explícitamente que ellos constituyen limitaciones a la soberanía.

### Como señala el Programa:

“La Nueva Constitución Política debiera basarse por consiguiente en los valores de la dignidad de la persona; de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad; estableciendo en plenitud un sistema democrático que reconozca el pluralismo propio de las sociedades democráticas modernas y, con ello, la autonomía moral de las personas y su libre desarrollo de la personalidad”.

En particular, el desarrollo de este nuevo catálogo debiera contener, básicamente, los siguientes aspectos:

- **Derecho a la vida e integridad física y psíquica:** El Estado debe garantizar a todas las personas que no sean sometidas a torturas ni tratos crueles, inhumanos o degradantes. Se requiere abolir efectivamente la pena de muerte, prohibir el trabajo forzado y la trata de personas. En particular, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia de género.
- **Derecho a la igualdad y a la no discriminación:** La Nueva Constitución debe garantizar la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, sea por razón de sexo, origen étnico, origen social, opinión, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Ello incluye la promoción por el Estado de la igualdad de derechos y cargas de hombres y mujeres dentro del hogar y el favorecimiento del acceso equitativo de mujeres y hombres a cargos de elección popular y a puestos de responsabilidad profesional y social, incluso mediante medidas de acción positiva, con estándares de temporalidad, proporcionalidad y afectación.
- **Derecho a la libertad y seguridad personal.**
- **Derecho a la tutela judicial y garantía del debido proceso, en sede civil y penal.**

- **Derecho a la libertad de conciencia, en el marco de una Constitución laica y pluralista.**
- **Derecho a la libertad de pensamiento y expresión, y a buscar, recibir y difundir información:** Esto implica que una ley determine los límites a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación social, así como la apertura plural del espectro radioeléctrico y la distribución del avisaje público.
- **Derechos de los niños, niñas y adolescentes,** de acuerdo al estándar internacional.
- **Derecho a la identidad, a la intimidad, a la imagen, al honor y derechos sexuales y reproductivos.**
- **Derecho de propiedad:** Junto con reconocer el derecho a la propiedad privada, debiera contemplar la idea de que la propiedad obliga y que su uso debe servir al mismo tiempo al bien común. En esa línea, se requiere reconocer que la función social del derecho a la propiedad privada y a la herencia, delimitará su contenido, de conformidad a la ley.
- **Derecho a la libre iniciativa económica privada,** con las limitaciones establecidas en la ley.
- **Dominio público pleno, absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre los recursos hídricos, mineros y del espectro radioeléctrico:** En virtud de ello, expresamente se establecería que el Estado tiene derecho a regalías por el aprovechamiento de los recursos naturales, especialmente minerales; además, las aguas serían bienes nacionales de uso público, cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que sigan, incluidos los glaciares. Quedaría entregada al legislador la regulación del procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que se reconozca a los particulares sobre las aguas, sin perjuicio de reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar la disponibilidad, calidad, seguridad y continuidad del recurso hídrico para todas las personas.
- **Derechos políticos:** Se debe reconocer el derecho de participar en la vida pública y política del país, siendo el sufragio un derecho esencial de la ciudadanía. Por tanto, debe ser fortalecido para asegurar la más plena participación. Se reconocerá el derecho de asociación política, el derecho de protección del Estado a los nacionales, el derecho a la nacionalidad, el derecho a una buena administración, el derecho de acceso a los documentos, el derecho de petición a la autoridad y el

derecho de reunión y manifestación. El sufragio es universal, igualitario, secreto y debe poder ser ejercido por todos los chilenos mayores de 18 años, en su dimensión pasiva y activa, sin que su domicilio o lugar de residencia puedan limitar o condicionar el derecho al sufragio. El Estado debe favorecer el acceso y participación en condiciones igualitarias entre mujeres y hombres a cargos de elección popular.

- **Derecho a la participación política y social:** La Nueva Constitución debe garantizar el derecho a la participación política y social en las diferentes áreas de la vida nacional como garantía del orden político e institucional y como derecho incluyente de los grupos históricamente excluidos de los espacios de toma de decisiones públicas. La Ley determinará las normas y requisitos para el registro legal y las formas específicas de intervención de los partidos políticos, cuyo fin es promover la participación de la ciudadanía en la vida democrática, asegurando la transparencia, las prácticas democráticas y la representación equilibrada de mujeres y hombres en su vida interna.
- **Derechos colectivos y reconocimiento de los pueblos indígenas:** Debe quedar establecido que Chile, en cuanto Nación, es indivisible y pluricultural, pero que incluye a los pueblos indígenas, quienes gozan de identidad y cultura propia. Sus derechos colectivos se relacionan con el medio en que viven y en el uso de sus recursos, y el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, lengua, instituciones y tradiciones sociales y culturales. El Estado deberá fomentar la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones.

### **Derechos económicos, sociales y culturales**

En cuanto la Nueva Constitución, consagrará un Estado social y democrático de derecho, corresponde hacer mención especial a los derechos económicos, sociales y culturales, que deberán ser asumidos como verdaderas obligaciones de la actividad estatal, para asegurar mínimos de igualdad social para un disfrute efectivo de todos los derechos.

Así, corresponde al Estado garantizar el derecho a la educación, al trabajo, a la vivienda, a la protección de la salud, a la seguridad social, el derecho de las personas con discapacidad y de la tercera edad, el derecho al goce del medio ambiente libre de contaminación. Se reconocerá el derecho a la cultura, entendido tanto como el derecho a bienes culturales como al patrimonio cultural.

El Estado deberá promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés nacional.

### **Garantías**

Para garantizar efectivamente el desarrollo y la efectividad del conjunto de derechos fundamentales, se deben establecer las acciones y recursos que permitan su reclamo ante las instancias judiciales, tales como el amparo, la protección y el acceso a la información; también se debe establecer que las limitaciones a estos derechos sólo pueden hacerse por ley; y que no se puede afectar el derecho en su esencia. Por otra parte, los estados de excepción constitucional sólo pueden limitar los derechos en los supuestos fácticos que la Constitución Política establezca, con estricta sujeción a estándares internacionales.

### **Deberes**

En materia de deberes constitucionales, la Nueva Constitución debe hacerse eco de la fórmula de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que sitúa a las personas y sus grupos no sólo frente al Estado, sino frente a la comunidad en que viven, de suerte que los deberes superen concepciones individualistas que niegan la necesidad de la cooperación y la solidaridad social. En consecuencia, la Constitución deberá establecer deberes relativos a la vida pacífica, el respeto de los derechos, la contribución a una sociedad solidaria, el cumplimiento con las cargas reales y personales que establezca la ley; los deberes para con el Estado nacional, sus valores e intereses permanentes y los deberes relativos al respeto y cumplimiento de la Constitución y la ley.

### **Epílogo**

Sólo me resta después de esta exposición agradecer la invitación de la Universidad del Desarrollo a este magnífico Seminario Internacional, que permite desde una perspectiva abierta analizar los cambios institucionales que se proyectan y en especial los cambios que el proceso constituyente aspiramos que materialicen en una Nueva Constitución.



# **Sobrevaloraciones, subvaloraciones, simplificaciones y riesgos del actual proceso constituyente<sup>1</sup>**

**JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS J.**

Doctor en Derecho

**UNIVERSIDAD DE OXFORD;**

Máster en Derecho

**UNIVERSIDAD DE HARVARD;**

Máster en Derecho

**UNIVERSIDAD DE CAMBRIDGE;**

Magíster y Licenciado en Derecho

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE.**

Profesor de Derecho Constitucional

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO Y DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE.**

Director del Centro de Justicia Constitucional

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

**(CHILE)**

## **I. Introducción**

A nombre del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo, quisiera agradecer su presencia en esta mañana, para conversar acerca de uno de los temas más importantes de la actualidad nacional, cual es el eventual cambio constitucional. Quisiera también expresar nuestro reconocimiento a todas aquellas personas que han hecho posible la celebración de este seminario, a quienes estamos profundamente agradecidos.

Sobre la materia que nos convoca, comienzo señalando claramente que la decisión sobre si debemos cambiar o no nuestra Constitución, acerca de cómo y cuándo lo hacemos, tiene un carácter eminentemente político. Al Derecho Constitucional le corresponde, sin embargo, asesorar esta decisión, señalando opciones, modalidades y alternativas para la misma.

En este contexto, intentaré en esta exposición hacer un análisis crítico del proceso constituyente actual, destacando algunas sobrevaloraciones, subva-

<sup>1</sup> Exposición presentada en el seminario "¿Asamblea Constituyente, Reforma Constitucional o Proceso Constituyente?", organizado por el Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo, celebrado el 31 de julio de 2015, en Santiago de Chile.

loraciones y simplificaciones que pueden observarse en él, así como algunos riesgos que deben ser evitados.

## II. Sobrevaloraciones

Quisiera destacar, en el actual proceso constituyente, dos sobrevaloraciones que me parecen dañinas. En primer lugar, la desmesurada importancia que se ha dado a la forma sobre el fondo. Desde el primer momento, el énfasis ha sido acaparado por la forma, el procedimiento que debemos utilizar para cambiar la Constitución. En contraste, el fondo, vale decir los contenidos de la Carta que debieran cambiarse, ha estado relegado a un muy discreto segundo plano.

En efecto, salvo algunas propuestas iniciales y todavía bastante vagas, no existen proyectos definidos de nueva Constitución. Por lo mismo, no ha existido una verdadera discusión acerca de los mismos, lo que a su vez afecta el eventual consenso que pudiera surgir en torno a un cambio constitucional. En otras palabras, si hoy no existe consenso, en parte puede deberse a que es imposible que este se desarrolle si no existen propuestas concretas que puedan motivarlo.

Insistimos: tal y como lo demuestra la experiencia comparada, el centro de la discusión deben ser las materias de fondo, no de forma, verdadero requisito para alcanzar los acuerdos indispensables para modificar o sustituir una Constitución.

En segundo término, se han exagerado increíblemente las potestades y capacidades del Poder Constituyente, como si fuera ilimitado, absoluto, omnímodo. Esta ficción ha sido llevada demasiado lejos. Hoy el Poder Constituyente, incluso el originario, está sujeto a una serie de limitaciones. Veamos algunos ejemplos.

Una primera limitación al Poder Constituyente dice relación con la realidad del Derecho Constitucional contemporáneo. En efecto, los contenidos de las Constituciones tienen un número limitado de variaciones. Los países occidentales usamos un conjunto finito de las mismas. Así, por ejemplo, en materia de régimen de gobierno, existe el presidencialismo y el parlamentarismo, así como algunas fórmulas intermedias como el semipresidencialismo... y no hay mucho más. En cuanto a la forma de Estado, existe el Unitario, el Federal, tal vez el Regional, y un par de situaciones más excepcionales. Del mismo modo, los catálogos de derechos fundamentales son similares en la gran mayoría de las Constituciones, sin perjuicios de ciertas variaciones, modulaciones o contextualizaciones. En definitiva, cuando creamos una Constitución, las elecciones que podemos hacer en relación a sus contenidos están fuertemente acotadas por la uniformidad del Derecho Constitucional contemporáneo en una serie de materias.



Una segunda restricción al Poder Constituyente viene impuesta por la realidad política. Los procesos constituyentes se insertan en un proceso político, y son normalmente consecuencia de un acuerdo previo del mismo carácter, el cual supone ciertas coordenadas o marco de referencia. Así, por ejemplo, existen instituciones que en teoría podrían adoptarse por una nueva Constitución, pero que quedan fuera de ese marco, y que por lo tanto no son *realmente* consideradas. Es el caso de los senadores designados, figura que si bien existe en diversos ordenamientos constitucionales (e.g., Bélgica, Italia, India, Turquía, Reino Unido), sería imposible de defender en la realidad política nacional actual. En definitiva, todo proceso constituyente se inserta en un contexto político que limita severamente las opciones del mismo.

Otra limitación fundamental al Poder Constituyente dice relación a nuestra tradición constitucional. En efecto, existen ciertos principios, normas e instituciones que ya forman parte de nuestro "ADN constitucional", y que por lo mismo no quedan sujetos a los vaivenes e incertidumbres de un Poder Constituyente absoluto. Con el perdón del público no abogado, me parece evidente que a nadie se le ocurriría, por ejemplo, abandonar nuestro artículo 7°. Se trata de la "regla de oro" del Derecho Público chileno, aquella que ha dado lugar al aforismo de que en Derecho Público sólo se puede hacer aquello que ha sido expresamente autorizado. Este precepto constituye hoy una parte esencial de nuestro constitucionalismo, por lo que me parece absurdo pensar que pudiera ser eliminado por una nueva Constitución. Otro ejemplo puede encontrarse en el artículo 5° del actual texto constitucional. Aquel señala que "el ejercicio de soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". A mi parecer, dicha renuncia es irrevocable: jamás podrá el Estado invocar la soberanía para vulnerar derechos fundamentales de las personas. Este principio pareciera no ser discutible, y por tanto sería un error ponerlo a disposición del Poder Constituyente, quienquiera que lo ejerza.

Una última restricción que quisiera mencionar al Poder Constituyente es el respeto a los derechos fundamentales y la protección de las minorías. Sería francamente impensable, e indefendible, que una nueva Constitución pretendiera preterir derechos tales como la libertad de expresión, religión o conciencia, o el derecho a la vida, por dar algunos ejemplos. Si bien existe cierto espacio para que cada Constitución consagre, desarrolle e incluso limite estos derechos, cuesta pensar que alguien pudiera afirmar que el Poder Constituyente no se encuentra vinculado por aquellos.

Existen otros ejemplos de limitaciones al Poder Constituyente, algunas más polémicas que otras (e.g., Derecho Internacional), que no podré desarrollar por razones de tiempo. Insisto, sin embargo, que es un error llevar demasiado lejos la ficción de un Poder Constituyente absoluto e ilimitado. Simplemente, eso no existe.

### III. Subvaloraciones

Quisiera ahora referirme brevemente a dos subvaloraciones que se pueden observar en el actual proceso constituyente.

La primera se refiere al rol de los expertos, y en particular de los conocedores del Derecho Constitucional. Estoy consciente que defender a los expertos en el contexto actual es políticamente incorrecto, ya que se los asocia a elitismo y a una suerte de “expropiación” de facultades que le corresponderían al pueblo.

Pues bien, permítanme decirles que los expertos son absolutamente indispensables para un proceso constitucional exitoso. Ellos son quienes deben ir orientando el proceso en cuestión, señalando dificultades, ofreciendo alternativas, señalando consecuencias, denunciando peligros, aportando las lecciones de la experiencia chilena y comparada, etc. La misma elección de palabras, la forma de redactar, requieren de conocimiento y experiencia. Más aún, debemos recordar que la Constitución es norma jurídica, y que al día siguiente de terminarse el proceso constituyente tendrá que ponerse en práctica como tal. Por lo mismo, una alta calidad técnica (incluyendo conceptualizaciones y redacciones precisas), resulta imprescindible.

Una segunda cuestión que ha sido subvalorada en el actual proceso constituyente dice relación con las negociaciones previas. Tal y como demuestra el Derecho Comparado, países que deciden crear *en democracia* una nueva Constitución (que es nuestra situación, y que no debe equipararse a la creación de constituciones en momentos de transición desde regímenes no democráticos a democráticos), comienzan con negociaciones preliminares, las que normalmente duran años. Tales acuerdos se refieren tanto al procedimiento de cambio como al fondo, vale decir, a las cuestiones sustanciales que ameritan la sustitución de una Constitución por otra.

Las negociaciones previas son muy importantes. Aquellas otorgan un piso político al proceso, ayudando a crear un “momentum” constitucional sobre la base de ciertos consensos básicos y fundamentales para el ejercicio de la función constituyente. En ocasiones, como en la experiencia sudafricana, estas negociaciones son vinculantes. En este caso, el Tribunal Constitucional revisó, e incluso rechazó parcialmente, la propuesta de Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente, precisamente por su disconformidad con el marco impuesto a la misma por las negociaciones previas.

Nuevamente, destacar la importancia de estas negociaciones resulta políticamente incorrecto, dado el actual desprestigio de la elite política y la demanda de ciertos grupos de reconocer un protagonismo total y excluyente al pueblo, o

a la Asamblea Constituyente. Sin embargo, insisto, la experiencia comparada es clara en señalar que las negociaciones previas son un presupuesto fundamental de un cambio constitucional exitoso.

#### **IV. Simplificaciones en torno a la Asamblea Constituyente**

Hemos hablado de sobrevaloraciones y subvaloraciones en el actual proceso constituyente. Ahora me gustaría mencionar algunas simplificaciones que se observan en el mismo, particularmente en relación a la Asamblea Constituyente. Al margen de las bondades o problemas de este mecanismo, no cabe duda que se han desarrollado verdaderos mitos que vale la pena aclarar.

En primer término, es importante señalar que la Asamblea Constituyente no es la única forma de crear Constituciones en estados democráticos. Aquella es uno de los modelos posibles, entre varios otros. No es, por tanto, imprescindible. Y si bien la tendencia es hacia su mayor utilización, tampoco es el mecanismo elegido en la mayoría de los casos. Basta entonces de simplificar en esta materia: el cambio democrático de una Constitución no *exige* una Asamblea Constituyente.

En segundo lugar, utilizar una Asamblea Constituyente para crear una nueva Constitución no significa que aquella deba ser omnipotente. Aquí no existe un solo modelo, sino que una variedad de los mismos. Existen procesos constituyentes en que participa una Asamblea Constituyente, pero sin monopolizar dicho proceso, al que concurren otros actores, tales como el Presidente de la República, el Congreso Nacional y el pueblo, vía elecciones y plebiscitos. También pueden participar entidades regionales o locales, tribunales como el Constitucional, etc. Más aún, es posible imponer marcos y reglas a las asambleas Constituyentes, gracias a la participación de otros actores en el proceso, tal y como demuestra el caso sudafricano.

En tercer término, y tal vez lo más evidente, la Asamblea Constituyente no es una panacea. Aquella presenta problemas importantes, tales como posible manipulación, elitismo y populismo. Los acuerdos de expertos pueden resultar no sólo menos relevantes, sino también más difíciles de alcanzar. Las minorías pueden verse atropelladas o desconocidas. En fin, no pretendo explayarme en esto por falta de tiempo, pero es importante desacralizar la Asamblea Constituyente y demostrar que presenta elementos preocupantes que deben ser considerados.

Finalmente, quisiera referirme con un detenimiento algo mayor a la simplificación consistente en mostrar a la Asamblea Constituyente como el paradigma de la legitimidad de una nueva Constitución. En otras palabras, sin Asamblea Constituyente no habría Constitución legítima. Esta afirmación es incorrecta,

o al menos exagerada, ya que descansa en visiones muy particulares de lo que es legitimidad y de lo que es una Constitución.

Permítaseme recordar que legitimidad, en términos simples, es la calidad de algo que merece respeto, obediencia, sometimiento, acatamiento político. Si bien sus fuentes y conceptualizaciones han variado en el tiempo (dinástica, democrática o popular, teocrática), quisiera destacar dos clasificaciones que me parecen relevantes.

La primera distingue entre legitimidad de origen y de ejercicio. Una atiende al momento inicial, mientras que la otra a una evaluación que es más bien práctica y continuada en el tiempo.

La segunda distinción relevante es aquella que clasifica la legitimidad en legal, sociológica y moral. En términos muy simples, la legitimidad legal se refiere a la conformidad con el orden jurídico existente. La legitimidad sociológica es la coherencia con los valores y decisiones del pueblo, lo que permite la aquiescencia efectiva por parte de la sociedad. Finalmente, la legitimidad moral surge de la conformidad a un orden objetivo de principios y valores.

Como es evidente, los tipos de legitimidad antes señalados no son excluyentes. Por el contrario, el ideal es que aquellos confluyan y se superpongan.

Ahora bien, cuando se afirma que la Asamblea Constituyente es quien le otorga legitimidad a una Constitución (siendo la única que supuestamente podría hacerlo), se están asumiendo *ciertos* tipos de legitimidad y no otros. Es así como se estaría enfatizando la legitimidad de origen, ignorando completamente la de ejercicio. Del mismo modo, se estaría apuntando a una legitimidad sociológica (el pueblo obedecería la Constitución porque aquella reflejaría sus preferencias, dado que sus redactores serían representantes de ese mismo pueblo). En contraste, la legitimidad legal se hace irrelevante (algunos termocéfalos han defendido derechamente su desconocimiento, creando una Constitución en democracia a través del quebrantamiento del sistema constitucional vigente). De igual forma, la legitimidad moral tampoco se vincula a la Asamblea Constituyente, ya que lo importante para aquella será el resultado del trabajo de la Asamblea, el que será más o menos moralmente legítimo según su conformidad a un orden objetivo de valores.

En síntesis, la Asamblea Constituyente, en cuanto mecanismo de creación de una nueva Constitución, puede ayudar a que ésta goce de legitimidad de origen y sociológica. A su vez, no nos dice nada de su legitimidad de ejercicio, legal o moral. Por lo mismo, es de un simplismo inaceptable afirmar que utilizar una Asamblea Constituyente, *per se*, convertirá a la Constitución que ella cree en legítima.

Lo anterior nos lleva a una discusión adicional, íntimamente ligada a lo señalado. Se trata del sentido que damos a la palabra Constitución. A este respecto, existen diversas formas de entender lo que es una Constitución. Una de ellas la concibe como el pacto político fundamental, el acuerdo básico de la comunidad política que permite la vida en común y que sirve de cimiento al orden político y jurídico. La noción de una Asamblea Constituyente como creadora de una nueva Constitución se relaciona estrechamente a esta idea de Constitución. En efecto, ya que la Constitución es un pacto, las partes del mismo deben participar en su configuración. Esto se realiza de dos maneras interrelacionadas: i) eligiendo a miembros de la Asamblea Constituyente, y ii) participando en las discusiones y decisiones a través de sus representantes, quienes defenderían los intereses y preferencias de su electorado.

Cabe precisar, sin embargo, que el mecanismo de Asamblea Constituyente se aviene muy bien con una de las posibles versiones de la noción “pactista” de Constitución. En efecto, cuando afirmamos que la Constitución es un pacto, podemos hacerlo en un sentido estático o dinámico. En la primera alternativa, la Constitución es un pacto que se celebra una vez, en el origen de la misma, y que luego simplemente se aplica. Esta es la noción que se vincula a la Asamblea Constituyente. Una segunda alternativa consiste en considerar a la Constitución como un pacto que se va renovando permanentemente. En otras palabras, la comunidad política está continuamente celebrando un pacto fundamental al que llamamos Constitución. Para esta perspectiva, el origen de la Constitución –así como el posible uso de una Asamblea Constituyente para crearla– es irrelevante. Lo importante es la actualidad del pacto, no su “historicidad”.

Ahora bien, existen otras formas de entender la Constitución además de como pacto. Una posibilidad es verla como un límite efectivo al poder. La Constitución, al configurar el poder del Estado, lo delimita, estableciendo controles, contrapesos, sanciones, etc. Es por ello que la evolución del constitucionalismo siempre ha ido ligada a la limitación del poder: a quién debe limitarse, de qué forma, cómo mejorar los mecanismos de control, etc. Esta noción de Constitución no es incompatible con una Asamblea Constituyente, ya que va más ligada al contenido y efectividad del texto constitucional que a cómo aquel fue creado. No obstante lo anterior, si la Asamblea Constituyente se impone quebrantando el orden constitucional establecido (en vez de ser instaurada de acuerdo al mismo), surge una paradoja. En efecto, y volviendo a lo señalado al comienzo de esta exposición, si se invoca el Poder Constituyente para cambiar un orden institucional “desde fuera” del mismo, entonces ese poder surge como algo que pretende no estar limitado o controlado, al menos desde la perspectiva del ordenamiento vigente, que normalmente va a ser el único capaz de presentar un control efectivo. Por lo mismo, una Asamblea Constituyente que quiera ser coherente con la idea de Constitución como límite efectivo al poder, debe surgir dentro del marco de la institucionalidad vigente.

Otra forma de entender la Constitución es como un instrumento para la protección de los derechos fundamentales. Esta visión, por tanto, impone requisitos de fondo o contenido a toda creación que quiera llamarse Constitución. Se relaciona, por tanto a la legitimidad moral, en cuanto una Constitución será legítima en la medida que efectivamente reconozca y cautele derechos fundamentales. Como ya señalamos, sin embargo, la Asamblea Constituyente se relaciona a otros tipos de legitimidad, y no garantiza que la nueva Constitución tenga legitimidad moral. Más aún, bajo esta noción de Constitución los derechos fundamentales se constituyen en un límite a la libertad de elección de la Asamblea Constituyente, a su capacidad de decisión, y en definitiva, a su poder. Por todo lo anterior, la noción de Constitución como instrumento para la protección de los derechos fundamentales no es plenamente consistente con el mecanismo de Asamblea Constituyente.

Una última noción de Constitución que quisiera destacar es como norma jurídica superior. Esta visión nos recuerda que la Carta Magna no posee sólo una dimensión política, sino también jurídica, constituyéndose en la base de todo el ordenamiento. Para ello, la Constitución requiere una alta calidad técnica, lo que a su vez supone conocimiento especializado en su creación. La Asamblea Constituyente, si bien no es incompatible con dicha alta calidad técnica, tampoco la garantiza. Lo fundamental a este respecto será la forma e intensidad con que el procedimiento de creación constitucional integre a los expertos.

En definitiva, podemos observar que la Asamblea Constituyente enfatiza una visión de Constitución, entre varias posibles, como pacto fundamental entendido de una forma estática. En contraste, otras formas de entender la Constitución no guardan especial cercanía al mecanismo de la Asamblea Constituyente. Más aún, en ciertas ocasiones podrían entrar en tensión.

En razón del escaso tiempo asignado, no puedo seguir ilustrando otras simplificaciones del actual proceso constituyente. Sólo quisiera agregar dos consideraciones adicionales. La primera es que el paradigma de legitimidad que invoca la Asamblea Constituyente dice relación con la participación popular. En otras palabras, es la participación del pueblo lo que convertiría la Constitución en legítima. Sin perjuicio de insistir que lo anterior sólo puede referirse a ciertos tipos de legitimidad y no a otros, es necesario aclarar que el paradigma en cuestión exige mucho más. La participación del pueblo en el proceso constituyente no puede limitarse exclusivamente a votar por sus representantes a la Asamblea Constituyente, sino que exige que aquel intervenga: i) antes de la redacción de la nueva Constitución (e.g., información, discusión, consultas); ii) durante (e.g., acceso a comisiones de trabajo del cuerpo redactor de la Constitución, publicidad de borradores), y iii) después (referéndum aprobatorio). En términos simples, si queremos invocar la participación popular como fuente

de legitimidad de la Constitución, no basta con que esta haya sido aprobada por una Asamblea Constituyente.

Finalmente, quisiera aclarar que no toda Asamblea Constituyente producirá Constituciones legítimas. Ello no sólo por lo antes explicado, en cuanto a que ciertas nociones de legitimidad y de Constitución no son tributarias de la Asamblea Constituyente. Sino porque incluso aquellas nociones de legitimidad y Constitución que sí se vinculan a la Asamblea Constituyente exigen a esta una serie de requisitos para producir constituciones legítimas. Sin entrar en detalles, debemos pensar en la forma de convocatoria; en los requisitos impuestos a los candidatos a miembros de la Asamblea; en el sistema electoral utilizado; en los quórum de adopción de acuerdos y de cierre de debate; en el espacio otorgado a las minorías, etc. En definitiva, insistimos en la idea de que igualar Asamblea Constituyente a Constitución legítima es una simplificación de tal magnitud que no puede dejarse pasar por alto.

## **V. Riesgos a evitar**

El último punto de esta exposición dice relación con la presentación de ciertos riesgos que nuestro eventual proceso constituyente debe evitar. En efecto, a la luz de la experiencia comparada, pueden identificarse ciertos peligros que deben ser conjurados a tiempo. Me referiré brevemente a tres de ellos.

Tal vez el riesgo más evidente dice relación con la creación “circular” de constituciones. Me refiero con esto a la imposición de un texto constitucional por una mayoría circunstancial a una minoría. Dicha minoría rechaza la legitimidad de la Constitución, y cuando accede al poder convertida en nueva mayoría, cambia la Constitución por otra que, a su vez, se impone a la nueva minoría (antigua mayoría). Es el muy probable caso de Venezuela, donde la oposición ha anunciado repetidamente su intención de deshacerse de la Constitución chavista una vez que obtenga el poder.

Evidentemente, el fenómeno antes descrito es tremendamente nocivo. Más allá de la falta de raigambre y “sentimiento” constitucional (Loewenstein), un proceso de creación “circular” de constituciones destruye la razón de ser de una Carta Fundamental. Aquella no logra ser ni un pacto fundamental de la sociedad política, ni un límite efectivo al poder, ya que se convierte en un factor de dominación transitorio de ciertos grupos sobre otros.

Un segundo riesgo relevante lo denominaré “asambleísmo”, el que consiste en creer que la Asamblea Constituyente puede asumir un poder total y absoluto, abriendo una suerte de Caja de Pandora en que toda institución y principio es discutible, y donde los poderes constituidos quedan como rehenes de la

buena voluntad de la Asamblea. Tal y como se explicó hacia el comienzo de esta exposición, el Poder Constituyente absoluto es una ficción que no debe llevarse demasiado lejos. También afirmamos que las Asambleas Constituyentes no tienen por qué monopolizar el proceso constituyente. Agreguemos a lo anterior que, recordando a Lord Acton, el poder corrompe, y el poder absoluto corrompe absolutamente...quien sea que lo ejerza...Una Asamblea Constituyente que se ubica a sí misma sobre toda clase de control y rendición de cuentas, es un órgano peligroso para las personas y para la democracia. Una reflexión final a este respecto: es importante no olvidar que el soberano es el pueblo, no la Asamblea, y que la soberanía no es delegable.

Finalmente, un tercer riesgo a tener presente es la creación de una Constitución técnicamente deficiente. Aquí surgen diversas consideraciones: la necesidad de evitar apresuramientos innecesarios; la indispensable participación de expertos, particularmente dado el carácter de norma jurídica vinculante de la Constitución; la importancia de que la presión por alcanzar compromisos no signifique sacrificar la coherencia y consistencia del texto constitucional, etc. Es fundamental que recordemos que el proceso de creación de una nueva Constitución es sólo el primer paso. Una vez aprobada, deberá aplicarse, y el mayor o menor éxito de esa implementación dependerá en gran medida de la calidad técnica de la nueva Carta.

## **VI. Consideraciones Finales**

Termino esta breve exposición con algunas consideraciones finales, aplicables a nuestro actual proceso constituyente, cualquiera sea en definitiva el mecanismo que adoptemos para llevarlo adelante.

En primer término, la decisión de crear una nueva Constitución es una decisión eminentemente política. Por lo mismo, se requiere un acuerdo previo de la misma naturaleza que le otorgue piso y marco político a este proceso. Adicionalmente, se hace indispensable un liderazgo político extraordinario para conducirlo y concluirlo exitosamente, tal y como lo demuestra la experiencia comparada.

En segundo lugar, es importante destacar que la legitimidad del cambio constitucional necesita conjugar tres dimensiones: legal, sociológica y moral. Toda Constitución, adicionalmente, debe atender a la legitimidad no sólo en su origen, sino también durante su aplicación. Por lo mismo, resulta sumamente equivocado menospreciar y descuidar alguno de los tipos de legitimidad mencionados, como parecen hacer quienes intentan imponer la Asamblea Constituyente como mecanismo suficiente y necesario para obtener una Constitución legítima.



En tercer término, es necesario advertir que no se puede crear una Constitución excluyendo a las minorías políticas relevantes. Una inclusión meramente formal, que no alcanza a la toma de decisiones y que no supone verdadera deliberación, tampoco es suficiente. De no respetarse esta exigencia, surgirá una Constitución no sólo con su legitimidad muy disminuida, sino también inestable.

Finalmente, no debemos nunca olvidar que las constituciones se crean para ser aplicadas. Durante todo el proceso constituyente, resulta imprescindible tener la mirada puesta en “el día siguiente”, vale decir, en el enorme esfuerzo que demandará la implementación de la nueva Constitución y la adecuación de todo el sistema jurídico (y político) a la misma. En esta labor, los agentes que interpretarán y aplicarán la nueva Constitución serán fundamentales, en especial el Tribunal Constitucional.





## Ensayos y estudios



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



# **Visión general y panorámica de la responsabilidad derivada del hecho de los organismos genéticamente modificados (ogm).**

RENZO MUNITA MARAMBIO<sup>1</sup>

Magíster en Derecho Privado,

UNIVERSIDAD PIERRE MENDÈS FRANCE (GRENOBLE-FRANCIA).

Profesor Investigador

FACULTAD DE DERECHO UDD, SEDE CONCEPCIÓN.

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene por objeto abordar desde una perspectiva general y panorámica el tratamiento jurídico de los daños vinculados al hecho de los OGM. En el desarrollo del mismo, nos hemos referido a los principales cuestionamientos o críticas que una parte de la comunidad científica atribuye a la actividad biotecnológica en referencia. En razón de ellas, los ordenamientos jurídicos de diversas latitudes han experimentado un fortalecimiento de sus regímenes de responsabilidad. Marcos de responsabilidad estricta o de pleno derecho y de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba de la culpa, han sido abordados en estas líneas. Lo anterior, con el propósito que el legislador nacional interrumpa su silencio<sup>2</sup> y se decida a tratar la cuestión bajo el prisma de las legislaciones comparadas. Se considera, por último, que una adecuada normativa no debería ignorar los riesgos potencialmente representados al hecho de los OGM, los cuales deberían ser asumidos por el agente en virtud de la integración normativa del principio de precaución o de cautela; mientras que los riesgos inciertos, deberían ser de cargo de figuras jurídicas separadas a la responsabilidad civil o incluso asumidos por el Estado.

\* \* \*

## **Introducción**

Una de las materias que ha motivado pronunciamientos jurídicos recientes a consecuencia de la innovación científica, es la que dice relación con la bio-

<sup>1</sup> Las traducciones de normas extranjeras incorporadas en este trabajo obedecen a ejercicios libres del autor.

<sup>2</sup> La normativa chilena relativa a los organismos genéticamente modificados se limita a las disposiciones de la Ley 20.417 de 12.01.2010, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental, y la Superintendencia del Medio Ambiente. En ellas se aborda la cuestión desde la perspectiva de la gestión del riesgo. El legislador no se pronuncia en materia de régimen específico de responsabilidad aplicable.

tecnología. Entendemos por biotecnología: “toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos”.<sup>3</sup> Siguiendo al profesor Sebastián Rebolledo A., la biotecnología admite una meridiana distinción entre biotecnología tradicional y moderna. La primera “comprende las diversas técnicas utilizadas a lo largo de la historia, mediante el cruzamiento de organismos cercanos en procesos relativamente largos, que generan nuevas variedades genéticas”; la segunda corresponde a la “tecnología mediante la cual se crean nuevas variedades genéticas a través de la introducción directa de genes de especies muy diferentes, o la introducción, supresión o multiplicación de genes de la misma especie, en procesos biotecnológicos que se caracterizan por su rapidez, y que dan origen a los llamados “organismos genéticamente modificados”.<sup>4</sup>

Nos concentraremos en lo definido como biotecnología moderna y en su materialización por excelencia: los organismos genéticamente modificados (OGM). El objeto de nuestro trabajo dice relación con la constatación panorámica de parámetros de responsabilidad estricta, de pleno derecho o sin culpa, en cuya virtud se ha pretendido encausar jurídicamente el fenómeno de los daños derivados de la liberación, producción o importación de este tipo de elementos, también denominados transgénicos. En esta línea, estimamos que el fortalecimiento de los esquemas de responsabilidad, obedece a una de las manifestaciones de la *teoría del riesgo*<sup>5</sup>, en cuya virtud, quien explota una determinada actividad, debe hacerse responsable de los daños vinculados a la misma. La cuestión reviste un interés no menor, puesto que las consecuencias derivadas de la intervención genética navegan en un océano inquieto: el de las incertidumbres, potencialidades y probabilidades<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Convenio sobre la Diversidad Biológica, Art. 2, adoptado el 5 de junio de 1992, United Nations Treaty Series, Vol. 1760, pp. 226 y ss.

<sup>4</sup> Hervé, D., “Hacia el Establecimiento de una Fórmula Normativa Sustentable para Incentivar la Utilización de los Recursos Genéticos”, en: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. xx, N° 1, Valdivia, Universidad Austral de Chile, 2007, p. 128, citado por S. Rebolledo A., “La relación entre los riesgos, la precaución y la responsabilidad, en los daños al medio ambiente por la liberación de organismos genéticamente modificados”, S. Rebolledo A., *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, Año 1º, n° 1, mayo 2012, pp. 191 y ss.

<sup>5</sup> Saleilles, R., *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Arthur Rousseau, París, 1897; Josserand, L. *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Arthur Rousseau, París, 1897. Respecto de la doctrina del riesgo creado: Figueroa, G. «Las soluciones tradicionales de la responsabilidad civil frente al riesgo ecológico de los tiempos que corren», en: M<sup>a</sup> Jesús Buxó y María Casado (coords.), *Riesgo y Precaución. Pasos hacia una bioética ambiental*, Barcelona, Residencia de Investigadores CSIC-Generalitat de Catalunya, 2005, p. 157. En el ejercicio de calificar adecuadamente la responsabilidad objetiva, el profesor Barros, E. se refiere igualmente a la «responsabilidad por riesgo», *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Jurídica, Santiago, 2008, n° 298.

<sup>6</sup> En cuanto a este punto y a propósito de los alcances generales de la noción de precaución, ver Kemelmajer de Carlucci, A. «Responsabilidad Civil y Transgénicos», en: Ma. Jesús Buxó y María Casado (coords.), *Riesgo y Precaución. Pasos hacia una bioética ambiental*, Barcelona, Residencia de Investigadores CSIC-Generalitat de Catalunya, 2005, pp. 173 y ss.

Justificamos nuestro trabajo en orden se estima que existen cerca de 181 millones de hectáreas de cultivos transgénicos en el mundo. Así se desprende del informe de la Asociación Pro-OGM Isaaa, de 28 de enero de 2015. La cifra representa un incremento del 3,6% en relación al registro relativo al año 2013, verificándose un aumento de 6.000.000 de hectáreas. En los hechos, 28 países son los que cultivan OGM representando al 60% de la población mundial. Se hace presente que desde 1996 existen más de 10 variedades de cultivos transgénicos en el mundo. Validando dicha producción, sus defensores exponen como virtudes de los OGM, que constituyen un arma efectiva para combatir sequías, virus, insectos, enfermedades, etc.<sup>7</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, existen quienes encienden luces de alerta, las cuales en nuestro entender han influido en los marcos de responsabilidad de pleno derecho suscritos por ordenamientos de diversas latitudes. Hacemos presente que el legislador nacional ha guardado silencio en esta materia, consideramos de interés que lo interrumpa y Chile adopte normativas como las que citaremos más abajo.

Estructuraremos nuestro trabajo en tres puntos. Luego de habernos referido a los cuestionamientos dirigidos contra los OGM (1), nos detendremos más adelante en el examen de cuerpos normativos de diversas latitudes (2), culminando mediante la exposición de algunas notas relativas a la resarcibilidad de riesgos inciertos y potenciales (3).

### 1.- En cuanto a los cuestionamientos:

Diversas objeciones se han formulado respecto de los OGM, éstos permiten dar lectura a las razones que han motivado al legislador de diversas latitudes a plantear la retención de una responsabilidad de pleno derecho en este dominio. Las objeciones a que hemos hecho referencia se ubican en dos segmentos. Por un lado, aquellas que dicen relación con el medio ambiente y sus repercusiones sanitarias (a); y por otro, aquellas que se refieren al dominio de la ética (b).

**a.- Objeciones de carácter medioambiental:** el medio ambiente se identifica como un entramado de interacciones de diversa índole (así, por ejemplo, de carácter biológico, hidrológico, geológico, etc.), que impide, a su turno, proyectar con certeza los riesgos susceptibles de ser atribuidos por causa de la utilización y liberación de los OGM. Así, la lectura que el hombre puede efectuar en ciertas materias se ve limitada en relación a la particular estructura del medio ambiente y de las innumerables comunicaciones de sus componentes, muchas de ellas de naturaleza refleja o de causa a efecto. Entre estas interacciones, una

<sup>7</sup> Ver en línea, <http://www.renovablesverdes.com/las-superficies-de-ogm-se-extienden-en-seis-millones-de-hectareas-en-todo-el-mundo%E2%80%8B/> (recordamos que el aumento en 6.000.000 de hectáreas de los cultivos OGM dice relación con el cálculo establecido en el año 2013).

muy importante, obedece a la del medio ambiente y la salud pública tal como apreciaremos a continuación.<sup>8</sup>

En sentido de lo expuesto, se ha afirmado que los OGM pueden motivar eventos de resistencia a diversos agentes externos (1°), así como intervenir en el origen de alergias o en el nacimiento de sustancias tóxicas de las cuales no existe registro (2°).

**1°. Respecto de la resistencia a agentes externos,** la doctrina hace referencia al maíz transgénico, cuyo cultivo se realiza mediante la utilización de un solo herbicida, el *glisofato*, con el objeto de controlar plagas, virus y otras amenazas. Una de las consecuencias de esta práctica es que los agentes combatidos se hagan más resistentes y con ellos los productores se vean obligados a incrementar las dosis de *glisofato*, fomentando el aumento de resistencias e impactando el medio ambiente. En cuanto a este problema, el profesor Justo Corti V. hace referencia a un caso constatado en Australia, relativo al joyo, el cual corresponde a una maleza corriente que se habría hecho resistente al *glisofato* después de 10 aplicaciones en 15 años.<sup>9</sup>

Hacemos presente, no obstante, que no se sabe a ciencia cierta si la incorporación de resistencia a herbicidas, o la segregación de toxinas naturales contra insectos pueden llegar a tener efectos dañinos en los seres humanos. Si bien hay estudios científicos que descartarían estos peligros, se hace hincapié en la no fiabilidad de los métodos de valoración de *alergenicidad/toxicidad* y en la imposibilidad de prever los efectos a largo plazo<sup>10</sup>.

Por otro lado, la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci<sup>11</sup> hace referencia a que los cultivos transgénicos pueden revestir diversos fines, uno de ellos corresponde a fortalecer a una determinada especie de las amenazas que puedan dificultar su desarrollo. A su turno, este fortalecimiento puede permitirle a esta especie competir frente a otras de diversa naturaleza, entendiéndose que está revestida de una capacidad invasiva. Lo anterior, ya que la especie presentará un material genético que primitivamente no disponía, entendiéndose que se ha verificado

<sup>8</sup> Ver, Manzur, M., *Biología y Bioseguridad: La situación de los transgénicos en Chile*, Santiago, Fundación Sociedades Sustentables, 2005, p. 13-30, citado por S. Rebolledo Aguirre, *op. cit.*, p. 202.

<sup>9</sup> Ver, Corti, J., *La responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro*, Fundación Mapfre, Madrid, 2008, p. 45 citando a Gill D.S. (1995) "Development of Herbicide Resistance in Annual Ryegrass Population in the Cropping Belt of Western Australia", *Australian Journal of Exp. Agriculture*, vol 3, pp. 67-72.

<sup>10</sup> Ver, Corti, J., *op. cit.*, p. 47.

<sup>11</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., *op. cit.*, p. 201.



una expansión no prevista de la especie en cuestión. Establece la autora que este fenómeno es cuestionado por algunos sectores, los mismos que critican el riesgo de contaminación genética sufrido por los cultivos, toda vez que la mutación genética absorbida puede ser traspasada a otra mediante una transferencia de genes.

**2°.** **En cuanto al origen de alergias o de sustancias tóxicas de las cuales no se tiene registro**, nos parece interesante hacer referencia a un estudio realizado por la Universidad de Nebraska, en cuya virtud fue establecido que la manipulación de la soja con un gen extraído de la nuez de Brasil, había causado eventos de alergia en los consumidores de soja alérgicos a su vez al fruto seco<sup>12</sup>. De esta manera, la incertidumbre golpea a los OGM, ya que no habría una manera de saber, en términos categóricos, si los elementos con los que se manipula la información genética de determinados productos destinados al consumo, serían o no susceptibles de causar reacciones alérgicas, más aún si los agentes incorporados no han formado parte de la dieta humana convencional.

**b.- Las objeciones de carácter ético** pueden representar aristas religiosas (1°) como económicas (2°).

**1°.** **Los contornos religiosos** de los cuestionamientos éticos dicen relación con la información genética de los alimentos que pudiera haber sido alterada mediante la incorporación de un gen animal o humano. Así, el hecho de ingerir dichos alimentos bien podría pasar a llevar valores religiosos que van en la línea de la autoasignación de roles que competen a Dios, efectuada por el hombre.

**2°.** **Desde un punto de vista económico**, se cuestiona asimismo que los derechos de propiedad intelectual puedan abarcar también los resultados de las mutaciones genéticas. En este sentido, la concesión de patentes, en cierta medida, limita la investigación científica recayendo ésta en algunos grupos de inversionistas privados que se ocupan de proyectos vinculados a la biotecnología. Estaríamos en presencia de un oligopolio biotecnológico, cuya naturaleza se traduce en una amenaza contra la imparcialidad en la elección de las prioridades en las líneas de investigación. El referido profesor Corti cita como ejemplo del fenómeno el hecho de que el 71% de los cultivos OGM en 1999 correspondía a plantas resistentes al *glifosato*, que a la época se encontraba bajo patente, agrega más adelante que "*conjunción biotecnología-patentes*

<sup>12</sup> Nordlee, J. (1996) "Identification of a brazil-nut allergen in transgenic soybeans". *The New England Journal of Medicine*, vol. 334 (11), pp. 688-92.

*agroquímicos aumenta el desprestigio de los OGM y posiblemente retrasa la salida al mercado de nuevas aplicaciones de la ingeniería genética de mayor interés general aunque de limitada rentabilidad económica.*<sup>13</sup>

Las reacciones que suscita una nueva tecnología pueden ser variadas. Además de los peligros expuestos por una parte de la comunidad científica sobre la salud y el medioambiente, los OGM han despertado rechazo por sus implicaciones sociales, económicas y morales. De aquí que muchas sociedades no estén dispuestas a asumir las consecuencias de errores evitables. Nos abocaremos a continuación en el estudio de cuerpos normativos vigentes en diversas latitudes, las cuales se caracterizan por compartir el recurso a la responsabilidad estricta en materia de daños derivados de la liberación de OGM.

## **2.- En cuanto al fortalecimiento de regímenes de responsabilidad aplicables con ocasión de daños derivados del hecho de OGM.**

Se constata desde una perspectiva internacional, que en el ámbito que nos concierne la tendencia obedece a la retención de responsabilidades estrictas o de pleno derecho<sup>14</sup>. Así, para exigir la reparación de los daños, este sistema sólo requiere de la prueba del nexo causal previo a reconocer al dañado su derecho al resarcimiento. Los sistemas de responsabilidad estricta asumen la dificultad probatoria de la culpa liberando de ella al afectado. El indicado fortalecimiento de regímenes de responsabilidad se ubica jurídicamente en un escenario vinculado a la responsabilidad medioambiental en el cual constatamos una inclinación similar. Así, el desarrollo de que ha sido objeto el concepto de medio ambiente ha permitido que las legislaciones se encuentren contestes en el reconocimiento legal de éste como bien jurídico protegido, en virtud de normativas estrictas; por ejemplo, aquellas pronunciadas en el seno de la Unión Europea. Lamentamos que la legislación chilena no siga el mismo espíritu normativo y requiera aún de la culpa para efectos de retener la responsabilidad del agente (en efecto, la ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente establece un sistema sujetado en la culpa, al señalar que *"todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo conforme a la presente ley"* (Art. 51 inciso 1°).

Abordaremos el punto exponiendo el tratamiento de la cuestión por parte de algunas normativas extranjeras (a), para luego referirnos a algunos pronunciamientos judiciales (b).

<sup>13</sup> Ver, Corti, Justo, *op. cit.*, p. 47.

<sup>14</sup> Hervé, D., "La Regulación de la Responsabilidad por Daño a la Biodiversidad. Iniciativas en el Marco de la Convención y su Protocolo de Bioseguridad", en: Figueroa, Eugenio y Simonetti, Javier (eds.), *Globalización y biodiversidad. Oportunidades y Desafíos para la Sociedad Chilena*, Santiago, Editorial Universitaria, 2003, pp. 117-137.

**a.- Respeto de las normativas extranjeras:** expondremos en este punto algunas notas relativas el marco jurídico aplicable propio a la Unión Europea, Francia, Alemania, Reino Unido y Argentina<sup>15</sup>.

**1°. Unión Europea:** abordaremos el tratamiento que la Unión Europea asigna a la responsabilidad derivada de OGM, en virtud de los siguientes puntos: principios, exigencias, régimen propiamente tal, obstáculos al resarcimiento y exoneración de responsabilidad.

**1°.1.- Principios:** las normativas concernientes a la Unión Europea se sostienen sobre los pilares del principio de precaución o de cautela, del principio de prevención, del de corrección y el denominado contaminador-pagador. Dichos principios vienen a configurar una guía para la Unión Europea respecto de contingencias potenciales o probables o efectivas, que pudieren impactar al medio ambiente, la salud o a la seguridad de las personas o de los animales.

En sentido de lo expuesto, la Unión Europea ha dado cumplimiento a lo ordenado en los artículos 168 de su Tratado de Funcionamiento, el cual señala en su número 1 que: *“Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana. La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica”*; y en el artículo 191 del mismo texto, el que indica: *“1. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos: –la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, –la protección de la salud de las personas, –la utilización prudente y racional de los recursos naturales, –el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a luchar contra el cambio climático. 2. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga (...) 3. En la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Unión tendrá en cuenta: –los datos científicos y técnicos disponibles, –las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones*

<sup>15</sup> Para el análisis de las legislaciones enunciadas nos ha significado una valiosa ayuda el trabajo de The Law Library of Congress de EE.UU. «Restrictions on Genetically Modified Organisms», March 2014. Disponible en línea: <http://www.loc.gov/law/help/restrictions-on-gmos/usa.php>

*de la Unión, –las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción, –el desarrollo económico y social de la Unión en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones (...).*

**1°.2.- Exigencias:** A su turno, la Unión Europea garantiza la libertad, previa autorización administrativa, en lo referente a la producción y a la liberación de los OGM. Se establecen procedimientos de evaluación de seguridad de los OGM, y si estos son favorables al productor, se conceden autorizaciones por períodos de 10 años a través de la Comisión Europea, según lo dispuesto en el artículo 7 n° 5 del Reglamento n° 1829/2003<sup>16</sup>, que establece: *“La autorización concedida conforme al procedimiento establecido en el presente Reglamento será válida en toda la Comunidad por un período de 10 años renovable de acuerdo con el artículo 11. El alimento autorizado será inscrito en el registro a que se refiere el artículo 28. Cada entrada de ese registro mencionará la fecha de autorización e incluirá lo dispuesto en el apartado 2”*; o por las autoridades nacionales competentes en virtud de la Directiva 2001/18 / CEE<sup>17</sup>, según indican sus artículos 32, 33 y 34, respectivamente: *“Toda persona, antes de acometer una liberación intencional en el medio ambiente de un OMG o de comercializar un OMG que sea producto o componente de productos, siempre que el empleo previsto de dicho producto implique su liberación intencional en el medio ambiente, debe cursar una notificación a la autoridad nacional competente”*; *“Dicha notificación debe contener un expediente técnico informativo que incluya una evaluación completa de riesgos para el medio ambiente, así como la especificación de medidas apropiadas de seguridad y de actuación en caso de emergencia y, en el caso de productos, de instrucciones y condiciones de empleo precisas, así como un proyecto de etiquetado y envasado”*; *“Una vez cursada la notificación, no se podrá llevar a cabo ninguna liberación intencional de OMG sin la previa aprobación de la autoridad competente”*.

**1°.3.- Régimen propiamente tal:** en conformidad a lo anterior, se ha modelado un esquema estricto de responsabilidad. Dicho esquema podemos detectarlo al examinar el alcance de la Directiva 2004/35/ CEE<sup>18</sup>, la cual representa el primer texto legislativo comunitario en el que se expuso el principio de quien contamina paga, como uno de sus

<sup>16</sup> Reglamento (CE) N° 1829/2003 del parlamento europeo y del consejo de 22.09.2003 sobre alimentos y piensos modificados genéticamente. Ver en línea, [http://www.uclm.es/Actividades/repositorio/pdf/doc\\_3082\\_3607.pdf](http://www.uclm.es/Actividades/repositorio/pdf/doc_3082_3607.pdf).

<sup>17</sup> Directiva que versa sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo, de fecha 12.03.2001. Ver en línea, [http://ec.europa.eu/health/files/eudralex/vol-1/dir\\_2001\\_18/dir\\_2001\\_18\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/health/files/eudralex/vol-1/dir_2001_18/dir_2001_18_es.pdf)

<sup>18</sup> Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Ver en línea, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l28120>

objetivos principales, estableciendo un marco común de responsabilidad con el fin de prevenir y reparar los daños y las amenazas inminentes (art. 3 a) de daños causados a los animales, las plantas, los hábitats naturales y los recursos hídricos, así como los daños que afectan a los suelos. Se hace presente que dentro de los eventos que podrían configurar la responsabilidad amparada por la Directiva de 2004, se reconoce *“toda liberación intencional en el medio ambiente, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente de acuerdo con la definición de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”*, tal como lo expresa el n° 11 de su Anexo 3.

Sin perjuicio de lo indicado, la Directiva en referencia admite un régimen dual, esto es, contempla asimismo un recurso a la responsabilidad por culpa. Éste es invocable como mecanismo indemnizatorio por los daños causados a especies y hábitats naturales protegidos, a causa de actividades no señaladas en el Anexo 3, en dichas situaciones habrá que recurrir a la prueba de la negligencia. Dentro de este escenario bien podría ser sancionada la liberación negligente de OGM.

**1°.4.- Obstáculos al resarcimiento:** en cuanto a las posibilidades reales de indemnización de los daños atribuibles a los OGM, existen algunas disposiciones en la Directiva, de cuyo tenor es posible desprender la dificultad de acceder al resarcimiento. En efecto, según el n°5 del artículo 4 de la Directiva, su órbita de protección *“sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos”*. Entendemos entonces que por regla general, los daños difusos no serán indemnizados, en atención a que la causa de los mismos es de difícil prueba. Justamente, una de las especies de este tipo de daños corresponde a vinculados a los OGM, constituyendo la norma en referencia un obstáculo evidente.

Otro de los obstáculos a la indemnización es posible detectarlo en materia de incubación y manifestación de los daños, toda vez que la Directiva, según lo establecido en su artículo 17, establece que no son indemnizables los daños derivados de OGM, *“si han transcurrido más de 30 años desde que tuvo lugar la emisión, suceso o incidente que los produjo”*, lo indicado debe ser complementado según lo señalado en la misma disposición en el párrafo que indica, que: *“La presente Directiva no se aplicará a: los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se hayan producido antes de la fecha indicada en el apartado 1 del artículo 19”*, entiéndase 30.04.2007. Claramente, se reducen aun más las posibilidades indemnizatorias, ya que las señales de sintomatología

atribuibles a los OGM podrían tardar más del tiempo establecido por la ley, o incluso perfectamente la liberación de los organismos podrían haberse verificado antes de la fecha establecida.

**1°.5.- Exoneración de responsabilidad:** el artículo 8 n° 4 de la Directiva establece que los Estados miembros podrán permitir que los eventuales agentes no asuman el costo de las acciones reparadoras, *“cuando demuestre que no ha habido culpa o negligencia por su parte y que el daño medioambiental ha sido causado por: a) una emisión o un hecho autorizados mediante autorización expresa (...), y por, b) una emisión o actividad, o cualquier forma de utilización de un producto en ejercicio de una actividad, respecto de las cuales el operador demuestre que no se habían considerado potencialmente perjudiciales para el medio ambiente según el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad.* Considerando esta última causal, apreciamos que se reconoce expresamente la institución de los **riesgos del desarrollo**, la cual no vendría a representar una contradicción con el principio de precaución, ya que la esencia de éste obedece a la suspensión de una actividad que **potencialmente** pudiere producir un daño. Luego, siguiendo los términos de la norma recién citada reconocemos que el legislador europeo establece que el daño no debe ser ni siquiera potencial para que pueda ser viable la causal exoneratoria señalada.

Consideramos pertinente hacer presente que el hecho que la norma se refiere a la demostración de la ausencia de culpa por parte del agente no significa que el régimen de responsabilidad defendido por la Directiva corresponda a uno subjetivo en el que se invierte la carga de la prueba de la culpa. El régimen es objetivo, y la ausencia de la culpa sólo se enmarca a título de exigencia establecida por el legislador para efectos de invocar las causales de exoneración establecidas en el citado artículo.

Por otro lado, pueden verificarse también situaciones en las que surjan problemas de responsabilidad relativa al consumo de OGM, sea desde el punto de vista de la producción como de la importación de los mismos, las que ingresan en la órbita de aplicación de los sistemas jurídicos de los Estados miembros. De este modo, como puede apreciarse, la responsabilidad civil tradicional se adapta a las particularidades del cultivo transgénico.

En el contexto europeo hay países que han absorbido de manera más o menos rígida el esquema de responsabilidad relativo a los daños atribuibles al cultivo, liberación y comercialización de OGM. Nos pronunciaremos respecto de algunos de ellos a continuación.

**2°.- Francia:** abordaremos el caso del Derecho francés refiriéndonos a su adhesión a las normativas dictadas por la Unión Europea, a las limitaciones exigidas, a la transparencia ordenada, al régimen propiamente tal, y las consecuencias del mismo.

**2°.1.- Adhesión:** la según el art. L.531-2-1 del Código del Medio Ambiente, Francia es un país que se ha sometido a la libertad garantizada por la Unión Europea en cuanto a producir y consumir productos genéticamente modificados. El inciso final de la norma indicada ordena: *“La libertad de consumir y de producir con o sin organismos genéticamente modificados, sin que esto afecte la integridad del medio ambiente y la especificidad de los cultivos tradicionales, es garantizada en el respeto de los principios de precaución, prevención, información, participación, y responsabilidad inscritos en la Carta del medio ambiente de 2004 y en el respeto de las disposiciones comunitarias”.*

En sentido de lo expuesto, Francia sigue los lineamientos generales establecidos por las Directivas europeas. Dicha adherencia se constata en el concepto asignado a los OGM. Así, la ley 2008-595, de 25.06.2008, que abordó las cuestiones relativas a los OGM en Francia, los define como un *“organismo cuyo material genético ha sido modificado de otra forma que a través de la multiplicación o recombinación natural”* (actual L.531-1 del Código del Medio Ambiente), siguiendo el modelo de la Directiva 2001/18/CEE, que en su artículo 2 n°2 expone que un elemento modificado genéticamente *“corresponde a un organismo, con la excepción de los seres humanos, en el que el material genético ha sido modificado sin que esto haya sido verificado naturalmente en el apareamiento ni en la recombinación natural”.*

Sin ir más lejos, las normativas europeas impiden que los Estados miembros puedan prohibir de plano el cultivo o la utilización de OGM, al ser estos expresamente autorizados por la Directiva 2001/18/CEE, ya citada. Es más, por resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 05.07.2011<sup>19</sup>, se añadió un nuevo artículo 26 a la Directiva señalada, en relación con los requisitos de la responsabilidad. Este nuevo artículo obliga a los miembros de la UE a establecer un sistema general obligatorio de responsabilidad, así como el establecimiento de garantías económicas y financieras materializadas a través de la contratación de seguros. Tal esquema de responsabilidad civil y seguro será aplicable a todos los operadores y se asegurará de que el que contamina pague

<sup>19</sup> Artículo 26 quater, Requisitos en materia de responsabilidad: *“Los Estados miembros establecerán un sistema general obligatorio de responsabilidad financiera y garantías financieras, por ejemplo mediante un seguro, que se aplicará a todos los operadores del sector y que garantizará que el que contamina paga los efectos o daños accidentales que se produzcan debido a la liberación deliberada o la comercialización de OMG”.*

los efectos no deseados de los daños que pueden ocurrir debido a la liberación intencional o la comercialización de OGM.

**2°.2.- Limitaciones:** Sin perjuicio de lo anterior, los Estados miembros tienen la facultad de imponer limitaciones con el objeto de impedir la presencia de OGM en otros productos, así como complementar la regulación europea. En este sentido, las autoridades europeas encargadas de regular el control de OGM pueden sujetarse a lo establecido por las agencias nacionales de seguridad alimentaria. Para el caso francés, la agencia en cuestión corresponde a l'Agence nationale de sécurité sanitaire, de l'alimentation, de l'environnement et du travail, tal como lo señala el art. L. 1313-1 del Código de la Salud Pública.

Respecto de este punto el Derecho francés ha dispuesto en su artículo L.531-2-1, que: *"Los organismos genéticamente modificados no pueden ser cultivados, comercializados, ni utilizados, sino que en el respeto del medio ambiente y de la salud pública, de las estructuras agrícolas, de los ecosistemas locales y de las filiales de producción y de comercialización calificadas, y en toda transparencia"*.

La norma citada debe ser entendida en conjunto con el estado de **vigilancia biológica** que se ha ordenado en Francia en conformidad al artículo L. 251-1 del Código Rural, el que se ha establecido con el fin de observar la salud de la vida vegetal y para estar pendiente de posibles imprevistos generados a consecuencia de las prácticas agrícolas, incluido el uso de OGM. En efecto, el número I de la indicada norma indica que *"la vigilancia biológica del territorio tiene por objeto asegurar el estado sanitario y fitosanitario de los vegetales y de seguir la aparición eventual de efectos no intencionales de las prácticas agrícolas sobre el medio ambiente"*, norma que debe ser complementada con el número IV, que señala: *"el responsable de la diseminación voluntaria de organismos genéticamente modificados, el distribuidor y el utilizador de estos organismos deben participar en el dispositivo de vigilancia biológica del territorio, netamente comunicando a los agentes encargados de la protección de los vegetales todas las informaciones necesarias relativas con esta vigilancia"*.

Así las cosas, una amplia gama de limitaciones se desprenden del Código del Medio Ambiente, ellas presentan vocación a operar en atención a la destinación del espacio físico en el cual los OGM serán cultivados, utilizados o liberados. La ley distingue respecto de OGM que serán utilizados en espacios destinados a la investigación, a la explotación industrial, a su liberación intencional con fines comerciales y a su liberación propiamente tal en el medio ambiente.



Las limitaciones se traducen en autorizaciones administrativas que deben ser emitidas por autoridad competente, tal como se desprende de las normas pertinentes de los artículos L. 532 y L. 533 del Código del Medio Ambiente; las que deben ser complementadas con lo dispuesto en el artículo L. 663-2 del Código Rural, del que se lee que el cultivo, la cosecha, el almacenamiento, y el transporte de los cultivos modificados genéticamente están sujetos al *“respeto de las condiciones técnicas netamente relativas a las distancias entre cultivos o a su separación, tendiente a evitar la presencia accidental de organismos genéticamente modificados en otras producciones”*. Estas reglas *“son fijadas por ordenanza del ministerio de agricultura, adoptada luego de la opinión del comité científico del consejo instituido por el artículo L. 531-3 del Código del Medio Ambiente”*, según se entiende del inciso segundo de la misma norma.

**2° 3.- Transparencia:** la normativa francesa exige dar cumplimiento a la obligación de declarar al gobierno el lugar en donde se ubica la plantación de OGM. En este sentido, el artículo L.663-1 establece: *“El portador de la autorización indicada en el artículo L. 533-3 del Código del Medio Ambiente o el explotador de organismos genéticamente modificados que ha obtenido una autorización de ponerlos en el mercado debe declarar a la autoridad administrativa los lugares en donde se verificarán estas actividades. Debe igualmente informar previamente quienes son los explotadores de las parcelas cercanas a los cultivos relativos a los organismos genéticamente modificados” (...)* *“La autoridad administrativa establecerá un registro nacional indicando la naturaleza y la localización de las parcelas cultivadas mediante organismos genéticamente modificados. Las prefecturas emplean medidas de publicidad de este registro por todos los medios apropiados, netamente su puesta en línea en Internet”*.

Se desprende de la norma, la obligación que recae sobre las prefecturas locales de disponer medidas de publicidad del lugar en el que se encuentren las plantaciones, constituyendo Internet el mecanismo más idóneo. Es del caso hacer presente que la existencia de activistas anti OGM en Francia podría representar un riesgo para los agricultores que cuenten con cultivos transgénicos. De aquí que, por un lado, el art. L. 671-14 del Código Rural sancione la no declaración de la plantación, en los términos siguientes: *“Se condena con seis meses de prisión y con 30000 euros de multa el no respeto por los operadores de sus obligaciones mencionadas en el artículo L. 663-1”*; pero por otro lado condena fuertemente la destrucción o la degradación de los cultivos transgénicos, según lo señalado por el art. L. 671-15: *“Se condena con dos años de prisión y con 75.000 euros de multa”, N° 3 “El hecho de destruir o de degradar una parcela de cultivo autorizado en aplicación de los artículos L. 533-5 y L. 533-6 del Código del Medio Ambiente”*; mientras que el N° 4

de la misma norma endurece la sanción respecto de la destrucción de cultivos plantados en espacios destinados a la investigación: *“cuando la infracción establecida en el número 3 diga relación respecto de una parcela de cultivo autorizado en aplicación del artículo L. 533-3 del Código de Medio Ambiente, la pena corresponderá a tres años de prisión y a 150.000 euros de multa”*.

En atención a lo indicado, hacemos presente que en Francia el contencioso de los transgénicos ha motivado el pronunciamiento de los tribunales franceses desde la perspectiva de acciones violentistas de activistas acusados de la destrucción o degradación de los cultivos transgénicos. En ellos, los tribunales no han fallado siguiendo los mismos criterios, y si en algunas sentencias se ha condenado a prisión efectiva a los activistas, en otros se han ordenado absoluciones<sup>20</sup>.

**2° 3.- Régimen de responsabilidad:** en Francia se ha configurado una técnica legislativa que va en la línea de configurar una responsabilidad de pleno derecho derivada del hecho de la diseminación del OGM. Dicho esquema puede apreciarse de las normas que regulan la responsabilidad del agricultor, establecidas en el Código Rural. En este sentido el artículo L. 663-4 consagra la indicada responsabilidad exponiendo: *“Todo explotador agrícola de organismos genéticamente modificados cuya puesta en el mercado es autorizada, es responsable de pleno derecho, del perjuicio económico resultante de la presencia accidental de este organismo genéticamente modificado en la producción de otro explotador agrícola”*. Luego, se aprecia que no es necesaria ni culpa, ni menos la demostración de la intención en la liberación del OGM. Constituye entonces la condición primera para que la responsabilidad pueda ser retenida, **el hecho de la diseminación y el perjuicio económico**.

La normativa, a su vez, indica los supuestos en los cuales se configura la responsabilidad en cuestión. Ellos se refieren al hecho de la contaminación en atención a la liberación de los OGM en un terreno ubicado a proximidad de otro cuyos cultivos no eran OGM; la condición que los cultivos contaminados no debían cumplir con la obligación de etiquetado OGM; y que a consecuencia de la liberación de OGM, el agricultor afectado terminó teniendo que etiquetar sus cultivos como OGM.

La normativa, asimismo, define la dimensión del perjuicio que debe ser indemnizado, el cual corresponderá a: *“la depreciación del producto resultante de la diferencia entre el precio de venta del producto de la cosecha sometido a la obligación de etiquetado dispuesto según los términos*

<sup>20</sup> Ver, Müller, B. “La Bataille des ogm, combat vital ou d’arrière-garde?” 88 (Ellipses, 2008), 116.

*del artículo 3° del mismo I y aquel de un mismo producto, que presenta características idénticas, no sometido a esta obligación”.*

Por último la norma obliga a la constitución de una garantía financiera por parte del agricultor OGM tendiente a cubrir los eventuales daños derivados de la liberación de los mismos, así el III del artículo L. 663-4, exige que quien se encuentra autorizado para explotar organismos genéticamente modificados “*debe suscribir una garantía financiera que cubra su responsabilidad, según lo dispuesto en el I*”.

Hacemos presente que no se considera por la normativa francesa la posibilidad ofrecida por la Directiva en lo que concierne a la liberación de la responsabilidad por vía de riesgos del desarrollo o invocando la autorización por autoridad competente, previa prueba de la ausencia de culpa.

**2°.4.- Consecuencias:** En la práctica, lo señalado ha limitado severamente el uso de OGM en la agricultura, y hoy no existen en Francia cultivos de productos transgénicos, habiendo sido el último proyecto de investigación de OGM en campo abierto francés terminó en julio de 2013<sup>21</sup>. Lo afirmado viene a justificarse, pues la opinión pública es mayoritariamente contraria a la producción de OGM, existiendo además importantes asociaciones no gubernamentales que se oponen tenazmente a ellos. Es del caso hacer presente, por ejemplo, que en una encuesta realizada el año 2012 quedó establecido que el 79 % de los encuestados dijeron que estaban preocupados por la presencia de OGM en los productos alimenticios<sup>22</sup>. Sin perjuicio de lo indicado, nada impide que Francia importe este tipo de productos.

**3°.** El espíritu normativo independiente de la culpa antes expuesto lo detectamos asimismo en **Alemania**, país en el que la *Ley sobre Ingeniería Genética* contiene un régimen de responsabilidad estricta por los daños causados por los OGM<sup>23</sup>. Hacemos presente que la ley en referencia fue adoptada por el *Bundestag* el 18.06.2004, y tuvo por objeto incorporar en la legislación alemana la Directiva 2001/18 fijando un marco de responsabilidad sin culpa fundada sobre el principio contaminador-pagador. Respecto de los daños vinculados a la liberación de OGM, estos tienen un límite de 85 millones, y los operadores de las instalaciones de investigación o de producción deberán obtener un seguro de responsabilidad civil o cobertura a través garantías gubernamentales.

<sup>21</sup> Mennessier, M. *Fin de la recherche sur les OGM en France*, Le Figaro (15.07.2013).

<sup>22</sup> Ver en línea: [http://www.ifop.com/media/poll/1989-1-study\\_file.pdf](http://www.ifop.com/media/poll/1989-1-study_file.pdf)

<sup>23</sup> Ley alemana sobre ingeniería genética §32 y ss. Ver en línea <http://www.gesetze-im-internet.de/gentg/>

Este régimen de responsabilidad también se aplica a la contaminación accidental de las propiedades adyacentes. Si un productor de OGM contamina el campo de un vecino y, por tanto, la siembra de los vecinos debe ser destruida, se presume que el productor de los organismos genéticamente modificados ha causado este daño y es plenamente responsable. Del mismo modo, si los alimentos se producen a partir de componentes contaminados genéticamente y por lo tanto estos deben ser etiquetados como portadores de OGM, debido al nivel de contaminación, entonces se presume que el productor que ha causado esta contaminación es plenamente responsable de la disminución en el valor de los alimentos contaminados.

- 4°. Siguiendo un criterio similar, **Reino Unido** ha retenido el espíritu de las Directivas europeas y ha reconocido internamente el principio contaminador-pagador. Lo expuesto ha sido previsto por el *The Environmental Damage (Prevention and Remediation) Regulations*<sup>24</sup>. Esta normativa en su segunda parte destinada a "*Preventing Environmental Damage*", expone en el artículo 13 (1), que la responsabilidad recaerá en el "*operador de una actividad que configure una inminente amenaza de daño ambiental o una inminente amenaza de daño en circunstancias que existan razones fundadas para creer que se configurará un daño ambiental*"<sup>25</sup>. Según la norma citada, en escenarios como el transcrito, el operador está obligado a tomar medidas para prevenir el daño, o cualquier daño adicional, y notificar a la autoridad competente. Respecto de eventos de contaminación por OGM la responsabilidad opera de pleno derecho. Su extensión alcanza a la utilización, transporte, liberación en el medio ambiente, y puesta en el mercado<sup>26</sup>.

La normativa establece diversos mecanismos de exoneración de la responsabilidad del operador; en ellos se aprecia la inspiración inglesa por parte de la Directiva europea. Según el artículo 19 n° 3, el operador puede invocar, que:

<sup>24</sup> The Environmental Damage (Prevention and Remediation) Regulations 2015. Ver en línea: <http://faolex.fao.org/docs/pdf/uk145975.pdf>

<sup>25</sup> Ordena la norma: "An operator of an activity that causes an imminent threat of environmental damage, or an imminent threat of damage where there are reasonable grounds to believe that the damage will become environmental damage, must immediately- (a) take all practicable steps to prevent the damage; and (b) (unless the threat has been eliminated) notify all relevant details to the enforcing authority appearing to the operator to be the appropriate one".

<sup>26</sup> The Environmental Damage (Prevention and Remediation) Regulations 2015. Schedule 2 – Activities causing damage. 9, p. 23. "(1) Any contained use, including transport, involving genetically modified organisms (including genetically modified micro-organisms as defined by Council Directive 90/219/EEC on the contained use of genetically modified micro-organisms)(f). (2) Any deliberate release into the environment, transport and placing on the market of genetically modified organisms as defined by Directive 2001/18/EC of the European Parliament and of the Council on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms(g) ".

- *La actividad del operador no fue la causa del daño ambiental,*
- *La autoridad competente ha obrado injustificadamente al determinar que el daño obedece a un daño ambiental,*
- *El daño ambiental se originó a consecuencia del cumplimiento de una instrucción emitida por autoridad competente (a excepción de una instrucción relativa a una emisión o incidentes generados por las propias actividades del operador),*
- *El operador no ha actuado culpablemente y el daño ambiental fue causado por una emisión o acto expresamente autorizado, en conformidad a las condiciones establecidas en el Anexo 3.*
- *El operador responsable no ha actuado culpablemente y el daño ambiental fue causado por una emisión, actividad o uso de un producto en el curso de una actividad en la que el operador demuestre que no se consideraron probables los daños ambientales, en atención al estado de los conocimientos científicos y técnicos de que se disponía en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad.*
- *El daño ambiental fue el resultado del acto de un tercero y se produjo a pesar de que el operador responsable tomó todas las medidas de seguridad apropiadas.*

Saliendo de Europa nos referiremos a los lineamientos adoptados por el Derecho argentino.

**5°. Argentina:** respecto del citado país nos pronunciaremos refiriéndonos al marco normativo aplicable, al régimen propiamente tal, y a los cuestionamientos que han sido vinculados a una determinada especie de OGM.

**5°.1.- Marco normativo:** la época en la cual se dio inicio a la explotación de actividades relativas a los OGM corresponde a la promulgación de la Resolución n° 167/1996, en cuya virtud la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca, y Alimentos de la Nación autorizó la comercialización de soja modificada genéticamente<sup>27</sup>. En los hechos se trató de una especie de soja tolerante al *glifosato*, lo que permite aumentar la productividad del cultivo en cuestión.

<sup>27</sup> Sobre este punto, Saulino, F. "Regulación de bioseguridad y protección ambiental en Argentina". *Revista Argentina de Teoría Jurídica* N°13-2009, citado por Berros, V. *Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina*, Tesis, 2013, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, pie de página n° 126.

En el señalado país, el tratamiento legislativo de los OGM está compuesto por varias normativas. En concreto, por la *Ley General de Semillas y Creaciones Fitogenéticas*, de 30.03.1973<sup>28</sup> y por la *Ley de Promoción del Desarrollo y Producción de la Biotecnología Moderna*, de 25.07.2007<sup>29</sup>. La primera está destinada a promover la fabricación y comercialización eficiente de cultivos, requiriendo de los agricultores garantías en cuanto a la identidad y calidad de las semillas. Asimismo, proporciona una definición de semillas suficientemente amplia como para incluir a los cultivos transgénicos, ya que en su artículo 2 indica que se entiende por: a) *Semilla o Simiente*: “*toda estructura vegetal destinada a siembra o propagación*”. La segunda normativa establece un marco jurídico general para la comercialización de los cultivos, incluyendo su importación y exportación. En su artículo 1° se expone su vocación amplia en los siguientes términos: *Objeto*: *La presente ley tiene por objeto promover el desarrollo y la producción de la Biotecnología Moderna en todo el territorio nacional, con los alcances y limitaciones establecidos en ella y las normas reglamentarias que en consecuencia dicte el Poder Ejecutivo*.

En cuanto a las semillas transgénicas en particular, la legislación argentina cuenta con la Resolución 46/2004 sobre *Organismos Vegetales Genéticamente Modificados*, de 28.01.2004, en la cual se hace referencia a un registro nacional específico de Operadores de Plantas Genéticamente Modificadas “*en el cual deberán inscribirse todas aquellas personas físicas o jurídicas que experimenten, importen, exporten, produzcan, multipliquen, y/o realicen cualquier actividad con Organismos Vegetales Genéticamente Modificados*”.

**5°.- Régimen propiamente tal:** el marco de responsabilidad atribuible a los daños derivados del hecho de los OGM, se encuentra sujeto a la *Ley General del Medio Ambiente*, de 27.11.2002<sup>30</sup>. La normativa en referencia, en su artículo 27, define el daño ambiental “*como toda alteración relevante que modifique negativamente el medio ambiente, sus recursos, el equilibrio de ecosistemas, o los valores o activos colectivos*”. En conformidad al artículo 4° de la ley, el cual consagra expresamente los principios de la política ambiental imperante en Argentina, los cuales son: Congruencia normativa entre la ley y reglamentos provinciales y municipales; Prevención; Precaución; Equidad Intergeneracional; Progresividad; Responsabilidad; Subsidiariedad; Sustentabilidad; Solidaridad y Cooperación, se ha establecido un principio general de responsabilidad sin culpa susceptible de retenerse respecto de cualquier persona o

<sup>28</sup> Ver en línea: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/34822/texact.htm>

<sup>29</sup> Ver en línea: [http://www.unlp.edu.ar/uploads/docs/dpi\\_\\_\\_ley\\_26\\_270.270.pdf](http://www.unlp.edu.ar/uploads/docs/dpi___ley_26_270.270.pdf)

<sup>30</sup> Ver en línea: <http://www2.medioambiente.gov.ar/mlegal/marco/ley25675.htm>

entidad que esté a la cabeza de daños presentes o futuros, haciéndolo responsable de los costes de prevención y de acciones correctivas, con independencia de otras responsabilidades ambientales que puedan surgir.

En sentido de lo expuesto, en conformidad al artículo 28: *“El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción”* aunque, sin embargo, en caso en que no fuera factible el restablecimiento del medio dañado, la norma ordena que *“la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder”*. Dicha figura indemnizatoria nos parece interesante, puesto que el legislador argentino considera posible establecer una evaluación pecuniaria de los daños ambientales, cuestión que nos hace pensar en la indemnización del daño ecológico puro, jurisprudencialmente reconocido en el Derecho de la responsabilidad francés<sup>31</sup>.

En fin, hacemos presente que, según el artículo 29 de la ley, el supuesto responsable puede ser exonerado si *“acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”*. De lo indicado comprendemos que más que un régimen de pleno derecho, el marco de responsabilidad expuesto obedece a uno por culpa con inversión de la carga de la prueba, puesto que permite la exoneración de la responsabilidad del agente mediante la demostración de la ausencia de su negligencia. Ello resulta incompatible con un régimen estricto de responsabilidad. Diferente es la lógica en que se utiliza la demostración de la ausencia de culpa en los términos de la Directiva 2004 e integrada por el Derecho inglés, ya que como indicamos más arriba, viene a configurar un requisito para hacer efectiva la causal exoneratoria de los riesgos del desarrollo o aquella relativa a la circunstancia de un daño, no obstante encontrarse autorizada la liberación de los OGM, sin que con ello se desnaturalice el régimen estricto de responsabilidad que los comprende.

**5° 3.- Cuestionamientos:** La producción de OGM en Argentina no ha estado exenta de críticas ni de aprensiones. En ese sentido, la empresa Monsanto ha sido objeto de cuestionamientos, pues ha sido culpada por los daños a la salud de las personas, posiblemente causados por la

<sup>31</sup> Cuestión que abordaremos en un posterior trabajo.

exposición a largo plazo al herbicida *Roundup*. En esta línea, las encuestas epidemiológicas que se llevaron a cabo en el período 2001-2002 en las áreas tratadas con *Roundup* revelaron tasas de defectos congénitos y malformaciones en los niños, cáncer, y abortos cien veces superior al promedio nacional, coincidiendo con el aumento del cultivo de la soja transgénica y de la fumigación con herbicidas cerca de zonas pobladas. Sobre este tema, no podemos dar fe, sin embargo nos limitamos a señalar que existe material en Internet en el que se da cuenta de la información señalada. Así por ejemplo, "*El lado oscuro secreto de Monsanto: los efectos del herbicida Roundup sobre el feto*"<sup>32</sup>.

**b.- Respecto de la jurisprudencia:** A título ilustrativo consideramos pertinente traer a colación algunos fallos que han sido pronunciados en las jurisdicciones relativas a los países señalados, en ellos apreciaremos la vinculación entre los OGM y la incertidumbre científica en la que se desarrollan.

1°. El caso C-442/09 (Karl Heinz Bablok y otros v. Freistaat Bayern<sup>33</sup>) nos parece interesante, ya que si bien el asunto fue resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el conocimiento del asunto fue motivado en virtud del requerimiento de un tribunal alemán. En 1998, Monsanto recibió la autorización para la comercialización del MON810, maíz modificado genéticamente. En los hechos, un apicultor en el Estado de Baviera afirmó que la miel y el polen que produce para la venta fueron contaminados por el maíz MON 810, en atención a que éste era cultivado en un terreno cercano. En consecuencia, el apicultor no podría vender su miel y polen. El afectado presentó una acción legal ante el Tribunal Superior Administrativo de Baviera. Este último solicitó que el Tribunal de Justicia de la UE emitiera una resolución preliminar en cuanto a si la mera presencia de maíz modificado genéticamente había sido capaz de alterar los productos del apicultor. En definitiva, fue establecido que el polen en cuestión fue "producido a partir de OGM" y que constituía un elemento de la miel. El Tribunal señaló también que los productos alimenticios que contengan elementos producidos a partir de OGM están sujetos al procedimiento de autorización, con independencia de que el OGM se incorpore intencional o accidentalmente. Por último, indicamos que el Tribunal consideró que el apicultor sufrió una pérdida económica por no ser capaz de vender su producto y que debía ser compensado.

2°. Francia, más allá de los pronunciamientos relativos a las contiendas entre activistas y agricultores, también han existido pronunciamien-

<sup>32</sup> Ver en línea: <http://www.newscience.cl/roundup/>

<sup>33</sup> Ver en línea: [http://ec.europa.eu/dgs/legal\\_service/arrets/09c442\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/09c442_en.pdf)



tos judiciales. El caso que motivó comentarios en la opinión pública correspondió a una decisión del Consejo de Estado de 01.08.2013<sup>34</sup>. El señalado tribunal se pronunció sobre la legalidad de un decreto gubernamental que en virtud del artículo 34 del Reglamento Europeo 1829/2003 había prohibido el uso del MON 810, alegando la existencia de un riesgo grave para la salud humana. Sin embargo, el Consejo de Estado dictaminó que ni un riesgo grave, ni una situación de emergencia existían con respecto a MON 810, y que, por tanto, el gobierno se excedió en su autoridad en la prohibición del mismo.

- 3°. En el escenario argentino, el 17.09.2015 la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció a propósito de una situación en la que se refiere indirectamente respecto de los OGM y directamente sobre los agroquímicos necesarios para el cultivo de los transgénicos. En los hechos fue verificado que en los suburbios de Córdoba se verificaron fumigaciones de *endosulfán* y *glifosato*, práctica que se realizó sobre terrenos plantados con variedades de soja genéticamente modificada.

Durante el proceso penal, se comprobó que 114 de 142 niños residentes en el barrio *Ituzaingó Anexo* presentaban agroquímicos en la sangre. Es más, se declaró en el proceso que hasta 2010 fueron constatados 169 casos de cáncer y más de 30 muertes por esa enfermedad. La sentencia constituye una verdadera victoria para los activistas anti OGM, puesto que es la primera vez que un tribunal latinoamericano se pronuncia respecto del tema, bajo la premisa que las fumigaciones de agroquímicos no pueden ser realizadas sobre terrenos cercanos a la población civil<sup>35</sup>.

Aun cuando lo recientemente indicado pareciera ser una obviedad, es del caso hacer presente que más de diez años tuvieron que transcurrir para que los reclamos de las personas del barrio mencionado fueran atendidos, eventos de muertes y de tumores tuvieron que verificarse para que la voz de los habitantes del barrio *Ituzaingó Anexo*, pudiera ser escuchada. Insistimos en que en el fallo en cuestión no se ataca directamente a los cultivos genéticamente modificados, de hecho estos son expresamente autorizados por la legislación argentina; lo que si recuerda es que es necesario cumplir con las normativas vigentes en orden a las precauciones que deben ser seguidas por los productores en cuanto al cultivo de los mismos, en concreto, respecto de sus fumigaciones con agroquímicos. En sentido de lo expuesto, la sentencia declaró: *"En este contexto, la liberación de plaguicidas dentro del ámbito territorial prohibido,*

<sup>34</sup> Respecto de la cuestión, ver en línea: <http://www.lefigaro.fr/environnement/2013/08/01/01029-20130801ARTFIG00439-ogm-le-conseil-d-etat-annule-l-interdiction-du-mais-modifie-de-monsanto.php>

<sup>35</sup> Sobre el tema ver en línea: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-118075-2009-01-12.html>

*es decir, invadiendo áreas a menor distancia que la permitida respecto a las viviendas de un centro poblacional en emergencia sanitaria, implica introducir en el medio ambiente algo que no debe ser, porque al carecer no sólo de toda utilidad para las personas que habitaban las viviendas la exposición a productos permitidos para otros fines (prevención y tratamiento de plagas de cultivos), potencialmente tienen aptitud para afectar la salud humana de ese conjunto en emergencia sanitaria”<sup>36</sup>.*

### **3.- En cuanto al resarcimiento del daño derivado de riesgos inciertos y potenciales.**

El escenario de riesgos en el cual se desenvuelven los OGM es variado. Contingencias previsibles o ciertas, potenciales e inciertas caracterizan esta materia. De aquí que puedan suscitarse algunos problemas vinculados con la indemnización de daños derivados tanto de riesgos inciertos (a) como de contingencias potenciales (b).

**a.- Respecto de la indemnización por daños derivados de riesgos inciertos:** este punto dice relación con la efectividad del recurso indemnizatorio respecto de una contingencia que no pudo ser prevista por la comunidad científica, y en consecuencia tampoco lo fue por la autoridad que confirió la autorización en la liberación de los OGM. En este sentido, puede darse el caso que aquel que explotó una actividad relativa a la liberación de OGM no supo certera y anticipadamente la dimensión de los daños que dicha actividad eventualmente podía producir. Luego, al ser científicamente ignoradas algunas de las consecuencias negativas vinculadas a la materia, cabría ser planteada la posibilidad que en conformidad a la *teoría del riesgo creado* pueda requerirse del agente el resarcimiento de la integridad de los daños, es decir, incluso de aquellos derivados de la materialización de un riesgo no previsto.

Pues bien, la naturaleza de un daño que debe ser indemnizado, en el entendido que éste derive de un riesgo científicamente incierto, altera las bases de los tradicionales modelos de responsabilidad. En efecto, los esquemas de resarcimiento, sean éstos centrados o no en la culpa, exigen como presupuesto base la existencia de un daño causado a consecuencia de un hecho, cuya fundada proyectabilidad nunca estuvo bajo cuestionamiento, o en otros términos, cuyo riesgo era probable y cuantificable. Así, normativas chilenas de corte objetivo, tales como la relativa a la Ley de Energía Nuclear<sup>37</sup>, o la Ley de Navegación<sup>38</sup> (en lo referente a la contaminación por hidrocarburos), sientan sus reglas de

<sup>36</sup> Ver sentencia en línea: [http://www.lavoz.com.ar/sites/default/files/file\\_attachments/nota\\_periodistica/Agroquimicos-.pdf](http://www.lavoz.com.ar/sites/default/files/file_attachments/nota_periodistica/Agroquimicos-.pdf)

<sup>37</sup> Así, el artículo 49 de la Ley N° 18.302 sobre Seguridad Nuclear.

<sup>38</sup> Así, el artículo 144 del D.L. N° 222, sobre Ley de Navegación.

responsabilidad objetiva sobre el supuesto previsible de daño en el que el agente pudiere verse involucrado. Es probable que si la planta de energía nuclear explota, o si el barco naufraga, causará daños de magnitud. Éstos deberán ser soportados por el agente, puesto que el desarrollo de su actividad implica aceptar los riesgos que con ésta se identifican. En el caso de la regulación de los OGM la lógica constatada en las legislaciones es similar, aun cuando la naturaleza de la cuestión implique perfectamente la posibilidad de que existan riesgos que no fueron establecidos, es decir, riesgos inciertos. Respecto de estos últimos, ¿debe indemnizar el agente?

La intervención de la autoridad competente materializada en **mandatos legales** resultaría indispensable a la hora de articular el esquema de responsabilidad en cuestión. Mediante dicha vía, ha sido propuesto por el profesor Rebolledo<sup>39</sup> que quienes desarrollan una actividad capaz de envolver riesgos inciertos podrían ser compelidos a resarcir los daños originados a consecuencia de la materialización de dichas contingencias. Bajo esta postura el legislador asumiría y reconocería la existencia de una posibilidad de daño, el cual no debe ser asumido por las víctimas, o en otros términos, el cual debe serle indemnizado a las víctimas. Así las cosas, en la línea de lo expuesto, el recurso al **reconocimiento normativo abstracto de la eventualidad** se elevaría como elemento indispensable de la reparación.

Por nuestra parte, aunque si bien consideramos que los daños derivados de riesgos inciertos deben ser indemnizados, el resarcimiento debe ser alcanzado por vía de otras figuras, tales como: seguros, fondos de garantía, seguridad social, etc.<sup>40</sup>, creemos que hacer pesar sobre el agente este tipo de resarcimiento nos parece excesivo.

**b.- Respecto de la indemnización de daños derivados de riesgos potenciales:** creemos que en conformidad al principio de precaución el agente debe hacerse cargo de la materialización de riesgos potenciales, aun cuando éstos se hubieren reconocido en el curso de la explotación de la actividad. El indicado principio, que ha sido objeto de reconocimiento por la Comunicación de la comisión sobre el recurso al principio de precaución, en sus párrafos 3 y siguientes<sup>41</sup>, por el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología por el Convenio sobre la Diversidad Biológica, en su artículo 1<sup>42</sup>, y por otros instrumentos internacionales<sup>43</sup>, presenta vocación de actuar en el dominio de

<sup>39</sup> En este punto nos basamos en el estudio de Rebolledo, S., *op. cit.*, pp. 218 y ss.

<sup>40</sup> En este punto ver Molinari, A. *De la responsabilidad civil al Derecho de Daños y Tutela Preventiva Civil*, Santiago, LexisNexis, 2004, pp. 47-53, citado por Rebolledo, S. *op. cit.*, cita 108.

<sup>41</sup> Ver en línea: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52000DC0001>

<sup>42</sup> Ver en línea: <http://www.conacyt.gob.mx/cibiogem/images/cibiogem/comunicacion/publicaciones/cartagena-protocol-es.pdf>

<sup>43</sup> Ver, por ejemplo, párrafo 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. En línea: [http://www.mma.gob.cl/1304/articles-55240\\_DeclaracionRio\\_1992.pdf](http://www.mma.gob.cl/1304/articles-55240_DeclaracionRio_1992.pdf)

las potencialidades e impone al agente –utilizando los términos del artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ya citado, un deber de cautela.

Tal como afirmamos en un anterior trabajo<sup>44</sup>, el principio de precaución se identifica con la constatación de un riesgo científico potencial<sup>45</sup>, que idealmente y razonablemente no debería haber sido corrido. En síntesis *“La precaución visa el caso donde el riesgo es percibido, es decir, representable, pero esta percepción no permite ser incorporada totalmente. El riesgo es solamente supuesto”*<sup>46</sup>. La figura no debe ser vinculada entonces a riesgos inciertos. Se distingue asimismo del principio de prevención, el cual *“visa el caso donde el riesgo es percibido, pero además es posible de atribuirle una cierta probabilidad de ocurrencia, siendo entonces un riesgo conocido”*<sup>47</sup>.

En otros términos, el principio de precaución se identifica con riesgos científicos razonablemente representables. Siguiendo al profesor Nicolás de Sadeleer, afirmamos que no debe estimarse que un riesgo residual, deba ser cubierto por la indicada figura, toda vez que éste forma parte de los *“riesgos hipotéticos que reposan sobre consideraciones puramente especulativas sin ningún fundamento científico”*<sup>48</sup>. Dichos riesgos no deberían estar cubiertos por la garantía anticipativa integral, ya que en términos del mismo autor *“la especulación, la conjetura, la intuición, la alerta, la denuncia o el examen no es capaz de justificar por sí mismo una actitud de precaución”*<sup>49</sup>. Así las cosas, los riesgos comprensibles dentro de las fronteras de la precaución deben ser aquellos cuyo acaecimiento *“permanece controvertido en el plano científico, sin que sea irracional representar su ocurrencia sobre la base de ciertos datos, aun cuando estos no sean aún validados”*<sup>50</sup>. En este sentido, siempre lo razonable debe primar, el principio de precaución no debe ser entendido como un mecanismo alejado de un juicioso análisis de la incertidumbre aplicada a un caso concreto<sup>51</sup>. Desprendemos lo anterior, tomando

<sup>44</sup> Munita, R. «Consideraciones sobre el efecto social de la innovación científica y algunas de sus consecuencias en la responsabilidad civil», revista *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 29, pp. 474 y ss.

<sup>45</sup> Cf. Ewald, F., “Le retour du malin génie”, in *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, sous la dir. De Godard, O. Paris, Maison des sciences de l’homme et de l’INRA, 1997, p. 99 et s.; Kourilsky, Ph. et Viney, G., *Le principe de précaution. Rapport au Premier Ministre*, Paris, Odile Jacob, 2000, pp. 18 et 151; Bourg, D. et Schelegel, J.-L., *Parer aux risques de demain. Le principe de précaution*, Paris, Seuil, 2001, p. 138; Kourilsky, Ph., *Du bon usage du principe de précaution*, Paris, Odile Jacob, 2002, p. 45.

<sup>46</sup> Tapinos, D., *Prévention, précaution et responsabilité civile*, L’Harmattan, Paris, 2008, n° 71.

<sup>47</sup> Tapinos, D., *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>48</sup> De Sadeleer, N., *Les principes de pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du Droit de l’environnement*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 176.

<sup>49</sup> De Sadeleer, N., *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>50</sup> De Sadeleer, N., *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>51</sup> Cf. Rapport au Premier ministre sur le principe de précaution (29.11.1999) refiriéndose a la precaución la considera como *“una actividad de la que se puede razonablemente suponer que ella comporta un peligro”*. Así también, el proyecto de ley relativo al refuerzo de la protección al Medio Ambiente

como apoyo el artículo L. 110-1 del Código del Medio Ambiente francés, del cual se entiende que la precaución se identifica por una *“ausencia de certezas, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento”*. Así, frente a la insuficiencia objetiva de datos probabilísticos relativos a la proyección del riesgo, se dispone del recurso dirigido a constatar un riesgo de daño determinable en virtud de un criterio de razonabilidad.

## CONCLUSIÓN

Ha sido posible establecer que la materia tratada en este trabajo se encuentra fuertemente impactada por las incertidumbres propias de los avances de la técnica. Diversos tipos de cuestionamientos han sido dirigidos contra las actividades vinculadas a la explotación de los OGM. De aquí que diversos ordenamientos jurídicos hayan adoptado regímenes que abordan las contingencias vinculadas a la cuestión desde un prisma separado de la culpa, consagrándose regímenes de responsabilidad estricta o de pleno derecho.

Siguiendo el espíritu de las normativas dictadas en el seno de la Unión Europea, creemos que un moderno sistema de responsabilidad debería actuar igualmente en escenarios de potencialidad, aunque ello escape a lo probable o a lo medible anticipadamente. De aquí que nos inclinemos por una nueva extensión de los esquemas de responsabilidad de pleno derecho, ya que comúnmente se reservan para contingencias caracterizadas por una probabilidad de daños vinculados a la peligrosidad efectiva y concreta de la actividad. En este sentido, la responsabilidad derivada del hecho de los OGM debe estructurarse también, en nuestro entender, respecto de la potencialidad razonable de ocurrencia de un fenómeno.

Con base en lo anterior afirmamos que el tratamiento jurídico de las nuevas tecnologías representa una importancia radical, toda vez que la particularidad de su objeto –la regulación de las consecuencias derivadas de la innovación– comprende esencialmente potencialidades y probabilidades. Un sistema como el expuesto permitiría establecer un modelo en el que si bien se le libera a la víctima del peso de la prueba de la culpa, se configuraría respecto del potencial agente un escenario en cuya virtud el explotador de la actividad puede llevar a cabo su empresa bajo un estricto marco de seguridad jurídica, gestionando sus riesgos tanto ciertos como potenciales bajo la plena conciencia de que de incurrir en un daño, se verá obligado a responder por éste. En otros términos, el operador de actividades vinculadas con OGM, en ejercicio de un deber de cautela, debe estar consciente de los riesgos potenciales que su empresa está

---

(10.1994) exige para la aplicación de una medida de precaución la existencia de *“serios motivos para preocuparse del estado del Medio Ambiente”*.

en condiciones de sumir. Por su parte, respecto de los riesgos hipotéticos o inciertos, no creemos como justo que deban ser asumidos por las víctimas, sean éstos el medio ambiente mismo, consumidores o agricultores que no se dedican a esta actividad y cuyos cultivos se han contaminado, de manera tal que creamos como razonable que las indemnizaciones que por esta vía se deban, sean asumidas por figuras separadas a la responsabilidad civil, pudiendo configurarse por ejemplo, un Fondo de Garantía.

# Obligaciones del nuevo titular de la empresa. Revisión jurisprudencial del artículo 4° inciso 2° del Código del Trabajo

CRISTIÁN OLAVARRÍA RODRÍGUEZ

Abogado

CENTRO CHILENO DE ESTUDIOS DE DERECHO DEL TRABAJO A.G. (CEDET)

Profesor de Derecho del Trabajo

FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

## 1. Introducción.

Los cambios en la empresa representados por modificaciones en el dominio, posesión y mera tenencia constituyen una materia no exenta de interés para el Derecho del Trabajo, en cuanto a los efectos legales y contractuales que dichos cambios producen en los trabajadores y empresarios.

La empresa ha evolucionado en el sentido que años atrás se limitaba a un modelo productivo rígido distinto al de hoy, flexible, en el que encontramos, entre otros, externalización, descentralización productiva y organización de las mismas en red<sup>1</sup>. Es así que las nuevas exigencias de mercado y de la economía han producido novedosas reestructuraciones empresariales y formas de organización societarias que impactan en el fenómeno del cambio de titularidad empresarial<sup>2</sup>. Esta evolución constituye una manifestación del derecho que tiene el hombre a producir y que se encuentra amparado por nuestra legislación<sup>3</sup>.

La norma que de manera ininterrumpida ha regulado esta situación es el artículo 4° inciso 2° del CT. Dicho precepto dispone que las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alteran los derechos y obligaciones individuales emanados de los contratos individuales o de los instrumentos colectivos manteniendo su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores. Produce que los trabajadores afectados por los

<sup>1</sup> DESDENTADO BONETE, AURELIO, "La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de Trabajadores desde la jurisprudencia", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 38, (2002), p. 241.

<sup>2</sup> MORENO GENÉ, JOSEP, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch "colección laboral" 150, Valencia, 2003, p. 72.

<sup>3</sup> Corte Suprema, 13 de agosto de 2003, rol N° 4.005-02, FM, N° 513, 2013, p. 2141, resuelve: "Que es un derecho del ser humano producir y tal derecho emana de su naturaleza. La ley solo tiene que reconocerlo y ampararlo. Tal facultad del ser humano ha ido variando, en cuanto a su forma de ejercicio y ha ido adoptando evolucionados y diferentes modelos (...)".

supuestos de cambios de titularidad, total o parcial, de la empresa, como venta, arrendamiento, cesión, división, fusión, entre otras, mantienen vigente relación laboral. Además, regula las consecuencias legales que dicha modificación tiene en los trabajadores involucrados.

El precepto en cuestión es general y breve, características que producen vacíos que han debido ser llenados por la jurisprudencia. Además, se ha mantenido intacto, al no sufrir modificaciones en su texto desde su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico en el año 1981 a través de la Ley N° 18.018, de 14 de agosto de ese año, pese a los numerosos cambios legislativos que han ocurrido en la legislación laboral.

El problema del cambio de la titularidad de la empresa refleja dos situaciones características del contrato de trabajo, por una parte asume el carácter intuito persona que hace relación al trabajador, pero no al empresario, que puede ser sustituido sin el consentimiento de la contraparte del contrato, y por la otra, el desconocimiento o desatención a la voluntad de uno de los acreedores en las obligaciones del contrato al no contemplar una posible negativa del trabajador<sup>4</sup>.

Nuestra intención no es analizar todas las posibles consecuencias sobre las relaciones laborales, individuales y colectivas, que produce el artículo 4° inciso 2° del CT, sino que centrarnos en el problema de si el nuevo titular de la empresa responde de las obligaciones laborales y previsionales incumplidas o adeudadas por su antiguo dueño, poseedor o mero tenedor. Para ello se relacionará la norma con las diversas interpretaciones emanadas de nuestros tribunales de justicia y de la Dirección del Trabajo.

Como veremos en la jurisprudencia nacional producto de la evolución que ha tenido esta materia comprendiendo la empresa, se observan dos posiciones diferentes respecto de dicha responsabilidad. Una inicial y restrictiva, que excluye de toda responsabilidad al nuevo titular de la empresa respecto de los incumplimientos del empresario anterior. La segunda, actual y amplia, postula que el nuevo dueño, poseedor o mero tenedor, es responsable de todas las obligaciones previsionales y laborales incumplidas por el anterior e incluso después de terminada la relación laboral. El precepto a través de la jurisprudencia, manifestada en las tesis expuestas, ha sufrido desde su entrada en vigencia un constante perfeccionamiento destinado a ajustarlo a la realidad económica y a la evolución de las instituciones jurídicas.

Esta responsabilidad se aborda desde el punto de vista de la oportunidad en que se provoca el cambio de titularidad de la empresa, específicamente, si se produce durante la vigencia de la relación laboral existente entre el antiguo empleador y el trabajador o después de terminada ésta.

<sup>4</sup> MARÍN CORREA, JOSÉ MARÍA, "La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23", en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, 48, (2004), p. 83.



La exposición se dividirá en cinco partes. En la primera trataremos el origen del artículo 4° inciso 2° del CT. En este veremos la problemática jurisprudencial que quiso abordar el legislador a través de la implementación de dicho precepto consistente en si el cambio de dominio de la empresa era o no fundamento de la causal de término de contrato de trabajo y en ese objeto establecer la continuidad de la empresa. En la segunda, la cuestión de la responsabilidad del nuevo titular de la empresa respecto de las obligaciones adeudadas por el anterior titular refiriéndonos a las tesis existentes en esa materia. En la tercera, explicaremos dichas posiciones a través de una revisión de la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia y de la Dirección del Trabajo. En particular nos centraremos en el enfoque actual que resulta interesante a luz del concepto de empresa, continuidad y buena fe compartiendo dicha posición. En la cuarta, nos referiremos a los alcances de la responsabilidad del nuevo titular de la empresa centrándonos en situaciones laborales, despidos, prácticas antisindicales, entre otras, que han originado la discusión acerca de la responsabilidad del nuevo titular de la empresa respecto de las obligaciones del anterior. En la quinta y última, abordaremos el problema que se produce respecto de la responsabilidad del nuevo empresario en relación a aquellos trabajadores del anterior titular que no alcanzaron a prestar servicios para el nuevo debido a que fueron desvinculados de la empresa con anterioridad al cambio de titularidad empresarial.

## **2. La continuidad de la empresa. Origen del artículo 4° inciso 2° del Código del Trabajo.**

El artículo 4° inciso 2° del CT fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley N° 18.018, de 14 de agosto de 1981, que introdujo modificaciones a las normas del contrato individual de trabajo contenidas en el D.L. 2.200, de 1978.

El objetivo del legislador al implementar la figura de la continuidad de la empresa fue establecer la mantención de la relación laboral y la subsistencia de lo acordado en los contratos individuales o colectivos de trabajo ante modificaciones del dominio, posesión o mera tenencia de la empresa<sup>5</sup>. De esta manera, constituye una garantía de continuidad de las relaciones laborales<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de septiembre de 2005, rol N° 2460-2005, obtenido de la página web del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha consulta, 19 mayo de 2014, resuelve en su considerando 11° que: "(...) el precepto legal transcrito recoge el principio de la continuidad de la relación laboral, en virtud del cual el Derecho Laboral aspira a que las relaciones jurídico-laborales sean indefinidas, estables y de larga duración y tutela su continuidad, protegiéndola de rupturas e interrupciones", y Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de abril de 2004, *GJ*, N° 286, 2004, p. 307, dice: "(...) dicho precepto contiene el principio de la continuidad de la empresa que sostiene que en ella debe haber una organización que permanezca y dure, a pesar de las alteraciones por las que suele atravesar, incluso en el plano de su dirección, cuyo objetivo es mantener la continuidad de la relación laboral y la subsistencia de lo convenido en los contratos individuales con el o los nuevos empleadores".

<sup>6</sup> En Chile las leyes anteriores al año 1981 nada disponían sobre los derechos de los trabajadores cuando las empresas cambiaban de dueño. Excepcionalmente el artículo 19 de la Ley N° 17.322, de 1970,

La implementación del artículo 4° inciso 2° del CT significó que el cambio de dominio de la empresa dejara de considerarse como fundamento de la causal de término de contrato de trabajo de conclusión del trabajo o servicio (cfr. art. 2° N° 1 de la Ley N° 16.455 de 26 de abril de 1966) que dio origen al contrato de trabajo y pasara, por expresa disposición legal, a mantener vigente los derechos y obligaciones de los trabajadores con el o los nuevos empleadores<sup>7</sup>.

En efecto, la discusión en el año 1981 y en los años precedentes, se circunscribía a si el cambio de titularidad de la empresa, configuraba o no la mencionada causal de término de contrato. Esto quedaba de manifiesto en el informe de 10 de junio de 1981 al proyecto de ley, a cuyo tenor *“las modificaciones relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alteran los contratos de trabajo, solucionándose de esta manera, en forma definitiva, la eterna polémica sobre el hecho que si al cambiar el dueño de la empresa procede o no el despido de los trabajadores, su recontractación, etc.”*<sup>8</sup>

Existían esencialmente dos posiciones jurisprudenciales que diferían en cuanto a los alcances de la norma. Esta situación generaba que los trabajadores se encontraban en una situación de incertidumbre con motivo a los cambios de titularidad de la empresa.

Un sector de la jurisprudencia entendía que la venta o traspaso de la empresa configuraba la causal de conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato<sup>9</sup>. Se consideraba que el tenor del texto del artículo 2° inciso 1° de la

---

que establece normas sobre cobranzas judiciales de imposiciones, aportes y multas en los Institutos de Previsión, estableció una responsabilidad subsidiaria del anterior propietario o arrendatario respecto del pago de imposiciones y demás aportes legales que se adeudaren a las instituciones de previsión cuando se transfiera el dominio o tenencia de predios rústicos, establecimientos industriales o comerciales, fábricas, locales, faenas por los trabajadores que laboran por cuenta de quien las transfiera o da en arrendamiento (DÍAZ SALAS, JUAN, *Ley N° 18.018. Nuevas norma del contrato individual de trabajo. Explicaciones y comentarios*, Ediciones CEPET, 2ª edic., 1982, Santiago, p. 17).

<sup>7</sup> La Ley N° 16.455, de 26 de abril de 1966, reguló la terminación del contrato de trabajo, sus causales, los derechos de los trabajadores en caso de despido, las sanciones en caso de incumplimiento a sus disposiciones y plazo máximo de duración de contratos, entre otros.

<sup>8</sup> Informa proyecto de ley que modifica el Decreto Ley N°2.200, de 1978, y otras disposiciones en materia laboral, de la Segunda Comisión Legislativa de la Junta de Gobierno, 10 de junio de 1981, p. 3.

<sup>9</sup> Corte Suprema, 6 de marzo de 1967, *RDJ*, t. LXIV, sec. 3ª, p. 12, que resuelve: *“(...) el texto de la citada ley es claro de modo que no se puede prestar a dudas que la venta hecha por Hucks Hnos. del negocio de que se trata, implicó la conclusión del trabajo que dio origen al contrato que la vinculaba a la demandante”*; Corte Suprema, 17 de julio de 1968, *FM*, N° 116, 1968, p. 126, dice que: *“(...) la ley que asegura la inamovilidad a los dependientes no es óbice para que una firma liquide o traspase su establecimiento, faena o empresa y tal hecho constituye justa causa de despido, ya que liquidada o traspasada, la firma patronal se pone en la imposibilidad de proporcionar trabajo al dependiente o reponerlo al mismo”*; Corte Suprema, 31 de julio de 1969, *RDJ*; t. LXVI, sec. 3ª, p. 108, señala: *“1. Que el juez de la causa, para acoger la demanda se fundó en que no había habido conclusión del trabajo, porque no se paralizó la distribución de la energía eléctrica de Curacautín, privándose de este servicio público la ciudad, después de a venta de la empresa y ésta ha seguido funcionando produciéndose únicamente un cambio de empleador, sin que se haya terminado el trabajo o servicios que dieron*

Ley N° 16.455 no generaba dudas en cuanto a que la venta de la empresa o del negocio producía el término del contrato de trabajo. Se argumentaba que, acaecido el traspaso de la empresa, no era posible para los vendedores otorgar trabajo a los dependientes o reponerlos al mismo<sup>10</sup>. En ese sentido, este sector era partidario de la existencia de un estrecho vínculo entre los trabajadores y la persona natural o jurídica propietaria de la empresa de manera que el cambio de dominio de la misma configuraba el término de la relación laboral.

La otra posición, por el contrario, consideraba que la venta del negocio no producía la causal antes indicada (cfr. con artículo 2° N° 1 de la Ley N° 16.455). A este respecto, se indicaba que la enajenación de la empresa era una consecuencia de la voluntad del empleador que consideraba únicamente su conveniencia

---

origen a los contratos de los reclamantes” y el considerando 2° expresa: “2. Que artículo 2° N° 1°, de la Ley 16.455 prescribe que será causal justificada de terminación de contrato “la conclusión del trabajo o servicio que dieron origen al contrato” texto que es claro y no se puede prestar a dudas en cuanto a que la venta de una empresa implica la conclusión del trabajo que dio origen al contrato que vinculaba a las partes, porque el traspaso del establecimiento pone a los vendedores en la imposibilidad de proporcionar trabajo a sus dependientes o de reponerlos en el mismo”; Corte Suprema, 6 de mayo de 1970, *RDJ*, t. LVII, t. 2., sec. 3ª, p. 40, que: “(...) se ha acreditado que Cristalerías de Chile S.A. terminó la sección donde se desempeñaba el demandante vendiéndose el inmueble en que estaba instalada y rematándose las maquinarias y demás elementos que existían” Agrega que: “(...) los hechos consignados constituyen la causal alegada por la demandada y en que se fundó el despido, que fue la del N° 1 del artículo 2° de la Ley N°16.455: haberse concluido el trabajo que el actor realizaba”; Corte Suprema, 4 de diciembre de 1970, *RDJ*, t. LVII, t. 2., sec. 3ª, p. 129, dice: “Ahora bien, efectivamente, se configuró dicha causal de caducidad del contrato, desde el momento en que se produjo el hecho no controvertido de la venta del barco a otra empresa naviera, el 14 de julio de 1969 y la entrega material del mismo en agosto del mismo año”; Corte Suprema, 19 de noviembre de 1971, *FM*, N° 156, 1971, p. 270, dice que: “(...) en cuanto a si el despido ha sido justificado o no, es necesario considerar que la Ley 16.455, estableció en su art. 1°, que el empleador no podrá poner término al contrato de trabajo sin causa justificada y en su art. 2 establece taxativamente 13 motivos de justificación de despido, entre los que se cuentan los señalados con los Nos 1°, 8° y 19°. Este precepto no excluye la posibilidad de que en un despido concurren varias de las causales de justificación, y en la especie, la circunstancia de la expropiación y entrega a don Enrique V.G. lo colocó en la situación de haber terminado las labores para las que contrató a los obreros despedidos, por la fuerza mayor de la expropiación y entrega de la mayor parte del predio, que limitaron las necesidades de la empresa agrícola que poseía”.

<sup>10</sup> La Dirección del Trabajo sostenía que la venta de un negocio era causal de término de contrato de trabajo al señalar en Ord. N° 3453 de 11 de septiembre de 1979 que: “ (...) la venta de un negocio viene a traducirse para el personal de trabajadores, en la “conclusión del trabajo o servicio que dieron origen al contrato”, causal de terminación del contrato laboral contemplado en el N° 1 del artículo 2° de la Ley 16.455. El nuevo dueño no está obligado a recibir a los trabajadores que pertenecían al establecimiento de panadería ya que los contratos sólo producen efectos entre las partes contratantes y no afectan a terceros, que en la especie sería el nuevo dueño, el cual no se encuentra ligado con ningún vínculo laboral con los dependientes” y en Ord. N° 4852 de 4 de diciembre de 1979 establece que: “(...) el acta de avenimiento de que se trata la consulta fue suscrita entre la firma Norma Ossandón Bocchio y Cía. y sus trabajadores. Dicha firma vendió el Motel Azapa de su propiedad a la Sociedad Motel Azapa S.A. y finiquitó los contratos de trabajo con su personal, formalizando así el término de la relación o vinculación laboral existente. La actual propietaria suscribió nuevos contratos con su personal y no se obligó a mantener la vigencia del acta en comento. Cabe hacer presente además, que de los antecedentes de la consulta se infiere que la antigua propietaria del establecimiento no forma parte de la sociedad actual que compró dicho local. De esta suerte, y considerando que el acta en análisis sólo obligaba a las partes que la suscribieron, resulta dable concluir que cualquier estipulación individual o colectiva convenida entre Norma Ossandón Bocchio y Cía. y su personal toda vez que dicha acta se encuentra caducada en sus efectos”.

personal siendo responsable éste de la cesantía de los trabajadores afectados<sup>11</sup>. Mismo criterio se seguía tratándose de modificaciones sociales, decidiéndose que, respecto de los trabajadores afectados por éstas, la nueva sociedad debía considerar la antigüedad de los mismos para efectos de la causal de despido que facultaba al empleador para terminar el contrato de trabajo de aquellos trabajadores cuya antigüedad en la empresa era inferior a seis meses (cfr. con artículo 3° inciso 2° de la Ley N°16.455).

Con todo, se entendía que sólo la terminación forzada del establecimiento, como es el remate judicial de la fábrica o local, constituía causal justificada de la terminación de los mismos<sup>12</sup>. Se estimaba que el trabajador no podía estar al corriente de todos los cambios que se producían en la industria, especialmente cuando la persona que lo contrató sigue figurando al frente del establecimiento. Es por ello que se comprendía que la Ley N°16.455 dio mayor importancia en su aplicación a la empresa que al propietario de la misma en el sentido que ésta mantiene su calidad de empleador independiente de los cambios de propiedad que respecto de la misma se produzcan<sup>13</sup>.

En orden de ideas, este sector jurisprudencial no aplicaba la causal de conclusión de trabajo o servicio a los casos de reorganizaciones administrativas o modificaciones internas de la empresa en los que el trabajo o servicio que dio origen al contrato no terminaba efectivamente<sup>14</sup>. En definitiva, sostenían que

<sup>11</sup> Corte Suprema, 21 de julio de 1970, *RDJ*, t. 2, sec. 3ª, p. 75, dice: "(...) aunque la demandada, contrariamente a lo que afirma, no ha acreditado la venta de su negocio, pues que la escritura pública extendida para tal efecto no aparece aun autorizada por el notario, este tribunal le da más importancia al hecho de que el acto en referencia, por regla general, no constituye la causal de terminación de contrato invocada, esto es, la conclusión del trabajo o servicio que dieron origen al contrato, porque en la especie la terminación ha sido consecuencia de la voluntad del empleador y mirando únicamente su conveniencia personal. No han existido aquí factores extraños que, independientes de a voluntad del empleador, hayan producido la expiración del contrato de trabajo o servicios de los demandantes y, por consiguiente existe responsabilidad de la demandada en la cesantía de éstos".

<sup>12</sup> Corte Suprema, 10 de octubre de 1977, en sentencia citada por DÍAZ SALAS, JUAN, *Código del Trabajo*, t. XIX, Editorial Edimpres, Santiago, 1978, p. 265, expresa que: "La terminación forzada del establecimiento en que el trabajador presta sus servicios es causa justificada de la terminación de los mismos, pero no la venta voluntaria, máxime cuando de este acto obtiene un beneficio".

<sup>13</sup> Corte Suprema, 29 de septiembre de 1969, *RDJ*, t. LXI, sec. 3ª, p. 146, señala: "(...) la circunstancia de que al final de los servicios el empleador del actor haya sido una sociedad y no una persona natural, como sucedía cuando se celebró el contrato de trabajo, no es motivo para desestimar el reclamo, porque –como se hace presente en la resolución– el trabajador no puede estar al corriente de todos los cambios de orden netamente legal que se produzcan en la industria, especialmente cuando la persona que lo contrató sigue figurando al frente del establecimiento". Agrega que: "(...) cabe tener presente que la Ley 16.455 da mayor importancia en su aplicación a la empresa que al propietario de ella, según se infiere de los artículos 3°, inciso 2° y 8°, inciso 2°, lo que justifica, asimismo, que en la especie se haya adoptado la terminación que en parte motiva el recurso en informe".

<sup>14</sup> Corte Suprema, 27 de agosto de 1968, *RDJ*, t. LXV, sec. 3ª, p. 120, dice: "La Ley N° 16.455 se dictó precisamente con el objeto de evitar los despidos de trabajadores salvo algunos debidamente justificados, pero no pueden tener tal calidad determinaciones como la adoptada por el banco demandado, que aparece debidamente justificada y que puede ser dejada sin efecto en cualquier momento mediante breve aviso. La conclusión del trabajo o servicio debe ser efectivo y permanente de manera que pueda afirmarse sin reservas que la cesantía del personal ha sido inevitable, lo que no sucede en autos".

se mantenía vigente la relación laboral con prescindencia de modificaciones en el dominio, organización de la empresa o establecimiento que se pudieran producir respecto de quienes se desempeñaban en las mismas<sup>15</sup>.

Del panorama expuesto podemos concluir que no fue parte de la problemática ni inquietud de la época legislar acerca de la responsabilidad del nuevo empleador frente a las obligaciones incumplidas por el anterior. De hecho el artículo 4° inciso 2° del CT no establece en su texto ninguna responsabilidad, sea directa, solidaria o cualquier otra, tanto respecto del antiguo como del nuevo titular de la empresa con motivo al cambio de titularidad de la misma.

### **3. Extensión de la responsabilidad del nuevo titular de la empresa.**

La aplicación del precepto en los años posteriores abordó la cuestión de la responsabilidad del nuevo titular de la empresa respecto de las obligaciones adeudadas por el anterior titular. Existió, en un principio, una posición restringida consistente en que la responsabilidad del nuevo titular de la empresa no se extendía a las obligaciones incumplidas por el anterior. Enfoque que era aceptado tanto por la jurisprudencia administrativa<sup>16</sup>, como por parte de la jurisprudencia judicial<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Corte Suprema, 5 de noviembre de 1973, *FM*, N° 180, 1973, p. 218, expone: "(...) en este caso nos encontramos con la modificación de una sociedad preexistente, en que el departamento en que trabajaba el actor pasó a constituir una sociedad que debe entenderse continuadora del giro de la anterior, que está constituida por los mismos socios que aquella, y se encuentra regida por los mismos estatutos, con la modificación que dan cuenta los documentos que rolan a fs. 15,16 y 20 del expediente agregado; de ello se deduce que si bien se dictó un nuevo decreto que autoriza la existencia de la Sociedad Anónima Gascón y que se han cambiado su nombre, en esencia se trata de una misma empresa que ha experimentado variaciones como las anotadas".

<sup>16</sup> Ord. N° 2244 de 2 de mayo de 1984; Ord N° 4190 de 4 de julio de 1985 y Ord. N° 3667/278 de 10 de agosto de 1998 en relación al artículo 4° inciso 2° del CT concluyen que no resulta jurídicamente posible que a través de una norma que sólo tuvo por objeto mantener la continuidad de la relación laboral y la subsistencia de lo convenido en los contratos individuales y colectivos, se imponga al nuevo empleador una obligación que no tuvo a la vista el legislador al implantarla, cual sería la de asumir la responsabilidad y, en consecuencia, hacerse cargo del pago de las prestaciones y beneficios que quedó debiendo el antiguo empleador, a menos que así se hubiera estipulado expresamente". Además, Ord. N° 5390/233 de 2 de octubre de 1996 que resuelve que la Empresa Asia Foto Ltda. no se encuentra obligada a pagar gratificaciones del ejercicio del año 1994 al señalar: "En nada altera la conclusión anterior la circunstancia que en el caso en análisis al suscribirse el referido contrato de trabajo, las partes contratantes hubieren acordado reconocer la existencia de relación laboral a contar del 1° de mayo del año 1994, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo, toda vez que conforme con dicha estipulación convencional Asia Foto Ltda. no se hizo cargo del pago de prestaciones o beneficios que su antiguo empleador Chao Lee Shao quedó adeudando, como sucedería en la situación en estudio".

<sup>17</sup> Corte Suprema, 25 de agosto de 2005, *FM*, N° 536, agosto 2005-2006, p. 2149, señala que: "(...) caso alguno, puede entenderse que hace surgir un nuevo deudor de las prestaciones que hayan quedado pendientes debido a la terminación de la relación laboral con el anterior empleador, como acontece en la especie"; Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de mayo de 1987, *GJ*, N° 83, 1987, p. 101. en la parte resolutive indica que: "(...) en estas condiciones, forzoso es concluir que Eduardo Puigredón

De la misma forma, un sector de doctrina nacional la acogió<sup>18</sup>.

Dicha interpretación fue evolucionando a un criterio más amplio en orden a hacer más omnicompreensiva la responsabilidad del nuevo titular. De esta forma, el nuevo dueño de la empresa pasó a ser responsable de los créditos laborales que quedaba adeudando el anterior.

A nuestro juicio influyó en dicha evolución el hecho que en los años posteriores a la entrada en vigencia de la ley, a diferencia de lo sucedido cuarenta años atrás, los casos que se discuten no se limitan a operaciones de ventas y arrendamientos, sino que a operaciones complejas que importan reestructuraciones, adquisición de participaciones sociales, fusiones, divisiones y nuevos esquemas organizativos de empresas, lo cual ocasionó que los tribunales de justicia aplicaran la continuidad laboral a esas nuevas realidades.

En todo caso, no sólo ha evolucionado la jurisprudencia sino que la legislación, como queda demostrado con la dictación de normas destinadas a proteger, en este tipo de situaciones, a los trabajadores. Interesa el artículo 507 del CT, que sanciona el subterfugio quedando comprendido dentro de este concepto cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos. Últimamente destaca la Ley N° 20.760, de 9 de julio de 2014, que "Establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador, y sus efectos".

---

deberá pagar al actor los rubros a que se refieren las letras a) y b) del considerando décimo tercero del fallo de primer grado y el periodo proporcional correspondiente a los meses de noviembre y diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro; en tanto que el señor Bernardo Baraja deberá pagar los rubros referidos en la letra c) del considerando aludido y el feriado proporcional de mil novecientos ochenta y cuatro calculado en base a los diez primeros meses, todo ello con los registros e intereses a que se refiere el considerando décimo cuarto de la sentencia que se revisa" y Cuarto Juzgado de Letras de Talca, rol N° 1.153-2007, Legal Publishing N° 42890, fecha de consulta el 09 de mayo de 2011, resuelve que: "(...) por el solo ministerio de lo dispuesto en el artículo 4° inciso 2° del Código del Trabajo, las obligaciones de tracto sucesivo nacidas en la relación laboral entonces vigente del trabajador –por cuanto tales eran las correlativas a los derechos, de tracto sucesivo, que en virtud de dicha norma se mantuvieron inalterados luego del cambio de empleador, manteniendo su vigencia y continuidad con el nuevo– entre ellas, y por ende, la de seguir pagando las cotizaciones que se devengaron a partir de la fecha del contrato de trabajo por ella –la Municipalidad– celebrado con el actor, a saber a partir del día 11 de mayo de 2006, de las que, por ende, se hizo responsable, pero no de las anteriores por cuanto éstas ya habían ingresado como pasivo al patrimonio de quien, a la sazón, fue empleador del demandante, esto es, Sercodep. En estas circunstancias, y advirtiéndose que las cotizaciones previsionales que el actor señala en su demanda como impagas se devengaron todas antes de mayo de 2006 (fecha del contrato de la Municipalidad), la demandada no asumió la obligación de enterarlas y, por ende, no resulta procedente imponerle la sanción establecida en el artículo 162 el Código del Trabajo".

<sup>18</sup> Esencialmente por los señores William Thayer Arteaga, Patricio Novoa Fuenzalida (THAYER ARTEAGA, WILLIAM, NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo, Derecho Individual del Trabajo*, t. II, 3ª edic., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 145) y Juan Díaz Salas (DÍAZ SALAS, JUAN, *Ley N° 18.018 Nuevas normas del contrato individual de trabajo. Explicaciones y comentarios*, Ediciones CEPET, 2ª edic., Santiago, p. 18).

## 4. Revisión jurisprudencial. Tesis existentes respecto de la responsabilidad del nuevo titular.

### 4.1. Primer enfoque: la responsabilidad no comprende las obligaciones incumplidas por el anterior titular.

Esta tesis entiende que el objeto del artículo 4° inciso 2° del CT fue exclusivamente establecer la continuidad de la relación laboral y la subsistencia de lo convenido. Por lo tanto, el nuevo titular no respondía por conceptos que habían quedado pendientes de pago por parte de su antecesor<sup>19</sup>.

El propósito de la norma fue evitar que, como consecuencia de un cambio de titularidad, se pusiera término a la relación laboral, invocándose como causa justificada la conclusión del trabajo o servicio que dio origen el contrato<sup>20</sup>.

En ese mismo orden de ideas, se sostiene que para el nuevo empleador se origina un contrato obligado, toda vez que por solo el hecho de ser nuevo titular de la empresa queda vinculado contractualmente con los trabajadores de ésta.

Entre las consecuencias que implica la aplicación de este criterio, los trabajadores conservan los derechos y obligaciones emanados de los contratos individuales y colectivos<sup>21</sup>. Destacando que: (i) Se mantiene la antigüedad para efectos de la determinación de la indemnización por años de servicio, feriados, gratificaciones<sup>22</sup>; bonos determinados sobre la base de ejercicios comerciales<sup>23</sup>, y demás derechos que se devenguen en proporción al tiempo servido<sup>24</sup>; (ii) Las

<sup>19</sup> THAYER ARTEAGA, WILLIAM, NOVOA FUENZALIDA PATRICIO, *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*, t. II, 3ª edic., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 145.

<sup>20</sup> DÍAZ SALAS, JUAN, *Ley 18.018. Nuevas norma del contrato individual de trabajo. Explicaciones y comentarios*, Ediciones CEPET, 2ª edic., Santiago, 1982, p. 18.

<sup>21</sup> Ord. N°2661/161 de 31 de mayo de 1993 dice: "(...) del precepto legal precedentemente citado se desprende que la subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores en caso de modificación total o parcial del dominio, posesión o mera tenencia de la empresa, se produce por el solo ministerio de la ley (...)".

<sup>22</sup> Ord. N° 3724/271 de 5 de septiembre de 2000 establece que: "(...) la base de cálculo del beneficio que nos ocupa está constituida por las utilidades percibidas por la empresa en el ejercicio anterior y se considera que durante el periodo respectivo el empleador de los involucrados era la empresa Pilmaiquen S.A., posible resulta afirmar, en opinión de este Servicio, que las utilidades que corresponde tener en consideración para el pago de dicho estipendio son las obtenidas por esta empresa".

<sup>23</sup> Ord. N° 4229/164 de 13 de septiembre de 2004 señala que: "(...) sobre la base de la disposición legal citada y consideraciones, cumplo con informar a Uds. que la empresa Grünwald Automotriz S.A. (actualmente Grünfeld Automotriz S.A.)—ex integrante del Grupo Derco—se encuentra obligada a pagar a sus trabajadores, en virtud de lo previsto en el inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo, el Bono Repartición de Utilidades por el periodo 2003, independientemente de la modificación al dominio de que ha sido objeto dicha empresa".

<sup>24</sup> Ord. N°3505 de 13 de julio de 1984; Ord. N° 6608 de 30 de octubre de 1985; Ord. N° 4727/333 de 6 de octubre de 1998 indica "si por disposición de la ley se mantienen vigentes las mismas condiciones contractuales pactadas en la empresa primitiva, no corresponde que la nueva empresa pretenda alterarlas en materia de antigüedad de los servicios prestados a aquella en relación a los trabajadores traspasados".

jornadas de trabajo no sufren variaciones<sup>25</sup>; (iii) Se mantiene el ejercicio de fueros sindicales y maternales<sup>26</sup>; (iv) La comisión negociadora, representante de los trabajadores, en un proceso de negociación colectiva, conserva los derechos y facultades ante el nuevo empleador<sup>27</sup>; (v) Continúa la vigencia de la normativa interna emitida por el anterior empleador haciendo uso de sus poderes de administración, como es el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad<sup>28</sup>; (vi) Se conservan los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad<sup>29</sup> y (vii) La Dirección del Trabajo tiene la facultad de requerir los antecedentes laborales de la empresa antecesora a la continuadora<sup>30</sup>.

La Corte Suprema acogió esta teoría afirmando que el legislador tuvo como objetivo la continuidad de la relación laboral y la subsistencia de lo acordado. Destaca que la idea que prevalece en la disposición consiste en que dos o más personas –trabajador y nuevo titular de la empresa– resulten vinculadas por un contrato, sin que medie acuerdo entre ellas. Sin embargo, agrega que dicha despersonalización del empleador no puede extenderse en términos tales de hacer responsable al nuevo empleador de las obligaciones insolutas o incumplidas por el anterior empleador. Esto por cuanto esa interpretación extrapola

<sup>25</sup> Ord. N° 4069/78 de 11 de septiembre de 2006 expone que: "(...) resulta jurídicamente procedente que FFE Minerals Chile S.A., sucesora legal de la empresa FFE Services Limitada, aplique el sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descansos autorizado por Resolución N° 232, de 13-08-2003, de la Dirección Regional del Trabajo de la Primera Región, a sus trabajadores que se desempeñan en la faena Cía. Minera Doña Inés de Collahuasi, sin perjuicio de la modificación que la referida Dirección Regional efectuará en cuanto a la individualización del nuevo titular de la misma".

<sup>26</sup> Ord. N° 8693 de 16 de diciembre de 1986 expresa que: "(...) el inciso 2° del artículo 4° del D.L. 2.200, es aplicable tratándose de los trabajadores respecto de quienes la Corporación de Orientación Conductual no puso término a sus contratos de trabajo, como sería, precisamente, el caso de los trabajadores con fuero sindical y maternal".

<sup>27</sup> Ord. N° 4420/0315 de 23 de octubre de 2000 señala que: "A la luz de lo expuesto y en estricta concordancia con lo señalado en el artículo 4° inciso 2° del Código del Trabajo, preciso es concluir que los mencionados trabajadores podrán, si lo estiman del caso, acogerse en cualquier etapa del proceso de negociación colectiva que inicien, a lo dispuesto en el artículo 369 del Código del Trabajo".

<sup>28</sup> Ord. N° 1607/35 de 28 de abril de 2003 que indica que: "las modificaciones totales o parciales del dominio, posesión o mera tenencia de la empresa tampoco alteran las obligaciones de los trabajadores consignadas en el reglamento interno con el objeto de regular el comportamiento laboral de los dependientes durante su permanencia en la empresa y de los derechos, obligaciones y prohibiciones del contrato de trabajo".

<sup>29</sup> Ord. N° 2529 de 20 de mayo de 2015 dice: "(...) la disolución de la sociedad "Integramédica centros médicos S.A.", por la adquisición de sus acciones por parte de "Integramédica S.A.", no obsta a la subsistencia del comité paritario constituido en conformidad a la estructura societaria previa a la adquisición, ni de las prerrogativas derivadas de éste, al menos, durante el período de vigencia de dicho comité". Agrega que: "Sin perjuicio de lo anterior, vencido dicho período, la empresa deberá ajustar la constitución de comités paritarios, en cuanto fuere pertinente y cualquiera sea la estructura societaria con que la empresa actúe en la vida jurídica, a las normas contenidas en el referido decreto reglamentario N° 54".

<sup>30</sup> Ord. N° 3397/121 de 7 de mayo de 1987 expone que: "El citado precepto legal consagra, de esta forma el denominado principio de la continuidad o permanencia de la empresa, el cual tiene su origen en el fenómeno de despersonalización del empleador y se materializa en la regla de que las alteraciones relativas a la persona del empresario no afectan el contrato de trabajo". Añade que: "En estas circunstancias la instrucción impartida por el fiscalizador Sr. García en orden a solicitar la documentación laboral y previsional de aquellos trabajadores que, a consecuencia de la citada norma legal, mantuvieron intactos sus contratos de trabajo con su actual empleador, se ajustó a los términos de la ley".



el espíritu del legislador en orden a que estableció el artículo 4° inciso 2° del CT sólo para mantener la continuidad de la relación laboral y sus consecuencias jurídicas o prácticas. Es decir, resulta indiferente para la ley la persona que asume la calidad de empleador, pero no puede entenderse que hace surgir un nuevo deudor de las prestaciones que hayan quedado pendientes a la terminación de la relación laboral con el antiguo empleador<sup>31</sup>.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, varios años antes, en 1987, resolvió que el alcance del artículo 4° inciso 2° del CT es que cada empleador deba afrontar las prestaciones por él adeudadas, condenando la sentencia a los demandados de acuerdo a las respectivas prestaciones que habrían adeudado al trabajador<sup>32</sup>.

También ha sido aceptada en el 2007 por tribunal del trabajo con motivo a la sanción de nulidad de despido (cfr. artículo 162 del CT) estableciendo que resulta improcedente aplicarla al nuevo titular respecto de cotizaciones que debía retener y enterar el empleador anterior. Lo anterior por cuanto éstas ingresaron a su patrimonio no asumiendo el nuevo titular la obligación de enterarlas<sup>33</sup>.

La Dirección del Trabajo participó de esta tesis desde 1981 hasta 2005. Esto es, desde la entrada en vigencia del artículo 4° inciso 2° del CT hasta la emisión del Ord. N°849/28 de 28 de febrero de 2005 que modificó definitivamente dicho criterio. Es así que, durante más de 20 años, sostuvo que la norma tuvo por objeto mantener la continuidad de la relación laboral y la subsistencia de lo convenido en los contratos individuales y colectivos independientemente de las modificaciones de la empresa<sup>34</sup>. A juicio de la entidad fiscalizadora laboral,

<sup>31</sup> Corte Suprema, 25 de agosto de 2005, *FM*, N° 536, agosto 2005-2006, p. 2149.

<sup>32</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de mayo de 1987, *GJ*, N° 83, 1987, p. 101.

<sup>33</sup> Cuarto Juzgado de Letras de Talca, rol N° 1.153-2007, Legal Publishing N° 42890, fecha de consulta, 09 de mayo de 2011.

<sup>34</sup> Ord. N° 2132 de 20 de marzo de 1987 dice: "(...) en el caso de transformación de empresa constituida como sociedad de responsabilidad limitada en sociedad anónima, tal cambio jurídico no constituye causal de término de los contratos de trabajo, por lo cual no afecta la plena vigencia de los celebrados con la primera y consecuentemente, resulta improcedente el otorgamiento de finiquito y el pago de indemnizaciones por término de contrato de trabajo"; Ord. N° 5315/72 de 17 de julio de 1989 expone que: "(...) en el caso de una empresa constituida como sociedad de responsabilidad limitada que se transforma en sociedad anónima cerrada, tal variación jurídica no constituye causal de término de los contratos de trabajo, motivo por el cual no afecta la vigencia de los celebrados con la primera y, consecuentemente, resulta improcedente la celebración de nuevos contratos, el otorgamiento de finiquitos y el pago de indemnizaciones por término de contrato (...); Ord. N° 2126/117 de 21 de abril de 1997 señala que: "(...) en la fusión de que se trata resulta plenamente aplicable el inciso 2° del artículo 4° ya citado, circunstancia que no puede producir el efecto de alterar, ni menos, hacer concluir los contratos colectivos suscritos por los trabajadores de las empresas fusionadas"; Ord. N°7877/391 de 21 de diciembre de 1997 concluye que: "(...) del precepto legal precedentemente citado se desprende que la subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores se produce por el solo ministerio de la ley, razón por la cual tal situación no constituye causal de término de los contratos de trabajo (...); Ord. N° 3505 de 13 de julio de 1984 indica que: "(...) los trabajadores, en caso de arriendo de la empresa, conservan la antigüedad derivada de la vigencia de su contrato de

no correspondía imponer al nuevo empleador una obligación que no se tuvo a la vista al implementar el precepto como sería la de asumir el adquirente la responsabilidad y en consecuencia hacerse cargo del pago de prestaciones y beneficios pendientes de pago por el antiguo titular a menos que así se hubiera estipulado expresamente.

#### **4.2. Tesis actual: la responsabilidad comprende las obligaciones insolutas del anterior titular.**

Esta tesis considera, a diferencia de la anterior, que cuando se producen modificaciones en la titularidad de la empresa, el nuevo empleador debe responder de las obligaciones laborales o previsionales incumplidas por el anterior<sup>35</sup>. No hay distinción en relación a los demás efectos que emanan de la continuidad de la relación laboral, como son aquellos conceptos que derivan de la antigüedad de la relación laboral, obligaciones contractuales y legales.

Se concibe así que el precepto constituye una forma de protección de los derechos y obligaciones de los trabajadores que emanan de sus contratos de manera que no sea vean alterados por acontecimientos que les sean ajenos

---

trabajo para todos los efectos legales, entre los que se cuentan la indemnización por años de servicio, feriado legal, gratificación y demás derechos que se devengan en proporción al tiempo servido"; Ord. N° 6608 de 30 de octubre de 1985 expone que: "(...) a través de la citada disposición el legislador ha querido conservar todos los derechos emanados de contratos individuales de trabajo en el evento de que en la empresa se produzca una modificación al dominio, posesión o mera tenencia"; Ord. N° 5693/245 de 16 de octubre de 1996 precisa que: "(...) la situación que motiva la presente consulta no constituye causal de término de los respectivos contratos de trabajo, motivo por el cual no afecta la plena vigencia de los celebrados con la primera"; Ord. N° 7877/391 de 26 de diciembre de 1997 dice que: "(...) del precepto legal precedentemente citado se desprende que la subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores en caso de modificación total o parcial del dominio o mera tenencia de la empresa se produce por el solo ministerio de la ley, razón por la cual tal situación no constituye causal de término de los contratos de trabajo, motivo por el cual no afecta la plena vigencia de los celebrados con la entidad primitiva y, consecuentemente, resulta improcedente el otorgamiento de los finiquitos y el pago de indemnización por término de contrato"; Ord. N° 2126/117 de 21 de abril de 1997 expone que: "(...) la fusión de las empresas mencionadas no constituye causal de término de los contratos de trabajo, motivo por el cual no afecta la plena vigencia de los celebrados con la Empresa "Recolite S.A."; Ord. N° 146/18 de 12 de enero de 1998 indica que: "De lo expresado se colige que la situación que motiva la presente consulta no constituye causal de término de los respectivos contratos de trabajo, motivo por el cual no afecta la plena vigencia de los celebrados con la entidad primitiva y, consecuentemente resulta improcedente la suscripción de nuevos contratos, el otorgamiento de finiquitos y el pago de indemnizaciones por término de contrato"; Ord. N° 3281/184 de 30 de junio de 1999 expresa que; "(...) la norma contenida en el inciso 2 del artículo 4° del Código del Trabajo, es aplicable a la situación producida a raíz de la venta de acciones de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. y por tanto, los derechos individuales y colectivos de sus trabajadores así como las organizaciones sindicales constituidas en ella subsisten, sin perjuicio del cambio parcial de dominio de la referida empresa" y Ord. N° 4432/0207 de 28 de noviembre de 2001 concluye que: "La situación que motiva la presente consulta, no constituye causal de término de los respectivos contratos de trabajo, motivo por el cual no afecta la plena vigencia de los celebrados con Hipermercado Jumbo S.A. y con Mercado Mayorista P y P Limitada (...)".

<sup>35</sup> Corte Suprema, 5 de mayo de 2006, rol N° 5952-2004, Legal Publishing N° 34336, fecha de consulta el 09.05.2011.

como son los presupuestos que contempla dicha norma<sup>36</sup>. La persona natural o jurídica que adquiere total o parcialmente una empresa asume por mandato legal la calidad de empleadora, respondiendo de todas las obligaciones que individual o colectivamente pactaron los trabajadores con el antiguo dueño, conservándose sin ninguna alteración las relaciones laborales existentes<sup>37</sup>.

En este sentido, podemos señalar que establece un efecto con motivo del cambio de la titularidad de la empresa, el que consiste en hacer responsable al nuevo empleador de las obligaciones nacidas antes de la transferencia de la empresa y que se encuentren incumplidas. La responsabilidad comprende así cualquier tipo de obligaciones laborales: deudas por remuneraciones, cotizaciones de seguridad social, sanción por nulidad de despido, entre otras.

Esta interpretación se fundamenta, conforme el criterio judicial, en la aplicación del principio de primacía de la realidad y de una visión amplia del concepto de empresa<sup>38</sup>.

El principio de la realidad opera aquí en el sentido en que una vez producido el cambio de titularidad de la empresa, los trabajadores continúan realizando ininterrumpidamente iguales labores, en el mismo lugar y mismas condiciones. De esta manera, el nuevo empleador pasa en la práctica a ocupar la posición del anterior, produciéndose una continuidad que no debería afectar los derechos laborales<sup>39</sup>. Dicho principio se explica sobre la base que: *“las cosas son lo que son en los hechos y sus circunstancias prácticas”*<sup>40</sup>. Es decir: *“la verdad o autenticidad en las relaciones laborales, aquello que son y no lo que las partes han querido que*

<sup>36</sup> Corte de Apelaciones de Concepción de 29 de junio de 2010, rol N° 67-2010 obtenido de página web del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 25 de marzo de 2014; Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de noviembre de 2011, rol N°368-2011 obtenido de página web del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta, 14 de octubre 2014, dice que: “De dicha lectura se advierte de forma natural y obvia que dicha norma está destinada a proteger a los trabajadores en el ejercicio y defensa de sus derechos” y Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de mayo de 2015, rol N° 334-2015, obtenido de página web del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 24 de julio de 2015, señala que: “el Juez de Grado concluye en términos de que al no existir un reconocimiento de antigüedad en la legislación laboral, lo concreto resulta ser que el cambio de empleador conlleva a que éste asuma las obligaciones del anterior empleador atento a que el nuevo traspaso no puede significar una afectación a los derechos del trabajador”.

<sup>37</sup> WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO, *Derecho de las relaciones laborales: un derecho vivo*, Editorial Universitaria, Santiago, 2003, p. 253.

<sup>38</sup> Corte Suprema, 11 de agosto de 2003, *FM*, N° 513, 2003, p. 2115; Corte de Apelaciones de Concepción, de 30 de septiembre de 2005, rol N° 2460-2005 obtenido de página web del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 18 de mayo de 2014; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 18 de febrero de 2011, rol N° 534-10, obtenido de página web del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 17 de octubre de 2014; Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de diciembre de 2011, *GJ*, N° 377, 2011, p. 294; Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de diciembre de 2007, *GJ*, N° 330, 1986, p. 3; Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de noviembre de 2004, *GJ*, N° 293, 2004, p. 254 y Corte de Apelaciones de Antofagasta, 10 de marzo de 2005, *FM*, N° 540, Diciembre 2005-2006, p. 3508.

<sup>39</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, 11 de mayo de 2015, rol N° 50-2015, obtenida de página web del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 20 de abril de 2015.

<sup>40</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de diciembre de 2011, *GJ*, N° 377, 2011, p. 294.

sean"<sup>41</sup>. En virtud del mismo, los tribunales del trabajo otorgan prioridad a lo que se desprende de los hechos y evitan de esa forma dar valor a instrumentos dirigidos a ocultar o disimular la verdad o cualquier elemento que la distorsione<sup>42</sup>.

En relación al concepto de empresa, este punto ha sido tratado a propósito de las modificaciones de las empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial, se considera el concepto de empresa en forma amplia (cfr. artículo 3° del CT) resolviéndose que la creación de nuevas sociedades, bajo gestión común, en que los trabajadores son traspasados de una empresa a otra utilizándose el artículo 4° inciso 2° del CT, no permite eludir el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la relación laboral considerándose las sociedades indistintamente responsables<sup>43</sup>. En otros términos, cuando el trabajador después del cambio de titularidad de la empresa continúa prestando sus servicios para las empresas objeto de la operación comercial, las que tienen las mismas actividades, mismos dueños o controladores son consideradas como una unidad económica debiendo cumplir con sus compromisos laborales. Este concepto ha adquirido mayor fuerza a través de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico por la Ley N° 20.760, de 9 de julio de 2014, que considera a dos o más empresas como un solo empleador, para efectos laborales y previsionales cuando tengan una dirección laboral común, y concurran a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común.

La Dirección del Trabajo en el Ord. N° 849/28 de 28 de febrero de 2005 acogió definitivamente esta tesis<sup>44</sup>. Precisó que el artículo 4° inciso 2° del CT no sólo tenía por objeto mantener la continuidad de la relación laboral, sino que la subsistencia de lo convenido en los contratos individuales y colectivos debiendo el nuevo empleador asumir la responsabilidad de deudas laborales de la empresa adquirida. Esta modificación de interpretación ante consulta referida al nuevo Notario Público que asumía la Novena Notaría de Santiago<sup>45</sup>. En el año

<sup>41</sup> Corte Suprema 13 de agosto de 2003, *RDJ*, t. c, sec. 3ª, p. 122.

<sup>42</sup> Corte Suprema, 25 de abril de 2007, *RDJ*, t. CIV, sec. 3ª, p. 456.

<sup>43</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de diciembre de 2007, 6, *GJ*, N° 330, 2007, p. 344.

<sup>44</sup> El Ord. N° 849/28 de 28 de febrero de 2005 dice que: "(...) el precepto del inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo obliga al nuevo dueño, poseedor o mero tenedor de una empresa a pagar las prestaciones y beneficios que el antiguo propietario hubiere quedado adeudando a los trabajadores. Se reconsidera, por consiguiente, el Ordinario N° 2.244, de 02-05-1984 y cualquier otro pronunciamiento que contenga una doctrina contraria a la enunciada anteriormente".

<sup>45</sup> La situación de las notarías constituye un caso que no debió haber sido utilizado por la entidad administrativa laboral para reconsiderar la doctrina de una norma que comprende tantas aristas y complejidades. Era una materia que los tribunales de justicia tenían diversas interpretaciones siendo la posición mayoritaria la opuesta a la utilizada por la Dirección del Trabajo para modificar su criterio. Existía antes del año 2005 jurisprudencia que resolvió que no correspondía aplicar el precepto a que nos abocamos a los auxiliares de la administración de justicia, como Notarías, Conservadores de Bienes Raíces y Archiveros, porque no reunían el carácter de empresa. Consideraba que en los notarios no concurrían los elementos del concepto de empresa, sino que se trata de ministros de fe que tienen un local mobiliario y trabajadores que le cooperan en su función de dar fe y sobre la base de ésta, cobrar

siguiente a través de Ord. N° 3522 de 7 de agosto de 2006 dicho organismo se pronunció acerca de la responsabilidad del nuevo empleador en relación de las obligaciones incumplidas por el anterior con motivo de un proceso de venta de varios establecimientos de comercio<sup>46</sup>.

De acuerdo a lo expuesto, resulta evidente que esta interpretación considerando las nuevas formas de estructuraciones empresariales, ha otorgado al artículo 4° inciso 2° del CT un carácter más protector hacia el trabajador debido a que se hace cargo de las obligaciones insolutas del anterior empresario<sup>47</sup>.

Dicho lo anterior, nos encontramos ante una responsabilidad no mencionada literalmente en el texto del artículo 4° inciso 2° del CT ni directamente en alguna otra disposición de dicho código o de otra ley, como ocurre en forma particular con la responsabilidad solidaria que establece el artículo 19 de la Ley N° 17.322 respecto de las obligaciones previsionales del anterior dueño de predio, faena<sup>48</sup>.

---

derechos con los cuales pagan a sus colaboradores, mantienen oficinas destinando el resto para su beneficio. Incluso más, hay jurisprudencia que no aplicaba el principio de continuidad de la empresa a los Notarios, no sólo porque estos no tenían la calidad de una empresa, sino que la calidad de notario es intuito personae de modo que no es susceptible de ser transferida, cedida o arrendada, naciendo y muriendo el cargo en la persona designada accediendo a la causal de terminación invocada por la demandada consistente en la conclusión del trabajo para el que fue contratado del artículo 159 N° 5 del CT (Corte Suprema, 23 de diciembre de 1992, *RDJ*, t. LXXXIX, sec. 3ª, p. 212; Corte de Apelaciones de La Serena, 12 de julio de 2005, *FM*, N° 544, Abril de 2007, p. 720; Corte Suprema, 21 de diciembre de 1993, *RDJ*, t. XC, sec. 3ª, p. 121; Corte Suprema, 5 de agosto de 1997, *FM*, N° 465, p. 1444; Corte Suprema, 14 de junio de 1999, *RDJ*, t. XCVI, sec. 3ª, p. 98; Corte Suprema, 5 de julio de 2001, *RDJ*, t. XCVIII, sec. 3ª, p. 137; Corte Suprema, 17 de agosto de 2006, *FM*, N° 536, 2005 - 2006, p. 2232 y Corte Suprema, 10 de abril de 2007, *FM* N° 544, 2007, p. 720). La postura minoritaria, por el contrario, aplicaba a éstos el artículo 4° inciso 2° C T (Corte Suprema, 23 de junio de 1992, *RDJ*, t. LXXXIX, sec. 3ª, p. 135 y Corte Suprema, 13 de octubre de 1994, *RDJ*, t. XCI, sec. 3ª, p. 183). Las diversas interpretaciones llevaron al legislador en el año 2011, a través de la Ley N° 20.510, de 28 de abril de ese año, a modificar el artículo 4° del CT incorporando un inciso final que dispone que el cambio de la titularidad de las notaría, archivo y conservador no altera los derechos y obligaciones emanados de los contratos individuales y colectivos. En todo caso, la Corte Suprema en el año 2012 conociendo de un recurso de unificación de jurisprudencia zanjó esta antigua discusión al señalar que la concepción de una notaría difiere de una empresa por lo que el cambio de la persona titular no importa un cambio en los términos del artículo 4° inciso 2° del CT resolviendo que esa norma no era aplicable a los auxiliares de la administración de justicia antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.510. En consecuencia, en ese caso el nuevo titular designado no asumía las obligaciones laborales y/o previsionales que hayan sido de cargo de su antecesor correspondiéndole únicamente dar cumplimiento a aquellas contraídas en su ejercicio, quedando en evidencia que no era el caso adecuado para haber reconsiderado la tesis restringida (Corte Suprema, 11 de diciembre de 2012, *GJ*, N° 390, 2012, p. 217).

<sup>46</sup> Señala en la parte pertinente que: "(...) ante el despido de un dependiente en las circunstancias señaladas, el nuevo dueño, poseedor o mero tenedor de la misma se encuentra obligado a acreditar el pago íntegro de aquellas, incluido el período adeudado por el anterior empleador, hasta el último día del mes anterior al despido, a fin de que éste produzca el efecto de poner término al contrato de trabajo".

<sup>47</sup> JOFRÉ BURGOS, MARÍA SOLEDAD opina que el hecho que cualquier tipo de alteración en la titularidad de la empresa extinga las responsabilidades del antiguo dueño permitiría la posible elusión del cumplimiento de derechos laborales, debiendo entenderse que deben ser asumidas por el nuevo titular (JOFRÉ BURGOS, MARÍA SOLEDAD, "Tutela de los derechos colectivos ante las transformaciones de la empresa", en Rodrigo Palomo Vélez (coordinador), *La organización sindical en Chile, XX jornadas nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago, 2014, p. 155).

<sup>48</sup> Se ha buscado un reconocimiento legal de la responsabilidad del primitivo empleador en un supuesto del artículo 4° inciso 2° del CT como es la fusión de empresas. Se expone que cuando el artículo 99

Ha sido reconocida a través de la jurisprudencia<sup>49</sup>.

En nuestra opinión, la responsabilidad que ha determinado la jurisprudencia en la interpretación del artículo 4° inciso 2° del CT y que originó la posición amplia tiene su fundamento en el hecho de considerar al trabajador más vinculado a la empresa que a la persona titular de la misma, no afectándolo de esa manera el cambio de empresario<sup>50</sup>.

En efecto, el empresario a través de su poder de dirección organiza tanto el ámbito interno de la empresa consistente básicamente en el sistema productivo y de trabajo de la misma como el ámbito externo, manifestado en la libre disposición que tiene respecto de la empresa. Este último es el que precisamente recoge el artículo 4° inciso 2° del CT que reconoce al empresario la posibilidad de disponer de la titularidad de la empresa y al trabajador la estabilidad del empleo y de las condiciones laborales. Esto en el sentido que la alteración de la titularidad de la empresa no constituye causal de término de contrato como tampoco una vía que permita excusarse del cumplimiento de los créditos laborales adeudados por el anterior dueño de la empresa.

El hecho de estimarse responsable al nuevo titular de la empresa de las obligaciones incumplidas por el anterior se justifica en la distinción y separación que se hace entre el empresario o empleador como persona natural o jurídica que ejerce una actividad económica y ocupa los servicios del trabajador y la empresa como organización de elementos personales, materiales o inmateriales organizados para realizar dicha actividad. Esto a tal punto que en la práctica llega a ser irrelevante para el trabajador la persona del empresario para efectos de obtener el cumplimiento de sus créditos laborales.

Es lo que precisamente consideran los tribunales de justicia cuando han resuelto que las alteraciones de dominio de la empresa resultan inoponibles respecto del

---

de la Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas conceptualiza la fusión como la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados, se comprenden dentro de los derechos y obligaciones que se transmiten los de naturaleza laboral (GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, *Fundamentos de Derecho Laboral*, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, 3ª edic., 2011, Santiago, p. 119.).

<sup>49</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de julio de 1988, *RDJ*, t. LXXXV, sec. 3ª, p. 135.; Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de julio de 1998, *RDJ*, t. LXXXV, sec. 3ª, p. 136; Corte Suprema, 30 de enero de 1998, *RDJ*, t. XCV, sec. 3ª, p. 16; Corte Suprema, 4 de mayo de 2006, rol N° 5952-2004, N° de Legal Publishing N° 34336, fecha de consulta 9 de mayo de 2011; Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de agosto de 2008, *GJ*, N° 278, 2003, p. 293; Corte Suprema, 27 de mayo de 2010, *FM*, N° 553, enero a junio de 2010, p. 530; Corte de Apelaciones de Concepción, 29 de junio de 2010, rol N° 67-2010, obtenido de página web del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 25 de marzo de 2014 y Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de noviembre de 2012, *GJ*, N° 377, 2011, p. 294.

<sup>50</sup> La doctrina contemporánea por diversos caminos y con distintos fundamentos independiza, de alguna manera, la empresa de la persona del empleador para atribuirle a aquélla una condición similar a la de una persona que asegura su continuidad en el tiempo (PLÁ RODRÍGUEZ AMÉRICO, *Los principios del derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, 4ª edic., 2015, p. 238.).

trabajador haciendo responsable al nuevo dueño sin perjuicio de los derechos que posteriormente este pueda ejercer respecto del anterior<sup>51</sup>. Es decir, a través de la atribución a la empresa de un carácter que la distingue del empresario aislándolo de éste, se ha determinado que las obligaciones laborales y de seguridad social insolutas se transmiten al nuevo titular considerándose como una especie de carga de la empresa<sup>52</sup>.

En nuestra opinión, esta tesis también se funda en el principio protector del trabajador. Es así que ante la posibilidad que con motivo a modificaciones en la titularidad de la empresa puedan quedar impagos los créditos que tenía el trabajador con el antiguo titular de la empresa, se ha interpretado la norma por los tribunales de justicia recurriendo a la regla *in dubio pro-operario* de este principio. El resultado consiste determinar que el artículo 4° inciso 2° del CT hace responsable al nuevo empresario del cumplimiento de los conceptos incumplidos por el anterior frente al alcance contrario que lo exime y que por lo tanto no favorece al trabajador.

Como asimismo esta posición se sustenta en el principio de estabilidad del empleo, según el cual el contrato de trabajo genera una relación permanente que se prolonga en el tiempo. Sobre la base de este principio las modificaciones a la titularidad del dominio no deben afectar, hacer inestable o interrumpir la relación laboral y sus efectos. Es una regla general de conservación de las condiciones de trabajo<sup>53</sup>. En ese sentido, las empresas son invulnerables a las

<sup>51</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de agosto de 2003, *GJ*, N° 278, 2003, p. 293, expresa que: "Y que esta circunstancia corresponde tener presente lo dispuesto en el artículo 4° inciso 2° del Código del Trabajo, en el que se contempla precisamente una especie de inoponibilidad al trabajador de las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa, de modo que no le afectan las modificaciones jurídicas o de hecho que se sucedan respecto de la empresa en que se trabaje" y Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de noviembre de 2012, *GJ*, N° 377, 2011, p. 294, dice: "(...) como al tenor del citado Art.4° del Código Laboral esa modificación estatutaria de Transaraucarias S.A. producida por la compra que en el porcentaje ya indicado de ella hizo Tokam S.A., le es inoponible a ambos trabajadores, y no habiéndose desmentido por ninguna de las dos empresas que después de producida esa compra los demandantes siguieron laborando para ambas, no cabe sino concluir que, efectivamente, al momento en que fueron despedidas estas dos demandadas eran sus empleadoras".

<sup>52</sup> En el derecho español se ha denominado a esta concepción como "Comunitaria e institucional de la empresa". Dice que ésta considera a la empresa como sujeto de la relación de trabajo o universalidad, lo que produce el efecto de concebirla aisladamente de su titular jurídico justificando la asunción de obligaciones y la continuidad de los contratos de trabajo. Se critica considerando que en el derecho español no hay un concepto unitario de empresa como universitas o como personalidad jurídica independiente. Precisa que los bienes y derechos que la integran se sujetan a la propia ley específica de circulación. Luego, lo que puede ser objeto de tráfico jurídico no es la empresa como tal, sino los bienes y derechos que la componen. Asimismo, indica que no considera a la empresa como sujeto de derecho. La personalidad jurídica y la condición de sujeto de la relación laboral la ostenta el empresario, persona física o social o ente sin personalidad jurídica titular de la empresa, en modo alguno la empresa objeto de la actividad, de la persona jurídica o sujeto de derecho (MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, *Las Relaciones de Trabajo en la Transmisión de la Empresa*, Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 73).

<sup>53</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, JUAN, "Transmisión de empresa y convenio colectivo aplicable", en *Relaciones Laborales*, 13, (2003) p. 105.

modificaciones de su titularidad, de lo contrario numerosos contratos de trabajo quedarían destruidos si estuvieran a merced de un cambio empresarial<sup>54</sup>. De otra forma, hay inmunidad de relación laboral respecto de las vicisitudes que afecten al empleador<sup>55</sup>. Se otorga al trabajador a través de esta interpretación seguridad jurídica tanto respecto a la vigencia del contrato de trabajo como del cumplimiento de las obligaciones que éste comprende.

Desde otro punto de vista, pensamos que la continuidad no sólo debe ser considerada en relación al trabajador, sino que a la empresa. Asegurar la mantención de la relación laboral y como parte de esta, el cumplimiento por el nuevo titular de las obligaciones laborales y previsionales adeudadas por anterior empresario como postula esta tesis, debiera ayudar a que las actividades productivas de la empresa no sean afectadas por el cambio de titularidad, lo que finalmente irá en protección de los intereses del empleador. En la conservación de la empresa se encuentra involucrado el interés público, como célula fundamental de la economía de mercado, facilitando su transferencia y evitando su paralización y extinción<sup>56</sup>.

Conjuntamente a lo expuesto estimamos que se sostiene en la buena fe. Ésta obliga a todas las personas a actuar conforme a criterios de lealtad, respeto, confianza y honradez en el seno de cualquier relación contractual. Es una guía de actuación que debe presidir toda relación entre dos partes, bajo un prisma moral, psicológico y como expresión de voluntad de cada sujeto<sup>57</sup>. Exige que el acreedor laboral ajuste su comportamiento y ejercicio del poder de dirección a las directrices de la buena fe no bastando el cumplimiento de la ley<sup>58</sup>. Entonces, en virtud de este principio las mutaciones jurídicas de empresas no debieran hacer admisible el incumplimiento o elusión de las obligaciones del contrato de trabajo. Como también permite rechazar dicho incumplimiento a través de la constitución de varias sociedades, relacionadas integrantes de un grupo empresarial con gestión común o holding en los que los trabajadores son traspasados de una empresa a otra.

En consecuencia, el ejercicio de las decisiones empresariales manifestadas en los cambios estructurales o de titularidad de la empresa, requiere, en virtud de este principio, el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales

<sup>54</sup> ALONSO OLEA, MANUEL, CASAS BAAMONDE, MARIA EMILIA, *Derecho del Trabajo*, Thomson Aranzadi, 24° edic., Madrid, 2006, p. 456.

<sup>55</sup> GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, *Fundamentos de derecho laboral*, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, 3ª edic., Santiago, 2011, p. 117.

<sup>56</sup> MONEREO PÉREZ, JOSE LUIS, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 131.

<sup>57</sup> SARAZÁ GRANADOS, JORGE, *La Transgresión de la Buena Fe Contractual y figuras afines. Una aplicación práctica*, Thomson Reuters, Navarra, 2014, p. 23.

<sup>58</sup> IRURETA URIARTE, Pedro, "Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno", en *Revista Ius et Praxis*, año 17, N° 2, (2011), p. 166.



salvaguardando los derechos del trabajador en este tipo de procesos. Estimamos que el actuar de buena fe protegerá la confianza de todos los que intervienen o se ven envueltos en este tipo de operaciones comprendiendo a aquellos que se incorporan a la empresa al producirse alguno de los presupuestos del artículo 4° inciso 2° del CT.

La buena fe no debiera ser obstáculo para que el empresario ejecute sus objetivos legítimos, entre otras vías, a través la concreción de alguno de los presupuestos que dan lugar al artículo 4° inciso 2° del CT, debiendo considerar cuando dichos objetivos se lleven a cabo, la adopción de medidas destinadas a evitar que los créditos del trabajador queden incumplidos.

La jurisprudencia ha buscado que los trabajadores no se vean afectados en el cumplimiento de sus créditos laborales, que es lo que se espera que realicen los tribunales del trabajo a través de una labor interpretativa jurídicamente correcta y que tengan el debido cuidado de no determinar responsabilidades improcedentes y contrarias al régimen legal correspondiente.

El precepto debiera modificarse y regular la responsabilidad del nuevo dueño de la misma como del antiguo, de su contenido y plazo hasta cuando se extienda después de producido el presupuesto de cambio de titularidad. Esto para evitar confusiones en relación a los titulares de la relación laboral como otras incertidumbres en cuanto al sustento de la responsabilidad que no son favorables para el tráfico jurídico. En todo caso, resulta legítimo que, considerando la norma vigente, tal como hoy se encuentra desde su origen, se aplique un criterio amplio por sobre el restrictivo, pudiendo afirmarse que la interpretación actual ha sido la correcta considerando la evolución del concepto de empresa, las nuevas tendencias de reorganización de la misma y de la legislación laboral. No parece arbitrario ni ilegal que el nuevo titular sea responsable de los créditos laborales incumplidos por el anterior en los términos antes expuestos.

## **5. Alcances de esta responsabilidad de acuerdo a la perspectiva actual.**

El artículo 4° inciso 2° del CT es una norma bastante genérica en cuanto simplemente señala como supuesto del cambio de titularidad de la empresa la modificación total o parcial de la posesión dominio o mera tenencia. Los presupuestos de modificación de la titularidad de la empresas pueden ser muy variados o bien, con diferencias prácticamente inapreciables<sup>59</sup>. Es por esto que la aplicación de este precepto puede encuadrar en un sin número de

<sup>59</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, *Los principios del Derecho del Trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, 4ª edic., Montevideo, 2015, p. 237.

situaciones propias del desarrollo actual de los negocios y que no se tuvieron en consideración al momento de legislar.

Los supuestos que, de acuerdo a los pronunciamientos de la Dirección del Trabajo, han determinado la aplicación del artículo 4° inciso 2° del Código del Trabajo se pueden agrupar en las siguientes materias: (i) Enajenación: a) Modificación total o parcial del dominio de la empresa<sup>60</sup>; b) Adquisición de activos y pasivos de una corporación de derecho privado<sup>61</sup>; c) Aporte de activos y pasivos de una sociedad a otra<sup>62</sup>; d) Traspaso de todos los activos, autorizaciones sanitarias, patentes municipales, contratos de servicios con proveedores y contratos de arriendo<sup>63</sup>; e) Cesión y venta de acciones<sup>64</sup> y f) Venta de establecimientos de comercio<sup>65</sup>; (ii) Cambios en la mera tenencia: a) Arriendo del establecimiento o de la empresa<sup>66</sup>; b) Anticresis<sup>67</sup>; c) Arrendamiento de los inmuebles en que

<sup>60</sup> Ord. N° 2372 de 26 de octubre de 1982 indica: "(...) nos encontramos en presencia de una modificación parcial del dominio de las empresas aportantes, la que al tenor de lo precedentemente expuesto, no podría afectar los derechos que individual o colectivamente corresponden los trabajadores que laboraban en establecimientos aportados toda vez que los mencionados derechos, por disposición de la ley se conservan inalterables con el nuevo empleador." y Ord. N° 2244 de 2 de mayo de 1984 señala que: "(...) el adquirente del establecimiento de que se trata, ha debido, en virtud del mandato del inciso 2° del Art. 4° del D.L. 2.200, mantener las relaciones laborales existentes con el antiguo dueño y las condiciones de trabajo y de remuneraciones con él convenidas".

<sup>61</sup> Ord. N° 3677/278 de 10 de agosto de 1998 indica que: "(...) si en la especie una persona jurídica sociedad anónima, adquiere los activos y pasivos de otra persona jurídica corporación de derecho privado, posible resulta sostener que se ha producido una modificación relativa al dominio, posesión o mera tenencia de la corporación, por lo que aparece aplicable al caso lo dispuesto en la disposición legal en comentario".

<sup>62</sup> Ord. N° 5197 de 23 de diciembre de 2014 dice: "(...) que por escritura pública de 1° de octubre de 2014 (...) en su cláusula sexta, consta que se acordó el aporte de activos y pasivos de esta sociedad a Cermaq Chile S.A., antes Cultivos Marinos Chiloé S.A."

<sup>63</sup> Ord. N° 4432/0207 de 28 de noviembre de 2001 establece que: "(...) Hipermercado Jumbo S.A., sociedad matriz de Mercado Mayorista P y P Limitada y de Hipermercado Jumbo Limitada, ha decidido reestructurar las operaciones supermercadistas del grupo, pasando a concentrarlas en su filial Hipermercado Jumbo Limitada, a contra de 2 de enero del año 2002, efecto para el cual procederá a vender a esta última la totalidad de sus activos operativos, el activo fijo en general, incluyendo mercaderías, vehículos motorizados, autorizaciones sanitarias, patentes municipales actualmente en vigor, comercial, de alcoholes y de restaurant. Asimismo, le cederá los contratos de servicios con proveedores y los contratos de arriendo y celebrará un contrato de licencia o de regalía respecto de las marcas comerciales".

<sup>64</sup> Ord. N° 3281/184 de 30 de junio de 1999 señala que: "(...) la norma contenida en el inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo, es aplicable a la situación producida a raíz de la venta de acciones de la Empresa Nacional de Electricidad S.A., y por tanto, los derechos individuales y colectivos de sus trabajadores, así como las organizaciones sindicales constituidas en ella subsisten, sin perjuicio del cambio parcial de dominio de la referida empresa" y Ord. N° 4229/164 de 13 de septiembre de 2004 precisa que: "(...) Inversiones Torres, Inversiones Derco S.A. únicos accionistas de la sociedad anónima cerrada denominada Grünwald Automotriz S.A., vendieron, cedieron y transfirieron la totalidad de sus acciones a Asesorías y Rentas El Coihue Ltda., y a don Jaime Luongo Roca, según consta en la cláusula segunda de dicha escritura".

<sup>65</sup> Ord. N° 3522 de 7 de agosto de 2006 indica que: "(...) Luis Rojas Macaya Comercializadora de Carnes E.I.R.L. y Planta Faenadora y Frigorífico Río Bueno Limitada, celebraron un contrato de compraventa (...) a través del cual el primero adquirió del segundo, seis establecimientos de comercio dedicados al rubro de explotación, compra y venta de productos carnes y sus derivados".

<sup>66</sup> Ord. N° 3505 de 13 de julio de 1984; Ord. N° 6490/302 de 9 de noviembre de 1992 y Ord. N° 2661/161 de 31 de mayo de 1993.

<sup>67</sup> Ord. N° 4190 de 4 de julio de 1985 señala que: "(...) la anticresis involucra una modificación en la mera tenencia de un bien raíz, modificación esta que, al tenor de lo expuesto precedentemente no afecta

opera el establecimiento industrial y compraventa de maquinarias instaladas en la planta industrial<sup>68</sup>; iii) Cambios societarios: a) Transformación de sociedad de responsabilidad limitada a sociedad anónima<sup>69</sup>; b) Fusión de sociedades<sup>70</sup>; c) Subdivisión de empresa<sup>71</sup>; d) Filialización de empresas<sup>72</sup>; e) División de empresa<sup>73</sup>; f) Traspaso de una sección de una empresa a una filial<sup>74</sup>; g) Cambio de razón social<sup>75</sup>; i) Traspaso de trabajadores a una empresa filial<sup>76</sup>; j) Cesión de acciones y

los derechos que individual o colectivamente corresponden a los trabajadores que prestan servicios en el predio dado en anticresis, ni a la vigencia de los referidos contratos”.

<sup>68</sup> Ord N°5693/245 de 16 de octubre de 1996 dice: “(...) en la situación que motiva la presente consulta han existido modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa Juan R. Abara Elías, a saber la venta de bienes muebles maquinarias e instalaciones y el arrendamiento del inmueble en que operaba dicha empresa, razón por la cual resulta, aplicable la norma contenida en el inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo”.

<sup>69</sup> Ord. N° 2132/105 de 20 de marzo de 1987 expone en el caso de transformación de una empresa constituida como sociedad de responsabilidad limitada en sociedad anónima, tal cambio jurídico no constituye causal de término de los contratos de trabajo resultando improcedente el otorgamiento de finiquito y el pago de las indemnizaciones por término de contrato” y Ord. N° 5315/72 de 17 de julio de 1989 dice la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en sociedad anónima cerrada no constituye causal de término de los contratos de trabajo (...)”.

<sup>70</sup> Ord. N° 2126/117 de 21 de abril de 1997 expresa: “(...) preciso es señalar que estamos en presencia de una modificación del dominio de la Empresa “Reicolite S.A.”, por cuanto la misma se fusionó con la Empresa “Cristal Plásticos Ltda.” pasando a formar una nueva denominada “Cowpla S.A.” (...); Ord. 3590/177 de 25 de septiembre de 2001 expone que: “En el caso en que los trabajadores cambien de empleador, ya sea, por división, filialización, fusión o transformación de la empresa original, mantienen, frente a sus respectivos empleadores, todos los derechos que da cuenta el Libro IV del Código del Trabajo, “De la Negociación Colectiva”.

<sup>71</sup> Ord. N° 4727/333 de 6 de octubre de 1998 concluye que: “(...) en la especie, si la empresa ABC Comercial Ltda. se ha subdividido, al escindir su giro cobranzas, confiándolo a una nueva empresa formada por ella misma, ABS Gestión Ltda., para lo cual le habría traspasado sin solución de continuidad ni previo finiquito el personal encargado de tal función, posible resulta concluir que ha operado una modificación relativa al dominio, posesión o mera tenencia de su actividad de cobranzas, en favor de una nueva entidad”.

<sup>72</sup> Ord. N°7877/391 de 26 de diciembre de 1997 precisa que: “(...) ha existido una modificación parcial al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa “Ferrosalud S.A.” a saber, la división de la empresa, a través de la creación de la filial “Sparcif S.A.”, la venta de instrumentos médicos y de bienes muebles, razón por la cual resulta aplicable la norma contenida en el inc. 2° del Art. 4 del Código del Trabajo”.

<sup>73</sup> Ord. N°146/18 de 12 de enero de 1998 se refiere a la división de la empresa, a través de la creación de la sociedad CIMM Tecnologías y Servicios S.A., hace aplicable la norma contenida en el inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo”; Ord N°4607/324 de 31 de octubre de 2000 establece que: “La división, filialización, fusión o la transformación de sociedades, siendo un acto unilateral del empleador, no afecta los derechos sindicales de los trabajadores” y Ord. N° 4420/0315 de 23 de octubre de 2000 indica que: “(...) en la especie ha habido una modificación parcial al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa IANSA, IANSA S.A., BIOMASTER S.A. y IANSAFRUT S.A., razón por la cual resulta aplicable el inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo”.

<sup>74</sup> Ord. N° 2059/175 de 22 de mayo de 2000 señala que: “Esta nueva empresa tiene el carácter de filial de CIMM y su objeto productivo es “el desarrollo de productos y servicios tecnológicos relacionados preferentemente con la minería y la industria; la compra y venta, distribución, comercialización, importación y exportación de esos servicios y productos. Agrega que: “Para cumplir con este objeto y tratándose de una empresa filial, fueron traspasados a la nueva empresa a contra del 1° de enero de 1998, todos los trabajadores que cumplían estas funciones en la empresa primitiva CIMM”.

<sup>75</sup> Ord. N°4633 de 24 de noviembre de 2014 se refiere a la publicación del extracto del acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas de la sociedad Inversiones y Producciones Sáez S.A. en la que consta que los socios de dicha sociedad acordaron transformarla en una sociedad de responsabilidad limitada, bajo la razón social Inversiones y Producciones San Ginés Ltda. manteniéndose los mismos socios”.

<sup>76</sup> Ord. N° 4405 de 7 de noviembre de 2014 expone que: “(...) el eventual traspaso de trabajadores de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado a una filial de esta última implicaría que dicho personal

de bienes de una sociedad a otra<sup>77</sup>; k) Venta de los derechos de una sociedad<sup>78</sup>; l) Cambio de la individualidad legal de la empresa en que prestan servicios los trabajadores<sup>79</sup> y iv) otros: a) Suscripción de contratos de explotación<sup>80</sup> y b) Sustitución de sostenedor de colegio particular subvencionado<sup>81</sup>.

Los trabajadores quedan al servicio del nuevo titular de la empresa por el solo ministerio de la ley no necesitándose del consentimiento de los mismos. Estos no pueden negarse a prestar sus servicios con el nuevo empresario, de hacerlo se podría considerar como un incumplimiento al contrato de trabajo imputable al trabajador. Lo anterior, a menos que no se respeten por el empleador las condiciones del trabajador, caso en el cual el incumplimiento sería imputable a éste.

En consecuencia, como efecto de la continuidad no se necesita, cuando concurren algunos de los supuestos antes indicados, la suscripción de nuevos contratos

---

seguirá afecto a los derechos y obligaciones emanados de sus contratos individuales e instrumentos colectivos, que mantendrán su vigencia y continuidad con la nueva empleadora”.

<sup>77</sup> Ord. N° 4312 de 4 de noviembre de 2014 establece que la sociedad Agrícola Cerrillos de Tamaya S.A. se procedió a dividir, originándose la sociedad anónima cerrada Vitivinícola S.A., la que mantuvo como accionista mayoritario a Agrícola Cerrillos de Tamaya S.A. Posteriormente, mediante documentos de Traspasos de Acciones, la sociedad Vitivinícola S.A. de propiedad de Agrícola Cerrillos de Tamaya S.A. traspasa la totalidad de las acciones de ésta a la sociedad Viña Casa Tamaya del Limarí Limitada.

<sup>78</sup> Ord. N° 3297 de 10 de octubre de 2014 dice que: “(...) don Mauricio Antonio López Araya vendió, cedió y transfirió sus derechos en la sociedad “Pedro López Carvajal y Otros” a la empresa Cortinas Metálicas Cormet Limitada, como asimismo, (...) don Pedro Vicente López Carvajal vendió, cedió y transfirió sus derechos en la sociedad primeramente indicada en favor de la segunda, con lo cual se acreditaría el traspaso de tales derechos de la sociedad “Pedro López Carvajal y Otros” a la empresa Cortinas Metálicas Cormet Limitada”.

<sup>79</sup> Ord. N° 2896 de 4 de agosto de 2014 concluye que: “(...) el precepto del inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo es plenamente aplicable al caso que se presenta, donde los trabajadores que iniciaron relación laboral con el empleador Sergio Troncoso Vergara, la mantienen hasta hoy de manera continua y permanente, aun cuando haya variado la condición jurídica de la empresa –actual Agrícola Los Troncos Ltda.–, quedando ésta obligada a respetar los derechos legales y convencionales de esos dependientes en los términos que establece la propia disposición ya aludida”.

<sup>80</sup> Ord. N° 3542/97 de 12 de agosto de 2005 señala que: “(...) la norma contenida en el inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo resulta plenamente aplicable en el caso del término de los contratos suscritos por el Sr. Fernando Naranjo Benítez y Sra. Rosa Beiza Muñoz, tanto con el Hipódromo Chile S.A. como con el Club Hípico de Santiago S.A., para los efectos de explotar las oficinas captadoras de apuestas, denominadas TELETRAX, ubicadas en Huérfanos N° 840, Santiago y Gran Avenida José Miguel Carrera N° 6515, La Cisterna”.

<sup>81</sup> Ord. N° 4416 de 10 de noviembre de 2014 dice: “(...) se desprende que con fecha 01 de marzo de 2014 firmó un anexo de actualización de su contrato de trabajo, del cual consta que las partes reconocen que cambió el sostenedor del “Colegio Particular Juan Bautista Durán”, ostentando actualmente dicha calidad la Sociedad Educacional Giovanetti Ltda. Rut. 76117603-K. Además, en el referido instrumento aparece expresamente que el inicio de su relación laboral en estudio data desde el 01 de marzo de 2007 y que se mantienen vigentes la remuneración, carga horaria y el resto de las condiciones contractuales previas a dicha modificación”, y Ord. N° 2446 de 4 de abril de 2014 expone que: “(...) se desprende que la trabajadora docente Sra. Petra Céspedes Doren dio inicio a su relación laboral con la empleadora Sra. Mercedes Muñoz Concha, con fecha 01.03.2001, para cumplir funciones en la Escuela Andrés Bello de la localidad de Michaihue, comuna San Pedro de la Paz, la que se mantuvo vigente, sin interrupción, hasta el 30.06.2013, fecha en la cual concluyó por renuncia voluntaria de la dependiente teniendo como empleadora, en la ocasión, y desde el 01.03.2012, a la Sociedad Educacional Mercedes Muñoz Ltda. por cambio de sostenedora del mismo establecimiento educacional antes indicado, lo que fue autorizado por la Secretaria Regional Ministerial de Educación de la Región del Bío-Bío, no significando ello término del contrato de trabajo con la primera de las empleadoras mencionadas”.

de trabajo con el empleador adquirente considerando que la relación laboral se mantiene vigente. Sin embargo, la autoridad laboral modificó su criterio consistente en la improcedencia de suscripción de contratos de trabajo requiriendo actualmente su formalización por escrito a fin de dar cumplimiento al mandato legal de escriturar las modificaciones al contrato de trabajo (cfr. con artículo 11 inciso 1° del CT)<sup>82</sup>.

No obstante lo anterior, la norma no impide que el trabajador y el empresario adquirente modifiquen las condiciones del contrato de trabajo en los términos que éstos pacten<sup>83</sup>. Asimismo, la mantención de la relación laboral no constituye un derecho irrenunciable, lo que se traduce, en que el empleador podría terminar la relación laboral por la causal de necesidades de la empresa del artículo 161 inciso 1° del CT o por la causal de desahucio escrito del empleador en el caso de personas con facultades generales de administración o de exclusiva confianza conforme dispone el inciso 2° del artículo mencionado. A su vez, el trabajador podría decidir renunciar a su contrato de trabajo conforme lo dispuesto en el artículo 159 N° 2 del CT, caso en el cual no tiene derecho a indemnización legal por años de servicio, o bien continuar vigente la relación laboral en los términos que dispone el artículo 4° inciso 2° del CT. En todo caso, la garantía de conservación hacia el futuro que comprende la continuidad sólo tiene sentido para contratos que se encuentren vigentes y mantengan su vigencia<sup>84</sup>.

Ahora bien, la responsabilidad del nuevo titular de la empresa cuando concurren algunos de los presupuestos indicados no corresponde a la responsabilidad solidaria que tiene su fuente en la convención, el testamento o la ley (cfr. Artículo 1511 CC)<sup>85</sup>. Precisamente, en este caso, el nuevo empresario resulta responsable debido a que la norma contemplaría respecto del trabajador una

<sup>82</sup> En Ord. N° 8382/192 de 16 de noviembre de 1990; Ord N° 2661/161 de 31 de mayo de 1993; Ord. 5693/245 de 16 de octubre de 1996; Ord. N°3281/184 de 30 de junio de 1999; Ord. N° 146/18 de 12 de enero de 1998 y Ord. N° 3281/184 de 30 de junio de 1999 se señala que no se requiere o bien, resulta improcedente la suscripción de nuevos contratos individuales de trabajo que modifiquen los ya existentes en caso de ocurrir los presupuestos del artículo 4° inciso 2° del CT. En Ord. N° 3677/278 de 10 de agosto de 1998 indica que lo expuesto no obsta a que se actualicen dichos contratos. Sin perjuicio de todo lo anterior, en Ord. N° 5197 de 23 de diciembre de 2014 la autoridad laboral administrativa requiere la formalización de un anexo de contrato de trabajo cuanto sucede un cambio de titular de la empresa al señalar que: "(...) el procedimiento de notificación por escrito a los trabajadores del cambio de dueño y razón social de la empresa empleadora, aun cuando haya sido firmado por las partes de la relación laboral, debería formalizarse de acuerdo a lo ordenado por el artículo 11, inciso 1° del Código del Trabajo, dejándose constancia del mismo en los respectivos contratos individuales de trabajo, o en anexos a ellos". El caso de reclamación de multa administrativa Rit I-301-2014 caratulado "Emaserv S.A. con Inspección Comunal del Trabajo de la Florida" ante el 2° Juzgado de Letras del Trabajo se refiere a multa aplicada por la entidad fiscalizadora por no haber modificado los contratos en relación al cambio de empleador no acogiendo el reclamo interpuesto por la empresa. El recurso de nulidad N° 28-2015 fue rechazado por defecto formal.

<sup>83</sup> DÍAZ SALAS, JUAN, ob. cit., p. 19.

<sup>84</sup> DESDENTADO BONETE, AURELIO, ob. cit., p. 255.

<sup>85</sup> Corte de Apelaciones, 27 de mayo de 1987, *GJ*, N° 83, 1987, p. 101.

especie de inoponibilidad de las alteraciones de la titularidad de la empresa<sup>86</sup>. Con todo, esto no priva al nuevo empleador del derecho a repetir en contra del anterior respecto de los conceptos que ha debido asumir con motivo a esta responsabilidad, pudiendo ejercer las acciones judiciales propias que le correspondan en contra del empleador anterior para efectos de obtener el reembolso de lo pagado por los conceptos indicados<sup>87</sup>.

A efecto ilustrativo los casos en que se ha originado la discusión acerca de la responsabilidad del nuevo titular de la empresa respecto de las obligaciones del anterior se presenta en casos particulares, como son despidos, despidos indirectos, sanción de nulidad por término de contrato y prácticas antisindicales.

### 5.1. Despidos.

Los casos en que se ha generado la discusión de responsabilidad del nuevo empleador, en su mayor parte son despidos realizados por el nuevo titular de la empresa en los que posteriormente el trabajador demanda las prestaciones laborales que comprenden periodos anteriores a la modificación del dominio, posesión o mera tenencia de la empresa.

En este tipo de casos, la jurisprudencia ha decidido que la empresa continuadora resulta responsable con motivo de la declaración de despido injustificado de las indemnizaciones por años de servicio de los trabajadores afectados con el traspaso de la misma considerándose para su cálculo todo el tiempo que prestaron servicios para el empleador anterior, como también de la indemnización sustitutiva de aviso previo<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de agosto de 2003, *GJ*, N° 278, 2003, pág. 293, expresa que: "(...) que esta circunstancia corresponde tener presente lo dispuesto en el artículo 4° inciso 2° del Código del Trabajo, en el que se contempla precisamente una especie de inoponibilidad al trabajador de las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa, de modo que no le afectan las modificaciones jurídicas o de hecho que se sucedan respecto de la empresa en que se trabaje" y Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de noviembre de 2012, *GJ*, N° 377, 2011, p. 294, dice: "(...) como al tenor del citado Art. 4° del Código Laboral esa modificación estatutaria de Transaraucaurias S.A. producida por la compra que en el porcentaje ya indicado de ella hizo Tokam S.A., le es inoponible a ambos trabajadores, y no habiéndose desmentido por ninguna de las dos empresas que después de producida esa compra los demandantes siguieron laborando para ambas, no cabe sino concluir que, efectivamente, al momento en que fueron despedidas estas dos demandadas eran sus empleadoras".

<sup>87</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 29 de junio de 2010, rol N° 67-2010, obtenido de página web del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 25 de marzo de 2014, resuelve que: "(...) el nuevo dueño, poseedor o mero tenedor de la empresa se encuentra obligado a acreditar el pago íntegro de las prestaciones y beneficios que el antiguo propietario hubiera quedado adeudando a los trabajadores, sin perjuicio de la facultad que asiste al nuevo titular, en conformidad a las normas del derecho común, de ejercer las acciones judiciales que correspondan en contra del empleador anterior, para los efectos de obtener reembolso de lo pagado por los conceptos indicados".

<sup>88</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua, 3 de junio de 2013, rol N° 44-2013 obtenida de página web del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 25 marzo de 2015 y Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de octubre de 1987, *FM*, N° 347, 1987, p. 750.

En este contexto, un asunto ilustrativo se presenta a propósito de una modificación (o transformación) societaria, donde se pretendía no reconocer los años trabajados con la sociedad (primera empleadora) con el objetivo de no pagar la indemnización por años de servicios.

En particular se resolvió que la demandada Davis Autos S.A. era continuadora de Davis Autos SAC, debido a que ésta siguió operando con el mismo giro, dirección, razón social y representante legal que la anterior Davis Autos SAC. Agregó que *“la igualdad o similitud de ambas denominaciones sociales según se ha analizado, resultó en el hecho un subterfugio de aquellos a que se refiere el artículo 478 inciso tercero del Código del Trabajo, que impedía a cualquier persona, sea trabajador, acreedor o proveedor o consumidor, que no contara con más información de los negocios sociales que la sola apariencia, advertir los cambios societarios, propietarios o estatutarios, por lo que, conforme al principio de la continuidad de la empresa, reconocido por la doctrina y la jurisprudencia laboral, establecido en el inciso segundo del artículo 4° del Código del Trabajo, las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alteran los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, los que mantienen su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores”*. A continuación estableció que la relación laboral se produce entre el trabajador y la empresa, considerando esta como la organización de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos y concluyó que el vínculo laboral es el componente factual, el que permaneciendo en el tiempo permite la continuidad de la relación laboral independiente de las modificaciones del componente jurídico<sup>89</sup>.

## **5.2 Despido indirecto o autodespido establecido en el artículo 171 CT.**

El mismo criterio se aplica en supuestos de despidos indirectos o autodespidos (cfr. art. 171 del CT). Un caso demostrativo consistió en la demanda que interpuso una trabajadora en contra de Telefónica Sudamericana S.A., continuadora a partir de agosto de 2007 de Telecentros y Locutorios Chile S.A. por haber incurrido ambas empresas en incumplimiento grave de sus obligaciones. El tribunal declaró justificado el término de la relación laboral, y se ordenó pagar a la nueva empleadora, entre otros conceptos adeudados por el antiguo empleador, los saldos de remuneraciones impagos desde junio de 2006, fecha anterior a la constitución e inicio de actividades de la nueva sociedad que fue en agosto de 2007<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de septiembre de 2005 en causa rol N° 2460-2005, obtenido de página web del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 19 de mayo de 2014.

<sup>90</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 18 de febrero de 2011, rol N° 534-10, obtenido del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 28 de agosto de 2015, señala en considerando 6°: “Que de lo

### 5.3 Sanción de nulidad del despido.

En los casos de despido se ha hecho extensivo al nuevo empresario la sanción de nulidad de despido cuando al momento de producirse la desvinculación del trabajador por el nuevo empresario no se encuentran íntegramente pagadas las cotizaciones de seguridad social correspondientes al periodo anterior al cambio de dominio de la empresa. El efecto de esta sanción consiste en que el nuevo dueño de la empresa debe asumir el pago de las remuneraciones del trabajador hasta que las cotizaciones adeudadas sean pagadas en su totalidad y dicho pago sea comunicado al trabajador<sup>91</sup>. Con todo, la jurisprudencia no ha aplicado esta sanción a la empresa continuadora cuando en la escritura de compraventa se inserta certificado de no existir deuda previsional en los términos del artículo 19 de la Ley N° 17.322 que establece *Normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social*. Este artículo dispone que no existe la responsabilidad solidaria del nuevo empleador de las cotizaciones impagas cuando en instrumento público o privado se inserta un certificado de las instituciones de seguridad social respectiva que acredite que la persona que transfiere está al día en el pago de las cotizaciones, razón por la cual dicha obligación en ese caso no se traspasa al nuevo empleador y por lo mismo no lo afecta tal sanción<sup>92</sup>. Criterio que resulta interesante por cuanto la Ley N° 17.322 no regula ni se refiere en ninguna de sus disposiciones a la nulidad del despido y no obstante esto, se ha interpretado el otorgamiento de la certificación que establece su artículo 19° como una excepción para efectos de aplicar la mencionada sanción. Lo anterior considerando que la inserción del certificado en los términos establecidos en la norma evita el traspaso al adquirente de la obligación de pagar las cotizaciones previsionales produciendo la inaplicabilidad de la sanción de nulidad de despido.

---

expuesto en las dos motivaciones precedentes se infiere que la empresa demandada es la continuadora de Telecentros y Locutorios S.A. (la cual, por lo demás, no presentó término de giro fs. 46) y, en consecuencia, debe entenderse que el contrato celebrado por la demandante con esta última, mantuvo su vigencia y antigüedad con la nueva empresa, Telefónica Sudamericana S.A., que pasó a ser el nuevo empleador, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo. En efecto, ambas empresas tienen el mismo giro y contrataron a la actora para que hiciera idéntico trabajo, a lo que se agrega que los dos tenían local en el mismo lugar de Valparaíso, que era donde primitivamente trabajaba la actora. Pero lo que demuestra de mejor forma que, de hecho, no hubo sino una modificación del dominio de la empresa, es la circunstancia que ambos contratos de trabajo fueron celebrados por la misma persona natural en representación de la primera empresa y por poder de la segunda. Además, quien representaba a la primera sociedad y en tal virtud celebró el primer contrato, forma parte del directorio de la segunda –lo que se prueba con la escritura guardada en custodia– y es el cónyuge de la representante de la nueva empresa”.

<sup>91</sup> Corte Suprema, 4 de mayo de 2006, rol N° 5952-2004, N° Legal Publishing N° 34336, fecha de consulta el 9 de mayo de 2011, y Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de mayo de 2015, rol N° 334-2015 obtenida de página web del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 24 de julio de 2015.

<sup>92</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua, 3 de junio de 2013, rol N° 44-2013 obtenida de página web del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 15 de marzo de 2014.



#### **5.4. Práctica antisindical.**

La discusión que envuelve esta materia se ha dado en casos de denuncia por práctica antisindical.

Existe un caso que se refiere a la empresa Protección y Seguridad S.A. Dicha entidad se adjudicó contratos de servicios de seguridad de la empresa Wackenhut Chile S.A. La operación comprendió a los trabajadores asociados a clientes que implicaban dichos contratos y no a otros. Pues bien, la Inspección del Trabajo constató en un proceso de fiscalización que Protección y Seguridad S.A. no otorgaba trabajo a directores del Sindicato Nacional Mixto de Trabajadores N° 5 de Wackenhut Chile S.A. procediendo a cursarle una multa ascendente a la cantidad de 10 Unidades Tributarias Mensuales. La entidad fiscalizada fundó su posición en el desconocimiento por parte de Protección y Seguridad S.A. del vínculo laboral con los directores sindicales y fue lo que argumentó en la sede judicial. Sin embargo, dichos trabajadores eran Wackenhut Chile S.A. al producirse la adjudicación y no fueron incluidos en la escritura de adjudicación como tampoco suscribieron finiquito con esa empresa. En virtud de lo anterior, se concluyó por el tribunal del trabajo que no eran trabajadores de Protección y Seguridad S.A. no haciéndoles aplicables los efectos del artículo 4° inciso 2° del CT. La sentencia resolvió que aun cuando las circunstancias coloquen a los afectados en una suerte de "tierra de nadie" no puede, a partir de ello, atribuir efectos más amplios que los que legalmente tuvieron a la vista las partes al suscribir el contrato y de esa manera extender el artículo 4° inciso 2° del Código del Trabajo a situaciones no comprendidas en el cambio de titularidad de la empresa. Esto determinó el rechazo de la denuncia de práctica antisindical efectuada por la entidad fiscalizadora laboral<sup>93</sup>.

#### **6. Sobre la situación de los trabajadores que no prestaron servicios al nuevo titular.**

La responsabilidad del nuevo titular se ha revisado en cuanto la modificación de la titularidad de la empresa se produzca durante la vigencia de la relación laboral abordándose el problema al nuevo empresario en su calidad de empleador de los trabajadores del antiguo titular de la empresa.

Ahora la cuestión consiste en determinar si el nuevo titular de la empresa puede resultar responsable de las obligaciones laborales y previsionales adeudadas por el antiguo empleador respecto de trabajadores que se habían desvinculado de la empresa con anterioridad al cambio de titularidad empresarial. Es decir, si corresponde aplicar los efectos de la continuidad laboral a los trabajadores

<sup>93</sup> Corte Suprema, 9 de agosto de 2006, *RDJ*, t. ciii, N° 2, sec. 3ª, p. 868.

que no mantenían contrato de trabajo vigente a la fecha en que se produce el cambio de empleador, de manera que el nuevo empleador tenga que responder a trabajadores que nunca le prestaron servicios.

Es una situación particular por cuanto en los casos revisados la mayor parte se refiere a los efectos de la continuidad cuando el cambio del dominio de la empresa se produce encontrándose vigente el contrato de trabajo al momento de ocurrir su cambio de titularidad y no con posterioridad al vencimiento de ésta. A su vez, el texto de la norma no comprende expresamente esta situación.

Nuestros tribunales superiores de justicia han resuelto en su gran mayoría que la empresa continuadora es responsable de las obligaciones del anterior empleador no obstante que el cumplimiento del presupuesto de la norma se produzca después del término de la relación laboral y no durante su vigencia<sup>94</sup>.

La discusión se ha producido, en buena parte, con motivo a acciones de tercerías de dominio y posesión que han interpuesto los nuevos titulares de las empresas cuando son embargadas con motivo de ejecuciones iniciadas por los trabajadores del anterior. Esto con el objeto, aun cuando el cambio de la titularidad se haya producido después de terminada la relación laboral, de obtener el pago de los créditos laborales que tenían en contra del antiguo empresario. Entre los conceptos que han debido asumir los continuadores después de terminada la relación laboral existente entre el trabajador y la primitiva empresa se encuentran remuneraciones, feriados, indemnizaciones por años de servicio y cotizaciones previsionales.

La Corte Suprema pronunciándose el 18 de diciembre de 2012 en tercería de posesión "*Rendic Hermanos S.A., en contra del ejecutante Luis Eduardo Calquín Orellana y de la ejecutada Administradora y Servicios Unimarc S.A.*", rol N° 3.958-12, resolvió que el artículo 4° inciso 2° del CT no hace distinciones respecto de la vigencia de los contratos de trabajo, por lo que son inoponibles a los trabajadores las modificaciones jurídicas sufridas por la titularidad de la empresa<sup>95</sup>. Decidió

<sup>94</sup> Corte Suprema, sentencia de 18 de diciembre de 2012 rol N° 3.958-12 obtenido de página web del Poder Judicial [www.pdjud.cl](http://www.pdjud.cl), fecha de consulta el 11 de marzo de 2015; Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de julio de 1998, *RDJ*, t. LXXXV, sec. 3ª, pág. 136; Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de abril de 2010, rol N° 511-09, obtenido de la página web del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha consulta, 20 de octubre de 2013 y Corte de Apelaciones de Concepción, 11 de diciembre de 2014 obtenido de página web del Poder Judicial [www.pdjud.cl](http://www.pdjud.cl), fecha de consulta 11 de marzo de 2015.

<sup>95</sup> El voto en contra señala que: "(...) al existir por parte de los sentenciadores una infracción al citado artículo 4°, ya que tal norma expresamente señala que "no se alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia", por ende se requiere para la aplicación del principio de continuidad que se ostente la calidad de trabajador al momento en que se produce el cambio en el dominio, tenencia o posesión de la empresa, lo que no ocurre en la especie ya que la relación laboral que existía entre el ejecutante y la ejecutada terminó en forma previa a la celebración del contrato de venta de activos a que se ha hecho referencia en estos autos".

que el continuador debía asumir las obligaciones derivadas de los contratos de los trabajadores considerando que con la adquisición de los activos del negocio también asume las obligaciones que emanan del mismo<sup>96</sup>.

La Corte de Apelaciones de Santiago conociendo de tercería de posesión "*Caa-maño Rojas, Celia del Carmen con Sociedad Farmacéutica Taub Ltda*" resolvió en el mismo sentido señalando que el precepto no distingue entre trabajadores que eran tales al momento de producirse las modificaciones y aquellos que habían dejado de serlo, no procediendo hacer una interpretación excluyente de este último grupo de trabajadores porque lo que precisamente persigue el Código del Trabajo es la protección de los mismos<sup>97</sup>. Concluye que el tercerista es continuador en el dominio, posesión o mera tenencia debiendo responder de los resultados del juicio<sup>98</sup>.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción siguió similar criterio, en tercería de dominio "*Sociedad Automecánica Correa y Cía. Ltda. con José Arévalo y Dagoberto Pacheco Ravanal*"<sup>99</sup>. Estableció que los efectos del contrato de trabajo, entre estos el pago de las indemnizaciones por término de contrato, se mantienen en el tiempo no obstante las transferencias de dominio, posesión o mera tenencia que puedan ocurrir. Precisó que el nacimiento de los créditos laborales no tiene lugar después del término del contrato, sino que constituyen efectos propios del contrato de trabajo, no pudiendo quedar en indefensión al trabajador ante eventos comerciales de la parte empleadora con conocimiento del deber de pagar las prestaciones ordenadas por sentencia judicial. Considera que no puede el principio de la continuidad restringirse a la mantención de la relación laboral, debido a que la mayor parte de los conflictos laborales se ventilan cuando esta ha terminado<sup>100</sup>. Conjuntamente

<sup>96</sup> En el caso particular la relación laboral se inició el 4 de mayo de 1987 y terminó el 15 de diciembre de 2004 por la causal de falta de probidad establecida en el artículo 160 N° 1 del Código del Trabajo. La sentencia que condenó al empleador a pagar indemnización sustitutiva de aviso previo e indemnización por años de servicio es de fecha 9 de octubre de 2009 quedando ejecutoriada el 23 de noviembre de 2009. La operación comercial consistente en la adquisición por parte de Rendic Hermanos S.A. de activos de Administradora y Servicios Unimarc S.A. se llevó a efecto el 13 de diciembre de 2007. El juicio laboral se encontraba en tramitación al momento de producirse el cambio de propiedad.

<sup>97</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de julio de 1998, *RDJ*, t. LXXXV, sec. 3ª, p. 136.

<sup>98</sup> La sentencia laboral que condena a Farmacia USA es de 31 de agosto de 1983. La Sociedad Farmacéutica Taud Ltda., propietaria de la Farmacia USA, comunicó el 10 de noviembre de 1983 al Director del Área Metropolitana de Salud Oriente el cierre definitivo de la misma. En esa misma fecha, el señor Marcelo Mauricio Muñoz Suazo solicitó la autorización para la instalación y funcionamiento de la mencionada farmacia en el mismo domicilio que antes tenía, la que se concedió bajo la dirección técnica del químico farmacéutico que se desempeñaba en el establecimiento del anterior propietario, todos antecedentes que determinaron que el tercerista haya sido considerado continuador del dominio, posesión o mera tenencia de la Farmacia USA.

<sup>99</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de abril de 2010, rol N° 511-09, obtenido de la página web del Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha consulta, 20 de octubre de 2013.

<sup>100</sup> El voto en contra que señala: "1° Que el artículo 4° inciso 2° del Código del Trabajo, que la parte ejecutante y demandada en el procedimiento de tercería, señor Pacheco, ha esgrimido como fundamento para que el embargo se pudiere extender al inmueble de propiedad de una persona jurídica distinta del

con lo anterior, por las características del caso, se refiere al artículo 507 del CT que sanciona los subterfugios consistiendo en cualquier alteración realizada a través de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de los derechos laborales<sup>101</sup>. La misma Corte de Apelaciones reiteró los argumentos al pronunciarse en juicio sobre despido injustificado "*Mella Sepúlveda, Carlos Eulogio con Embotelladora Piri Ltda, Embotelladora Cordillera SpA, Distribuidora Piri S.A. y Distribuidora Latinoamérica S.A.*"<sup>102</sup>. Consideró a Distribuidora Latinoamericana S.A., empresa que tomó el control del proceso de venta y distribución de las otras demandadas después de terminada la relación laboral del trabajador con su empleador, responsable de las deudas laborales de las entidades anteriores<sup>103</sup>.

Nótese que en ninguno de los casos anteriores hay finiquitos suscritos entre el trabajador y su empleador. Lo que constituye un antecedente importante

---

deudor no es aplicable en la especie, ya que esa normativa rige para el caso que el contrato individual de trabajo o los instrumentos colectivos de trabajo estén vigentes, situación en la cual si se producen modificaciones respecto del dominio, posesión o mera tenencia de la empresa, los derechos y obligaciones de los trabajadores no se ven alterados, manteniéndose su vigencia y continuidad con el nuevo empleador. Lo anterior no ocurre en el caso sub-lite, ya que el contrato de trabajo del señor Pacheco había terminado el 7 de noviembre de 2000 y durante toda su vigencia –desde el 1 de diciembre de 1908 hasta finalizar la relación laboral– el empleador fue siempre el mismo José Correa Arévalo. O sea, que ningún cambio se produjo en cuanto al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa en el periodo de prestación de los servicios". Agrega que: "5° Que de acuerdo a las normas que reglan el procedimiento ejecutivo, contenidas en el Libro Tercero del Código del Procedimiento Civil, el embargo ha de recaer siempre sobre bienes del deudor, en la especie de don José Correa Arévalo, quien en el caso en estudio es el único ejecutado en contra del cual se pidió el cumplimiento de la sentencia. Para cautelar lo que se ha señalado anteriormente, esto es que los bienes embargados sean de dominio del deudor y no de terceros, el artículo 443 N° 2 del Código de Procedimiento Civil señala expresamente que el mandamiento de ejecución contendrá la orden de embargar "bienes del deudor" en cantidad suficiente para cubrir la deuda con sus intereses y costas, siendo este el principio rector en cualquier ejecución. 6° Que, a mayor abundamiento, la ley no ha establecido ningún privilegio a favor de los acreedores –trabajadores de sus créditos– respecto de otros acreedores que hagan valer sus créditos que no provengan de una relación laboral –en cuanto a permitirles que en un proceso de ejecución puedan embargar bienes de terceros, como ha ocurrido en la especie; 7° Que debe dejarse establecido que el actor de la causa principal señor Pacheco contaba con medios procesales para asegurar el resultado de su acción en caso de obtener una sentencia favorable en el juicio laboral y evitar así que su crédito no fuese satisfecho, para lo cual le hubiera bastado solicitar una medida precautoria durante la tramitación del juicio laboral respecto del inmueble a que se ha hecho referencia, sin que hiciera uso de su derecho".

<sup>101</sup> El contrato de trabajo terminó el 7 de noviembre de 2000 a través del despido indirecto contemplado en el artículo 171 del CT. El juicio laboral se inició el 10 de noviembre de 2000, dictándose la sentencia de primera instancia el 3 de marzo de 2001, la que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción el 4 de septiembre de 2001. La sociedad continuadora Automecánica Correa y Compañía Ltda. se constituyó el 13 de julio de 2001. Esto es, antes del término del juicio laboral y siguió ejecutando el mismo negocio que el empleador anterior y bajo la misma dirección que existía cuando el trabajador prestaba servicios considerándose como continuadora legal.

<sup>102</sup> Corte de Apelaciones de Concepción de 11 de diciembre de 2014, rol N° 313-2014 obtenido de la página web del poder judicial, [www.pdjud.cl](http://www.pdjud.cl), fecha de consulta, el 11 de marzo de 2015.

<sup>103</sup> El contrato de trabajo terminó el 31 de marzo de 2014 y Distribuidora Latinoamérica S.A. adquirió la dirección del proceso de venta y distribución en el mes inmediatamente siguiente, esto es, abril de dicho año. La sentencia de la única instancia es de 6 de octubre de 2014 y la sentencia de la Corte de Apelaciones de 11 de diciembre de ese año produciéndose la modificación de titularidad durante la tramitación del juicio laboral.

debido a que uno de los efectos de esta convención es excluir la continuidad que establece el artículo 4° inciso 2° del CT<sup>104</sup>.

Lo resuelto por los tribunales superiores de justicia sucede cuando los juicios originados con motivo del despido de los trabajadores se encuentran en plena tramitación produciéndose el cambio de titularidad de la empresa antes del término de dichos juicios, como también dentro de un plazo muy breve desde dicho hecho –un mes–. Esta decisión resulta entendible con el criterio protector que han utilizado los tribunales del trabajo al aplicar esta norma y el principio de buena fe. En efecto, podría suceder que poco antes de la operación de venta de una empresa u otra se despidiera a los trabajadores, sin que el empleador pagare los conceptos laborales correspondientes y se eximiera al comprador de las deudas del anterior o dentro de un contexto de abuso o fraude destinado a afectar los derechos de los trabajadores. También podría ocurrir que el empresario a requerimiento del adquirente de la empresa deba despedir a trabajadores que el nuevo empresario no quiere admitir, lo que debe ser considerado en el análisis de su responsabilidad. Es nuestra opinión que debería acreditarse el fraude para establecer este tipo de responsabilidad.

Sin embargo, cuando no concurren situaciones con las características anteriores, resulta cuestionable la aplicación de esta responsabilidad. En efecto, si no hay relación laboral al momento de producirse el cambio de titularidad de la empresa faltaría el elemento esencial para que concorra la continuidad considerando que esta se encuentra comprendida dentro de la relación laboral y no fuera de ésta. Asimismo, al no existir relación laboral entre el trabajador y el nuevo empresario como tampoco una prestación de servicios de hecho, no sería aplicable el principio de la realidad y el concepto de empresa para extender dicha responsabilidad. Conjuntamente con lo anterior también resultaría muy forzado aplicar el principio de buena fe contractual respecto de personas que nunca han sido trabajadores del nuevo empresario. Es así que argumentos como los dados para hacer responsable al nuevo titular de la empresa o consistente en que la norma no distingue en cuanto a la vigencia o no de la relación laboral, o bien, entre trabajadores que eran tales al momento de producirse las modificaciones y aquellos que habían dejado de serlo no son viables por cuanto, a nuestro juicio, no tienen el sustento necesario para establecer responsabilidades en el Derecho. En todo caso, la prescripción establecerá los límites de la responsabilidad en caso que se considere al nuevo titular de la empresa responsable de personas que dejaron de prestar servicios antes de la transferencia de la empresa.

<sup>104</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 1987, *GJ*, N° 88, 1987, p. 79; Corte Suprema, 21 de diciembre de 2006, *FM*, N° 540, diciembre 2005- 2006, p. 3506; Corte Suprema, 11 de agosto de 2003, *FM*, N° 513, Agosto 2003, p.2104; Corte Suprema, 6 de agosto de 2009, rol N° 1347-2009, obtenida de la página web Poder Judicial, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 12 de agosto de 2014 y Corte Suprema, 20 de octubre de 1987, *FM*, N° 347, 1987, p. 750 .

Considerando que el artículo 4° inciso 2° del CT no menciona en ninguna parte a la responsabilidad del adquirente inquieta el problema de hasta cuanto tiempo se debe extender la responsabilidad del nuevo titular de la empresa en la situación en que nos enfrentamos. La Corte Suprema conociendo la tercería de posesión "*Rendic Hermanos S.A. y SR Inmobiliaria S.A. en contra de Myriam Flores Menares y otros trabajadores*, la acogió rechazando la continuidad de la empresa sobre la base que los trabajadores dejaron de serlo hace más de 6 años contados hacia atrás desde que se produjo el cambio de titularidad de la empresa<sup>105</sup>. Decidió así que "*no resulta procedente desatender los efectos de los actos jurídicos como los celebrados entre sociedades demanda principal y articulistas, bajo pretexto de existir una continuidad laboral en relación a trabajadores de la primera cuando estos ya no tienen la calidad de tales, cuando como en el caso, dejaron de serlo hace más de 6 años contados hacia atrás desde los contratos que alteraron la titularidad del dominio, posesión o mera tenencia del establecimiento respectivo. Careciendo de fundamento legal, entonces, toda actuación que, con el propósito de cobrar créditos pendientes contra la primitiva sociedad empleadora, afecta bienes ajenos a ella, en tanto se encuentran dentro de la esfera de dominio y posesión de una entidad económica distinta e independiente y no reviste, en caso alguno, el título de sucesora legal*"<sup>106</sup>.

La sentencia si bien resuelve en forma diversa a las anteriores debido a que no aplica el principio de continuidad cuando el cambio de titularidad se produce después del término de la relación laboral, lo hace en sentido correcto. Esto porque el plazo de 6 años es extenso e incluso mayor a cualquier plazo de prescripción existente en materia laboral. El transcurso de dicho periodo de tiempo permite excluir, con mayor propiedad, la ocurrencia de actos fraudulentos en el cambio de titularidad, que es lo que precisamente han pretendido evitar las sentencias en estos casos. Por otra parte, hacer efectiva la responsabilidad después de extensos plazos produciría una enorme incertidumbre en esta materia que no es saludable desde el punto de vista del tráfico jurídico.

Debido a las inquietudes que produce el problema planteado, somos de la opinión que, particularmente en este caso se debiera modificar el artículo 4° inciso 2° del CT para efectos que dicha norma regule la responsabilidad ya aceptada jurisprudencialmente estableciendo un límite a ésta en el tiempo de su extensión después de terminada la relación laboral. No resulta favorable para la seguridad jurídica que se declare este tipo de responsabilidades a través de juicios breves y dentro de un proceso de ejecución como son las tercerías en

<sup>105</sup> Corte Suprema, 7 de abril de 2010, *FM*, N° 553, enero a Junio de 2010, p. 496.

<sup>106</sup> La demanda de despido injustificado se presentó el 14 de septiembre de 2001 por cuatro trabajadores en contra de la Sociedad Comercial Supermercado Viña del Mar (Unimarc), despidos que sucedieron ese mismo año. El día 30 de agosto de 2004 se dictó la sentencia condenatoria y el 13 de diciembre de 2007, 6 años después del término de la relación laboral, se produjo la operación que dio compra a los activos del Supermercado Unimarc.

que se pretende el cumplimiento de las obligaciones sobre los bienes de los continuadores de la empresa.

## 7. Conclusiones

Primera.- El artículo 4° inciso 2° del CT se implementó por el legislador del año 1981 con el objeto de solucionar la polémica consistente en si el hecho de cambiar el dueño de la empresa configuraba la causal de término de contrato consistente en la conclusión del trabajo o servicios para los que fue contratado el trabajador establecida en el artículo 2° N° 1 de la Ley N° 16.455.

Segunda.- Existen dos posiciones en cuanto a la extensión de la responsabilidad del nuevo titular de la empresa respecto de las obligaciones adeudadas por el anterior. La primera, inicial, sostiene que no se extiende a dichas obligaciones y la segunda, actual y producto de una evolución jurisprudencial, considera que el nuevo dueño de la empresa es responsable de los créditos laborales que quedó adeudando el anterior. Esta posición esencialmente tiene fundamento en el hecho de considerar al trabajador más vinculado a la empresa que a la persona titular de la misma postulando que no afecta al trabajador el cambio de empresario. Conjuntamente en el principio de la realidad, principio de protección del trabajador, estabilidad en el empleo y buena fe, buscando la jurisprudencia que los trabajadores, ante cambio de titularidad de la empresa, no se vean afectados en el cumplimiento de sus créditos laborales.

Tercera.- La responsabilidad del nuevo titular de la empresa cuando se produce un cambio de la titularidad de la empresa no corresponde a una responsabilidad solidaria. La norma consagra respecto del trabajador una especie de inoponibilidad de las alteraciones de la titularidad de la empresa. Esta no priva al nuevo empresario del derecho de repetir en contra del anterior de los conceptos que haya debido asumir con motivo de esta responsabilidad.

Cuarta.- La jurisprudencia ha extendido la responsabilidad de los incumplimientos del anterior al nuevo empresario en relación a trabajadores que no mantenían contrato vigente a la fecha en que se produce el cambio de titularidad de la empresa. Esto debido a que fueron despedidos con anterioridad a dicho cambio. Esta extensión de responsabilidad se ha determinado, en la mayor parte, a través de juicios de tercerías de dominio y posesión que han interpuesto los nuevos empresarios cuando se encuentran frente a embargos originados en ejecuciones iniciadas por los trabajadores respecto del anterior empresario. En estos casos al no existir relación laboral entre el trabajador y el nuevo titular de la empresa, como tampoco una prestación de servicios de hecho, no hay contundencia necesaria para fundar dicha responsabilidad en el principio de la realidad, el concepto de empresa y aplicación del principio

de la buena fe contractual. Se propone modificar el artículo 4° inciso 2° del CT para efectos que dicha norma regule debidamente la responsabilidad y en ese sentido favorecer a la seguridad y tráfico jurídico.

## Bibliografía

ALONSO OLEA, MANUEL Y CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA, *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2006.

DE LA PUEBLA PINILLA, ANA, *La Empresa como objeto de transmisión en la nueva economía. Aspectos Laborales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

DEL REY GUANTER, SALVADOR, MARTÍNEZ FONS, DANIEL y SERRANO OLIVARES, RAQUEL, "El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores", en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, 58, (2004).

DESDENTADO BONETE, AURELIO, "La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de Trabajadores desde la jurisprudencia", en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, 38, (2002).

CAMPS RUIZ, LUIS MIGUEL, *Puntos críticos del cambio de la titularidad de la empresa*, Tirant lo Blanch "colección laboral" 50, Valencia, 1997.

DÍAZ SALAS, JUAN, *Código del Trabajo*, t. XIX, Editorial Edimpres, Santiago, 1978.

DÍAZ SALAS, JUAN, *Reformas laborales. Contrato de trabajo. Sindicatos. Negociación colectiva Ley N° 18.018*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981.

DÍAZ SALAS, JUAN, *Ley N° 18.018. Nuevas norma del contrato individual de trabajo. Explicaciones y comentarios*, Ediciones CEPET, 2ª edic., Santiago, 1982.

GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, *Introducción al derecho del trabajo*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998.

GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, *Fundamentos de Derecho Laboral*, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, 3ª edic., Santiago, 2011.

GORELLI HERNÁNDEZ, JUAN, "Transmisión de empresa y convenio colectivo aplicable", en *Relaciones Laborales*, 13, (2003).

IRURETA URIARTE, PEDRO, "Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno", en *Revista Ius et Praxis*, (2011).

JOFRÉ BURGOS, MARÍA SOLEDAD, "Tutela de los derechos colectivos ante las transformaciones de la empresa", en Rodrigo Palomo Vélez (coordinador), *La organización sindical en Chile, XX jornadas nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago, 2014.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, DIEGO, *La empresa como unidad económica*, Legal Publishing – Thomson Reuters, Santiago, 2015.



MARÍN CORREA, JOSE MARÍA, "La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23", en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, 48, 2004.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

MORENO GENÉ, JOSEP, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, "colección laboral" 150, Valencia, 2003.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999.

NOVOA FUENZALIDA, PATRICIO, "Situación de los trabajadores en la empresa requisada", en *Estudios Jurídicos, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica*, Volumen I, N° I, enero, Santiago, (1972).

PLÁ RODRÍGUEZ AMÉRICO, *Los principios del derecho del trabajo*, 4ª edic., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015.

POBLETE JIMÉNEZ, CARLOS y SAAVEDRA VALDENEGRO, SERGIO, *Código del Trabajo, Revista Técnica del Trabajo y Previsión Social*, t. I, Santiago, 1998.

ROJAS MIÑO, IRENE, *Derecho del Trabajo. Derecho Individual de Trabajo*, Colección tratados y manuales, Thomson Reuters, Santiago, 2015.

SARAZÁ GRANADOS, JORGE, *La transgresión de la buena fe contractual y figuras afines. Una aplicación práctica*, Thomson Reuters, Navarra, 2014.

SEGUNDA COMISIÓN LEGISLATIVA, JUNTA DE GOBIERNO, Informe proyecto de ley que modifica el Decreto Ley N° 2.200, Santiago, 1981.

THAYER ARTEAGA, WILLIAM Y NOVOA FUENZALIDA, PATRICIO, *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*, 3ª edic., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1998.

WALKER, FRANCISCO ERRÁZURIZ, *Ley N° 18.010. Nuevas normas de terminación del contrato de trabajo*, Ediciones Cepet, Santiago, 1990.

WALKER, FRANCISCO ERRÁZURIZ, *Derecho de las relaciones laborales: un derecho vivo*, Editorial Universitaria, Santiago, 2003.



# Acciones populares ante los tratados de libre comercio: “el caso de Colombia y Estados Unidos”

RAÚL F. CAMPUSANO DROGUETT

Abogado

UNIVERSIDAD DE CHILE

Master en Derecho,

UNIVERSIDAD DE LEIDEN, HOLANDA

Master of Arts,

UNIVERSIDAD DE NOTRE DAME, USA

Profesor de Derecho Internacional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

ÁLVARO A. BOLADO PIZZI

Abogado

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**RESUMEN:** En el año 2011 se aprobó la suscripción del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de Norteamérica y Colombia. Este acuerdo tuvo la génesis de su negociación el año 2005, buscando incentivar el comercio internacional entre ambos países. Sin embargo se presentaron diversas situaciones durante su tramitación, surgiendo opositores a dicho tratado, quienes interpusieron una acción popular ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca con el fin de evitar la suscripción del mismo. En el presente artículo se analizan los principales argumentos esgrimidos por el gobierno de Colombia y por los representantes de la oposición a la suscripción del tratado, y a su vez determinar a partir de este caso los efectos que pueden generarse de la firma de tratados de naturaleza económica entre países que presentan condicionantes disímiles.

\* \* \*

## Introducción

El fenómeno de la globalización se ha manifestado como una tendencia creciente a partir de la segunda mitad del siglo xx, continuando con fuerte presencia en el siglo xxi. Es por medio de ello que se puede apreciar, también de manera sostenida, la interacción creciente entre los mercados de los distintos países del mundo, generando relaciones de carácter simbiótico. Este escenario trae aparejado una serie de transformaciones que se manifiestan en aspectos

sociales, culturales, tecnológicos y por supuesto económicos en nuestra sociedad. Es así como se puede apreciar una evolución de las economías de mercado, las cuales de manera creciente han comenzado a asignar un rol a la inversión extranjera, a través de sistemas de libre circulación de bienes entre sujetos y empresas de naturaleza tanto particular como estatal. Con dicho fin se han suscrito Tratados de Libre Comercio (TLC), instrumentos utilizados por los Estados con el objeto de facilitar las transacciones de carácter económico entre agentes pertenecientes a distintas naciones. Ello se concreta a partir de la eliminación o reducción de aranceles en la transacción de bienes y servicios de manera interestatal. El uso de estos instrumentos ha contribuido a la desaparición progresiva de las fronteras que dividen a los países, a tal punto de afirmar de que *"el mundo ya no es exclusivamente un conjunto de naciones, sociedades nacionales, estados-naciones en sus relaciones de interdependencia, dependencia, colonialismo, imperialismo, bilateralismos, multilateralismo"*<sup>1</sup>.

Es posible advertir que los Estados hoy en día se constituyen como verdaderos sujetos contratantes en lo que Francis Fukuyama denomina "aldeas globales"<sup>2</sup>. Ello se asemeja, en el aspecto que pretendemos tratar, a aquellos fundamentos en virtud de los cuales nace la disciplina de la economía. A partir de ella los Estados buscan llevar a cabo negociaciones y beneficios específicos entre un sujeto y otro con el objeto de satisfacer una necesidad, la cual en el caso de nuestro estudio corresponde a lograr que el crecimiento de la actividad económica de un Estado aporte a su pleno desarrollo y satisfacer los requerimientos con sus nacionales para lograr su plena realización. Es necesario, sin embargo, tener en cuenta que por regla general en toda actividad económica existe un sujeto que es más débil que el otro al realizar negociaciones, en la búsqueda de lograr acuerdos que permitan establecer nexos o relaciones entre dos Estados. Puede, en consecuencia, generarse una relación asimétrica entre los sujetos que buscan suscribir este tipo de convenciones.<sup>3</sup>

## **Negociación del TLC entre Colombia y Estados Unidos de Norteamérica**

Ante la hipótesis planteada, cabe preguntarse de qué manera se ve afectado el Estado contratante más débil en cuanto a los efectos de los TLC suscritos, y posiblemente, de manera más relevante, de qué manera se ve afectada la tramitación del tratado y cuáles son los argumentos mediante los cuales se pueden resolver los conflictos suscitados entre particulares y los Estados

<sup>1</sup> Ianni, O. (1996). *Teorías de la globalización*. México, Siglo XXI editores.

<sup>2</sup> Fukuyama, F. (1992). *El fin de la historia y el último hombre* (p. 447). Buenos Aires: Planeta.

<sup>3</sup> Quiliconi, C. (2013). Modelos competitivos de integración en el hemisferio occidental: ¿liderazgo competitivo o negación mutua?/Competitive integration models in the Western hemisphere: competitive leadership or mutual denial? *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 168, Barcelona, España.

contratantes. Ante estas Interrogantes, nos referimos a un caso de estudio, en el cual se manifiestan las debilidades de una relación asimétrica entre Estados. Específicamente, trataremos el caso del TLC celebrado entre Colombia y Estados Unidos de América, cuya génesis se remonta al año 2005 y el cual fue finalmente aprobado en octubre del año 2011, luego de una turbulenta tramitación debido a los diversos obstáculos suscitados.

Las circunstancias que rodearon la tramitación de dicho tratado son relevantes, ya que, en Colombia, se manifestaron ciudadanos opositores al mismo en contra del propio Estado colombiano, quienes no apoyaron sus condiciones, en atención a que lo consideraban lesivo a sus derechos y a los procedimientos establecidos en la Constitución vigente. De acuerdo a lo anterior, cabe destacar la relevancia del tema para la Red Colombiana de Acción frente al Libre Comercio (RECALCA), institución que busca agrupar a todas aquellas organizaciones que en Colombia sostienen una posición crítica frente al proyecto de acuerdo del ALCA<sup>4</sup> y al acuerdo bilateral de libre comercio con Estados Unidos de Norteamérica<sup>5</sup>. RECALCA, a través de una acción popular, retrasó la ratificación del TLC, invocando argumentos de defensa del “derecho de moralidad pública” y por afectar diversos derechos consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano vigente. El contenido de la demanda se concentraba fundamentalmente en las inequidades que se generarían luego de la suscripción del tratado, las cuales otorgaban un trato preferente a empresas multinacionales de origen estadounidense en materias de propiedad intelectual, medidas fitosanitarias y establecimiento de aranceles. Asimismo se reprochaba lo que se consideraba como una evidente renuncia de Colombia a su soberanía judicial, en tanto y cuanto los conflictos que se pudiesen generar en estas materias debieran someterse a la resolución de centros de arbitrajes en materia nacional<sup>6</sup>. De igual modo se establecían patentes sobre su biodiversidad en favor de las empresas norteamericanas<sup>7</sup>. Sobre esta acción popular se pronunció el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, cuyo reclamo fue ingresado a dicha instancia con fecha 11 de octubre del 2005.

## **La decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca**

El fallo emitido por el tribunal de Cundinamarca se pronunció respecto de diversos aspectos importantes de considerar a la hora de mantener una medida cautelar en contra del Poder Ejecutivo, ordenándole abstenerse de suscribir el tratado. En primer lugar se discute la procedencia de la acción popular, ya que

<sup>4</sup> Área de Libre Comercio de las Américas.

<sup>5</sup> <http://www.recalca.org.co/quenes-somos/>

<sup>6</sup> Suarez, A & Rivera, J (2006). Las decisiones judiciales frente al TLC.

<sup>7</sup> Gómez Lee, M.I (2006) El TLC y el acceso a los recursos genéticos.

esta causa un perjuicio inminente a la figura del Presidente de la República, en virtud que la interposición de la medida adoptada representa a juicio del gobierno, una violación a la división de poderes, en cuanto se está supeditando la aprobación del tratado a la aprobación del poder judicial, cuando ni siquiera la ley lo puede limitar<sup>8</sup>. Asimismo se establece que esta acción popular perjudica a la persona del Presidente colombiano, en cuanto le imposibilita ejercer la facultad exclusiva otorgada por la Constitución y la Convención de Viena de iniciar y llevar a cabo la negociación de tratados ante otros Estados y organismos internacionales. Por último se argumenta el hecho de que el TLC no existe como tal al momento de impetrarse la acción popular, lo cual significa que no se ha lesionado ningún derecho de carácter fundamental, y está impugnándose tan solo una mera expectativa, no existiendo por tanto prueba de carácter alguno del daño que se pretende alegar. Por otra parte, los particulares y RECALCA fundamentan la interposición de su acción por el hecho de ser parte de un Estado de Derecho, donde los Derechos fundamentales han de ser protegidos *“cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública”*<sup>9</sup>.

Otro aspecto que ha sido discutido ante el tribunal contencioso administrativo de Cundinamarca, se refiere a la falta de pruebas en virtud de las cuales se ordena al Presidente de la República abstenerse de firmar el tratado, ello debido a la falta de pruebas que sustentan la solicitud de la medida cautelar, puesto que no se ha podido determinar cuál es el daño efectivo a los Derechos colectivos. Incluso en el caso de tratarse de una amenaza a estos Derechos, no existen precedentes en que se haya logrado probar que la amenaza es real. Considerando estos aspectos del fallo, el tribunal resolvió que no existe lo que se define como una tarifa legal para cautelar Derechos que se vean amenazados, ello sobre la base de lo señalado en el artículo 25 de la ley 472 de 1998 sobre ejercicio de acciones populares y de grupo:

*“Antes de ser notificada la demanda y en cualquier Estado del proceso podrá el Juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:*

- a) *Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;*
- b) *Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;*

<sup>8</sup> Fallo tribunal contencioso administrativo de Cundinamarca, febrero 2006.

<sup>9</sup> Constitución Política de la República de Colombia artículo 90.

- c) *Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;*
- d) *Ordenar con cargo al Fondo Para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.*<sup>10</sup>

Queda así de manifiesto la postura del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca ante este conflicto. Sin embargo es importante señalar que el TLC, fue declarado ajustado a la Constitución por la Corte Constitucional de Colombia, el cual eventualmente fue suscrito por los Estados Unidos de Norteamérica y Colombia en el año 2011.

### **Los derechos protegidos por la acción popular**

En la sentencia dictada por el tribunal contencioso administrativo que establece la medida cautelar, tanto el Tribunal como las partes se preocupan de determinar la validez de los derechos colectivos cautelados, dado que el gobierno califica de temeraria la actividad del actor. Sin embargo, al determinarse la procedencia de la medida cautelar y de la acción popular, el Tribunal Contencioso Administrativo procede a señalar los derechos que pretenden ser protegidos por la acción.

En primer lugar se busca resguardar la libre competencia y la salud de los habitantes colombianos. Las negociaciones del TLC tienen por finalidad obtener el aumento del plazo de duración de las patentes a productos farmacéuticos de empresas extranjeras. Esta medida afectaría a los productores nacionales de medicamentos, ya que otorga facilidades excesivas a las empresas norteamericanas, lo que no permite a las empresas colombianas competir en igualdad de condiciones arruinándolas y fomentando condiciones monopólicas en favor de las compañías norteamericanas. A este respecto el tribunal también toma en consideración otros puntos del tratado, como aceptar el ingreso de productos agrícolas subsidiados por el fisco norteamericano, bajo el sistema de cupos que excedan la capacidad de la producción nacional. Esta autorización no solo afecta los derechos antes mencionados, sino que además el patrimonio público, ya que, en compensación por las pérdidas económicas de la agroindustria colombiana, el gobierno tendría que implementar medidas con cargo al Presupuesto Nacional, que implican en consecuencia un aumento del gasto público.

<sup>10</sup> Artículo 25 de la ley 472 de 1998 sobre ejercicio de acciones populares de Colombia.

Otro derecho importante de proteger a juicio del tribunal y de los demandantes es el derecho colectivo a conservar la diversidad cultural y biológica, previniendo el deterioro ambiental. El TLC permitía el patentamiento del patrimonio natural colombiano. La flora y fauna de la nación corresponden a las principales fuentes de ingreso de la economía colombiana, de tal manera que permitir el patentamiento de estas especies implica el despojo de su patrimonio que en opinión del tribunal es inalienable y afectar seriamente las actuales y futuras actividades de empresas colombianas en estas materias.

Una vez que el tribunal se pronunció respecto de los derechos que habrán de ser protegidos en el marco de la negociación del TLC, se estableció que a pesar del alcance realizado por el tribunal, las hipótesis desarrolladas no fueron taxativas, ello producto que no se conocía el texto íntegro del proyecto de Tratado, sino solo sus lineamientos principales, los cuales ya habían sido debatidos públicamente.

### **Apelación a la acción popular**

De manera adicional al recurso de reposición se interpuso un recurso de apelación en subsidio, el cual fue resuelto por la sección tercera del Consejo de Estado. El fallo emitido por este tribunal optó por declarar la nulidad de todo lo obrado en el procedimiento sobre la base de la falta de competencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. Ello fundado en el hecho de que el tribunal no tenía la atribución para controlar la etapa de negociación de un tratado internacional, ya que esta es una atribución exclusiva del Presidente de la República. Ello se fundamenta en el artículo 189 número 2 de la Constitución de Colombia, el cual otorga expresamente la dirección de las relaciones internacionales al Presidente de la República. Cabe resaltar, sin embargo, otros puntos del fallo que impiden determinar una solución que sea satisfactoria a este conflicto generado entre la acción popular que se interpone en defensa de los derechos de los particulares y la facultad del Presidente de llevar a cabo las relaciones internacionales. El problema en nuestra opinión es que el fallo carece de fundamentos de fondo que permitan esclarecer la situación y sentar un precedente para la resolución de este tipo de conflictos en el futuro, ello por el hecho de que el fallo no emite pronunciamiento alguno sobre los efectos lesivos del TLC que se interpusieron ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, es decir, no decía relación con los efectos económicos del TLC en la población colombiana<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Suarez, A & Rivera, J (2006). Las decisiones judiciales frente al TLC



A pesar de lo antes señalado no pareciera adecuado restarle mérito al fallo emitido por el Consejo de Estado, ya que éste se encuentra ajustado a derecho, puesto que la competencia sobre este asunto está determinada para otro tribunal. Sin embargo este aspecto sigue siendo controversial en Colombia, ya que hay sectores que rechazan la competencia del Consejo de Estado de conocer la apelación. De igual modo que el fallo no se ajusta a las materias comprendidas en la apelación, en cuanto a que su objeto era sobre la procedencia de la medida cautelar que restringía la facultad del Presidente de la República de suscribir el TLC, siendo objeto del recurso de reposición interpuesto y por consecuencia de la apelación subsidiaria.

Las críticas ante dicha acción se fundan en el artículo 188 de la Constitución Política de Colombia, cuyo tenor establece: *“El Presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos”*<sup>12</sup>.

Lo anterior debe entenderse en razón a que la acción popular a su vez se funda en que la función del Presidente está restringida por el mandato constitucional, el cual establece los derechos fundamentales y colectivos, los cuales deben ser protegidos y asegurados en todas las actuaciones de la autoridad. En este caso la facultad de negociar los tratados internacionales, comprendida en el artículo 189 de la Constitución colombiana, no es ilimitada y debe ejercer su poder dentro del marco judicial y valórico que le establece la Carta Fundamental.

## **Postura Corte Constitucional de Colombia**

Durante la tramitación de la acción popular interpuesta en contra del gobierno, tanto demandantes como demandados justificaron sus argumentos remitiéndose a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Ello en atención a que el caso analizado presenta un conflicto nunca antes visto a nivel nacional e internacional. Los criterios de la Corte Constitucional sin embargo son ambiguos, ya que este conflicto representa aspectos de alta complejidad que no son de simple despacho, como aquellos de carácter valórico, constitucional y normativo. El fallo no solo se refiere a la contraposición de la protección de los derechos fundamentales y las atribuciones del Presidente de la República, sino que también se refiere a criterios probatorios de la época moderna.

En el recurso de reposición del gobierno interpuesto en contra de la medida cautelar se señaló que este era improcedente por atentar contra la división de poderes, la Constitución de la República y el funcionamiento de un sistema democrático. A este respeto el gobierno fundó su alegato sobre la base de la

<sup>12</sup> Artículo 188 Constitución Política de Colombia.

sentencia T – 983 A/04, proferida por la Corte Constitucional el 08 de octubre de 2004, en la cual se establece lo siguiente: *“el control entre los diferentes órganos que integran las ramas del poder público, se cumple con la intervención de cada una de ellas a la oportunidad procesal que la propia Constitución les asigna en el proceso de perfeccionamiento del instrumento internacional que obliga a Colombia, con el debido respeto de la facultad y competencia exclusiva del Presidente de la República para iniciar negociaciones de tratados con otros Estados u organismos internacionales”*<sup>13</sup>. De esta manera el gobierno y la Corte Constitucional concuerdan en la fragilidad de la división de los poderes estatales, debiendo respetarse las oportunidades respectivas para controlar los actos de los demás poderes del Estado. Adicionalmente se argumenta que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece el respeto que ha de existir entre estos mecanismos y las normas de derecho interno, señalando además que se deben respetar los procedimientos de cada Estado para obtener la adecuada correspondencia entre normas de derecho internacional y de derecho interno. Sin embargo, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en la parte considerativa de su fallo igualmente se remite al fallo de la Corte Constitucional de Colombia antes mencionado, en el cual también se señala: *“Es necesario un cierto grado de superposición material de funciones, como requisito indispensable para asegurar la efectividad del ejercicio recíproco de los controles, que a su vez son necesarios para mantener el balance de poder y así garantizar los derechos y libertades básicas de las personas (...) la creación constitucional de acciones y procedimientos judiciales que permiten que los jueces controlen los actos de la administración pública mediante la acción de nulidad y de plena jurisdicción (C. P. Arts. 237 y 238), dispongan el cumplimiento de leyes y actos administrativos (C.P. art. 87), reparen los daños antijurídicos ocasionados a los administrados por la acción u omisión de los agentes del Estado (C. P. Art. 90), y protejan los derechos fundamentales cuando resulten amenazados ó vulnerados por cualquier autoridad pública”*<sup>14</sup>. De esta manera el Tribunal Contencioso que conoce del asunto determina que la evolución del estado de derecho, permite esta clase de controles y acciones. Prueba de esto es el hecho de que la Carta Fundamental colombiana señala el alcance de la acción interpuesta por Efraín Barbosa Rojas, la cual se encuentra establecida en el artículo 88 de la Constitución colombiana y está prevista la protección de los derechos colectivos cuando estos resulten vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública. El Tribunal Contencioso Administrativo profundiza a este respecto, invocando la sentencia C-1172 de 2001 de 8 de noviembre de 2001 respecto de la cual se deja de manifiesto la tangibilidad del Presidente de la República frente a la acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución colombiana. Ello en razón de que las facultades del Presidente a pesar de ser de carácter exclusivo, deben tener límites. A este respecto la sentencia señala:

<sup>13</sup> Sentencia T – 983 A/04, proferida por la Corte Constitucional el 08 de octubre de 2004.

<sup>14</sup> Sentencia T – 983 A/04, proferida por la Corte Constitucional el 08 de octubre de 2004.

*“La limitación del poder del gobernante ha sido una constante en los regímenes democráticos. Esta Corporación en relación con dicha limitación expresó que: “(...) la soberanía ya no es una atribución absoluta del Estado frente a sus súbditos, ni una relación vertical entre el gobernante y el gobernado, pues las atribuciones estatales se encuentran relativizadas y limitadas por los derechos de las personas (...) en un Estado Social de Derecho como el que nos rige, ni los gobernantes, ni las autoridades de cualquier orden pueden tener facultades ilimitadas, por cuanto precisamente lo que caracteriza al Estado democrático es la imposición de límites al ejercicio de la autoridad pública, tanto por la Constitución como por la ley”<sup>15</sup>.*

Otro aspecto importante en la sentencia demostró ser la ponderación de la prueba en el caso analizado. Ello debido a que en el hecho no se acompañaron medios de prueba propiamente tales. El fundamento de la acción popular recayó en una serie de reportajes periodísticos provenientes de distintas fuentes de la Internet, respecto de las cuales algunas pueden haber sido fundadas y otras se encuentran en duda. Mediante la sentencia rol número C-662 de 2000, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, comparando analógicamente los diversos avances en materia tecnológica con las normas probatorias en los procedimientos, a este respecto se señaló: *“los avances tecnológicos en materia de intercambio electrónico de datos requieren la adecuación de los regímenes jurídicos para ponerlos en concordancia con las transformaciones que aquellos han provocado en la organización social, económica y empresarial, a nivel mundial”<sup>16</sup>*. Las materias sobre las cuales se extiende el fallo del Tribunal Contencioso se remiten a materias tributarias y de naturaleza administrativa, las cuales revelan una gran adaptabilidad en materia probatoria respecto de los tiempos modernos. A este respecto, se establece la validez de los medios de datos (los cuales corresponden a medios electrónicos que expresan ideas) otorgándoles plena validez a los artículos elaborados para criticar las actuales concesiones desarrolladas en el marco de la negociación del TLC. Con la misma lógica, la Corte Suprema de Colombia se pronuncia respecto de los medios de prueba electrónicos confirmando su validez, cuya sentencia señala: *“el documento electrónico está contenido en soporte diverso al papel, lo que no significa que por esa razón no sea capaz de representar una idea o un pensamiento. Por ello lo han definido como cualquier representación en forma electrónica de hechos jurídicamente relevantes, susceptible de ser asimilada en forma humanamente comprensible”<sup>17</sup>*. De esta manera podemos apreciar como el sistema judicial colombiano y su ordenamiento jurídico velan por una aproximación práctica, velando por la justicia logrando obtener la mayor veracidad de los hechos a probar.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1172 de 2001 de 8 de noviembre de 2001, expediente –3544.

<sup>16</sup> Sentencia C-662 de 2000 de la Corte Constitucional de Colombia.

<sup>17</sup> Sala Laboral, en Auto 13015 de abril 3 de 2000.

## Postura del Consejo de Estado frente a la legitimación activa de la acción

El Consejo de Estado de la República de Colombia es una institución que ejerce el cometido del Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, este es el órgano de cierre de la jurisdicción Contencioso Administrativa, alto tribunal que dirime los conflictos entre particulares y la Administración, así como los conflictos interadministrativos. Dentro de sus funciones está la de conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional; actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración y conocer y decidir en los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas.

Sobre el conflicto en cuestión, el Consejo de Estado precisó en sentencia del 01 de noviembre de 2001, dentro del expediente AP-236, el alcance de la acción contemplada en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998 sobre ejercicio de las acciones populares. En este fallo el Consejo de Estado señala: *“toda persona natural o jurídica podrá ejercitar las acciones populares, razón por la cual, en aplicación del principio de interpretación que establece que cuando la ley no realiza distinción alguna, no le es dado hacerla al intérprete, y teniendo en cuenta la finalidad de esta clase de acciones, es decir, la protección de los derechos e intereses que están en cabeza de toda la comunidad, se entiende entonces la razón por la cual tanto el constituyente de 1991 como el legislador establecieron de manera clara que “cualquier persona” puede ejercer estos mecanismos judiciales para la protección de los derechos o intereses de naturaleza colectiva. En ese orden de ideas, se tiene que cualquier persona como integrante de la sociedad tiene derecho a que le sean protegidos los derechos e intereses colectivos”*<sup>18</sup>. Bajo estas orientaciones, el Tribunal Contencioso Administrativo determinó que los alegatos del gobierno que tenían por objeto el manifestar la falta de legitimación activa, no son procedentes atendido a que Efraín Barbosa Rojas es una persona natural comprendido como uno de los actores que el legislador previó para el ejercicio de esta acción popular que tiene por objeto el resguardar los derechos fundamentales frente al actuar de las autoridades estatales. Sin embargo, esta acción exige una protección del interés colectivo, lo cual se cumple, habida cuenta de que su calidad de habitante y ciudadano colombiano le hace destinatario del TLC que eventualmente se suscriba, dado que las medidas de éste vinculan al elemento humano de los Estados partes, ya sea en forma mediata o inmediata.

<sup>18</sup> En el mismo sentido, ver las sentencias del 20 de septiembre de 2001 (Exp. AP-0395 (182) del Consejo de Estado; y C-215 de 1999 de la Corte Constitucional.

## Participación de la sociedad civil

Un aspecto importante en la discusión en este conflicto fue la participación de la sociedad civil. Sus opiniones e intereses fueron considerados. La relevancia de esta materia se manifiesta en el marco de la negociación, ya que es una institución que legitima los actos de la autoridad ante el pueblo, de esta forma los gobernados pueden dar a conocer su perspectiva sobre los términos del tratado y velar por sus intereses de manera activa.

En este caso en particular, el gobierno de Colombia alega haber seguido las pautas de participación democrática conformando el equipo de negociación del tratado con expertos de todas las carteras involucradas en todos los temas objeto de la negociación. A este respecto se celebraron trece rondas de negociación, seminarios y foros que buscaban recopilar las opiniones de las principales figuras en el sector comercial y académico. Ello fue logrado a través de la figura del “cuarto de al lado”. Esta figura consiste en fomentar la participación en las rondas de negociación, desarrollándose consultas de interés nacional y construyendo colectivamente los elementos necesarios requeridos para definir los intereses y estrategias en las negociaciones comerciales internacionales. Sin embargo, a pesar de las instancias de participación particular, los voceros de los sectores convocados manifestaron su preocupación, ya que en el marco de la negociación se hacía caso omiso a sus sugerencias, lo cual se apreciaba en cuanto a que los términos de la propuesta norteamericana no variaban de las exigencias inequitativas, resultando claro que a los sectores privados no se les había oído efectivamente. Esto es alarmante, pues ratifica la interposición de una acción judicial que vele por el interés de los particulares, aun cuando no se conozca el término definitivo del mismo.

## Los efectos económicos del TLC en Colombia

Cabe determinar, en consecuencia, cuáles fueron los efectos económicos de este tratado. A este respecto, diversos autores destacan la importancia de tener una relación económica activa con la principal economía mundial. Es más, el año 2010, vale decir previa suscripción del TLC, las exportaciones totales de Colombia alcanzaron los 16.411 millones de dólares, teniendo como principal destinatario a los Estados Unidos de Norteamérica, mientras que el año 2011 sus exportaciones lograron recaudar más de 21.000 millones de dólares con dicho país<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Quiroz, V. (2013) El impacto de las Pymes frente al Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos de América, Colombia, Universidad Militar de Nueva Granada.

Los efectos positivos del TLC a largo plazo parecen claros: desde el año 2005 hasta hoy las transacciones internacionales entre Colombia y Estados Unidos presentaron un significativo incremento, esto en gran medida gracias a la integración económica que trajo aparejada la negociación y suscripción del tratado. Es más, esta relación generada entre ambos países permitió a Colombia resistir de buena manera los efectos económicos negativos que generó la crisis económica del año 2009 permitiéndole el continuar con su crecimiento aunque a un ritmo menor. Adicionalmente se han detectado incrementos en los índices de exportación tanto tradicionales (café, petróleo y carbón) como no tradicionales, representando estos últimos un incremento del 20% equivalente a 4.768 millones de dólares. Otro efecto importante que se ha logrado identificar corresponde a los procesos de industrialización. A este respecto la inversión de los bienes de capital por parte de entidades colombianas ha manifestado un aumento, esto gracias a la disminución de los impuestos y los efectos del tratado en la tasa de cambio<sup>20</sup>. Podemos sobre la base de lo antes señalado establecer que las condiciones proporcionadas por el tratado contribuyen al mercado colombiano, haciéndolo más atractivo para el inversionista extranjero, lo que a su vez conlleva el aumento del empleo, y de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Para diversos analistas, los TLC resultan ser una adecuada medida para incentivar el comercio bilateral entre países, ya que es posible afirmar a partir del caso estudiado que en razón de la eliminación de las medidas arancelarias, y la suscripción del tratado aumentó aproximadamente en un 40% el flujo de comercio entre ambos países<sup>21</sup>. A este respecto entidades como Proexport<sup>22</sup>, ahora ProColombia, destacan los efectos de un tratado que abra el mercado colombiano al resto del mundo, esto no solo en un aspecto económico, sino cultural y tecnológico, permitiendo a las pequeñas y medianas empresas (PYMES) el uso de nuevas tecnologías y perspectivas en su actividad económica. Sin embargo es necesario señalar que esta visión no es una perspectiva compartida por todos los colombianos, ya que la suscripción del tratado conlleva efectos adversos que afectan a las micro, pequeñas y medianas empresas. Este aspecto es importante, puesto que dichas entidades corresponden al grueso de la actividad económica al interior de Colombia, y se señala que como consecuencia de los beneficios otorgados a las empresas extranjeras, estas no son capaces de hacer frente a los inversionistas norteamericanos de manera igualitaria<sup>23</sup>, lo cual fue objeto de la litis en el fallo antes analizado. Es en atención a ello que corresponde al aparato

<sup>20</sup> Araújo, E. S. (2015). Impacto de los Tratados de Libre Comercio (TLC) en la economía colombiana, desarrollo gerencial.

<sup>21</sup> Cárdenas, M., & García, C. (2005). El modelo gravitacional y el TLC entre Colombia y Estados Unidos.

<sup>22</sup> Entidad gubernamental que promueve el turismo, inversión extranjera y exportaciones en Colombia

<sup>23</sup> Rodríguez, V. C., & García, J. H. (2015). Diseño de una metodología de trabajo para enfrentar los efectos del TLC con Estados Unidos en las pequeñas y medianas empresas manufactureras de la ciudad de Palmira. *Colección Académica de Ciencias Estratégicas*.

estatal el otorgar los apoyos necesarios a las pequeñas y medianas empresas para que estas puedan competir en una situación de igualdad.

### **Aspectos a considerar**

Resulta evidente señalar que existen ventajas y desventajas en la suscripción de los TLC. Teniendo en cuenta esto, no se puede pasar por alto los eventos que se presentaron en este caso particular de estudio. A través de su análisis hemos podido apreciar la contraposición entre los derechos fundamentales y la potestad del Presidente de la República, lo cual, como ha señalado el oficialismo en el fallo analizado, causó un perjuicio a la figura del Ejecutivo ante la comunidad internacional. De igual modo se evidencia la pugna existente entre las PYMES y las multinacionales que se integran a una nueva economía. Es de relevancia establecer la necesidad de asegurar en la mayor medida de lo posible los derechos de los nacionales que el Estado tiene la obligación de garantizar, sin embargo la competencia en materia internacional ha ido aumentando de tal modo que más países han estado incorporando medidas destinadas a aumentar la inversión extranjera directa, como es el caso de China, India y Vietnam. Dichos Estados buscan transformarse en los principales centros de inversión extranjera en el sudeste asiático, lo cual se manifestó con la suscripción de estos países a ASEAN<sup>24</sup>. Lo antes señalado queda de manifiesto en los casos de China e India, los cuales en los años ochenta eran países que presentaban índices de ingresos per cápita más bien modestos. Sin embargo, ambos países tomaron decisiones de política económica y política exterior tendientes a abrir sus economías al mercado internacional. Así, supieron entender la influencia de la globalización en la economía, incorporando políticas cuyo objeto era generar mejores condiciones de mercado con el objeto de generar seguridad y certidumbre en su entorno económico interior, estableciendo tasas de cambio fijas e imponiendo políticas monetarias cuyo objetivo es incentivar la actividad de la producción tecnológica, a tal punto de que han innovado en procesos productivos de alta complejidad, fomentándose de esta manera creciente la industrialización de estos países, lo que en consecuencia permite alcanzar el crecimiento económico<sup>25</sup>.

### **Algunas ideas a modo de conclusión**

Es procedente considerar los aspectos económicos recién señalados. Particularmente se observa que debemos prestarles especial atención toda vez que

<sup>24</sup> Association of Southeast Asian Nations.

<sup>25</sup> Sarmiento, E (2006), "El Alca en contravía del desarrollo", disponible en [http://www.cepal.org/colombia/noticias/documentosdetrabajo/0/20860/TLC\\_Col\\_Usa\\_G-ES.pdf#page=28](http://www.cepal.org/colombia/noticias/documentosdetrabajo/0/20860/TLC_Col_Usa_G-ES.pdf#page=28)

en el marco de la gestación del tratado entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica, se consideró especialmente el modelo de TLC suscrito entre Chile y Estados Unidos. Sin embargo, ello no estuvo libre de obstáculos para el Estado colombiano en la tramitación del tratado, toda vez que Chile y Colombia tienen aproximaciones distintas en materias propias de la economía internacional y la inversión extranjera. En el caso de Chile, se propusieron medidas más agresivas para la apertura internacional de sus mercados. Es así como nuestro país establece medidas para fomentar un mercado internacional abierto, otorgando en el marco del tratado aranceles bajos a los inversionistas extranjeros, con tarifas que presentan escasos índices de variabilidad, en concordancia con lo establecido por el Decreto Ley 600. Por su parte Colombia ha incluido en su legislación medidas proteccionistas de la industria nacional, a través de aranceles de carácter escalonado. Ello conlleva costos adicionales para el Estado colombiano en contraposición a la situación que ocurre en nuestro país, ya que la facultad para poder llevar a cabo cambios de aranceles por parte de Colombia es competencia de la comunidad andina (de la cual Colombia es parte) y no de la legislación nacional. En materia de comercio internacional las prioridades de Colombia han sido hasta el momento la apertura de sus mercados con sus vecinos de América del Sur y de manera específica con Venezuela.

Desde otra perspectiva el cambio de las condiciones de intercambio internacional presenta como peligro además de generar rivalidad entre empresarios colombianos y norteamericanos, un deterioro de las relaciones internacionales con los países del ALCA, lo cual puede resultar lesivo para los intereses colombianos ya que se estarían privando de aquellos ingresos que han permitido sustentar la economía colombiana en los últimos años<sup>26</sup>.

Chile es un miembro activo de la comunidad internacional en materia de inversión extranjera, lo que es posible apreciar en el ranking elaborado por CNUCYD<sup>27</sup> que posiciona a nuestro país como uno de los mayores receptores de inversión extranjera, en el lugar décimo primero. A pesar de ello, no parece adecuado dejar de considerar la situación expuesta y por tanto procede observar que esto puede generar diversos problemas no solo a nivel económico, sino que también a nivel social. Parece adecuado establecer un criterio que permita solucionar los conflictos en caso de suscitarse, estableciendo medidas adecuadas de protección para los derechos fundamentales. Para estos efectos y atendido al área del derecho que estamos analizando, se presentan reservas a la hora de determinar si la solución a este conflicto debe ser alcanzada únicamente por la vía del derecho interno. Ello en virtud de que al permitírsele a cada Estado la autonomía en estas materias, se podrían determinar acciones, recursos y

<sup>26</sup> Pardo, M. (2005). El TLC Colombia–Estados Unidos ¿El mejor negocio? *Las negociaciones comerciales*, p. 29, Serie de estudios y perspectivas n.º 5, abril de 2005, cepal, Bogotá.

<sup>27</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.



procedimientos diversos, lo que a su vez produciría gran incertidumbre en lo que se refiere a este tipo de relaciones jurídicas. En cambio si estos derechos son protegidos de manera relativamente uniforme en cada uno de los Estados, se podría llegar a obtener una armonía entre el desarrollo económico y la protección de estos atributos, que sería posible aplicar a tratados de cualquier naturaleza y no únicamente a los TLC. Podemos concluir que es necesario suscribir un tratado internacional que se incorpore al derecho interno de manera tal de proteger adecuadamente a los particulares y de lograr prontas resoluciones a los conflictos. Esto, teniendo siempre en cuenta que los efectos de los tratados de libre comercio son relativos, en cuanto su suscripción no asegura el desarrollo de la economía de uno o ambos países suscriptores. El TLC en sí no basta para asegurar la inversión extranjera, este viene a complementar las políticas de apertura previamente adoptadas por un Estado, y adicionalmente a otros elementos presentes en la sociedad que actúan de manera conjunta unos con otros para impulsar el desarrollo creciente de la actividad económica, siendo insuficiente suscribir aisladamente un tratado o implementar determinados beneficios de carácter tributario o arancelario.

No es posible tampoco dejar de lado la dicotomía que el conflicto analizado plantea entre las facultades del Presidente de la República, el poder judicial y la protección de los derechos colectivos y fundamentales que se ven afectados por este acto de gobierno. El caso en estudio descrito no proporciona un criterio certero a la solución del conflicto en cuanto los tribunales de alzada declararon la nulidad de todo lo obrado, lo cual parece es una respuesta insatisfactoria que deja las puertas abiertas a otro conflicto de esta naturaleza, ya que no proporciona una salida clara a aspectos que no solo afectan a la economía, sino que también a la sociedad civil, al gobierno y al poder judicial. Esto se vuelve aún más relevante con la negociación del Acuerdo de Asociación Transpacífico promovido por Estados Unidos y que involucra directamente a países como Japón, Australia, Nueva Zelanda, Malasia, Brunei, Singapur, Vietnam, Canadá, México, Perú y Chile. Los temas que este acuerdo terminará abordando no se conocen en forma precisa<sup>28</sup>, lo cual genera incertidumbre en algunos sectores de la población. Podemos reconocer que el suscribir un tratado multilateral de esta envergadura puede ser beneficioso para nuestro país. Sin embargo es necesario anticiparse a los conflictos que se pueden generar en el marco de su negociación.

Es así que el llamado es a establecer criterios claros en esta materia, vale decir, determinar cuáles son las atribuciones y las limitaciones que tienen los diferentes poderes del Estado en el campo de las negociaciones de tratados internacionales y la protección de los derechos fundamentales. Para evitar cualquier tipo de

<sup>28</sup> A septiembre 2015.

conflicto interno, parece ser recomendable suscribir un tratado que permita establecer criterios uniformes ante la resolución de este tipo de conflictos de forma tal que no se vea amenazado el equilibrio entre los poderes estatales, y aun más importante que se asegure un criterio que permita una solución clara tanto a inversionistas extranjeros como a inversionistas chilenos en naciones extranjeras.

El libre comercio es una herramienta de política pública que se justifica en la medida que genere mayor bienestar a la ciudadanía y sus efectos positivos y negativos deben ser ponderados en relación con los demás fines de política pública del país. Esta consideración debe estar presente al momento de evaluar la participación en determinado espacio de acuerdo económico, y es el análisis que proponemos para el acuerdo objeto de estas líneas.

## Bibliografía

Araújo, E. S. (2015). Impacto de los Tratados de Libre Comercio (TLC) en la economía colombiana, desarrollo gerencial <http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co:82/rdigital/ojs/index.php/desarrollogerencial/article/view/215> Consultado en fecha 06 de agosto de 2015.

Cárdenas, M., & García, C. (2005). El modelo gravitacional y el TLC entre Colombia y Estados Unidos, Bogotá, FEDESARROLLO.

Campusano Droguett, Raúl F. y Alvaro Bolado. Algunas reflexiones en torno a la participación de Chile en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI. En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año XVI, volumen 32, julio 2015.

Campusano Droguett, Raul F. y Conrad Fahrenkrug. Régimen Jurídico de la Propiedad Intelectual a través de los Tratados de Libre Comercio Suscritos por Chile. En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año XIII, volumen 25, enero 2012.

Campusano Droguett, Raul F. Contrato Modelo de Inversión Extranjera para Proyectos Mineros. *Anales del Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*. 2011.

Rettberg, A., De Lombaerde, P., Lizarazo-Rodríguez, L., & Ortiz-Riomalo, J. F. (2014). Rights, Free Trade, and Politics: The Strategies Use of a Rights Discourse in the Negotiation of Free Trade Agreements (FTAs). *Colombia Internacional*, (81).

Fukuyama, F. (1992). *El fin de la historia y el último hombre* (p. 447). Buenos Aires, Editorial Planeta.

Gómez Lee, M.I (2006) El TLC y el acceso a los recursos genéticos. Disponible en [http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5\\_boletinDerechoVida/Boletin\\_DER\\_Y\\_VID\\_49.pdf](http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_boletinDerechoVida/Boletin_DER_Y_VID_49.pdf) Consultado en fecha 15 de agosto de 2015.

Hernández, G. (2014). Una revisión de los efectos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. *Lecturas de Economía*, 80, 49-77, Colombia, Universidad de Antioquía.

Ianni, O. (1996). *Teorías de la globalización*, México, Siglo XXI editores.

Pardo, M. (2005). El TLC Colombia–Estados Unidos ¿El mejor negocio? *Las negociaciones comerciales*, p. 29, Serie de estudios y perspectivas n.º 5, abril de 2005, cepal, Bogotá.

Quiliconi, C. (2013). Modelos competitivos de integración en el hemisferio occidental: ¿liderazgo competitivo o negación mutua?/Competitive integration models in the Western hemisphere: competitive leadership or mutual denial? *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 168, Barcelona, España.

Quiroz, V. (2013) El impacto de las Pymes frente al Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos de América, Colombia, Universidad Militar de Nueva Granada.

Rodríguez, V. C., & García, J. H. (2015). Diseño de una metodología de trabajo para enfrentar los efectos del TLC con Estados Unidos en las pequeñas y medianas empresas manufactureras de la ciudad de Palmira, Colombia, *Colección Académica de Ciencias Estratégicas*.

Sarmiento, E (2006), "El Alca en contravía del desarrollo" [http://www.cepal.org/colombia/noticias/documentosdetrabajo/0/20860/TLC\\_Col\\_Usa\\_G-ES.pdf#page=28](http://www.cepal.org/colombia/noticias/documentosdetrabajo/0/20860/TLC_Col_Usa_G-ES.pdf#page=28) Accedido en fecha 06 de agosto de 2015.

Suarez, A & Rivera, J (2006). Las decisiones judiciales frente al TLC, disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/dyj/dyj02/dyj-5-alfredo.pdf> Accedido en fecha 11 de agosto de 2015.

## Jurisprudencia

Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, expediente 05-1725, 2 de febrero de 2006, Fecha de consulta 23 de Junio de 2015, disponible en: <http://www.colectivodeabogados.org/noticias/noticias-nacionales/TRIBUNAL-ADMINISTRATIVO-DE> Accedido en fecha 20 de julio de 2015.

Consejo de Estado de Colombia, sentencia del 06 de Julio de 2006, fecha de consulta 12 de julio de 2015, disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/dyj/dyj02/dyj-5-sentencia.pdf> Accedido en fecha 30 de julio de 2015.

Sentencia T – 983 A/04, proferida por la Corte Constitucional el del 08 de octubre de 2004, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-983a-04.htm> Accedido en fecha 02 de agosto de 2015.

## Normas

Constitución Política de la República de Chile, año 1980.

Constitución Política de la República de Colombia, año 1991.

Ley 472 de 1998 sobre ejercicio de acciones populares de Colombia.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, año 1969.



# Comentarios acerca del procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos en el Código Tributario chileno

JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ ORRICO

Abogado

Profesor de Derecho Tributario

FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Magister en Gestión Tributaria

UNIVERSIDAD DEL Bío-Bío

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene por finalidad entregar una visión general del procedimiento de reclamo por vulneración de derechos, establecido en el Párrafo II del Título III del Libro Tercero del Código Tributario. Del mismo modo, busca plantear algunos de los principales problemas que su aplicación práctica ha venido generando y la forma en que la jurisprudencia de los Tribunales Tributarios y Aduaneros los ha resuelto.

\* \* \*

## 1. Introducción

No todos los conflictos entre los contribuyentes y la Hacienda Pública pueden ser resueltos a través de procedimientos judiciales de lato conocimiento, hecho que se pone de manifiesto al verificar que nuestro Código Tributario<sup>1</sup> taxativamente establece qué clase de actos administrativos tributarios son susceptibles de ser atacados a través del procedimiento general de reclamaciones, regulado en el Título II del Libro Tercero del mismo cuerpo legal.

Hasta antes de la dictación de la Ley n.º 20.322 de 2009, que Fortalece y Perfecciona la Justicia Tributaria y Aduanera, el sistema recién descrito importaba –en principio– dejar fuera de la tutela jurisdiccional el conocimiento y resolución de eventuales infracciones a la normativa impositiva derivadas de acciones u omisiones de la propia Administración tributaria, pero sin incidencia directa en el accertamiento de la obligación de pagar el tributo: bloqueo o restricción de timbraje, inclusión en la lista de contribuyentes excluidos del derecho a acceder a convenio o condonación de intereses y multas por parte de la Tesorería

<sup>1</sup> En adelante CT.

General de República, demora en la resolución de peticiones que no tienen fijado un término expreso en la ley para tal efecto, etc.

La citada Ley n.º 20.322 de 2009 vino a hacer frente a esta problemática mediante la creación del denominado *Procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos*, cuya regulación la encontramos en el Párrafo II del Título III del Libro Tercero del CT (arts. 155 a 157).

Si bien es cierto, como veremos, su aplicación se limita al conocimiento de eventuales acciones u omisiones del Servicio de Impuestos Internos<sup>2</sup> que pudiesen causar afectación de las garantías constitucionales de los nros. 21, 22 y 24 del art. 19 de la Constitución Política de la República,<sup>3</sup> no lo es menos el que su radio de incidencia se ve ampliado a los reclamos por posibles atentados en contra de los *Derechos de los Contribuyentes*, reconocidos en el art. 8º bis del CT. El inciso 2º de esta disposición establece: “Los reclamos en contra de actos u omisiones del Servicio que vulneren cualquiera de los derechos de este artículo serán conocidos por el Juez Tributario y Aduanero, conforme al procedimiento del Párrafo 2º del Título III del Libro Tercero de este Código”.

El trabajo que queremos presentar a continuación tiene una finalidad modesta: proporcionar una visión general de este procedimiento, como asimismo plantear algunos de los principales problemas que su aplicación práctica ha venido generando y la forma en que la jurisprudencia de los Tribunales Tributarios y Aduaneros los ha resuelto.<sup>4</sup>

## 2. Concepto

Pensamos que el legislador, en los artículos 155 a 157 del Código de la especialidad, más que establecer la simple regulación de un procedimiento tutelar, ha consagrado una verdadera acción especial de reclamo que, al decir de MASSONE PARODI, se vincula “exclusivamente con aquella parte de la actividad administrativa y fiscalizadora del SII que no puede ser cuestionada o impugnada a través de los otros procedimientos que contempla el CT”.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> En adelante SII.

<sup>3</sup> En adelante CPR.

<sup>4</sup> Los fallos citados en este trabajo han sido obtenidos desde las páginas electrónicas del Poder Judicial ([www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)), de los Tribunales Tributarios y Aduaneros ([www.tta.cl](http://www.tta.cl)), y del Servicio de Impuestos Internos ([www.sii.cl](http://www.sii.cl)), respectivamente. Tratándose de sentencias dictadas por los Tribunales Tributarios y Aduaneros, estas se singularizan con la abreviatura STTA, seguida de la indicación de la ciudad asiento del Tribunal que la dictó, su fecha y el número de RIT de la causa (de este modo, STTA de Concepción significa *Sentencia del Tribunal Tributario y Aduanero de Concepción*).

<sup>5</sup> MASSONE PARODI, PEDRO, *Tribunales y procedimientos tributarios*, Edit. LegalPublishing, 3ª edic., Santiago, 2010, p. 237.

Con base en los arts. 157 y 158.3, ambos del CT, podemos conceptualizar esta acción como “aquella que un particular puede interponer ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros, a fin de solicitarles adopten las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar su debida protección, frente a un acto u omisión del Servicio de Impuestos Internos que importe vulneración de los derechos contemplados en los numerales 21°, 22° y 24° del Constitución Política de República, como asimismo en caso de haberse transgredido alguno de aquellos reconocidos en el artículo 8° bis del Código Tributario, y sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

Para ÁLAMOS VERA, en cambio, al utilizar el legislador la expresión *reclamo*, “no está calificándolo como *acción procesal*, en el sentido que entiende la doctrina, es decir, como un derecho puesto en movimiento, sino que vendría a ser una especie de recurso especial del administrado ante el poder público”.<sup>6-7</sup>

### 3. Características

Como características de este procedimiento podemos anotar las siguientes:

#### 3.1 Se trata de un procedimiento declarativo.

Señala SPISSO que “La acción declarativa como preventora de entuertos, constituye un instrumento eficaz en orden a evitar la consumación de un perjuicio que se puede y debe evitar. La rápida dilucidación de cuestiones controvertidas, máxime cuando versen sobre puntos constitucionales, despeja un estado de incertidumbre cuya subsistencia resulta manifiestamente nociva para afianzar la confianza en el Estado, en el ejercicio del poder tributario”.<sup>8</sup>

La doctrina nacional, refiriéndose a las *pretensiones declarativas puras o mero declarativas*, señala que “Son aquellas cuya finalidad es obtener la simple declaración de un derecho o de una situación jurídica discutida...”. Y agrega:

<sup>6</sup> ÁLAMOS VERA, DAGOMAR, *Los derechos del contribuyente chileno. Procedimiento de reclamo. Un análisis de la Ley n° 20.420 de 2010*, Edit. Thomson Reuters, Santiago, 2010, p. 60.

<sup>7</sup> La jurisprudencia parece entender que se trata de una acción de tutela. Así, una sentencia expresa: “Que la vulneración de derechos en materia tributaria es aquella acción tutelar con forma de juicio que, por actos u omisiones del SII, la ley concede a un particular que considera vulnerados sus derechos contemplados en los numerales 21°, 22° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, para que el TTA respectivo dicte en el fallo las providencias que juzgue necesarias, a fin de restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del solicitante, sin perjuicio de otros derechos. Además serán conocidos por el TTA, conforme a este procedimiento especial de vulneración, los reclamos en contra de actos u omisiones del SII que vulneren cualquiera de los derechos del artículo 8° bis del Código Tributario” (STTA de Arica, 2 de mayo de 2013, RIT n.° VD-01-00004-2013).

<sup>8</sup> SPISSO, RODOLFO, *Tutela judicial efectiva en materia tributaria. Protección del contribuyente ante el estado de sitio fiscal*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 173.

“Tienen como particularidad que a través del ejercicio de esta acción no se obtiene una condena a dar, hacer o no hacer. Por lo mismo, la sentencia que las acoge, si bien produce cosa juzgada, no precisa para su efectividad de una ejecución posterior”.<sup>9</sup>

Esta particularidad del procedimiento en estudio es de suma importancia, puesto que ella significa que el solo hecho de que exista controversia en torno a la existencia del derecho cuya vulneración se denuncia, no es óbice para que, en definitiva, se acoja la acción, ciertamente en la medida de que se acredite asistirse aquél y su correspondiente quebrantamiento. Tal como lo expresa la doctrina, “no obstaría a la posibilidad de tal vulneración el hecho que el asunto sea complejo o que se trate de cuestiones técnicas, circunstancias que dieron lugar al rechazo de un gran número de recursos de protección. Creemos que aquello, por sí solo, no sería un argumento válido para rechazar la acción, si está demostrada la efectiva *vulneración* [...] de las precitadas garantías constitucionales, en razón de la acción u omisión de la autoridad que se trata, más aún teniendo presente que las materias tributarias usualmente son complejas y/o de naturaleza técnica”.<sup>10</sup>

En suma, la sola complejidad del asunto sometido al conocimiento y decisión del TTA, no puede ser un argumento para el rechazo de la acción especial por vulneración de derechos.

Sin embargo, no ha sido siempre este último el criterio seguido por la jurisprudencia. Así, una sentencia resuelve: “[...] cabe concluir que la acción cautelar en estudio requiere para su procedencia la existencia de un acto u omisión ilegal por parte de la reclamada y que el derecho o garantía afectado sea claro, indubitado y no sujeto a discusión”. Luego, agrega el mismo fallo: “Que, en el asunto de marras, si bien es dable concluir que concurren los elementos para establecer la existencia de una omisión atribuible al Servicio de Impuestos Internos respecto de su obligación de autorizar o liberar la devolución de impuestos a favor de la contribuyente, [...] no es posible establecer la existencia de un derecho de propiedad de la reclamante que pueda ser cautelado a través de la garantía constitucional del derecho de propiedad contemplada [en el artículo 19 N° 24] de la Constitución Política de la República, por cuanto aquello requiere la existencia de un derecho de crédito que reúna las condiciones de ser cierto, líquido, exigible y no sujeto a controversia, no siendo este procedimiento cautelar el medio procesal idóneo para establecer tales condiciones”.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> BORDALÍ, A., CORTEZ, G. y PALOMO D., *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía*, Edit. LegalPublishing, Santiago, 2013, p. 100.

<sup>10</sup> UGALDE, R., GARCÍA, J. y UGARTE, A., *Tribunales Tributarios y Aduaneros*, Edit. LegalPublishing, 4ª edic., Santiago, 2011, p. 286.

<sup>11</sup> STTA 4° de Santiago, 13 de noviembre de 2013, RIT n.º VD-18-00298-2013. En similares términos, otra sentencia anota que “para poder acoger la acción de autos es indispensable que la reclamante



La sentencia recién citada, se alinea con la doctrina que entiende que la acción declarativa de mera certeza no es apta para resolver acerca de eventuales vulneraciones de derechos o garantías reconocidos por la Constitución o la ley, sino que lo es, en cambio, la denominada *acción de amparo*. A este respecto, Rosso ALBA, aludiendo a la primera, expresa: “Se diferencia de la acción de amparo en cuanto al contenido del acto lesivo que motiva esta otra acción. En efecto, el amparo procede contra actos u omisiones que lesionen, restrinjan[,] alteren o amenacen, en forma actual o inminente derechos o garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. El acto lesivo que motiva el amparo comprende, en consecuencia, los supuestos de daño actual. La acción declarativa, en cambio, resultaría improcedente como remedio judicial frente a tales casos de daño material”.<sup>12</sup>

En este mismo predicamento, otra sentencia expresa que “Esta acción de vulneración de derechos es de naturaleza esencialmente cautelar, la cual se expresa en el tenor del inciso 3° del artículo 156 [del Código Tributario]...”.<sup>13</sup>

Así entendida la acción especial de reclamo por vulneración de derechos, la existencia de un derecho cierto o indubitado que deba ser amparado, se impone como un requisito *sine quanon*, tal como lo pone de manifiesto un fallo, al concluir que “[...] la acción cautelar en estudio requiere para su procedencia la existencia de un acto u omisión ilegal por parte de la reclamada y que el derecho o garantía afectado sea claro, indubitado y no sujeto a discusión”.<sup>14</sup>

### 3.2 Es un procedimiento especial.

Para comprender esta característica, debemos tener presente que existen actividades de la Administración tributaria que no inciden de manera directa o inmediata en el accertamiento de la obligación tributaria de dinero; y que, no obstante, pueden de todos modos afectar o amenazar el legítimo ejercicio de los derechos de los contribuyentes, garantizados en la Constitución o en la ley.

Para la protección de los intereses de los administrados que se vinculan con la actividad propia de la determinación impositiva, nuestro CT contempla el procedimiento general de reclamaciones; si se trata de materia infraccional,

---

mantenga en su patrimonio el derecho de propiedad que aduce tener, en atención a que la finalidad de la presente acción es, precisamente, cautelar el legítimo ejercicio de un derecho preexistente, derecho cuya titularidad de la actora, en la especie, no resulta indubitada ni resulta ser objeto de la Resolución reclamada...” STTA 3° de Santiago, 5 de noviembre de 2013, RIT n.° VD-17-00055-2013.

<sup>12</sup> ROSSO ALBA, CRISTIAN, “Acción meramente declarativa en el derecho tributario: estado de incertidumbre y perplejidad”, en Alejandro C. Altamirano (edit.), *El procedimiento tributario*, Edit. Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2003, pp. 420-421.

<sup>13</sup> STTA 1° de Santiago, 10 de septiembre de 2015, RIT n.° VD-15-00075-2015.

<sup>14</sup> STTA 4° de Santiago, 24 de julio de 2015, RIT n.° VD-18-00052-2014.

contempla otros dos especiales, y si la cuestión se vincula al impuesto territorial, lo propio acontece.

Ahora bien, el art. 155.1 del CT, concibe la especialidad de este procedimiento en términos tales que resulta aplicable, siempre que no se trate de aquellas materias que deban ser conocidas en conformidad a alguno de los procedimientos establecidos en el Título II o en los Párrafos 1° y 3° de este Título o en el Título IV, todos del Libro tercero del mismo Código.

Por consiguiente, no debe tratarse de materias que deban ser conocidas en conformidad con alguno de los siguientes procedimientos: i) procedimiento general de reclamaciones; ii) procedimiento especial de reclamo de los avalúos de los bienes raíces; iii) procedimiento de determinación judicial del impuesto de timbres y estampillas; iv) procedimiento general para la aplicación de sanciones; y v) procedimiento especial para la aplicación de ciertas multas.

Un punto que ha generado discusión es el relativo a la procedencia de impetrar la acción especial de reclamo por vulneración de derechos frente a resoluciones del SII que deniegan devoluciones de pagos provisionales mensuales. En algunos casos se rechazó esta posibilidad, sobre la base de entender que se está en presencia de resoluciones que inciden en el pago de un impuesto. Así, una sentencia expresa: "Como se advierte, existe aquí una aparente colisión de normas: la del artículo 8 bis, inciso 2°, del Código Tributario que hace aplicable el procedimiento por vulneración de derechos para el caso de infracción, entre otros, de su numeral segundo que reconoce el derecho a obtener en forma completa y oportuna las devoluciones previstas en las leyes tributarias, debidamente actualizadas, dentro de las cuales se incluye el artículo 97 de la Ley de Impuesto a la Renta, con la del artículo 124, inciso 1°, del mismo texto legal, que permite reclamar en contra de una resolución que incida en el pago de un impuesto o en los elementos que sirvan de base para determinarlo, esto último, con arreglo al procedimiento general de reclamaciones". Y agrega el mismo fallo: "Que el legislador, previendo el conflicto denunciado en el motivo anterior, condicionó la aplicación del procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos a que no se trate de aquellas materias que deban ser conocidas, entre otros, en conformidad a las normas del procedimiento general de reclamaciones, según así se lee en el inciso 1° del artículo 155 del Código Tributario.- Por consiguiente, lleva la razón el Servicio de Impuestos Internos al sostener que el reclamo incoado debe ser declarado inadmisibles, merced a que la resolución impugnada constituye un acto reclamable con arreglo a las normas del procedimiento general de reclamaciones...".<sup>15</sup>

<sup>15</sup> STTA de Concepción, 11 de febrero de 2014, RIT n.º VD-00002-2014.

La jurisprudencia más reciente, empero, admite esta posibilidad, como se desprende de una sentencia en la que se consigna: “Que, conforme al mérito de autos, no se aprecia la existencia de un derecho adquirido por parte del reclamante que le permita acudir a este procedimiento de urgencia, máxime si, tal como consta de la Resolución [...] del Servicio de Impuestos Internos, [...] se rechazó la devolución [...] solicitada [...]. Lo anterior, porque la sola presentación de la devolución de impuestos respectivo no otorga al contribuyente un derecho de propiedad sobre la misma, desde que aquella sólo tendrá lugar en la medida que resultare un saldo a favor de éste, según se desprende del artículo 97 inciso 1° del DL 824, sobre impuesto a la renta, lo que precisamente no aconteció en la especie”.<sup>16</sup>

De otro lado, la jurisprudencia ha utilizado el principio de especialidad para desestimar denuncias de actos vulneratorios de derechos, ejecutados en el marco de un procedimiento de fiscalización tributaria. Así, una sentencia concluye que “[...] el procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos no es un medio procesal idóneo para solicitar que se revise una declaración de impuestos ya emitida por el Servicio de Impuestos Internos, se tengan por aportados ciertos documentos que ya se encontrarían acompañados y que no habrían sido considerados por ese Servicio, y se corrija la liquidación de impuestos emitida, aunque en el procedimiento administrativo que le dio origen se haya incurrido en actos que sean considerados arbitrarios o ilegales, puesto que el Código Tributario franquea un procedimiento general de lato conocimiento para impugnar una liquidación de impuestos emitida con infracción a las normas que regulan su forma y fondo”.<sup>17</sup>

En la misma línea argumental anterior, otra sentencia consigna: “Que, la materia objeto del reclamo, como es la determinación del Avalúo Fiscal del Bien Raíz y del consecuente Impuesto Territorial al que está afecto, están estrechamente vinculadas, y en forma indefectible, al Procedimiento Especial de Reclamo de Avalúos de Bienes Raíces, señalado en el artículo 150, del Título II, Párrafo 1°, del Libro Tercero del Código Tributario, razón por la cual le afecta la circunstancia prescrita por el legislador en la parte final del inciso primero del artículo 155 del Código Tributario, antes mencionado y, en consecuencia, no son susceptibles de ser conocidas en un procedimiento de vulneración de derechos, con arreglo a los artículos 155 y siguientes del Código Tributario, cuyo es el caso de la reclamación de autos”.<sup>18</sup>

En otro caso, la jurisprudencia declinó aplicar el principio de especialidad al considerar que el SII no estaba facultado para reliquidar un impuesto, aun

<sup>16</sup> C. Concepción (ap), 2 de diciembre de 2014, Rol n.º 63-2014.

<sup>17</sup> STTA 4º de Santiago, 27 de marzo de 2013, RIT n.º VD-18-00057-2013.

<sup>18</sup> STTA de Arica, 24 de julio de 2012, RIT n.º VD-01-00019-2012.

cuando esto fuere consecuencia de haber acogido en parte un recurso de reposición administrativa que modificó la liquidación primitiva, reclamada luego judicialmente en la parte en que no se acogió dicho recurso. Expresa el fallo: “[...] la sentencia de primer grado que rechaza el reclamo por vulneración de derechos yerra al señalar que debió ventilarse este reclamo de acuerdo al procedimiento general de reclamaciones, y yerra porque lo que se reclama a través del procedimiento de tutela es la facultad del Servicio de Impuestos Internos para emitir reliquidaciones de impuestos cuando las liquidaciones que le sirven de fundamento han sido reclamadas y ese procedimiento se encuentra en trámite judicial, el cual aún no ha sido resuelto por el juez de primer grado”. Agrega luego que “lleva la razón el reclamante al interponer el reclamo por vulneración de derechos [...], por cuanto el artículo 24 inciso segundo del Código Tributario señala que si el contribuyente hubiere deducido reclamación, los impuestos y multas correspondientes a la parte reclamada de la liquidación se girarán notificado que sea el fallo pronunciado por el Tribunal Tributario y Aduanero, lo que se encuentra ratificado por el artículo 54 de la Ley N° 19.880, al señalar que si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional [...] la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión”. Y concluye el fallo expresando: “Que lo dispuesto en el artículo 24 inciso segundo del Código Tributario, como lo dispuesto en el artículo 124 y 134, no dan la facultad al Servicio de Impuestos Internos para reliquidar impuestos cuando se ha interpuesto reclamo judicial, toda vez que dicha norma se refiere a la parte liquidada y no reclamada que se encuentra firme”.<sup>19</sup>

En el mismo último sentido, otra sentencia considera apto este procedimiento especial para reclamar de la emisión de giros cuando las liquidaciones que le sirvieron de antecedente se encontraban reclamadas judicialmente en primera instancia. Expresa el fallo que “De lo visto podemos señalar [...] que estamos frente a una actuación del SII, la cual consistió en emitir Giros respecto de Liquidaciones reclamadas con antelación. En cuanto a lo señalado por la reclamante, respecto de que dicha actuación vulnera su derecho de propiedad, cabe hacer presente que los actos administrativos cuestionados eran potencialmente vulneradores de derecho a la propiedad, toda vez que ordenaban el cobro ejecutivo de una obligación tributaria que se encontraba reclamada, afectando patrimonialmente al contribuyente”.<sup>20</sup>

### 3.3 Es un procedimiento escrito.

No hay excepciones en esta materia.

<sup>19</sup> C. Concepción (ap.), 13 de agosto de 2015, Rol n.º 77-2015.

<sup>20</sup> STTA 2º de Santiago, 30 de octubre de 2013, RIT n.º VD-16-00157-2013.

### 3.4 Es un procedimiento de doble instancia.

Esta característica fluye de lo prevenido en el art. 156.4 del CT, a cuyo tenor “Contra la sentencia sólo procederá el recurso de apelación, en el plazo de quince días”.

## 4. Titular de la acción

Sabemos que este procedimiento resulta aplicable no solo en las hipótesis –que ya veremos– del art. 155 del CT, sino que también en el caso de actos u omisiones del SII que vulneren cualquiera de los derechos que el art. 8 bis del mismo texto legal, reconoce a los *contribuyentes*.

Como se advierte, mientras que el art. 155 del CT señala como titular de la acción a *un particular*, el art. 8 bis, inciso 2º, del mismo texto legal, subentiende que son solo quienes ostenten la calidad de *contribuyentes* los que pueden reclamar.

Para ÁLAMOS VERA, el inciso 2º del art. 8 bis CT “se debería interpretar en forma restrictiva, es decir, sólo referido a que cuente con la calidad de *contribuyente* [...]; en cambio, el concepto *un particular* es utilizado por el título referente a la violación de garantías constitucionales, en que no se requiere la calidad anterior”.<sup>21</sup>

La jurisprudencia no se ha detenido a analizar este punto en mayor profundidad; de hecho, una sentencia asume que el titular es siempre el *contribuyente*, consignando que “en el establecimiento de la acción el legislador buscó incorporar dentro del Código Tributario una acción especial que protegiera en forma efectiva las garantías y derechos de los *contribuyentes*. Dice relación con la tutela judicial efectiva”<sup>22</sup> (cursiva nuestra). Otro fallo, en el mismo sentido, entiende que uno de los supuestos de procedencia de la acción, es que el acto u omisión del Servicio “produzca la vulneración de los derechos del *contribuyente*...”.<sup>23</sup>

Por último, una sentencia establece: “[...] en la presente causa se ha accionado conforme a las normas del procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos, contenido en los artículos 155 y siguientes del Código Tributario, el cual es de *naturaleza cautelar*, destinado a amparar a los *contribuyentes* en el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran...” (cursiva agregada).<sup>24</sup>

<sup>21</sup> ÁLAMOS VERA, DAGOMAR, ob. cit., pp. 70-71.

<sup>22</sup> STTA 1º de la Región Metropolitana, 10 de septiembre de 2015, RIT n.º VD-15-00075-2015.

<sup>23</sup> C. Concepción (ap.), 2 de diciembre de 2014, Rol n.º 63-2014.

<sup>24</sup> STTA de Temuco, 25 de septiembre de 2012, RIT n.º VD-08-00059-2012.

## 5. Sujeto pasivo de la acción

El art. 155.1 del CT comienza expresando: "Si producto de un acto u omisión del Servicio...". Y de acuerdo con lo que dispone el art. 8.3° del CT, para los efectos de este Código y demás leyes tributarias, salvo que de sus textos se desprenda un significado diverso, la expresión *Servicio* alude al Servicio de Impuestos Internos.

Por consiguiente, si el acto u omisión proviene del Servicio de Tesorerías, aunque este forme parte de la Administración tributaria, no resulta aplicable el procedimiento en análisis. Así lo expresa una sentencia: "Que, como se advierte, el reclamo por vulneración de derechos solo puede ser deducido en contra del Servicio de Impuestos Internos, cuando producto de un acto u omisión suyos, un particular considere vulnerados sus derechos contemplados en los numerales 21°, 22° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República". Y concluye: "[...] en el presente caso, el reclamo se ha dirigido en contra de un acto u omisión que el reclamante atribuye a la Tesorería Regional de Concepción, órgano público que no puede ser sujeto pasivo de aquél, circunstancia que por sí sola autoriza a declararlo inadmisibles por adolecer de manifiesta falta de fundamento".<sup>25</sup>

## 6. Finalidad u objeto de la acción

Conforme con lo que dispone el art. 156.3 del CT, esta acción tiene por objeto que el TTA adopte todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del solicitante, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Se ha entendido que dentro de las medidas que el Tribunal puede adoptar figura la de ordenar la anotación negativa de un tercero, en los sistemas del SII, específicamente del representante legal de un agente retenedor. Así, expresa una sentencia: "En estas condiciones aparece improcedente [...] que el SII, pese al formidable arsenal de atribuciones legales que la ley le confiere para el cumplimiento de la obligación tributaria principal (pagar los impuestos) y accesorias (todas aquellas que aseguran el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación tributaria principal), endose al reclamante arbitrar él las medidas necesarias para que [el agente retenedor], cumpla con dichas obligaciones legales. Es en este endoso de medidas que se configura una real y efectiva vulneración de derechos respecto del reclamante y por cuya causa

<sup>25</sup> STTA de Concepción, 28 de octubre de 2013, RIT n.º 169-2013.

el reclamo, en lo relativo al N° 8, del artículo 8° bis, será acogido". Y, en lo resolutivo, a propósito de las medidas adoptadas, se ordena "[...] la respectiva anotación negativa en el SIIC del representante legal de la misma empresa...".<sup>26</sup>

## 7. Causal que autoriza su interposición

Según expresa la doctrina, "La causal, conforme lo dispone el inciso primero del artículo 155, consiste en la vulneración de las garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 N° 21, 22 y 24 de la Constitución Política en razón de un acto u omisión del Servicio de Impuestos Internos".<sup>27</sup>

Recordemos también que, conforme con lo establecido en el art. 8 bis, inciso 2°, del CT, "Los reclamos en contra de actos u omisiones del Servicio que vulneren cualquiera de los derechos de este artículo serán conocidos por el Juez Tributario y Aduanero, conforme al procedimiento del Párrafo 2° del Título III del Libro Tercero de este Código".

A partir de las normas citadas, MASSONE PARODI señala como requisitos para la interposición de la acción por vulneración de derechos, los siguientes: i) que exista un acto u omisión del SI; ii) que dicho acto u omisión vulnere ciertos derechos contemplados en la CPR o en el CT; iii) que el derecho vulnerado sea de aquellos expresamente mencionados en los arts. 155 y 8 bis del CT; iv) que no se trate de materias que deban ser conocidas en conformidad a los otros procedimientos contemplados en el CT; y v) que no se haya interpuesto, por los mismos hechos, la acción o recurso de protección contemplada en el art. 20 de la CPR.<sup>28</sup>

Respecto al primero de los requisitos señalados, como bien lo apunta la doctrina, podrá tratarse de un hecho o una acción, esto es, el ejercicio de una actividad por parte de la Autoridad tributaria que vulnere las precitadas garantías; o bien, de una abstención, a saber, el dejar de hacer algo a lo cual la misma autoridad estaba obligada en virtud de un mandato contenido en una norma jurídica.<sup>29</sup>

El art. 155 del CT no exige que la acción u omisión sea arbitraria o ilegal, como sí ocurre con el art. 20 de la CPR, a propósito del recurso de protección. Sin embargo, se ha entendido que "si bien es cierto, la norma del artículo 155 inciso 1° del Código Tributario no exige que la actuación u omisión del Servicio de Impuestos Internos sea ilegal o arbitraria, no lo es menos, el que una decisión administrativa ajustada a la ley y racionalmente adoptada, aun cuando

<sup>26</sup> STTA de Iquique, 25 de octubre de 2011, RIT n.º VD-02-00051-2011.

<sup>27</sup> UGALDE, R., GARCÍA, J. y UGARTE, A., ob. cit., p. 287.

<sup>28</sup> MASSONE PARODI, PEDRO, ob. cit., p. 237.

<sup>29</sup> UGALDE, R., GARCÍA, J. y UGARTE, A., ob. cit., p. 287.

cause agravio a los derechos del contribuyente contemplados en los numerales 21°, 22° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, no puede merecer reproche.- Por ello, [...] la actuación u omisión del Servicio de Impuestos Internos ha de ser en algún sentido ilegal o arbitraria para entender quebrantado el imperio del derecho cuyo restablecimiento se exige a la sentencia definitiva disponer, conforme lo establece el ya citado artículo 156 inciso 3° del Código Tributario”.<sup>30</sup>

En el mismo sentido, otra sentencia precisa que “[...] constituye requisito fundamental para el acogimiento de un reclamo por vulneración de derechos, que se establezca la ilegalidad o arbitrariedad de una acción u omisión proveniente de la Administración Tributaria que vulnere, en forma de privación, perturbación o amenaza, el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales invocadas y protegibles por esta vía, o bien cualquiera de los derechos del contribuyente consagrados en el artículo 8° bis del Código Tributario. La ilegalidad existe cuando se contraviene el texto formal de la ley, y la arbitrariedad tiene lugar cuando en un respeto aparente al texto legal, existe una desviación del fin de éste, apareciendo el acto como producto del capricho, inmotivado y sin fundamento racional de la autoridad, circunstancias cuya existencia no se ha demostrado por parte de la reclamante en los hechos que originan esta acción de vulneración de derechos”.<sup>31</sup>

Respecto a los derechos cuya vulneración se exige, estos son: a) el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional (art. 19.21° CPR); b) la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (art. 19.22° CPR); c) el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales (art. 19.24°, CPR); y d) cualquier derecho enumerado en el art. 8 bis del CT (art. 8 bis, inciso 2°, CT).

En este ámbito, existen dos aspectos sobre los cuales deseamos llamar la atención.

El primero se vincula con el resultado de la acción u omisión del SII, vale decir, cuándo cabe entender que existe vulneración. Esto es importante, porque se ha sostenido por la doctrina que “al utilizar la ley la expresión *vulnerar*, implícitamente está exigiendo que el acto de la autoridad o la omisión que se le imputa transgreda, quebrante o viole la ley” (cursiva nuestra).<sup>32</sup>

<sup>30</sup> STTA de Concepción, 18 de noviembre de 2013, RIT n.° VD-1000155-2013.

<sup>31</sup> STTA de Temuco, 21 de agosto de 2012, RIT n.° VD- 08-00054-2012. En igual sentido, puede consultarse C. Concepción (ap.), 2 de diciembre de 2014, Rol n.° 63-2014. El motivo 4° de este último fallo consigna: “Que, asimismo, no se aprecia la existencia de una actuación ilegal de la reclamada, desde que la fiscalización llevada adelante por el Servicio lo fue en el ejercicio del artículo 59 del Código Tributario, tal como lo expresa el juez *a quo* en [...] la sentencia apelada”.

<sup>32</sup> UGALDE, R., GARCÍA, J. y UGARTE, A., ob. cit., p. 286.



Lo anterior significa, entonces, que si la actividad o abstención de la Autoridad tributaria únicamente genera una amenaza, pero no una efectiva transgresión del derecho, la acción no puede prosperar. Algunas sentencias han admitido este planteamiento, resolviéndose en una ocasión que “respecto del requerimiento de entrega de información amparada en las disposiciones del secreto bancario, consistente en las cartolas bancarias de tres períodos tributarios consecutivos de una cuenta corriente específica del contribuyente [...], el reclamante sostiene que dicha actuación vulnera su derecho a la reserva y secreto bancarios, pues al requerirlos conforme al inciso 11 del artículo 132° del Código Tributario, en el evento de no acompañarlos en la respuesta a la citación se verá expuesta a que las cartolas no sean admitidas como medio de prueba en un eventual juicio tributario. De lo expuesto por el actor, se deduce que no existe en el presente caso una vulneración de derechos propiamente tal, sino que una amenaza de transgresión o quebrantamiento de la norma debido a la actuación del organismo fiscalizador, cuestión para la cual, a diferencia del recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, no fue definido el procedimiento por vulneración de derechos. Por lo demás, la alegación del reclamante fundada en el secreto o reserva que ampara los documentos bancarios requeridos por el Servicio de Impuestos Internos, constituye a juicio de este Tribunal una alegación que debe formularse oportunamente en sede administrativa, para que en el ámbito de la auditoría efectuada se defina el criterio del organismo fiscalizador sobre la materia, el cual podrá posteriormente ser revisado en sede jurisdiccional, sin perjuicio de [lo] dispuesto en el artículo 62 del Código Tributario”.<sup>33</sup>

En la misma línea argumental, otro fallo consigna: “A mayor abundamiento, debe destacarse que para que la acción tutelar intentada pueda prosperar, la ley exige la vulneración del derecho. En este sentido, el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define el concepto de ‘Vulneración’ como ‘Acción y efecto de vulnerar’, y la palabra ‘Vulnerar’, como 1.- Transgredir, quebrantar, violar una ley o precepto; 2.- Dañar, perjudicar, y 3.- Herir. De lo anterior se concluye que para que pueda prosperar una acción como la ejercida se requiere necesariamente que el derecho haya sido ‘transgredido’, ‘quebrantado’, ‘violado’ o ‘dañado’. No basta, en consecuencia –y a diferencia de la acción constitucional de protección– que el derecho esté simplemente ‘amenazado’, y en el caso de la ‘perturbación’ del derecho –hipótesis esta última que también se contempla en la acción constitucional de protección–, para que la acción intentada en el caso de marras tenga éxito, se requiere que dicha ‘perturbación’ importe, por su naturaleza, la efectiva transgresión, quebrantamiento, violación, daño, perjuicio o lesión del derecho que se pretende tutelar”. Y agrega la misma sentencia: “[...] de la redacción del inciso primero

<sup>33</sup> STTA de Temuco, 13 de enero de 2014, RIT n.º VD-08-00074-2013.

del artículo 155 del Código Tributario, recogida en la expresión ‘Si producto de...’, debe concluirse que el acto u omisión impugnado necesariamente debe haber causado un efecto, el que consiste, precisamente, en la vulneración del derecho tutelado; en términos tales que entre el acto u omisión y el resultado dañoso debe existir una relación de causalidad directamente atribuible a la Administración Tributaria”.<sup>34</sup>

Por nuestra parte, pensamos que la sola amenaza en el legítimo ejercicio de uno o más de los derechos ya señalados, autoriza la interposición de la acción especial de reclamo de que venimos tratando. Lo contrario podría llevarnos a entender que el contribuyente, no obstante advertir que la Administración tributaria está actuando al margen de la ley, debe esperar a que el hecho dañoso se consume para entonces poder accionar en defensa de sus derechos. El art. 156.3 del CT llama al Juez a *restablecer el imperio del derecho*, bastando, por consiguiente –para que el contribuyente pueda requerir la intervención del Tribunal Tributario y Aduanero–, con que la actuación arbitraria o ilegal del SII sea potencialmente capaz de afectar las garantías constitucionales ya señaladas, o uno o más de los derechos que el art. 8 bis del CT le reconoce. En estos casos, restablecer el imperio del derecho significará *evitar la consumación del hecho dañoso*.

Una sentencia así lo ha entendido, afirmando que la vulneración puede venir determinada “en forma de privación, perturbación o *amenaza*” (cursiva nuestra).<sup>35</sup>

Otra duda que nos surge –como segundo aspecto que deseamos destacar–, en relación con la afectación de los derechos que el art. 8 bis del CT reconoce a los contribuyentes, es si en esta hipótesis se requiere que la acción u omisión vulnere, al mismo tiempo, algunas de las garantías que el art. 155 del citado texto legal señala.

Una sentencia así lo ha entendido, señalando que “el artículo 155 del CT [...] exige que el derecho vulnerado sea alguno de los contemplados en los numerales 21, 22 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, de modo tal que la sola vulneración del artículo 8 bis del Código Tributario no resulta suficiente ni relevante para acoger la acción intentada”.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> STTA de Puerto Montt, 28 de mayo de 2013 (disponible en [www.sii.cl](http://www.sii.cl)). Siempre en el mismo predicamento, otra sentencia resuelve: “Este acto u omisión, de acuerdo [al] artículo 155 del Código Tributario, debe haber provocado una ‘vulneración’ de tales garantías constitucionales o de los derechos recogidos por el artículo 8° bis del Código Tributario, es decir, debe existir una transgresión, un quebrantamiento o una violación de una ley o de un precepto, con el cual se proceda a dañar o a perjudicar a quien recurre de vulneración de derechos” (STTA 1° de Santiago, 10 de septiembre de 2015, RIT n.° VD-15-000-75-2015).

<sup>35</sup> STTA de Temuco, 21 de agosto de 2012, RIT n.° VD- 08-00054-2012.

<sup>36</sup> STTA de Puerto Montt, 10 de junio de 2015, RIT n.° VD-12-00007-2015.

En nuestra opinión, el art. 8 bis, inciso 2°, del CT, no exige una doble vulneración de derechos, esto es, los que esta norma consagra y además los que señala el art. 155 del mismo texto legal (art. 19, nros. 21, 22 y 24 CPR).

En este sentido, debemos recordar que las garantías constitucionales que indica el art. 155 CT, son todas de contenido económico; lo que no ocurre con los derechos que reconoce el art. 8 bis del mismo texto legal. En efecto, podemos distinguir aquí dos bloques normativos a favor de los contribuyentes: 1) derechos que tienen como finalidad el reforzamiento de la seguridad jurídica de los contribuyentes, de claro corte instrumental para asegurar el más genérico derecho de defensa. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho a ser atendido cortésmente, con el debido respeto y consideración; a ser informado y asistido por el Servicio sobre el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones (art. 8 bis, n.º 1, CT), o con el derecho a recibir información, al inicio de todo acto de fiscalización, sobre la naturaleza y materia a revisar, y conocer en cualquier momento, por un medio expedito, su situación tributaria y el estado de tramitación del procedimiento (art. 8 bis, n.º 3, CT); y 2) derechos caracterizados porque su objeto es la percepción de sumas dinerarias a cuyo pago debe hacer frente la Hacienda Pública.<sup>37</sup> En este grupo encontramos, a guisa de ejemplo, el derecho a obtener en forma completa y oportuna las devoluciones previstas en las leyes tributarias, debidamente actualizadas (art. 8 bis, n.º 2, CT).

Como se advierte, de seguirse la tesis que propone exigir simultáneamente la vulneración de las garantías constitucionales del art. 19 nros. 21, 22 y 24 de la CPR, los derechos que integran el primer bloque mencionado quedarían sin amparo, no obstante que el art. 8 bis, inciso 2°, del CT, no los excluye.

## 8. Estructura del procedimiento

### 8.1 Período de discusión

#### a) *El reclamo.*

El reclamo deberá presentarse por escrito y precisar sus fundamentos; exigencias que se desprenden del art. 155.2 CT. Como apunta la doctrina, "Este requisito se refiere a los argumentos que motivan al contribuyente para reclamar, debiendo exponer aquellas razones de hecho y de derecho que constituyen sus fundamentos".<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Cfr. GARCÍA BERRO, FLORIÁN, *Procedimientos tributarios y derechos de los contribuyentes en la nueva LGT*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 66.

<sup>38</sup> ÁLAMOS VERA, DAGOMAR, ob. cit., p. 81.

**b) Plazo para su interposición.**

De acuerdo al art. 155.2 del CT, la acción deberá presentarse “dentro del plazo fatal de quince días hábiles contado desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión, o desde que se haya tomado conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos”.

Debemos apuntar que el conocimiento cierto de los actos u omisiones no solo pende de que la Administración tributaria practique una notificación, sino que puede provenir de cauces de información distintos.

Así, frente al caso de un contribuyente que tomó conocimiento a través del sitio en Internet del SII, que su declaración de impuestos del año tributario 2011 se encontraba observada, lo que denunció a dicha entidad para posteriormente deducir reclamo especial por vulneración de derechos, una sentencia resolvió: “Que del análisis de los antecedentes agregados al proceso, aparece que el reclamo [...] fue interpuesto fuera del plazo de quince días que estipula la norma legal ya citada, toda vez que [...] el mismo se interpuso el día 25 de agosto de 2011, en circunstancias que el reclamante estaba en conocimiento, al menos desde el mes de junio de 2011, que la devolución de la suma [...] correspondiente a excedente de impuesto a la renta de segunda categoría del año tributario 2011, no podría hacerse efectiva en el período respectivo, por haberse detectado anomalías en su declaración impositiva, lo que incluso motivó una denuncia de su parte con fecha 21 de junio del mismo año, en contra del agente retenedor de sus impuestos, todo lo cual revela un conocimiento cierto de los hechos que constituirían los actos u omisiones del Servicio, que estima afectarían sus derechos como contribuyente”.

**c) Examen de admisibilidad.**

Presentada la acción el TTA examinará si ha sido interpuesta en tiempo y si tiene fundamentos suficientes para acogerla a tramitación. Si su presentación ha sido extemporánea o adolece de manifiesta falta de fundamento, la declarará inadmisibles por resolución fundada (art. 156.1 CT).

La resolución que acoja a tramitación el reclamo es de suyo relevante, porque supone el análisis previo de si fue interpuesto dentro de plazo, así como de los fundamentos que lo sostienen.

Por consiguiente, la sentencia definitiva no podrá rechazar la acción sobre la base de su extemporaneidad o falta de fundamentación.

En este mismo contexto, debemos tener presente lo que previene el inciso final del art. 155 del CT, a cuyo tenor “Interpuesta la acción de protección a

que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos en que ella proceda, no se podrá recurrir de conformidad a las normas de este Párrafo, por los mismos hechos”.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional consignó que la palabra *interpuesta* es constitucional en el sentido de que la improcedencia de las acciones a que dicho precepto se refiere solo tiene lugar desde que la Corte de Apelaciones respectiva declara inadmisibile el recurso de protección deducido.<sup>39</sup>

A partir de lo anterior, se ha puesto por escrito que “el alcance de la limitación es menor del que resulta del significado gramatical de la palabra, ya que, de acuerdo a este último, bastaría la acción y efecto de poner en conocimiento de la Corte de Apelaciones respectiva el recurso de protección –cualquiera que sea su destino– para que opere la limitación. En cambio, con el alcance que resulta de lo resuelto por el [...] Tribunal Constitucional para que opere la limitación será necesario que el recurso de protección *sea declarado admisible*. De este modo si aquel recurso es declarado inadmisibile podrá accionarse por esta vía especial, no obstante haber sido presentado el recurso de protección”.<sup>40</sup>

#### **d) Tribunal competente.**

Será competente el TTA en cuya jurisdicción se haya producido el acto u omisión del SII que se estima vulnera las garantías amparadas por la acción (art. 155.1 CT).

#### **e) Comparecencia.**

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 157 del CT, el solicitante podrá comparecer sin patrocinio de abogado.

#### **f) Traslado al SII.**

Si el TTA estima que la presentación del reclamo ha sido en tiempo y con fundamentos suficientes, se dará traslado al SII por 10 días (art. 156.2 CT).

#### **g) Contestación del SII.**

Como vimos, la Administración tributaria posee el término fatal de 10 días hábiles para contestar.

Respecto a los requisitos que debe contener la contestación, nada indica el legislador, pero por aplicación de las normas del procedimiento general de re-

<sup>39</sup> STC, 30 de diciembre de 2008, Rol n.º 1.243-2008.

<sup>40</sup> UGALDE, R., GARCÍA, J. y UGARTE, A., ob. cit., p. 293.

clamaciones –el art. 157 del CT señala que “En lo establecido por este Párrafo, y en cuanto la naturaleza de la tramitación lo permita, se aplicarán las demás normas contenidas en el Título II de este Libro”–, aquella deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya, y las peticiones concretas que se someten a la decisión del Tribunal Tributario y Aduanero (art. 132.1 CT).

UGALDE PRIETO llama la atención sobre este punto, en cuanto “no se establece sanción específica para el funcionario del Servicio de Impuestos Internos que no informe dentro de plazo, más allá de que precluye la facultad de evacuar el traslado”.<sup>41</sup>

Sin duda que en este procedimiento la contestación del ente reclamado resulta indispensable para la determinación del derecho de las partes, pero el legislador no la estableció como una obligación, sino solo como una carga procesal, lo que justifica la ausencia de una sanción específica frente a su omisión.

#### *h) Orden de no innovar.*

El Tribunal se encuentra facultado para decretar orden de no innovar en cualquier estado de la tramitación (art. 155, inciso final, CT).

Esta prerrogativa del Tribunal es muy relevante para el contribuyente, pues demuestra que la finalidad del procedimiento es lograr la más eficaz protección de sus derechos. En tal sentido, se ha escrito que “La tutela cautelar tiene [...] ese objetivo: evitar que el tiempo necesario para llegar a la sentencia final no concluya por vaciar irreversiblemente el contenido del derecho ejercitado; en otras palabras, realizar el fin fundamental de todo ordenamiento jurídico, que es la efectividad de la tutela judicial [...]”.<sup>42</sup>

Empero, para decretar esta medida, se ha exigido por la jurisprudencia que el Tribunal se percate de que los actos cuestionados sean, a lo menos, “potencialmente vulneradores” de derechos.<sup>43</sup>

## **8.2 Período de prueba**

Vencido el plazo de 10 días hábiles referido, haya o no contestado el SII, y existiendo hechos sustanciales y pertinentes controvertidos, se abrirá un término probatorio de diez días en el cual las partes deberán rendir todas sus pruebas.

<sup>41</sup> UGALDE PRIETO, RODRIGO, “Procedimiento de reclamo por vulneración de derechos del Código Tributario”, en *Revista de Derecho*, Universidad Finis Terrae, núm. 1/2014, p. 308.

<sup>42</sup> SPISSO, RODOLFO, “Potestad tributaria en el estado de derecho”, en Patricio Masbernat (coord.), *Problemas actuales de Derecho Tributario Comparado*, Edit. Librotecnia, Santiago, 2012, pp. 358-359.

<sup>43</sup> STTA de Santiago, 30 de octubre de 2013, RIT n.º VD-16-00157-2013.

El Tribunal apreciará la prueba rendida de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 156.2 CT).

Una cuestión importante en este ámbito la constituye la relativa a la carga de la prueba, vale decir, si corresponde aplicar en esta materia el art. 21 del CT.

Pensamos que al tratarse de materias que no inciden en el accertamiento de la obligación tributaria de dinero, como tampoco en la extinción de la misma, el art. 21 del CT queda al margen.

En este contexto, toca al contribuyente aportar la prueba que demuestre la ocurrencia de los hechos en que funda su acción; mientras que la calificación de si éstos poseen la entidad suficiente para vulnerar los derechos invocados, es una cuestión que hace a la sentencia definitiva e implica una calificación jurídica de los mismos. La jurisprudencia, empero, ha entendido que el objeto de la prueba es precisamente la existencia de una vulneración, de modo que corresponde al contribuyente "la carga procesal de tener que probar la efectividad de haber sido vulnerada la garantía constitucional establecida en el artículo 19 nros. 21, 22 o 24 de la Constitución Política de la República...".<sup>44</sup>

La libertad de aportación de pruebas que consagra el art. 132.10 del CT, por lo tanto, juega un rol fundamental en este procedimiento. Como bien lo apunta DEL PADRE TOMÉ: "El derecho a la producción probatoria proviene de la libertad que tiene la parte de argumentar y demostrar la veracidad de sus alegaciones, teniendo por finalidad el convencimiento del juzgador. Por esto, aunque no le haya sido atribuida la carga de la prueba, todos los elementos de convicción que llevará al proceso serán importantes, interfiriendo en el acto decisorio. Visto por otro ángulo, el derecho a la prueba implica la existencia de carga, según el cual determinado sujeto del proceso tiene la incumbencia de comprobar los hechos alegados por él, bajo pena de, no haciéndolo, ver frustrada la pretendida aplicación del derecho material."<sup>45</sup>

### 8.3 Período de sentencia

Vencido el término probatorio, el Juez Tributario y Aduanero dictará sentencia en un plazo de diez días. El fallo contendrá todas las providencias que el Tribunal juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del solicitante, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes (art. 156.3 CT).

<sup>44</sup> STTA de Puerto Montt, 28 de agosto de 2013, disponible en STTA de Puerto Montt, 28 de mayo de 2013 (disponible en [www.sii.cl](http://www.sii.cl)).

<sup>45</sup> DEL PADRE TOMÉ, FABIANA, *La prueba en el Derecho Tributario*, trad. Juan Carlos Páñez Solórzano, Edit. ARA, s. l., 2011, pp. 258-259.

#### 8.4 Recursos en contra de la sentencia definitiva

Contra la sentencia definitiva solo procederá el recurso de apelación, en el plazo de quince días. El recurso será conocido en cuenta y en forma preferente por la Corte de Apelaciones, a menos que cualquiera de las partes, dentro del plazo de cinco días contados desde el ingreso de los autos en la secretaría de la Corte de Apelaciones, solicite alegatos (art. 156.4 CT).

Respecto a la procedencia del recurso de casación, la norma no la autoriza expresamente, no obstante que el art. 157 del CT, según apuntamos, establece la aplicación supletoria de las disposiciones relativas al procedimiento general de reclamaciones, en donde sí se admite (art. 145 CT).

Este silencio del legislador ha llevado a parte de la doctrina a afirmar que no resulta admisible el referido recurso extraordinario, porque “atendido que la remisión a la normativa del procedimiento general de reclamaciones resulta procedente *solo si la naturaleza de la tramitación lo permite*, la procedencia o improcedencia de los recursos debe resolverse atendiendo a la naturaleza, finalidades y estructura del procedimiento de que se trata. En efecto aquí nos encontramos frente a un procedimiento cautelar de garantías constitucionales, totalmente diverso en cuanto a su naturaleza y finalidades al procedimiento general de reclamaciones. Lo que aquí se denuncia es una infracción al orden constitucional y lo que se busca es que las cosas vuelvan a su cauce normal, esto es, que se respeten las garantías constitucionales vulneradas, que se restablezca el derecho. Ello nada tiene que ver con la esfera propia de los juicios en que proceden los recursos de casación...”<sup>46</sup>

En opinión de SELMAN NAHUM, “una primera conclusión sobre este punto es que no existe claridad sobre la procedencia o improcedencia del recurso de casación en el fondo –y en la forma– en una causa tramitada bajo este procedimiento. Su naturaleza eminentemente cautelar refuerza la postura de la improcedencia del recurso de casación [...], por cuanto una ‘acción’ destinada a restablecer el imperio del derecho, por regla general, debe presentar vías acotadas de impugnación, de manera tal de poder cumplir su objetivo de manera rápida y eficaz”.<sup>47</sup>

El mismo autor recuerda que la Corte Suprema declaró admisible un recurso de casación en el fondo deducido en el marco de un procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos; el que, sin embargo, fue rechazado

<sup>46</sup> UGALDE PRIETO, RODRIGO, ob. cit., p. 315.

<sup>47</sup> SELMAN NAHUM, ARTURO, “Procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos: actos administrativos reclamables, finalidad del procedimiento y viabilidad del recurso de casación en el fondo. Corte Suprema, 29 de agosto de 2013, Rol n.º 6392-2012”, en *Revista de Estudios Tributarios*, Universidad de Chile, núm. 11/2014, p. 292.



por estimarse que no era posible denunciar la infracción de normas constitucionales como fundamento del arbitrio.<sup>48</sup>

Para el mismo SELMAN NAHUM, "Es en dicha argumentación donde se genera un problema no menor, ya que de acuerdo al artículo 155 del Código Tributario, el reclamo por vulneración de derechos deberá fundarse en la vulneración de alguno de los derechos contemplados en los numerales 21°, 22° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, además de los derechos contemplados en el artículo 8 bis del Código Tributario".<sup>49</sup>

En otro caso, la misma Corte Suprema declaró inadmisibles un recurso de casación en fondo, el cual denunciaba la infracción del artículo 97 de la Ley de Impuesto a la Renta. Sostuvo el Tribunal de Casación: "Que, tal como ha podido apreciarse, la norma que sustenta el arbitrio en examen regula la situación generada a partir de la existencia de un saldo a favor del contribuyente luego de realizado el ajuste a partir de la existencia de pagos provisionales conforme lo dispone [...] la Ley de Impuesto a la Renta.- Así, lo discutido por el contribuyente es su eventual derecho a obtener devolución de impuesto, cuestión que el Servicio de Impuestos Internos ha objetado.- En esas circunstancias, aun de ser efectivos los argumentos plasmados en el arbitrio, esta Corte se encuentra impedida de pronunciar una decisión favorable al recurrente, toda vez que el procedimiento al cual se ha recurrido resulta improcedente desde que su naturaleza es meramente cautelar, hecho que lleva al rechazo del recurso en esta sede, por manifiesta falta de fundamento".<sup>50</sup>

## Bibliografía

1. ÁLAMOS VERA, DAGOMAR, *Los derechos del contribuyente chileno. Procedimiento de reclamo. Un análisis de la Ley n° 20.420 de 2010*, Edit. Thomson Reuters, Santiago, 2010.
2. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, CORTEZ MATCOVICH, GONZALO y PALOMO VELEZ, DIEGO, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía*, Edit. LegalPublishing, Santiago, 2013.
3. DEL PADRE TOMÉ, FABIANA, *La prueba en el Derecho Tributario*, trad. Juan Carlos Páñez Solórzano, Edit. ARA, s. l., 2011.
4. GARCÍA BERRO, FLORIÁN, *Procedimientos tributarios y derechos de los contribuyentes en la nueva LGT*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2004.
5. MASSONE PARODI, PEDRO, *Tribunales y procedimientos tributarios*, Edit. LegalPublishing, 3ª edic., Santiago, 2010.

<sup>48</sup> C. Suprema (cas.), 29 de agosto de 2013, Rol n.º 6.392-2012.

<sup>49</sup> SELMAN NAHUM, ARTURO, ob. cit., p. 293.

<sup>50</sup> C. Suprema (cas.), 9 de enero de 2014, Rol n.º 13.181-2013.

6. ROSSO ALBA, CRISTIAN, "Acción meramente declarativa en el derecho tributario: estado de incertidumbre y perplejidad", en Alejandro C. Altamirano (edit.), *El procedimiento tributario*, Edit. Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2003.
7. SELMAN NAHUM, ARTURO, "Procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos: actos administrativos reclamables, finalidad del procedimiento y viabilidad del recurso de casación en el fondo. Corte Suprema, 29 de agosto de 2013, Rol n.º 6392-2012", en *Revista de Estudios Tributarios*, Universidad de Chile, núm. 11/2014, pp. 285-309.
8. SPISSO, RODOLFO, *Tutela judicial efectiva en materia tributaria. Protección del contribuyente ante el estado de sitio fiscal*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1996.
9. SPISSO, RODOLFO, "Potestad tributaria en el estado de derecho", en Patricio Masbernat (coord.), *Problemas actuales de Derecho Tributario Comparado*, Edit. Librotecnia, Santiago, 2012, pp. 317-366.
10. UGALDE PRIETO, RODRIGO, "Procedimiento de reclamo por vulneración de derechos del Código Tributario", en *Revista de Derecho*, Universidad Finis Terrae, núm. 1/2014, p. 308.
11. UGALDE PRIETO, RODRIGO, GARCÍA ESCOBAR, JAIME y UGARTE SOTO, ALFREDO, *Tribunales Tributarios y Aduaneros*, Edit. LegalPublishing, 4ª edic., Santiago, 2011.

## **Amicus curiae**

**HÉCTOR OBERG YÁÑEZ**

Profesor de Derecho Procesal

**RESUMEN:** Se trata en las próximas líneas de hacer una breve reseña acerca del *amicus curiae*, pues hemos considerado que es una figura procesal de escasa aplicación en nuestro medio jurídico –por no decir casi desconocida– y que viene adquiriendo relevancia en distintos países, incluidos algunos americanos, y que en nuestro país sólo aparece reconocida en la Ley N° 20.600, con la creación de los Tribunales Ambientales. La bibliografía que citaremos aportará un mayor conocimiento del tema en cuestión.

\* \* \*

### **Amicus curiae:**

Desde luego podemos preguntarnos qué se entiende por tal. Sobre el particular se dan nociones aparentemente diversas que a la postre tienen elementos que son comunes, así Mariano Fernández señala que es una “herramienta procesal que permite a terceros que no son partes de una disputa judicial de trascendencia o interés público, presentarse en ella a los efectos de dar una opinión fundada sobre el tema debatido”.

Puede decirse también que “la participación procesal del *amicus curiae* supone la presentación en un proceso de un tercero que interviene aportando una opinión fundada que puede resultar relevante para la resolución de un litigio en el que se debaten cuestiones socialmente sensibles”.

Por su parte, la Corte Internacional de Derechos Humanos (IDH) “ha reiterado que los *amicis* son presentaciones de terceros ajenos a la disputa, que le aportan argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma”.

El origen del *amicus* hay que rastrearlo en el derecho romano (Julio Cueto Rúa), pasando posteriormente al derecho inglés, de donde derivó al ordenamiento jurídico norteamericano, extendiéndose a otros países de habla o influencia inglesa (Canadá, India, Nueva Zelanda, Australia). Cabe mencionar que este *amicus* también es conocido bajo los nombres de amigo del tribunal, o asistente oficioso, o *amicis curiarum*.

Dejando de lado estos diversos nombres, ¿qué particularidades o características se pueden encontrar en este *amicus*? Desde luego un aspecto que le es muy propio: 1) el ser un tercero ajeno al litigio, su intervención no se rige por las reglas comunes de las tercerías, podría decirse que es una intromisión en un litigio de índole sui géneris. El inmiscuirse en la litis no le da el carácter de parte en el juicio, no reemplaza a éstas, no lo habilita para pedir diligencias ni constituye un medio de prueba; 2) otra de sus aristas a considerar es que la opinión o parecer que emita debe provenir de una persona –natural o jurídica– que tenga una reconocida competencia, técnica o profesional sobre la cuestión debatida en el pleito. Lo que originalmente lleva al *amicus* a intervenir en un pleito es su espíritu altruista, un interés público –lo que puede asimilarse a una acción popular–, más aún cuando dicha intervención tiene un carácter gracioso, pues no genera derecho a honorarios ni costos. Empero, ya esta exigencia de idoneidad limita la referida intervención a determinados grupos que puedan ser considerados con la competencia requerida; 3) La intervención se lleva a cabo con la única finalidad de expresar una opinión o una sugerencia fundada sobre el objeto del litigio, en defensa de un interés público; 4) El parecer, la opinión que emite el *amicus* tiene como único objetivo ilustrar al respectivo tribunal, el cual no queda vinculado con la misma, lo que no obsta a que pueda tomarla en cuenta en el fallo que emita. La actuación del *amicus* debe ser, entonces, totalmente imparcial. Si por ventura su opinión se manifiesta a favor de un determinado sentido, su presentación debe ser rechazada. A la postre, son simplemente colaboradores informales del tribunal, y repetimos, sin integrar la relación procesal; 5) La aludida competencia o idoneidad que debe poseer el *amicus* debe acreditarse. Para lograr tal objeto deberán acompañarse al informe los antecedentes demostrativos que permitan al tribunal imponerse que se está efectivamente en presencia de una persona que tiene los conocimientos técnicos o científicos o incluso de derecho habilitantes, que le permitan comparecer en la instancia; 6) Por su parte, en nuestro medio jurídico, la Ley N° 20.600 requiere otro requisito, amén de los ya enunciados. En efecto, el *amicus* en su presentación debe invocar la protección de un interés público, que se trate de causas que puedan comprometer el medio ambiente, derechos colectivos o difusos, y que como tales exceden a los intereses o derechos de las partes. Hay que dejar en claro que en nuestra legalidad no hay una definición de lo que debe entenderse por tal. Ha sido el TA de Valdivia el que ha señalado que el interés público debe indicarse de manera concreta, y no de forma genérica, y lo entiende como la “búsqueda de la protección y el bienestar de la sociedad considerada como un todo”, agregando además que “dicho interés deberá reflejarse en el informe que se presenta por el *amicus curiae*, en el cual se deberá señalar cómo la materia que está conociendo el tribunal afecta a la sociedad como un todo, y no a intereses particulares, dando así garantía de independencia y objetividad; 7) Hay quienes estiman que este informe del *amicus* debe ser firmado no solo por el presentante, sino que también por abogado que lo patrocine. No nos parece plausible esta exigencia, pues el art. 1° de la Ley N° 18.120, sobre comparecencia

en juicio, prescribe que “la primera presentación de cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República,... deberá ser patrocinada por un abogado...”. Es cierto que el informe es una presentación escrita que se presenta ante un tribunal, empero ha quedado dicho que el *amicus* no es parte ni tampoco interesado, por lo cual no tendría que cumplir con esta obligación, siendo suficiente su comparecencia personal.

Lo anotado precedentemente nos ha permitido individualizar a este amigo del tribunal. Empero, cabe preguntarse cuál es o sería la justificación procesal en nuestro país de este agente oficioso. Valga la interrogante aun cuando está contemplado en la ley del medio ambiente.

Proporcionando una respuesta adecuada, los doctrinarios indican que su “finalidad es incorporar la participación ciudadana en el litigio”, junto “con el fortalecimiento de la democracia” entregando además a los tribunales informes objetivos que permitan aportar al juicio antecedentes relevantes, lo que permitiría mejorar el debate al proporcionar argumentos, sugerencias, opiniones que demuestran palmariamente un interés público. Con todo, hay ciertas voces disidentes, ya que manifiestan que con la creación de esta figura del *amicus*, más bien hay un cierto afán innovativo en las “instituciones procesales tradicionales más que razones jurídicas de fondo”. Esta democratización y participación ciudadana que se aduce, en definitiva son sólo afirmaciones falaces, toda vez que la citada Ley 20.600 requiere que el *amicus* sea de reconocida idoneidad técnica y profesional, calidades que sin duda limitan la intervención de este *amicus*. Conociendo nuestro medio, es poco probable que alguien sólo por un fin altruista se dé el quehacer de elaborar este estudio. Nada se da por nada. Este presentante deberá dejar establecido que no lo liga ningún tipo de relación con las partes litigantes y que no lo guía un interés particular en la emisión de su informe.

Justamente en este último aspecto el *amicus* ha mutado, y al decir de un autor, de *amicus curiae* ha devenido en un *enemicus curiae*, como lo podremos apreciar en las ideas siguientes.

Manifiesta este sentir el profesor argentino Víctor Bazán, diciendo: “En un principio, la participación del “amigo del tribunal” estaba enderezada principalmente a ayudar neutralmente al órgano jurisdiccional y proporcionarle información en torno a cuestiones esencialmente jurídicas respecto de las que aquél pudiere albergar dudas o estar equivocado en el criterio asumido hasta entonces sobre el particular, acercándoles fallos jurisprudenciales o antecedentes doctrinarios útiles para dirimir casos con cierto grado de complejidad”.

Sería del caso señalar que en esta evolución ha dejado de lado el *amicus* su carácter primigenio de imparcialidad, convirtiéndose –desde el punto de vista de nuestra legislación procesal civil– en un tercero coadyuvante, de modo tal

que su intervención es interesada y comprometida, “que argumenta jurídicamente para obtener un pronunciamiento favorable a la posición que auspicia”. Y así lo anotó Samuel Krislov en un ya lejano año de 1963, al expresar: “what was once a gesture of friendship has become a deliberate act of advocacy”.

Incluso otro autor (Julio Cueto Rúa) afirma “que en la actualidad no se le pide neutralidad; sí se espera, en cambio, una inteligente contribución sobre los problemas planteados por el caso y su repercusión respecto de terceros y demás integrantes de la comunidad, aún a sabiendas que el ‘amicus’ “es el amicus” del actor o el demandado”.

Esta degeneración del *amicus* nos lleva a concluir que ha pasado a constituir un medio de prueba, y que asumiendo tal calidad es vinculante para el órgano jurisdiccional, quien deberá ponderarlo en su fallo, so pena que de no hacerlo incurrirá en un vicio de casación.

Valgan estos comentarios para otras latitudes, toda vez que la ley ambiental en nuestro país sigue el criterio tradicional de neutralidad, de imparcialidad, de no constituir un medio probatorio, de no ser vinculante para el sentenciador, como asimismo de no ser considerado parte en la litis. Fuera de la ley citada no hay referencia normativa de esta figura procesal como tal, como tampoco lo considera el proyecto de un nuevo Código Procesal Civil.

Empero, y para tratar de ser ecuánime ¿tendrá justificación crear a este *amicus* como un ente procesal con carácter general?. La respuesta sería negativa teniendo en consideración la evolución que está experimentando este *amicus*, cambio que está asumido por nuestro Código de Procedimiento Civil hace ya más de cien años, cuando incorporó en su articulado el informe en derecho. Por ende, nuestros legisladores se anticiparon a la existencia del pregonado *amicus*, incluyendo su tendencia evolutiva.

No escapará al lector que entre el informe en derecho de nuestro Código Procesal Civil y el *amicus* se dan analogías y discrepancias, pero ellas no serán objeto de estos comentarios, y se dejan al criterio ilustrado del lector.

Para finalizar esta reseña, se ha considerado expresar la opinión de la Corte Suprema sobre el citado *amicus curiae*, que le fuera requerido al tiempo de discutirse en el Congreso la ley del medio ambiente. Así aconteció que por Oficio N° 133, de 10 de septiembre de 2010, se transcribió la resolución de la misma fecha que informa desfavorablemente el aludido proyecto, que en la parte que interesa para este trabajo es del tenor siguiente:

“CUARTO: Que respecto de la regulación de los *amicis curiae* que se contempla en el artículo 18 del Proyecto, el Tribunal Pleno estima que la norma adolece de

falta de precisión en cuanto al procedimiento de rendición de estos informes, considerando conveniente, en cambio, que sea el tribunal el que los requiera si la complejidad del caso sometido a su conocimiento lo justifica y se determine a lo menos un número claro de informes que se pueda aceptar”.

Aparece, entonces, del acuerdo precedente que la Corte no se opone abiertamente a la creación del *amicus*, sino que lo estaría considerando en la medida que su intervención esté sujeta a una regulación normativa más exigente. Sólo el transcurso del tiempo, como suele acontecer en estas situaciones, demostrará si nuestra legislación procesal civil se hará eco de este *amicus*.

## Bibliografía

- 1.- Víctor Bazán: ¿De qué hablamos cuando hablamos de *amicus curiae*? Revista de Derecho Público. Universidad de Chile, 71, 2009.
- 2.- Víctor Bazán: El *amicus curiae* y la utilidad de su intervención procesal: una visión de Derecho Comparado, con particular énfasis en el derecho argentino. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. 1, 2003.
- 3.- Víctor Bazán: La importancia del *amicus curiae* en los procesos constitucionales. <http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=comcontent&task=view&id=642&Itemid=116>
- 4.- Alejandra Coronado Concha: Procedimiento de reclamación ante Tribunales Ambientales. Memoria de Prueba. Universidad de Concepción, inédita. 2014.
- 5.- Alejandra Paolini Pecoraro: El *amicus curiae*: Su incidencia en los derechos humanos de las mujeres. <http://www.cladem.org/pdf/amicusalejandrapaolini.pdf>
- 6.- Jorge Tisné Niemann: Algunas particularidades en torno al derecho de acción ambiental en la Ley N° 20.600. Revista de Derecho. Universidad de Concepción. N° 231-232, 2012.
- 7.- Corte Suprema, Oficio N° 133, informe proyecto de ley. 10 septiembre 2010.
- 8.- *Amicus curiae*: [www.es.wikipedia.org](http://www.es.wikipedia.org).





## **Prospección del bien jurídico en el delito militar: la defensa nacional**

SERGIO CEA CIENFUEGOS

Profesor Universitario,  
ex Fiscal General Militar.

FUNDADOR DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE JUSTICIAS MILITARES

**RESUMEN:** El autor aborda el tema de cuál es el bien jurídico fundamental en el delito militar, concluyendo en este ensayo que es la defensa nacional. Para estos efectos, considera la evolución constitucional y la perspectiva penal en términos que este bien jurídico tutelado se vincula con la jerarquía, disciplina y la no deliberancia que no alcanzan a ser bienes jurídicos propios, pero sí permiten ser defendidos por el derecho penal mediante la teoría de la fragmentación de Gunter Jackobs.

\* \* \*

### **I. Introducción**

En el ámbito de la justicia militar, en la primera década del siglo XXI en Chile se inició un proceso de reforma a la judicatura castrense, con la entrada en vigencia de la ley N° 20.477, de fecha 30 de diciembre del año 2010, en la que se abordó y se concretó básicamente y esencialmente una restricción de la competencia de la justicia militar, mediante la exclusión de los civiles como sujetos activos de delitos que se encuentran dentro del conocimiento de la citada judicatura.

Sin embargo, en el proceso de reforma a la justicia militar en Chile quedaron pendientes importantes modificaciones a un sinnúmero de instituciones jurídicas de esa judicatura del fuero, y que no fueron consideradas en la ley N° 20.477, que a juicio del suscrito son materias relevantes que requieren una reforma estructural e integral.

Las materias o contenidos que deben ser necesariamente abordados en una próxima ley son: a) la organización de los tribunales militares y su respectiva competencia, respetando el principio de especialidad en ponderación con la adecuada independencia e imparcialidad que requieren dichos órganos y sujetos procesales, b) sustituir el actual procedimiento inquisitivo por uno acusatorio, en el que se resguarde en mejor forma el debido proceso y la presunción de

inocencia, considerando las especiales características de la función y profesión militar; c) la correcta determinación material del delito militar, considerándose aquellos tipos penales que se sustentan en un bien jurídico de exclusivo carácter militar, de acuerdo a las actuales exigencias que el Estado de Chile asigna a las Fuerzas Armadas; y d) la posibilidad de que la potestad sancionadora disciplinaria tenga un sistema de control en sede jurisdiccional especial, de tipo contencioso administrativo, en que exista una acción que se pueda interponer, en contra de resoluciones que contengan medidas disciplinarias que afecten derechos fundamentales, como por ejemplo son las de naturaleza expulsiva, impuestas por el mando militar, a objeto de que sean conocidas y falladas por un tribunal o corte especializado en la función militar.

De los cuatro contenidos referidos, abordaré en esta oportunidad solo aquel vinculado a la correcta determinación material del delito militar, para lo cual consideraremos, entre otros aspectos, la noción del bien jurídico tutelado desde una perspectiva constitucional, el *ius puniendi* y la defensa nacional, la eliminación de los tipos penales referidos a Carabineros de Chile del ámbito del delito militar, la exclusión de la víctima civil de la judicatura militar, la consagración de los delitos militares como delitos de función y finalmente algunas conclusiones.

## **II. Bien jurídico tutelado en el delito militar: defensa nacional.**

### **a) Antecedentes previos:**

Actualmente, el delito militar tiene una tipificación formal<sup>1</sup>, en ese contexto es delito militar toda conducta que se encuentra prevista en el Código de Justicia Militar, situación que ha motivado a la doctrina a diferenciar los propiamente militares (también denominados delitos de función, como por ejemplo incumplimiento de orden, cobardía, falta de iniciativa en el combate, desertión y abandono de destino, entre otros) y militarizados (por ejemplo el hurto y robo de especie afecta al servicio de las fuerzas armadas, cuando es perpetrado por militares), esto es, tipos penales comunes y no de función, pero que el legislador en su época estimó necesario consagrarlos como ilícitos militares, porque afectan de manera indirecta la función militar al lesionar conjuntamente bienes jurídicos comunes (como por ejemplo la propiedad) y bienes jurídicos militares, como la defensa nacional mediante la mantención de la eficacia operativa. Anteriormente además existía además la categoría de delito impropio militar, cuando se juzgaba a civiles por delitos que “no lesionan intereses institucionales”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Art. 5 Código de Justicia Militar: “Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento: 1º De las causas por delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en este Código...”.

<sup>2</sup> ASTROSA Herrera, Renato. Código de Justicia Militar Comentado. Editorial Jurídica, año 1985, página 29.

Las deficiencias en la delimitación correcta del delito militar pueden ser advertidas incluso en el juzgamiento de delitos comunes perpetrados por militares ante la jurisdicción militar, que como se ha sostenido por la doctrina es “amplísima, pues conoce del delito común el tribunal castrense si en la comisión del delito ha participado un militar...”<sup>3</sup>, es decir, en esa materia se ha mantenido el histórico fuero personal, situación que actualmente pugna con la tesis moderna del derecho penal en este ámbito, que a mi entender es un concepto que también debe ser aplicable en el ámbito de la justicia castrense.

Para efectuar una precisa tipificación del delito militar, he sostenido: “que el derecho penal militar se debe fundamentar en el bien jurídico protegido y, asimismo, en la función de política criminal que el Estado le asigne a la norma punitiva castrense, de tal manera que exista un concepto material del delito, vinculado a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, en nuestro caso, de carácter castrense.”<sup>4</sup>

Al analizar el concepto de los crímenes contra la humanidad, entendidos como “atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, integridad física y salud, libertad...) cometidos, tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de iure o de facto.”<sup>5</sup>, observamos que el bien jurídico tutelado es de carácter individual y de afectación de derechos fundamentales, lo que permite afirmar que se deben excluir de la noción de delito militar.

A nuestro juicio, en el ámbito material constituido por el delito militar el bien jurídico más relevante que se requiere preservar es la defensa nacional.

La trascendencia del bien jurídico defensa nacional se presenta en el ejercicio del *ius puniendi*, sin dejar de lado su importancia en el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito disciplinario, que desde una óptica de la respuesta de proporcionalidad del Estado, es de menor intensidad, situación que se manifiesta en la determinación del principio de tipicidad, por cuanto en materia penal el nivel de exigencia normativo es superior, dado la relevante afectación de bienes jurídicos del imputado y particularmente aquel directamente vinculado a la defensa nacional.

La defensa nacional como bien jurídico tutelado es una condición esencial para la existencia de un Estado, en el que existe seguridad exterior, que le permite

<sup>3</sup> LÓPEZ Dawson, Carlos. Justicia Militar, una nueva mirada. Editora nacional de derechos humanos, año 1995, página 93.

<sup>4</sup> CEA Cienfuegos, Sergio y CORONADO Donoso, Ricardo. Derecho Militar. Parte General. Tomo I, Editorial Legal Publishing, año 2011, página 66.

<sup>5</sup> GIL Gil, Alicia. En “La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post Roma”, editorial Tirant Lo Blanch, año 2002, página 94.

desarrollarse plenamente, asegurando su soberanía e integridad territorial sin interferencias exteriores. Por ello, se ha sostenido que “La función defensa, tal como las demás funciones estatales, requiere para su materialización de una estructura orgánica capaz de planificarla y ejecutarla, mecanismos de control de gestión, de una legislación de respaldo, de financiamiento y de políticas orientadoras. Una política pública, conocida como política de defensa, recoge todos estos aspectos.”<sup>6</sup>

El bien jurídico tutelado “defensa nacional” se encuentra previsto en la Constitución Política de la República, con menciones en las disposiciones previstas en el artículo 1° en lo que respecta al deber del Estado de resguardar la “seguridad nacional”, es decir, se consagra una acción de tutela, amparo o protección de la seguridad nacional, lo que en consecuencia implica que se ampara el bien jurídico “defensa nacional”.

En similar sentido, el artículo 22 de la actual Carta Fundamental de Chile considera como deber fundamental del chileno el “defender su soberanía” y contribuir a “preservar la seguridad nacional”.

Si bien en términos generales el deber de tutela corresponde a todos los chilenos, la máxima autoridad del Estado, que es el Presidente de la República, es el único facultado para declarar la guerra, previa autorización por ley, asumiendo la jefatura suprema de las fuerzas armadas y disponiendo de los medios de defensa apropiados, que en este caso corresponden a las fuerzas de aire, mar y tierra, todo ello conforme al artículo 32, números 17, 18 y 19 de la Carta fundamental, y que dicen relación con el artículo 40 del mismo texto constitucional, que permite declarar el estado de excepción constitucional de asamblea, en caso de “guerra exterior”.

En consecuencia, para el sistema constitucional de Chile, la defensa nacional, se encuentra considerada en un bloque constitucional que obliga al Estado a preservarla de amenazas, mediante un sistema de protección o tutela que compele a todos los chilenos a contribuir en ese esfuerzo, dirigidos por el Presidente de la República.

La Constitución Política de la República encomienda a los órganos de la Administración del Estado la consecución de determinados fines para satisfacer las necesidades públicas o colectivas. En el caso de las fuerzas armadas, estas tienen existencia precisamente para ser empleadas en la defensa de la patria. El concepto de patria se utiliza para reforzar el lugar o territorio con que se vincula un sujeto, ya sea por razones culturales, históricas, políticas o afectivas,

<sup>6</sup> Libro de la Defensa Nacional. Año 2010, página 109.

nociones que quedan comprendidos en la defensa nacional, en lo referente a la protección de la población y de la integridad territorial del Estado.

## **b) Evolución constitucional y defensa nacional**

En la historia constitucional de Chile, existen de manera permanente menciones a la protección del bien jurídico defensa nacional y al rol que se asigna a las fuerzas armadas en tal sentido. Para estos efectos, he considerado para mayor ilustración de los lectores algunos artículos de determinadas Constituciones Políticas que han regido en nuestro país.

A este respecto cabe mencionar que en la "Constitución Política del Estado" de 1822 existe un título octavo, denominado "De la Fuerza Militar", en el que se regulan las normas "De la tropa de Línea", correspondiéndole a los tres poderes clásicos del Estado acordar "el número de tropas que se necesite para la defensa del Estado.", de conformidad a lo previsto en el artículo 235 de la citada Carta Constitucional.

En la "Constitución Política del Estado de Chile" de 1823, su artículo 18 regula las facultades del Director Supremo, entre las que se encuentran "organizar y disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, con arreglo a la ley", "declarar la guerra". "En un ataque exterior o conmoción interior imprevistos, puede dictar providencias hostiles o defensivas de urgencia, pero consultando inmediatamente al Senado", entre otras. Asimismo, en el Título XX "De la Fuerza Pública", particularmente en sus artículos 225 y siguientes, se dispone que exista una fuerza pública constituida por la "Milicia Veterana" y "Nacional", pero para la defensa nacional integra a todos los chilenos, por ello expresa que: "La fuerza del Estado se compone de todos los chilenos capaces de tomar las armas: mantiene la seguridad interior y la defensa exterior", correspondiéndole a la "fuerza pública" un carácter "obediente" y no deliberante.

Por su parte en la Constitución Política de la República de Chile de 1828, en el Capítulo XI, denominado "De la fuerza armada", reguló especialmente la composición de la fuerza armada, integrada por el "Ejército de mar y tierra, y de la milicia activa y pasiva", pero además en las atribuciones del Poder Ejecutivo, artículo 83 N° 10, se establece que el referido poder tiene la atribución de "Disponer de la fuerza de mar y tierra y de la milicia activa, para la seguridad interior y defensa exterior de la Nación..."

En otro orden de ideas, la Constitución Política de 1833 en su texto original asignó al Presidente de la República, entre otras potestades, la conservación de "la seguridad exterior (SIC) de la República", y para tales efectos le concede como atribuciones la provisión de empleos militares, disponer y mandar a las fuerzas de aire mar y tierra, organizarlas y distribuirlas, y "Declarar la guerra con previa aprobación del Congreso..."

En la ley de reforma constitucional de 24 de octubre de 1874 se otorga al Congreso la facultad de dictar leyes excepcionales en diversos casos, particularmente “cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la Defensa del Estado”.

En la Constitución Política de 1925 no existe un capítulo especial en el que se regulen las funciones de las fuerzas armadas, sin perjuicio que en materia de atribuciones presidenciales se reglamenta la facultad del Presidente de la República para disponer de las fuerzas mar y tierra. Además en el texto constitucional se indica expresamente que la fuerza pública es esencialmente obediente, por lo que ningún cuerpo armado puede deliberar.

En la reforma constitucional del 9 de enero de 1971, mediante la ley N° 17.398, se sustituye el artículo 22 referido a la obediencia y no deliberancia de la fuerza pública por el siguiente texto: “La fuerza pública está constituida única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros, instituciones esencialmente profesionales, jerarquizadas, disciplinadas, obedientes y no deliberantes. Sólo en virtud de una ley podrá fijarse la dotación de estas instituciones”.

“La incorporación de estas dotaciones a las Fuerzas Armadas y Carabineros, sólo podrá hacerse a través de sus propias escuelas institucionales especializadas, salvo la del personal que deba cumplir funciones exclusivamente civiles”.

En el plano normativo, a partir de los decretos leyes 1551 (Acta Constitucional N° 2 “Bases esenciales de la Institucionalidad chilena”), 1552 (Acta Constitucional N° 3 “De los derechos y deberes constitucionales”), 1553 (Acta Constitucional N° 4 “Regímenes de emergencia”), todos del 13 de septiembre de 1976, se produce un aumento sustancial de los cometidos constitucionales, que normalmente deberían considerarse asignados a las fuerzas armadas y a los chilenos en estado de cargar armas, en atención a que se excede la función tradicional de defensa nacional, a través de la asignación de competencia material y funcional, en la protección del orden institucional de la República, que comprende valores superiores y permanentes de la chilenidad, preservación de la identidad histórico-cultural y conducción de la República, seguridad nacional y participación de las Fuerzas Armadas a través de una Junta de Gobierno, en la función constitucional, legislativa y de gobierno interior.

En efecto, la citada Acta Constitucional N° 2, “Bases esenciales de la Institucionalidad chilena”, tuvo por fundamentos, entre otros, que las Fuerzas Armadas y de Orden “en cumplimiento de su deber esencial de resguardar la soberanía de la nación y los valores superiores y permanentes de la chilenidad, a justo y legítimo requerimiento de aquellas, asumieron el 11 de septiembre de 1973 la conducción de la República, con el fin de preservar la identidad histórico-cultural de la Patria y de reconstruir su grandeza espiritual y material”.

Por otra parte, en el Acta Constitucional N° 3 “De los derechos y deberes constitucionales”, se prescribe en su artículo quinto que: “Todo chileno tiene el deber fundamental de honrar a su Patria, de defender su soberanía y su integridad territorial, y contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena”.

Finalmente, en el Acta Constitucional N° 4 “Regímenes de emergencia”, se afirma en el considerando primero: “Que es deber natural y constitucional del Estado promover el bien común, cuya consecución sólo es posible mediante la creación de las condiciones necesarias para el desarrollo económico social de la comunidad, al que es consustancial la seguridad nacional considerada como la aptitud del Estado para garantizar ese desarrollo, precaviendo y superando las situaciones de emergencia que pongan en peligro el logro de los objetivos nacionales”.

El aumento de potestades y atribuciones que se asignaron en la década de los años setenta fue reconocido expresamente por DUVAUCHELLE<sup>7</sup>, quien señaló que “El objetivo primordial o razón de ser de las Fuerzas Armadas es la defensa de la patria, lo que exige que ellas estén siempre preparadas para acudir en protección del Estado, su soberanía, sus nacionales, sus valores y sus tradiciones, respecto de cualquier amenaza o agresión, sea interna o externa”. Agrega el citado autor que “Las circunstancias de ser las FF.AA. esenciales para la seguridad nacional, significa asumir la tarea de velar y contribuir a la coordinación de todas las actividades del Estado, que permitan desarrollar sus potencialidades, sea en los campos económicos, social, político o cultural, con vistas al bien común”.

En lo que respecta a la Constitución de 1980, lo autores están contestes en que en el ámbito de las fuerzas armadas se produjo un incremento de cometidos constitucionales. En efecto, como afirma VERDUGO<sup>8</sup> “Las tradicionales funciones de las FF.AA., como son la defensa de la soberanía territorial, aparecen ampliadas en el texto de la Constitución de 1980, desde el momento en que junto con considerarse “esenciales para la seguridad nacional” se les asigna además el rol de garantes del orden institucional (inciso 2° artículo 90 primitivo de la Constitución), lo anterior considerando además que integraban en mayoría el Consejo de Seguridad Nacional”.

Una de las funciones constitucionales de los cuerpos armados que suscitaba una importante crítica respecto a su existencia era precisamente la referida al rol de ser garante del orden institucional de la República, como anota CEA EGAÑA<sup>9</sup>, es:

<sup>7</sup> DUVAUCHELLE Rodríguez, Mario. Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile: Su regulación constitucional y orgánica constitucional. Editorial Jurídica de Chile, primera edición año 1994, páginas 84 y 85.

<sup>8</sup> VERDUGO Marinkovic, Mario. Notas a la reforma constitucional en lo que atañe a las fuerzas armadas y consejo de seguridad nacional, páginas 699 a 709, en *Reforma Constitucional*. Editorial LexisNexis, año 2005.

<sup>9</sup> CEA Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*, tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile, enero del año 2002, página 129.

*“Una disposición de la máxima importancia política, aunque de contenido y aplicación difusos, es la que confía a dichas instituciones la misión de garantizar el orden institucional de la República. Se ha destacado que el fundamento histórico de esta atribución yace en los reiterados llamados que diversos Presidentes efectuaron hasta 1973, a las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, para contribuir a mantener el funcionamiento normal de las instituciones nacionales amenazadas por huelgas o paros, asonadas y otros hechos críticos. Pero ello no evita sostener que sigue siendo una facultad que exige, para ser ejercida, una apreciación muy estricta de las circunstancias que la motivan y con finalidad de subordinación patente al sistema constitucional. A mayor abundamiento, la misión referida tiene que ser cumplida por todos los órganos del Estado de derecho, de conformidad con lo mandado en el artículo 6° de la Constitución. Es, por ende, una atribución que no debe ser actualizada por ser peligrosa y de consecuencias delicadas. En suma es mejor derogada”.*

Sobre la atribución asignada a las Fuerzas Armadas para el resguardo del orden institucional de la República, existió una opinión favorable del comisionado Guzmán<sup>10</sup>, pero con ciertas restricciones asociadas a la delimitación de funciones en un Estado de Derecho, en efecto dicho comisionado señala:

*“...que se le presentan dudas frente al problema de transformarlas en la fuerza que asegure el cumplimiento del Derecho, porque no hay ninguna duda de que en casos extremos, en que se trate de conservar o asegurar el ordenamiento institucional de la República, parece conveniente y adecuado radicar en las Fuerzas Armadas esa misión, si es que a alguien se le quiere entregar en forma explícita, pero en la forma en que está redactado el precepto, se convierte a las Fuerzas Armadas en el órgano destinado a garantizar, prácticamente, todas las resoluciones de los órganos del Estado, de los poderes públicos o políticos, con el inconveniente de que en la práctica, como las dificultades surgen cuando hay conflictos entre los órganos o Poderes del Estado, las Fuerzas Armadas pasarían a ser un árbitro con tendencia permanente a actuar para resolver conflictos, porque en cualquier instante en que uno de los órganos del Estado sostuviere que otro le está entorpeciendo el libre ejercicio de sus atribuciones, sería legítimo entender y comprender que este Poder se dirigiera al que está encargado de garantizar el libre ejercicio de ese Poder, y le pidiera que se lo garantizara, en cuyo caso estarían permanentemente en presencia de una acción, no en casos límites, sino en casos bastante frecuentes”.*

El criterio constitucional de asignar a las Fuerzas Armadas el rol de garantes del orden institucional, que surge en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, fue objeto de una crítica en las expresiones del

<sup>10</sup> Actas de la Comisión Ortúzar, sesión 52.



comisionado BERTELSEN, quien citado por TRONCOSO<sup>11</sup> expresa que existe un “mal acostumbramiento” que consiste en que “el país esté descansando permanentemente en ellas (las Fuerzas Armadas) como protectoras de la Constitución”, por lo que estima que aquello es “peligroso”.

Por lo expuesto, no es de extrañar que en la ley de reforma constitucional N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, se transfiriera este cometido constitucional a todos los Órganos del Estado y no tan sólo a las Fuerzas Armadas.

Sobre la materia en análisis, es menester señalar que no es la finalidad de este artículo académico analizar las causas que originan el aumento de potestades públicas de las fuerzas armadas en el ordenamiento jurídico constitucional, pero sí podemos precisar que sólo en la época de la formación de la República de Chile (Constituciones de 1822 y 1828) se constatan normas jurídicas de similar extensión axiológica, lo que denota un espíritu refundacional en las citadas Actas Constitucionales de la mitad de la década de los setenta en Chile, situación que hasta hoy le ha restado legitimidad jurídica, en un Estado de Derecho, a los textos constitucionales basados en esas normas primigenias, lo que en parte explica aquella razón de que no obstante la trascendente reforma a la Carta Fundamental en el año 2005 mediante la ley de reforma constitucional N° 20.050, este texto constitucional hasta la fecha no ha sido capaz de generar amplios consensos en la sociedad chilena en torno a su legitimidad como Norma Suprema, en términos tales que el actual Gobierno de Chile ha iniciado un proceso paulatino destinado a reemplazar la actual Constitución Política.

Por lo expuesto coincidimos con BASSA<sup>12</sup> en el sentido de que *“El ideal ético de la Constitución se encuentra determinado por las circunstancias de cada momento histórico, ello permite optimizar el reconocimiento y protección de los distintos valores y principios que la comunidad ubica dentro del marco de la Constitución”*.

El citado autor<sup>13</sup> agrega respecto a la reforma del año 2005 que *“... significó un considerable avance en la democratización de la Constitución chilena, sin perjuicio de que aún existen materias pendientes, quizá, la más importante, en materia de derechos fundamentales, cuyo catálogo aún espera por una revisión que lo legitime plenamente”*.

### c) El *ius puniendi* y la defensa nacional.

El *ius puniendi* o facultad estatal de castigar el delito, se fundamenta en la protección de bienes jurídicos tutelados que son relevantes para la sociedad, bienes

<sup>11</sup> TRONCOSO Riquelme, Marco Antonio. El papel de las Fuerzas Armadas y Carabineros, como garantes del orden institucional de la República. En actas 34 de las Jornadas de derecho público. (25-27 noviembre de 2004). Edición Lexis Nexis, año 2005, página 132.

<sup>12</sup> BASSA Mercado, Jaime. El Estado Constitucional de Derecho. Editorial legal publishing, julio de 2009, página 1.

<sup>13</sup> Op. cit. Página 17.

jurídicos que en virtud del principio de juridicidad deben estar consagrados en el ámbito constitucional.

Pues desde esta perspectiva, la noción de bien jurídico militar debe tener un sustento en la Constitución Política de la República, que necesariamente se configura como una infracción de deberes o funciones castrenses, es decir, no basta vestir uniforme para perpetrar delitos militares, sino que además el delito debe ser un delito de función. En consecuencia, un militar puede cometer delitos comunes o delitos de función, y sólo en este último caso podrá ser sujeto al fuero especial, que como hemos sostenido, ha dejado de ser un fuero personal, como sí lo fue en las primeras épocas del Derecho Militar.

Actualmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>14</sup> ha expresado que el fuero militar permite el juzgamiento de militares en servicio activo y en actos del servicio –competencia personal– siempre que se perpetren delitos que atenten bienes jurídicos propios del orden militar, esto es, denominados competencia material.

En el ámbito constitucional ya he analizado en el título precedente que el bien jurídico tutelado en materia militar es la defensa nacional, el que ha estado presente en casi todos los textos constitucionales, con mayor o menor precisión de las funciones asignadas a los cuerpos armados. Por consiguiente, si ya hemos centrado lo que debe constituir el fundamento del delito militar, claramente debe estar orientado a la protección de la defensa nacional, es decir, el delito militar supone que la conducta se realiza en acto de servicio afectando la existencia y eficacia operativa del cuerpo armado, disminuyendo su capacidad para sostener la defensa nacional.

Lo antes expuesto implica que el militar infringe un deber funcional propio, esto es, aquel que le corresponde conforme a su cargo, grado y jerarquía, pero no debe confundirse con el mero incumplimiento de órdenes superiores, ya que en principio el *ius puniendi* exigirá una especial relevancia o gravedad que haga necesario el ejercicio de una conminación o amenaza penal, reduciendo al ámbito meramente administrativo, las infracciones que con menor entidad afectan el citado bien jurídico.

Asimismo, el incumplimiento de órdenes superiores, evidentemente afecta la eficacia operativa del cuerpo armado y destruye su estructura jerárquica y de disciplina, ello permite el ejercicio del *ius puniendi* en el ámbito castrense, para cautelar la estructura jerárquica y de mando, de tal manera que las fuerzas armadas puedan cumplir los cometidos constitucionales asignados, especialmente en el ámbito de la defensa nacional.

<sup>14</sup> Casos “Palamara contra Chile”, “Radilla Pacheco contra México” y “Rosendo Cantú contra México”.

Lo anterior implica que la defensa nacional, como bien jurídico tutelado en un estado de derecho, reconoce como límite el respeto, protección y promoción de los derechos fundamentales, por ello afirmamos que el derecho militar impone al cuerpo armado no sólo un deber de obediencia jerárquica o disciplinaria, sino que además el deber de respetar en forma permanente los derechos fundamentales.

En consecuencia, el derecho militar existe para preservar derechos fundamentales y no es ajeno a la protección constitucional de tales derechos, situación que permite resolver de manera acertada los casos de órdenes atentatorias contra los derechos fundamentales y el orden constitucional del Estado, ya que en ambas situaciones los sujetos activos del delito militar se apartan de la función de defensa nacional que la Constitución Política les asigna, de esta forma se superan los conceptos de obediencia debida y obediencia reflexiva.

La defensa nacional, como bien jurídico tutelado, se vincula con la jerarquía, disciplina y la no deliberancia, nociones jurídicas que no alcanzan a constituirse en bienes jurídicos si permiten ser defendidos por el derecho penal mediante la teoría de la fragmentación de Gunter Jackobs, dado que no se trata de que cada uno de esos conceptos correspondan a diversos bienes jurídicos, sino que por el contrario, los tres últimos conceptos referidos, permiten alcanzar el bien jurídico tutelado en los delitos militares, de tal suerte que si se afecta la jerarquía, disciplina y no deliberancia, se termina poniendo en peligro o afectando la defensa nacional. Gunter Jackobs expresa sobre la materia que "... si bien el comportamiento delictivo no se puede anticipar discrecionalmente a la lesión de un bien jurídico, quizá resulte posible anticipar la propia lesión de un bien jurídico. En este punto no se está pensando en rebajar el ataque al bien jurídico de la lesión a la puesta en peligro, sino en un fraccionamiento del bien jurídico. Se puede fragmentar el injusto correspondiente al estadio de la lesión, en diversos injustos parciales y, renunciando a la completa reunión de todos los injustos parciales, definir el injusto del hecho, por algunos fragmentos de injusto producidos precozmente o, incluso, por uno solo de ellos".<sup>15</sup>

La protección de bienes jurídicos ha sido analizada por Cury, quien expresa que "... la cuestión de qué bienes jurídicos merecen ser protegidos con la amenaza de una pena penal, es la primera –y, posiblemente, la de mayor trascendencia– que se propone el legislador. Como ya se ha señalado para resolverla, ha de tener en cuenta que la pena penal es el más severo de los recursos con que cuenta el derecho; por lo mismo, el último que ha de emplear."<sup>16</sup>

<sup>15</sup> JACKOBS, Gunter. Fundamentos del derecho penal. Editorial Gráfica LAF S.R.L. Argentina, año 1996.

<sup>16</sup> CURY URZUA, Enrique. Derecho penal. Parte GENERAL, TOMO I, Editorial Jurídica, año 1988, página 234.

En este contexto, al analizar el Código de Justicia Militar del año 1925 y las leyes penales especiales que quedaron sometidas al fuero militar, afirmamos que se presenta una diversidad y amplitud en materia de bienes jurídicos tutelados, tipificándose conductas que a juicio del suscrito no requerirían de la amenaza penal para ser sancionadas, bastando simplemente una mera infracción administrativa y disciplinaria, asimismo, existen tipos penales sustentados en bienes jurídicos que no son estrictamente castrenses, y que deben ser abordados desde el derecho penal común.

Cury además agrega: "... si se desea que la amenaza penal surta sus efectos, importa usarla con prudencia, la prodigalidad suele conducir a la grosería, y tipos grotescos, amenazados con penas grotescas, desvalorizan la institución penal, deteriorando el instrumento más poderoso del ordenamiento jurídico."<sup>17</sup>

En consecuencia, a nuestro entender es necesaria una reforma que delimite el concepto de delito militar, en cuanto a que, sólo deben ser considerados como tales aquellas conductas que afecten la defensa nacional y las que se vinculen a este bien jurídico mediante el sistema de fragmentación, es decir, aquellas que incidan o afecten en la disciplina, jerarquía y no deliberancia, toda vez que de lo contrario se afectaría el principio de especialidad, que es precisamente el fundamento de la existencia de la judicatura del fuero.

Reiteramos que la correcta determinación material del delito militar solo debe considerar aquellos tipos penales que se sustentan en un bien jurídico de exclusivo carácter militar, de acuerdo a las actuales exigencias que el Estado de Chile asigna a las Fuerzas Armadas y ese es la defensa nacional.

### ***Exclusión de Carabineros de Chile como sujeto activo militar.***

En lo que respecta a Carabineros de Chile, sus deberes y cometidos constitucionales son distintos a los previstos para las Fuerzas Armadas, de tal manera o forma que desde el punto estrictamente jurídico, no existe un fundamento concreto para justificar la tipificación de delitos militares respecto de aquellos.

En efecto, Carabineros de Chile es una fuerza de orden y seguridad pública, como tal, tiene asignados como cometidos constitucionales especialísimos el de dar eficacia al derecho; garantizar el orden público y la seguridad pública interior, todo ello bajo la dependencia orgánica del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

<sup>17</sup> Ob. Cit. Pág. 235.

Por razones históricas y de política criminal, Carabineros de Chile ha sido considerado con un título especial en el Código de Justicia Militar en su título II libro cuarto, incorporado mediante el decreto ley N° 650 de 1932, reconociéndole un carácter disciplinario militar, que hasta la fecha se mantiene vigente en su ley orgánica constitucional.

Los tipos penales especiales previstos para Carabineros de Chile en el Código del Fuero son los de embriaguez en el servicio, el abandono de servicio y el maltrato de obra a carabineros de servicio, en los que no existe una protección de la defensa nacional como bien jurídico tutelado, y por ello no pueden efectivamente ser considerados delitos militares, salvo cuando cumplen funciones militares en operaciones de paz, tiempos de crisis o de guerra, en que excepcionalmente protegen la defensa nacional.

Sin embargo, en el derecho comparado constatamos que existen algunos Estados en Latinoamérica que han considerado conjuntamente los fueros militares y policiales, y ello en razón que las realidades institucionales y percepciones de cada sociedad son distintas en esta materia, por cuanto en aquellos países latinoamericanos la macrocriminalidad propia del terrorismo y el narcotráfico ha impactado y han requerido una respuesta militar a esos fenómenos delictivos por parte del Estado.

En Chile no se ha presentado actualmente una fenomenología en términos tales de macrocriminalidad como las antes enunciadas por lo que en consecuencia, en un nuevo ámbito de aplicación del Código de Justicia Militar, no existe un fundamento objetivo para tipificar en la actualidad dentro de la judicatura del Fuero Militar delitos perpetrados por Carabineros de Chile, salvo las excepciones ya mencionadas precedentemente, lo que en definitiva debe traducirse en una futura modificación al Código de Justicia Militar.

### ***Los delitos militares y la exclusión de la víctima civil***

Como hemos expresado, el delito militar es un delito de función, que tutela el bien jurídico defensa nacional. Este bien jurídico es de naturaleza colectiva y permite al Estado mantener la adecuada protección a la población, los recursos naturales y la integridad territorial en el marco de las funciones asignadas constitucionalmente a las Fuerzas Armadas, en razón de que tales situaciones son incompatibles con las víctimas civiles en el ámbito del delito del fuero<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> En Sentencia de fecha 29 de julio de 2015, la Ilma. Corte de Apelaciones de Valdivia, acogiendo un recurso de apelación en materia de competencia, en causa Rol N° 470-2015, declaró competente a la justicia ordinaria, para conocer un caso de violencia policial, por las lesiones sufridas por el comunero mapuche Miguel Antieco Painen durante el violento desalojo realizado con fecha 9 de enero de 2015 del Fundo Lumaco Bajo, en la Comuna de Río Bueno.

Lo anterior había sido reafirmado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido de manera reiterada que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que solo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense.

En consecuencia, el bien jurídico defensa nacional y la función militar se encuentran limitados para afectar derechos fundamentales de civiles<sup>19</sup>.

### ***Delitos militares de función***

Si bien algunos Códigos de Justicia Militar consideran como bienes jurídicos la disciplina y la jerarquía, esto claramente no debiera ser considerado como argumento para sostener que tales bienes jurídicos son exclusivamente militares, ya que la disciplina y jerarquía no son características exclusivas solo de las Fuerzas Armadas, sino que se presentan en todos los órganos de la Administración del Estado, incluso de aquellos que integran la Administración civil, de esta manera se confundirían algunos delitos cometidos por funcionarios públicos con los delitos militares propiamente tales.

La ley N° 18.834 establece expresamente en el artículo 61 letra f) que los funcionarios públicos de la Administración Civil deben obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico, pudiendo ser objeto de medidas disciplinarias si infringen dicha obligación.

Sin embargo, la intensidad de la jerarquía y la disciplina constituyen en los Cuerpos Armados un régimen de sujeción especial de sus integrantes, en especial la disciplina, que es un pilar esencial dentro de la estructura de las organizaciones militares.

Las violaciones a los derechos humanos (genocidio y lesa humanidad) no están comprendidas dentro del bien jurídico defensa del Estado y por ello esos actos no deben sancionarse con un *ius puniendi* militar, sino que con el *ius puniendi* común, esto además explica por qué razón quedan excluidas de la competencia de la justicia militar.

### **Conclusiones:**

- 1.- En el proceso de reforma a la justicia militar en Chile es evidente que quedan pendientes modificaciones a un sinnúmero de instituciones

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2493-13-INA del 6 de mayo del 2014, sobre el Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 5 n° 1 y n° 3 del Código de Justicia Militar.

jurídicas de la Justicia Militar, y que no fueron consideradas en la ley N° 20.477 de fecha 30 de diciembre del año 2010

- 2.- A juicio del suscrito las materias o contenidos que deben ser necesariamente abordados en una próxima ley son: a) la organización de los tribunales militares y su respectiva competencia, respetando el principio de especialidad en ponderación con la adecuada independencia e imparcialidad que requieren dichos órganos y sujetos procesales, b) Reemplazar el actual procedimiento inquisitivo por uno acusatorio, en el que se resguarde en mejor forma el debido proceso y la presunción de inocencia, considerando las especiales características de la función y profesión militar, no es concebible ni razonable que en la actualidad en Chile exista una isla jurídica para los integrantes de las Fuerzas Armadas en esta materia. c) la correcta determinación material del delito militar, considerándose aquellos tipos penales que se sustentan en un bien jurídico de exclusivo carácter militar, de acuerdo a las actuales exigencias que el Estado de Chile asigna a las Fuerzas Armadas y ese bien jurídico es la Defensa Nacional; y d) la posibilidad de que la potestad sancionadora disciplinaria tenga un sistema de control en sede jurisdiccional especial, de tipo contencioso administrativo, en que exista una acción que se pueda interponer en contra de resoluciones que contengan medidas disciplinarias que afecten derechos fundamentales.
- 3.- El ámbito material constituido por el delito militar, el bien jurídico más relevante que se requiere preservar es precisamente la Defensa Nacional y ello se vincula directamente con el *ius puniendi* o facultad estatal de castigar el delito, se fundamenta en la protección de bienes jurídicos tutelados que son relevantes para la sociedad y que en virtud del principio de juridicidad deben estar consagrados en el ámbito constitucional.
- 4.- Entonces la conclusión de este ensayo es que la adecuada determinación material del delito militar solo debe considerar aquellos tipos penales que se sustentan en un bien jurídico de exclusivo carácter militar, de acuerdo a las actuales exigencias que el Estado de Chile asigna a las Fuerzas Armadas y ese es la Defensa Nacional.

### **Bibliografía citada**

- 1.-ASTROSA Herrera, Renato. Código de Justicia Militar Comentado. Editorial Jurídica, año 1985, página 29.
- 2.-LÓPEZ Dawson, Carlos. Justicia Militar, una nueva mirada. Editora nacional de derechos humanos, año 1995, página 93.

3.- CEA Cienfuegos, Sergio y CORONADO Donoso, Ricardo. Derecho Militar. Parte General. Tomo I, Editorial Legal Publishing, año 2011, página 66.

4.-GIL Gil, Alicia. En "La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post Roma", Editorial Tirant Lo Blanch, año 2002, página 94.

5.-Libro de la Defensa Nacional. Año 2010, página 109.

6.-DUVAUCHELLE Rodríguez, Mario. Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile: Su regulación constitucional y orgánica constitucional. Editorial Jurídica de Chile, primera edición año 1994, páginas 84 y 85.

7.-VERDUGO Marinkovic, Mario. Notas a la reforma constitucional en lo que atañe a las fuerzas armadas y consejo de seguridad nacional, páginas 699 a 709, en Reforma Constitucional. Editorial Lexis Nexis, año 2005.

8.-CEA Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile, enero del año 2002, página 129.

9.-ACTAS DE LA COMISION ORTÚZAR, Sesión 52.

10.-TRONCOSO Riquelme, Marco Antonio. El papel de las Fuerzas Armadas y Carabineros, como garantes del orden institucional de la República. En Actas 34 de las Jornadas de derecho público. (25-27 noviembre de 2004). Edición Lexis Nexis, año 2005, página 132.

11.-BASSA Mercado, Jaime. El Estado Constitucional de Derecho. Editorial legal publishing, julio de 2009, página 1.

12.-JACKOBS, Gunter. Fundamentos del derecho penal. Editorial Gráfica LAF S.R.L. Argentina, año 1996.

13.-CURY URZÚA, Enrique. Derecho penal Parte GENERAL, TOMO I, Editorial Jurídica, año 1988, página 234.

### **Legislación citada.**

Constituciones Políticas de Chile de 1822; 1823; 1828; 1833; 1925 y 1980.

Código de Justicia Militar aprobado por Decreto Ley N° 806 de 23 de diciembre de 1925 y sus modificaciones

Ley N° 18.834 de fecha 23 de septiembre de 1989.

Ley N° 20.477 de fecha 30 de diciembre del año 2010.

### **Sentencias citadas**

1.-Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 22 de noviembre del año 2005. "Palamara Iribarne contra Chile".

2.-Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 23 de noviembre del año 2009. "Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos".



3.-Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 31 de agosto del año 2010. "Rosendo Cantú y otra contra México".

4.-Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2493-13-INA del 6 de mayo del 2014, sobre el Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 5 n° 1 y n° 3 del Código de Justicia Militar.

5.-Sentencia de fecha 29 de julio del año 2015, la Ilma. Corte de Apelaciones de Valdivia, acogiendo un recurso de apelación en materia de competencia, en causa Rol N° 470-2015, declaró competente a la justicia ordinaria para conocer un caso de violencia policial, por las lesiones sufridas por el comunero mapuche Miguel Antiquero Painen durante el violento desalojo realizado con fecha 9 de enero de 2015 del Fundo Lumaco Bajo, en la Comuna de Río Bueno.



# El derecho al olvido de las condenas judiciales<sup>1</sup>

CAROLINA SILVA BUSTOS

Abogada y Magíster en Derecho de la Empresa

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO DE CONCEPCIÓN.

Master 2, Créations Inmatérielles,

UNIVERSIDAD DE MONTPELLIER, FRANCIA.

**RESUMEN:** Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos, especialmente aquellos de carácter personal que dicen relación con tratamientos de datos operados por algunos prestadores de servicios de Internet, específicamente los proveedores de búsqueda y enlaces, como por ejemplo: Google. Sin embargo, actualmente la discusión no está zanjada, pues es necesario hacer *une mise en balance* de derechos. O dicho de otro modo, es necesario encontrar “el justo equilibrio entre el carácter público de una decisión de justicia y los derechos y libertades de las personas involucradas”<sup>2</sup>.

\* \* \*

## Introducción

El derecho al olvido es un derecho excepcional. En efecto, hay condiciones particulares para activar su ejercicio y en el mundo cibernauta su naturaleza jurídica es particular. Aquí toma el nombre de derecho de desindexación de enlaces o “droit au déréférencement” en derecho francés.

La desindexación consiste en “tornar invisible cierta información personal, a los internautas que utilizan el buscador incorporando el nombre y apellido de una persona natural”<sup>3</sup>. Sin embargo, es necesario recalcar que “la desindexación no afecta la libertad de expresión, ni su corolario: el derecho a la información, pues ella permite mantener la información en el sitio de Internet que genera el contenido referido”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

<sup>2</sup> Délib. CNIL n° 01-057 de 29 noviembre de 2001 portant recommandation sur la diffusion des données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence, disponible en cnil.fr.

<sup>3</sup> Google et le droit à l’oubli: une jurisprudence en construction, disponible en libertescheries.blogspot.fr, (2015).

<sup>4</sup> MALLEY-POUJOL, Nathalie, *Droit à l’oubli numérique et désindexation: la solution en trompe l’oeil de la CJUE*, en *Légipresse* n° 319(2014), Chronique, p. 471.

A pesar de que el derecho aludido procede de forma excepcional, “el número de demandas de supresión de resultados de búsqueda recibidas por Google constituye la prueba innegable de que este derecho responde a una verdadera aspiración de los ciudadanos europeos”<sup>5</sup>. Y ¿por qué no, en lo sucesivo, una pretensión americana<sup>6</sup> y nacional?

Las condenas judiciales son datos específicos. Es una información personal evidentemente sensible y determinante para la reputación de una persona. Y es por esta razón, que la ley francesa ha definido las autoridades competentes para efectuar su tratamiento. Específicamente, es el artículo 9 de la Ley de 6 de enero de 1978<sup>7</sup> que reserva sólo a las autoridades públicas o a los particulares a cargo de una misión de servicio público la facultad de proceder a un tratamiento automatizado de informaciones nominativas concernientes a infracciones, condenas o medidas de seguridad. Nuestro ordenamiento jurídico, en cambio, no cuenta con una disposición que se le asimile, ni con otras claves en la materia, pero existe ciertamente una normativa de protección de datos que es conveniente examinar y en el futuro mejorar.

En el presente artículo se intentará establecer principios generales con el objeto de poder determinar si un contenido es o no susceptible de ser desvinculado. Ello será ciertamente un tópico que se ventilará en el futuro jurídico nacional.

## **I.- La consagración del derecho al olvido de las condenas judiciales**

### **1. El fundamento jurídico del derecho al olvido de las condenas judiciales**

#### ***a) Derecho Comunitario de la Unión Europea: Directive 95/46/CE relative à la protection des données à caractère personnel***

El artículo 2 de la Directiva citada delimita su ámbito de aplicación. En primer lugar, ella define los datos de carácter personal. En ese sentido, las condenas judiciales, sin duda alguna, constituyen datos de esta índole. Son a ese título,

<sup>5</sup> UNTERSINGER, Martin, *Internet: du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, disponible en [lemonde.fr](http://lemonde.fr) (2014).

<sup>6</sup> CAMPUSANO, Rayén, *Fallo de IFAI, ¿olvido o censura en Internet?*, disponible en [derechosdigitales.org](http://derechosdigitales.org) (2015). “Hace algunos días atrás, el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (IFAI) resolvió que Google México es responsable del tratamiento de datos personales y está obligado a remover de los resultados de su buscador los enlaces que vinculaban a un ciudadano con acusaciones de fraude, tráfico de influencias y posibles actos de corrupción, argumentando que atentaban contra su honor, sus relaciones comerciales, su seguridad personal e integridad física”.

<sup>7</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

datos sensibles en la vida de una persona. Los tratamientos de dichos datos, efectuados con o sin la ayuda de procesos automatizados, como la colecta, el registro, la conservación, la comunicación por transmisión, difusión u otra forma de poner a disposición, son particularmente delicados.

Gracias al carácter extensivo de las nociones de la Directiva 95/46/CE, toda búsqueda efectuada en Internet se torna un tratamiento de datos que puede ser de carácter personal cuando, por ejemplo, la búsqueda se efectúa a partir del nombre y apellido de una persona.

Por su parte, el artículo 6 del mismo cuerpo legal establece las condiciones de legalidad de los tratamientos de datos de carácter personal. En la especie, es importante referirse a las letras c, d y e de la disposición citada. Conforme a ellas, los datos deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación a las finalidades por las cuales ellos son registrados y son objeto de tratamiento. Asimismo, deben ser exactos y si es necesario actualizados en conformidad a las finalidades citadas. La norma, incluso, dispone que ellos deben ser conservados durante un periodo que no puede exceder del que resulta necesario para la realización de los fines indicados, pero ¿cuándo la conservación de esta información en un banco de datos se torna excesiva? A este respecto, pareciera que el fundamento jurídico existe, pero la interpretación de la noción está cargada de subjetivismo.

El artículo 8§5 de la Directiva estableció que el tratamiento de datos relativos a infracciones, condenas o medidas de seguridad sólo podía ser efectuado bajo el control de autoridades específicas. Dicho artículo de la Directiva fue objeto de transposición. Hoy es el actual artículo 9 de la Ley de 6 de enero de 1978. ¿Qué ocurre entonces cuando la colecta y el tratamiento de condenas judiciales son efectuados por una persona que no es una autoridad pública? ¿El tratamiento respectivo debería ser suspendido? La respuesta es determinante teniendo en consideración los tratamientos efectuados por los proveedores de búsqueda y enlaces, como Google, pues ellos no figuran en la lista de autoridades competentes y la lista es, sin duda alguna, limitativa.

Por otra parte, el artículo 12 de la Directiva citada, ha establecido el derecho de acceso a la persona interpelada con el tratamiento. En ese sentido, ella puede ejercer diferentes derechos, tales como: la rectificación, la eliminación o el bloqueo de datos cuyo tratamiento no se ajusta a la directiva, especialmente en razón del carácter incompleto o inexacto de los mismos.

El uso del adverbio *notamment* o especialmente en el artículo 12, no nos deja indiferentes. Podríamos pensar que su utilización implica que el carácter incompleto o inexacto de los datos es únicamente un ejemplo, y si ello es así, ¿por qué no sería posible que existiesen otros tipos de datos, completos y exactos, pero que perdieron vigencia, por ejemplo, que pudiesen ser eliminados?

Es el artículo 14 de la misma Directiva que establece el derecho de oposición de la persona aludida con el tratamiento a condición que ella justifique razones preponderantes y legítimas. Si la oposición es justificada, el tratamiento desplegado no podrá seguir ejerciéndose sobre los mismos datos, pero ¿cuándo una oposición es justificada?

***b) Legislación francesa: La Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés***

En primer lugar, es importante insistir en el ya citado artículo 9 de la Ley. La lista de autoridades comprendidas en su texto es limitativa y su lenguaje jurídico es inequívoco.

El artículo 38, por su parte, ha establecido el derecho de oposición que tiene toda persona natural, fundándose en motivos legítimos, a que sus datos de carácter personal sean objeto de un tratamiento.

El artículo 40 de la Ley referida, ha fijado el derecho de toda persona natural a exigir al responsable del tratamiento que sean, según el caso, rectificadas, completadas, actualizados, bloqueados o eliminados los datos de carácter personal que le conciernen, cuando éstos sean inexactos, incompletos, equívocos, caducos o cuando la colecta, la utilización, la comunicación o la conservación de los mismos esté prohibida. Pero, ¿a partir de cuándo podría entenderse que los datos de carácter personal perdieron vigencia? ¿Cuánto tiempo debe transcurrir?. Y si hay un plazo, ¿éste sería común a todas las infracciones, condenas y medidas de seguridad? O por el contrario, ¿el plazo depende del tipo de condena?

A propósito de estas interrogantes, existen ciertos elementos de análisis que nos aporta la sentencia del 13 de mayo de 2014 de la CJUE<sup>8</sup>. “La Corte establece ciertos criterios de inadecuación material –inexactitud, estado incompleto, exceso de revelación con respecto a las necesidades de información o de conservación– y de inadecuación temporal –informaciones que se tornaron inexactas u obsoletas”<sup>9</sup>.

***c) Legislación nacional: Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada***

Con fecha 28 de agosto de 1999 se publicó en el Diario Oficial el texto de la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

<sup>8</sup> Corte de Justicia de la Unión Europea.

<sup>9</sup> MARTIAL-BRAZ, Nathalie, *Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte II: Le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée*, en *Recueil Dalloz* (2014), p.1481.

“Al igual que en otras legislaciones, el legislador chileno entendió por datos de carácter personal o datos personales los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables (artículo 2°, letra f) de la ley)”<sup>10</sup>.

Por tratamiento de datos, la ley entiende cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma (artículo 2°, letra o) de la ley).

Por su parte, el artículo 4° de la Ley citada dispone, en su parte pertinente, *“El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.*

*La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público (...)*

*No requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios. Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos”.*

El artículo 10 agrega: *“No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares”.*

Los datos sensibles, al tenor de la Ley, son aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones

<sup>10</sup> SUÁREZ, Christian, *La ley chilena sobre protección a la vida privada: Un intento de protección de los datos de carácter personal*, en *Gaceta Jurídica* 258 (2001), p. 1.

religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual (artículo 2º, letra g) de la ley).

Aunque las condenas judiciales no quedarían comprendidas dentro de la definición legal citada, “el legislador nacional –a diferencia de la mayoría de las legislaciones extranjeras modernas– ha dejado abierta la calificación de sensibilidad de un dato personal a los tribunales de justicia”<sup>11</sup>.

Avancemos en el objeto de la protección. “El derecho a la autodeterminación informativa entendido como el derecho de toda persona a disponer sobre la utilización de sus datos de carácter personal con el objeto de impedir que, a partir de su interconexión o utilización no autorizada, se construya un perfil de su personalidad que atente contra la intimidad informativa de su titular, supone –como es evidente– el consentimiento de aquélla para su utilización en tratamientos manuales o computarizados. Esta es, por cierto, la regla de oro de toda ley referida a la protección de los datos y la que explica el conjunto de derechos que debe otorgarse al titular para ejercer un control efectivo de su información. Sin embargo, no es necesario señalar la finalidad del tratamiento cuando se trata de datos obtenidos de fuentes accesibles al público. Un dato será jurídicamente sensible, por tanto, cuanto mayor potencialidad exista de que su difusión afecte la dignidad de los individuos e impida a éstos una determinación autónoma del ejercicio de su derecho a desarrollar libremente su personalidad”<sup>12</sup>. En esta concepción, en cambio, consideramos comprendidas las condenas judiciales como datos jurídicamente sensibles.

A mayor abundamiento, “cuando en la técnica de protección de datos se habla de datos sensibles, se quiere, a nuestro juicio, expresar una idea diferente, que sólo recibe explicación en el marco de la teoría de la protección de datos. Según ésta, con independencia del carácter de un dato, cuando éste es vinculado mediante tratamiento automatizado, a otros datos conocidos y registrados del sujeto, surge el riesgo de que esta interconexión permita establecer un perfil aséptico de la personalidad que no responda a la personalidad real del afectado, lesionándose su dignidad. Sobre esto ha expresado Denninger que: “no es la clasificación abstracta, categórica, de un dato según la mayor o menor cercanía al ámbito íntimo de la vida de una persona...(como)...tampoco la cuestión de si un dato por naturaleza tiene carácter de secreto o no, lo que decide si es digno de ser protegido..., sino el contexto de uso”<sup>13</sup>. Esta conceptualización es la

<sup>11</sup> HERRERA, Rodolfo, *La publicidad de actos administrativos que contienen datos personales sensibles, frente a requerimientos de órganos fiscalizadores*, en *Gaceta Jurídica* 287(2004), p. 4.

<sup>12</sup> SUÁREZ, Christian, cit. (n. 8), p. 3.

<sup>13</sup> SUÁREZ, Christian, cit. (n. 8), p. 3.



que compartimos y, en consecuencia, consideramos como datos sensibles las informaciones que hacen referencia a las condenas judiciales de una persona en los resultados de búsqueda de Google o de otro buscador, pues el contexto de uso es lo que resulta determinante para definir la protección.

“La necesidad del olvido no es, como sabemos, sólo una necesidad biológica o psicológica, y tiene también su irradiación en el ámbito del derecho. La seguridad jurídica requiere que las situaciones precarias se consoliden, y los derechos prescriben extintivamente, o son adquiridos cuando no existe un justo título para poseer, siempre en función de dicha finalidad. En materia informática, este límite al derecho a acumular información ajena, especialmente de las informaciones revestidas bajo la forma de tratamiento automatizado, se hace muy necesario. Los datos personales sólo pueden ser almacenados con un límite temporal. Dicho límite estará dado por la necesidad o el consentimiento del interesado, de manera que de no existir ésta o habiéndose tornado injustificada la primera, los datos deben ser cancelados”<sup>14</sup>. Establecer ese límite temporal es lo que nos parece trascendente.

Dentro de este contexto, el artículo 6° dispone: *“Los datos personales deberán ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado.*

*Han de ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos.*

*Se bloquearán los datos personales cuya exactitud no pueda ser establecida o cuya vigencia sea dudosa y respecto de los cuales no corresponda la cancelación.*

*El responsable del banco de datos personales procederá a la eliminación, modificación o bloqueo de los datos, en su caso, sin necesidad de requerimiento del titular”.*

Conforme a lo expuesto, se considere o no a las condenas judiciales como datos sensibles, no sería lógico pretender que ellas pudiesen ser almacenadas en bases de datos sin un límite temporal, pero ¿cuándo se entiende que una condena judicial ha dejado de ser un dato personal susceptible de ser objeto de un tratamiento?

En esto se desmenuza el denominado “derecho al olvido”, consagrado en el artículo 21, de la Ley N° 19.628, el cual expresa: *“Los organismos públicos que sometan a tratamiento datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, no podrán*

<sup>14</sup> SUÁREZ, Christian, cit. (n. 8), p. 11.

*comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena.*

*Exceptuase los casos en que esa información les sea solicitada por los tribunales de Justicia u otros organismos públicos dentro del ámbito de su competencia, quienes deberán guardar respecto de ella la debida reserva o secreto y, en todo caso, les será aplicable lo dispuesto en los artículos 5°, 7°, 11 y 18°.*

El artículo recién citado es capital en la materia que convoca, pues establece expresamente el límite temporal para efectuar tratamientos de datos personales relativos a condenas judiciales.

Si bien es cierto que la disposición debe ser interpretada literalmente, pues su sentido es claro, es decir, respecto de los tratamientos que efectúen los organismos públicos. No por ello se torna improcedente utilizarla como un elemento de integración normativa que deberíamos tener en consideración al momento de examinar cualquier tratamiento efectuado por otros organismos o entes no públicos, mientras no exista una norma específica (en materia de entidades privadas) que nos dicte un criterio disímil.

## **2. Aplicación del derecho al olvido de las condenas judiciales**

### ***a) Jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea***

“La sentencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 Google Spain SL et Google Inc. V Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González (C-131/12) constituye una etapa importante en la protección de datos personales en relación a los tratamientos de datos operados por los proveedores de búsqueda y enlaces en Europa. Ella abre la posibilidad a las personas naturales de demandar a los proveedores de búsqueda y enlaces, bajo ciertas condiciones, la desindexación de enlaces que aparecen en los resultados de búsqueda cuando la búsqueda se ha hecho a partir de su nombre y apellido”<sup>15</sup>.

“En la especie, un ciudadano español interpuso ante la autoridad de protección de datos españoles (AEDP) una reclamación contra un diario, así como contra Google Spain SL y Google Inc. haciendo alusión a que cuando un internauta introducía su apellido en el buscador, la lista de resultados arrojaba enlaces hacia páginas de un diario que informaba una noticia de 1998 relativa a una venta en pública subasta decretada para cubrir deudas de seguridad social del

<sup>15</sup> Communiqué G29, *Droit au déréférencement: le G29 adopte des lignes directrices*, disponible en cnil.fr, (2014).

demandante. Por una parte, solicitaba que se le ordenara al periódico aludido suprimir o modificar las páginas respectivas, o en su defecto, que se recurriera a ciertas herramientas de los proveedores de búsqueda y enlaces para proteger esos datos e impedir la divulgación de los mismos. Por otro lado, el reclamante solicitaba ordenar a Google Spain SL o a Google Inc. suprimir u ocultar esos datos personales a fin de que ellos desapareciesen de los resultados de búsqueda”<sup>16</sup>.

“La Corte de Justicia osciló entre el fundamento del artículo 12 letra b y 14 de la Directiva 95/46/CE. El primero permite una rectificación, una eliminación o un bloqueo de datos en la hipótesis que el tratamiento no se ajuste a las exigencias de la normativa. El podrá encontrar aplicación, especialmente, cuando las informaciones personales sean incompletas o inexactas. El segundo fundamento, es decir, el artículo 14, otorga a toda persona natural el derecho de oponerse a un tratamiento de datos, cualquiera sea la oportunidad en que lo ejerza, mientras ella se funde en razones preponderantes y legítimas, teniendo en consideración su situación particular. Es este artículo el que contiene el verdadero “derecho al olvido”, es decir, el que articula la posibilidad de demandar la desaparición de informaciones exactas y legítimas, por motivos personales (y no la de sancionar tratamientos ilegales)”<sup>17</sup>. Una condena judicial puede perfectamente cumplir esa hipótesis. Dicho de otro modo, aunque los elementos (informaciones fácticas y/o jurídicas) de la condena judicial a la que se haga referencia sean exactos y legítimos, su aparición en los resultados de búsqueda podría ser considerada como desproporcionada.

### **b) Jurisprudencia francesa**

El juez del *TGI*<sup>18</sup> de París, con fecha 16 de septiembre de 2014, dictó una decisión que obligó a Google a respetar el derecho al olvido.

En lo que respecta a los hechos, “cuando la demandante introducía su apellido en el buscador, aparecía inmediatamente un enlace a un artículo del diario “Parisien” mencionando que ella había sido condenada por el delito de estafa en el año 2006. La demandante solicitaba a Google suprimir ese enlace, fundándose en el hecho de que su condena se remonta a 8 años atrás y ya no figuraba en su certificado de antecedentes penales”<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> DEBET, Anne, *Google Spain : Droit à l’oubli ou oubli du droit ? (Commentaire de l’arrêt Costeja de la CJUE)*: en *CCE, Études* 13, (2014), p. 36.

<sup>17</sup> MARTIAL-BRAZ, Nathalie, cit. (n. 7), p.1481.

<sup>18</sup> Tribunal de grande instance.

<sup>19</sup> *Google et le droit à l’oubli: une jurisprudence en construction, disponible en [libertescherries.blogspot.fr](http://libertescherries.blogspot.fr), (2015), cit. (n. 2).*

“La exactitud material de la información no fue objetada: la demandante efectivamente había sido condenada por el delito de estafa en el año 2006. Sin embargo, el litigio se enfocó en la interpretación de la noción de pertinencia. Google sostuvo que la información era considerada pertinente cuando ella era exacta. Para la directiva, en cambio, y para el derecho francés, una información es considerada pertinente cuando su conservación no es excesiva. Para determinar dicha pertinencia, el juez debe ejercer un control de proporcionalidad entre las necesidades del derecho a la información y aquellas de la vida privada, de donde es parte el derecho al olvido”<sup>20</sup>. Nos preguntamos entonces, ¿cuándo una información es verdaderamente pertinente?, ¿cuándo es necesario guardar la información?, ¿cuándo, al contrario, es necesario efectuar la desindexación?, ¿en qué momento la conservación de la información devendrá excesiva?, y ¿cuáles son los criterios para examinar el control de proporcionalidad ya citado?

“El juez utiliza tres criterios acumulativos para apreciar el carácter “pertinente” de las informaciones referidas por el buscador. El primero es la naturaleza de los datos conservados. En el caso citado, se trata de datos personales que figuran aún en la base de datos del buscador en circunstancias que ellos habían sido eliminados del prontuario penal. El juez indicó que el derecho francés fija las condiciones en virtud de las cuales los terceros pueden tener conocimiento del pasado judicial de una persona. Ese es precisamente el objeto de los artículos 768 y siguientes del Código de Procedimiento Penal francés<sup>21</sup>. El olvido de la condena es, en consecuencia, impuesto por la propia ley y Google no puede pretender mantenerse al margen del mandato legal. El segundo criterio reside en los motivos de la demanda. El juez aprecia que la difusión del pasado judicial de la demandante a través de Internet perjudica su búsqueda de empleo. Finalmente, el tercer criterio dice relación con el tiempo transcurrido entre el acaecimiento de los hechos que son objeto de la información y la demanda de desindexación que se solicita. Luego del análisis de los tres criterios aludidos, el juez estimó como no pertinentes las informaciones difundidas por Google”<sup>22</sup>.

¿Una condena judicial constituye en sí misma un motivo legítimo para oponerse a un tratamiento? o, por el contrario, ¿es necesario cumplir con otras condiciones de forma acumulativa para activar el derecho de desindexación? En ese caso, sí es necesario considerar el tercer criterio relativo al tiempo transcurrido entre el acaecimiento de los hechos que son objeto de la información y la demanda de desindexación que se solicita para reclamar el derecho respectivo,

<sup>20</sup> *Google et le droit à l'oubli: une jurisprudence en construction*, disponible en [libertescherries.blogspot.fr](http://libertescherries.blogspot.fr), (2015), cit. (n. 2).

<sup>21</sup> Relacionar con los artículos 8 y 9 del D.S. N° 64 de 1960, del Ministerio de Justicia sobre Prontuarios Penales y Certificados de Antecedentes.

<sup>22</sup> *Google et le droit à l'oubli: une jurisprudence en construction*, disponible en [libertescherries.blogspot.fr](http://libertescherries.blogspot.fr), (2015), cit. (n. 2).

¿cuál es el plazo?, ¿Cuánto tiempo debe transcurrir?, ¿Existe un plazo común o éste varía dependiendo del tipo de condena?

Nos parece que el tipo de condena es un elemento relevante dentro de la apreciación que debe efectuar el juez, especialmente en lo que concierne al tiempo transcurrido que debe examinar. En efecto, consideramos que la persona condenada por un delito grave debería tolerar un plazo más exigente que aquella condenada por una falta menos grave<sup>23</sup>. Es una cuestión de proporcionalidad y de criterio. Con todo, estando pendiente un proceso judicial no es posible evitar la aparición de la información respectiva en los resultados de búsqueda de Google. Por otro lado, nos parece evidente que la pena debe ser cumplida, y razonable dejar transcurrir el doble de la duración de la misma para demandar la desindexación.

En otro caso jurisprudencial, “el reclamante, quien era galerista en Paris, decidió demandar a Google ante el Tribunal de Comercio respectivo, por haber tomado conocimiento de que su nombre y apellido eran automáticamente asociados por el buscador a diferentes informaciones que él consideraba perjudiciales a su imagen y reputación, entre ellas, una condena judicial. El Tribunal estimó que la información divulgada por Google era susceptible de dañar la reputación del demandante y, por tanto, constituía un motivo legítimo de oposición al tratamiento de datos desplegado por el buscador”<sup>24</sup>.

## II.- Límites al ejercicio del derecho al olvido de las condenas judiciales

Sin duda alguna, existen límites al ejercicio del derecho al olvido. El derecho a la información y el interés público deben ser considerados para determinar la procedencia de la desindexación. En términos generales, podremos decir que el silencio seguirá siendo la excepción y la libertad de expresión la regla a respetar.

<sup>23</sup> Relacionar con el artículo 8 del D.S. N° 64 de 1960, del Ministerio de Justicia sobre Prontuarios Penales y Certificados de Antecedentes: “ Se eliminará una anotación prontuarial:

a) Cuando esté comprobado respecto de ella que en el proceso se ha dictado a favor del procesado sentencia absolutoria ejecutoriada;

d) Cuando el prontuario haya sido favorecido con una ley de amnistía respecto del delito a que se refiere la anotación;

f) Cuando se trate de faltas, respecto de las cuales han transcurrido tres años desde el cumplimiento de la condena.

g) Cuando se trate de personas sancionadas por cuasidelito, simple delito o crimen, con multa o con pena corporal o no corporal hasta de tres años de duración y hayan transcurrido diez años, a lo menos, desde el cumplimiento de la condena en los casos de crimen, y cinco años o más, en los casos restantes”.

<sup>24</sup> T. com. Paris, 28 de enero de 2014, Jurisprudence sur la communication en ligne, disponible en [wiki.laquadrature.net](http://wiki.laquadrature.net).

## 1. El derecho a la información

“Las personas disponen del derecho a demandar la desindexación de información vinculada a su identidad, siempre que respeten ciertas condiciones y en especial el interés público de tener acceso a la información”<sup>25</sup>.

El derecho a la información es la base para ejercer debidamente la libertad de opinión y de expresión. Estas últimas conllevan la posibilidad de buscar, de recibir y de difundir la información o las ideas. Si la libertad de comunicar es limitada, el derecho a ser informado, en consecuencia, es igualmente afectado. Es un corolario inevitable.

“Se trata de encontrar un equilibrio entre la vida privada de las personas y la libertad de información de los internautas”<sup>26</sup>. El derecho a la desindexación debe considerar el derecho a la información. Sin embargo, contrariamente a lo que podemos pensar en un primer análisis, admitir el derecho a la desindexación no es contrario a la protección del derecho a la información. En ese sentido, doña N. Mallet-Poujol ha indicado que: “La desindexación no afecta ni la libertad de expresión, ni el derecho a la información porque ella permite conservar la información en el sitio de Internet (la fuente)”<sup>27</sup>.

Por otro lado, el derecho a la información no se puede concebir sin límites. Las condenas judiciales pueden ser fuente de importantes bases de datos. Y en consecuencia, esas “herramientas de documentación jurídica pueden ser utilizadas como verdaderos archivos de información”<sup>28</sup>. El objetivo de construcción de perfiles no puede ser protegido ni favorecido por el derecho. En este sentido, “la CNIL<sup>29</sup> ha hecho hincapié en que las bases jurisprudenciales constituyen, cuando ellas comprenden la identidad de las partes, tratamientos automatizados de informaciones nominativas en conformidad al artículo 5 de la Ley de 6 enero de 1978 y deben, a ese título, ser declaradas a la Comisión”<sup>30</sup>. Dicho de otro modo, no es posible que el principio de publicidad de la justicia y el derecho a la información puedan justificar tratamientos de datos automatizados. Por lo tanto, las personas aludidas por dichos tratamientos tienen el derecho a oponerse legítimamente.

<sup>25</sup> CNIL, *Droit au déréférencement: Interprétation commune de l'arrêt de la CJUE, s.d.*, p. 2.

<sup>26</sup> MARINO, Laure, *Comment mettre en œuvre le droit à l'oubli numérique ?*, en *Recueil Dalloz* 29, (2014), p. 1680.

<sup>27</sup> MALLET-POUJOL, Nathalie, cit. (n. 2), p. 471.

<sup>28</sup> Délib. CNIL n° 01-057 de 29 noviembre de 2001, cit. (n. 1).

<sup>29</sup> Commission nationale de l'informatique et des libertés.

<sup>30</sup> Délib. CNIL n° 01-057 de 29 noviembre de 2001, cit. (n. 1).

## 2. El interés público

“La desindexación no será procedente en ciertos “casos particulares”. Dichos casos están vinculados al interés público de disponer de esa información. Con todo, lo que es especialmente importante de destacar es que ese interés público puede variar en función del rol que juega la persona en la vida pública”<sup>31</sup>.

“En la sentencia, la *CJUE* destaca que el interés público de tener acceso a la información varía especialmente en función del rol que juega la persona en la vida pública. Mientras más importante sea ese rol, más interés habrá en que la información respectiva sea referida y no desvinculada”<sup>32</sup>. Pero, “¿quiénes juegan un rol en la vida pública? A título de ejemplo, los políticos, los representantes oficiales de algunas instituciones, los miembros de ciertas profesiones reglamentadas o los miembros de profesiones que pertenecen a la esfera mediática (periodistas, actores, cantantes...). Ellos son naturalmente considerados como personas que juegan un rol en la vida pública”<sup>33</sup>.

## Conclusión

Más allá de las diferencias legislativas y jurisprudenciales observadas en el derecho europeo, francés y nacional, lo cierto es que analizar razonamientos en materia de derecho al olvido nos permitirá encontrar soluciones jurídicas acertadas cuando la problemática toque nuestra vereda.

Somos conscientes del “rol particular que juegan los proveedores de búsqueda y enlaces en el mundo de la información en línea, pero es necesario vislumbrar un equilibrio al interior de la normativa, conciliar, por un lado, la protección de la vida privada y la protección de datos de carácter personal y por otro, la libre circulación de la información y la libertad de expresión”<sup>34</sup>.

De alguna manera, nuestro interés jurídico se radica en evitar que se convierta en profecía la sentencia de don Ch. Charrière-Bournazel: “La memoria efímera del papel se substituirá por una memoria inalterable y universal que no deja opción alguna al olvido”<sup>35</sup>. Ese es el desafío.

<sup>31</sup> MARINO, Laure, cit. (n. 24), p.1680.

<sup>32</sup> CNIL, Droit au déréférencement, Les critères communs utilisés pour l'examen des plaintes, s.d., p. 3.

<sup>33</sup> CNIL, Droit au déréférencement, Les critères communs utilisés pour l'examen des plaintes, cit. (n. 30), p. 3.

<sup>34</sup> GROUPE DE TRAVAIL ARTICLE 29 sur la protection des données, *Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche*, disponible en ec.europa.eu, (2008), p.14.

<sup>35</sup> CHARRIERE-BOURNAZEL, Christian, *Propos autour d'Internet: l'histoire et l'oubli*, en *Légicom* 48, (2012), p. 125.

## Bibliografía

CAMPUSANO, Rayén, Fallo de IFAI, ¿olvido o censura en Internet?, disponible en derechos-digitales.org (2015).

CHARRIERE-BOURNAZEL CH., Propos autour d'Internet: l'histoire et l'oubli, 2012, Légicom n° 48, (2012).

CNIL, Droit au déréférencement: Interprétation commune de l'arrêt de la CJUE, s.d.

CNIL, Droit au déréférencement, Les critères communs utilisés pour l'examen des plaintes, s.d.

Communiqué G29, Droit au déréférencement: le G29 adopte des lignes directrices, (2014).

DEBET, Anne, Google Spain: Droit à l'oubli ou oubli du droit ? (Commentaire de l'arrêt Costeja de la CJUE): en CCE, Études 13, (2014).

GROUPE DE TRAVAIL ARTICLE 29 sur la protection des données, Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche, disponible en ec.europa.eu, (2008),

Google et le droit à l'oubli: une jurisprudence en construction, disponible en libertescheries.blogspot.fr, (2015).

HERRERA, Rodolfo, La publicidad de actos administrativos que contienen datos personales sensibles, frente a requerimientos de órganos fiscalizadores, en Gaceta Jurídica 287(2004).

MALLET-POUJOL, Nathalie, Droit à l'oubli numérique et désindexation: la solution en trompe l'oeil de la CJUE, en Légipresse n° 319(2014), Chronique.

MARINO, Laure, Comment mettre en œuvre le droit à l'oubli numérique ?, en Recueil Dalloz 29, (2014).

MARTIAL-BRAZ, Nathalie, Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte II: Le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée, en Recueil Dalloz (2014).

SUÁREZ, Christian, La ley chilena sobre protección a la vida privada: Un intento de protección de los datos de carácter personal, en Gaceta Jurídica 258 (2001).

UNTERSINGER, Martin, Internet: du devoir de mémoire au droit à l'oubli, disponible en lemonde.fr (2014).

### Normas:

Código de Procedimiento Penal francés.

D.S. N° 64 de 1960, del Ministerio de Justicia sobre Prontuarios Penales y Certificados de Antecedentes.

Délib. CNIL n° 01-057 de 29 noviembre de 2001 portant recommandation sur la diffusion des données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence.



Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Ley N° 19.628 sobre Protección de Vida Privada.

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.



# La naturaleza jurídica de la acción por provecho del dolo ajeno a la luz del denominado “Caso Inverlink”<sup>1</sup>

**BENJAMÍN GARCÍA MEKIS**

Abogado asociado en Philippi, Prietocarrizosa & Uría

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Magíster en Derecho

**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Magíster en Derecho (LL.M.)

**DUKE UNIVERSITY, DURHAM, NC, EE.UU.**

**RESUMEN:** Se examina la naturaleza jurídica que se le atribuye en nuestro país a la acción por provecho del dolo ajeno, contemplada en el inciso 2° del artículo 2316 del Código Civil, a la luz de las sentencias judiciales dictadas en el marco de las causas iniciadas por la Corporación de Fomento de la Producción<sup>2</sup> (en adelante, CORFO) en contra de diversos inversionistas del ex Holding Inverlink. Se concluirá que la jurisprudencia mayoritaria asigna a la acción por provecho del dolo ajeno un carácter restitutorio, lo que estimamos es correcto. Sin embargo, y como se expondrá, los sentenciadores –sin excepción– razonaron que a la acción en comento le era aplicable el plazo de prescripción de 4 años establecido en la norma del artículo 2332 del Código Civil, lo que consideramos es equivocado.

\* \* \*

## I. Introducción.

Por regla general, en materia de responsabilidad civil, es obligado a la reparación del mal causado mediante el pago de una indemnización aquél que ha

<sup>1</sup> El presente artículo constituye una versión actualizada –aunque amputada– de la tesis homónima del autor, realizada para optar al grado académico de Magister en Derecho por la Universidad de Chile, aprobada en julio de 2013.

<sup>2</sup> La Corporación de Fomento de la Producción es un organismo ejecutor de las políticas gubernamentales en el ámbito del emprendimiento y la innovación, a través de herramientas e instrumentos compatibles con los lineamientos centrales de una economía social de mercado, creando las condiciones para lograr construir una sociedad de oportunidades. Su institucionalidad y competencia está regulada por las siguientes normas: Ley N°6.640, publicada en el D. O. el 10 de enero de 1941, que creó la Corporación de Fomento de la Producción; el Decreto con Fuerza de Ley N°211, del Ministerio de Hacienda, publicado en el D. O. de 6 de abril de 1960, que fijó las normas por las que se regirá Corfo; y el Decreto N°360 del Ministerio de Economía y Comercio, publicado en el D. O. el 15 de mayo de 1945, que aprueba el Reglamento General de Corfo.

ocasionado el daño, o sus herederos. Así lo dispone la norma del artículo 2316 de nuestro Código Civil.

Sin embargo, agrega la misma disposición, **“el que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en el, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho”**.<sup>3</sup>

Este último inciso contempla la denominada **acción de restitución por provecho del dolo ajeno**, que no ha sido abordada por nuestra doctrina y jurisprudencia nacional con la extensión que creemos se merece.<sup>4</sup>

Lo anterior obedece a una circunstancia concreta: la poca aplicación que dicha acción recibe en la esfera jurisdiccional de nuestro país y que necesariamente influye en el poco desarrollo doctrinario que sobre esta acción es posible evidenciar.

De hecho, las principales obras jurídicas que se consultan en la actualidad en materia de responsabilidad civil abordan la acción del artículo 2316 como un caso más de responsabilidad objetiva, o bien, como una suerte de excepción a que la legitimidad pasiva de una acción (indemnizatoria) de responsabilidad debe dirigirse únicamente en contra de aquel que ha ocasionado el daño<sup>5</sup>.

Asimismo, al examinar los fallos<sup>6</sup> que se contienen en el *“Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas”*, referido a nuestro Código Civil y otras leyes complementarias, se advierte no solo la antigüedad de su dictación, sino también la circunstancia de haber excluido pronunciarse éstos acerca de varios aspectos de vital importancia ligados a esta acción, como ocurre respecto de su naturaleza jurídica, plazo de prescripción para su interposición y forma de cómputo de éste, lo que por cierto no es intrascendente.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> De su simple lectura, aparecen como presupuestos de la acción al menos 2: (i) que una persona haya cometido un delito civil; y (ii) que el delito civil haya reportado un provecho a otra persona, sin ser partícipe del mismo. Similar enumeración de los requisitos de la acción por provecho del dolo ajeno sugieren: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *“De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno”*, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 347 y 348 y DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y PIZARRO WILSON, Carlos: *“Responsabilidad Civil: Casos Prácticos”*, Legal Publishing, 2010, pp. 239 y 240.

<sup>4</sup> Idéntica apreciación comparte PIZARRO WILSON, Carlos: *“La acción de restitución por provecho del dolo ajeno”* en Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2008, Legal Publishing, Segunda Edición, Santiago, 2010, p. 679.

<sup>5</sup> En este sentido, ver: ALESSANDRI R., Arturo: *“De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno”*, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 147; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *“Responsabilidad Extracontractual”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 201 y ss.; CELIS R., Rubén, *“Responsabilidad extracontractual”*, Librotecnia, 2004, p. 121; y CORRAL T., Hernán: *“Lecciones de responsabilidad civil extracontractual”*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 327.

<sup>6</sup> De los diez fallos que respecto del artículo 2316 se transcriben parcialmente en el Repertorio, sólo tres —el más reciente de 1967— se vinculan con la acción por provecho del dolo ajeno contemplada en el inciso 2° de ese mismo artículo, refiriéndose los demás a la regla general que expresa el inciso 1° de la norma. Los tres fallos mencionados reiteran casi textualmente lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 2316; distinguiendo majaderamente de la obligación que le corresponde al autor del daño de la que le incumbe a quien obtuvo un provecho de éste y que consiste en restituir el beneficio o utilidad obtenidos.

<sup>7</sup> *“Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas”*, Código Civil y Leyes Complementarias, Editorial Jurídica de Chile, Segunda edición actualizada, 1998, Tomo x, pp. 178 y ss.

En efecto, si se estima que la acción que se dirige en contra de aquel que ha obtenido un provecho del actuar doloso o ilícito de un tercero es una de carácter indemnizatorio<sup>8</sup>—derivada de la responsabilidad extracontractual—entonces, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2332 del Código Civil, el plazo para su interposición prescribirá en el lapso de 4 años, contados desde la perpetración del acto.

Luego, si se sostiene que la acción del inciso 2° del citado artículo 2316 es una de carácter restitutorio<sup>9</sup>, ya no le sería aplicable el plazo que se especifica en el artículo 2332, sino que prescribiría de acuerdo a las reglas generales, esto es, en 5 años, según lo dispone el artículo 2515 del Código Civil.

Diferencias como las expuestas no habían sido ventiladas ante nuestros tribunales sino hasta la interposición de numerosas demandas civiles deducidas por CORFO en contra de las personas (naturales y jurídicas) que invirtieron en las sociedades del “Grupo Inverlink”,<sup>10</sup> siendo la doctrina de esos fallos el principal apoyo en que se sustenta este artículo.

## **II. Antecedentes del fraude, estrategia judicial de CORFO y principal defensa de los inversionistas demandados.**

Con ocasión del citado “Caso Inverlink”, desenterrado a la luz pública a comienzos del año 2003 al conocerse el envío de información privilegiada por la ex secretaria del entonces Presidente del Banco Central, Carlos Massad, a Enzo Bertinelli, uno de los principales ejecutivos del “Grupo Inverlink”, los inversionistas que en esa época mantenían inversiones en dicho grupo optaron

<sup>8</sup> En este sentido opinan: BIDART HERNÁNDEZ, José: “*Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, p. 118 y 119; y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: “*Sobre el artículo 2316 inciso segundo del Código Civil y la acción contra el que recibe provecho del dolo ajeno*”, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°s 225-226, Año LXXVII, Enero-Junio, Julio-Diciembre 2009, pp. 217 y ss.

<sup>9</sup> En esta línea se pronuncian: BARROS BOURIE, Enrique: “*Tratado de Responsabilidad Extracontractual*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 163 y ss.; CORRAL TALCIANI, Hernán: “*Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 327 y 328; PIZARRO WILSON, Carlos: “*La acción de restitución por provecho del dolo ajeno*”, Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2008, Legal Publishing, Santiago, Segunda Edición, 2010, pp. 679 y ss.

<sup>10</sup> Holding que agrupó a varias empresas de diversos giros. Algunos de naturaleza financiera, como fue el caso de “Inverlink Corredores de Bolsa S.A.”; “Inverlink Consultores S.A.”; “Tradelinnk S.A.”; y “Administradora de Fondos Mutuos S.A.” y otros de giro tecnológico, como el caso de “Woodlink S.A.”; “Ultratech II S.A.”; y “Saw S.A.”. Además de algunas sociedades filiales del grupo vinculadas a las áreas de salud (Clínica Las Lilas) y de pensiones (Isapre Vida Plena). Entre los socios y principales operadores de Monasterio, se encontraba Enzo Bertinelli Villagra, Gerente General de “Inverlink Corredores de Bolsa S.A.”; Patricio Collarte López, jefe de la mesa de dinero de “Inverlink Corredores de Bolsa S.A.” e “Inverlink Consultores S.A.”; Eduardo Tapia Donoso, captador de las mesas de dinero de las dos sociedades señaladas anteriormente; John Allen Guzmán y Jorge Hayden Martorell, Gerente y jefe de la mesa de dinero de “Fondos Mutuos Inverlink Qualitas S.A.”, respectivamente.

—ante la agitación provocada en el mercado— por retirar sus inversiones, en la mayoría de los casos de manera anticipada.<sup>11</sup>

Luego se sabría que, en consideración a que el patrimonio del “Grupo Inverlink” a la época en que se efectuaron dichos retiros era negativo, los fondos con que se pagaron a esos inversionistas provenía de fondos sustraídos a CORFO contenidos en instrumentos financieros que fueron liquidados por Inverlink de manera irregular en el mercado mediante la asistencia de dos corredoras bancarias.

Así, provisto de fondos suficientes para saldar las deudas que mantenía el grupo con sus inversionistas, éstos pudieron recuperar sus inversiones sin saber que el dinero con el que se concretaron esos rescates se obtuvo mediante una serie de actos ilícitos cometidos por la plana ejecutiva del “Grupo Inverlink” en perjuicio de CORFO.

Como consecuencia de lo anterior, CORFO se vio en la necesidad de demandar civilmente a cada uno de esos inversionistas a fin de recuperar el dinero que le había sido sustraído, solicitándoles, en definitiva, la restitución del provecho obtenido por el actuar doloso del “Grupo Inverlink”.

En concreto, durante el año 2007 CORFO interpuso 26 demandas civiles por el provecho que habrían obtenido algunos inversionistas<sup>12</sup> del Grupo Inverlink, habiéndose fallado a favor de la Estatal prácticamente todas ellas.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Así lo confirmó el propio Eduardo Monasterio, Presidente del “Grupo Inverlink”, en una declaración indagatoria efectuada en el marco de la investigación criminal, donde señaló que *“Durante el último período a contar del primero de febrero del año 2003, luego de conocerse públicamente el tema del Banco Central-Inverlink, ocurrió que todos nuestros clientes ahorrantes tomaron la drástica determinación de concurrir a nuestras oficinas y retirar la totalidad de sus fondos depositados, sin considerar los vencimientos a futuros, es decir, hicieron retiros anticipados de los pactos, causando con ello en forma inmediata una falta de liquidez (falta de dinero efectivo en caja) y con ello una enorme pérdida que debió asumir nuestra empresa”* (Autos sobre investigación criminal, “Cuaderno Principal” Rol 176.739-MV: “Declaración policial de Eduardo Monasterio”, sin fecha, agregada a fojas 484, Tomo I.)

<sup>12</sup> “Mutualidad del Ejército y Aviación” (\$6.210.577.040); “Constructora ACS-Sacyr Chile S.A.” (\$8.194.805.500); “Caja de Previsión de Defensa Nacional” (\$4.570.013.841); “Compañía Chilena de Tabacos S.A.” (\$4.039.023.400); “Corporación de Ayuda al Menor CORDAM” (\$885.129.592); “Fondo de Hospitales de Carabineros de Chile” (\$615.657.723); “Inmobiliaria Deza y Compañía Limitada” (\$446.639.978); “Intervalores Corredores de Bolsa Limitada” (\$1.790.183.153); “Inversiones Santa Cecilia Limitada” (\$5.035.487.305); “Sacyr Chile S.A.” (\$480.606.800); “Sociedad de Inversiones La Palma S.A.” (\$275.423.305); “Adexus S.A.” (\$356.586.577); Francisco Ebel Vial (\$1.544.730.205); “Heath Lambert Chile S.A.” (\$2.194.322.118); “Ilustre Municipalidad de Vitacura” (\$700.839.879); “Policía de Investigaciones de Chile” (\$1.328.388.813); “Connors S.A.” (\$1.160.465.778); “Veter-química Limitada” (\$1.040.557.899); “Ilustre Municipalidad de la Pintana” (\$501.425.586); “Ilustre Municipalidad de Viña del Mar” (\$1.840.784.895); “Gasvalpo S.A.” (\$958.823.943); “Inversiones e Inmobiliaria Molin Limitada” (\$669.134.885); “Chilquinta Energía S.A.” (\$1.000.840.000); “San Antonio Terminal Internacional S.A.” (\$447.584.117); “Inversiones Torres del Paine S.A.” (\$2.496.579.342); y, Julio Coloma Henríquez (\$692.077.806).

<sup>13</sup> A la fecha de elaboración de este artículo, resta un pronunciamiento definitivo en las causas seguidas contra los inversionistas: Mutualidad de Ejército y Aviación; “Constructora ACS-Sacyr Chile S.A.”; “Caja de Previsión de Defensa Nacional”; “Compañía Chilena de Tabacos S.A.”; “Corporación de Ayuda al Menor CORDAM”; “Fondo de Hospitales de Carabineros de Chile”; “Inmobiliaria Deza y Compañía

El monto total del provecho obtenido por los 26 inversionistas demandados por CORFO ascendía, en el año 2003 y solo por concepto de capital, a \$49.476.689.480.<sup>14</sup>

Por la importante cuantía de estos juicios es que, se entiende, no da lo mismo la naturaleza jurídica que nuestros tribunales atribuyan a la acción por provecho del dolo ajeno, puesto que si se adhiere a una u otra naturaleza jurídica (indemnizatoria o restitutoria), el plazo de CORFO para intentar obtener los dineros que le fueron sustraídos se reduce o aumenta sustancialmente.

En respuesta a sus demandas, CORFO debió defenderse, entre otras varias alegaciones a que haremos referencia en el desarrollo de nuestro artículo, de la excepción perentoria de prescripción extintiva, interpuesta por la mayoría de los inversionistas demandados y cuya doctrina jurisprudencial constituirá el sustento de las conclusiones a que arribaremos en nuestro trabajo.

Esa excepción, razonaron los inversionistas demandados que la interpusieron, se basa en la circunstancia de que la acción del inciso 2° del artículo 2316 del Código Civil se fundaría en la responsabilidad extracontractual, siendo el plazo de prescripción para su interposición aquel que establece el artículo 2332 del mismo Código, esto es, de cuatro años contados desde la perpetración del acto.

En su defensa, CORFO sostuvo que la acción del artículo 2316 encuentra su fundamento no en la responsabilidad extracontractual, sino en el afán de nuestro legislador por evitar y sancionar a todo aquel que vea incrementado su patrimonio y se enriquezca sin justa causa y que, al no tener señalado un plazo especial, correspondería entonces aplicar las reglas generales sobre esta materia, es decir, 5 años.<sup>15</sup>

Afirmaron, además, los inversionistas demandados, que el plazo de prescripción de la acción (que para ellos sería de 4 años) debía contarse desde que a CORFO le sustrajeron sus documentos, pues esa circunstancia correspondería al "acto" a que hace referencia el citado artículo 2332, y no desde que los inversionistas

---

Limitada"; "Intervalores Corredores de Bolsa Limitada"; "Inversiones Santa Cecilia Limitada"; "Sacyr Chile S.A."; "Sociedad de Inversiones La Palma S.A."; "Adexus S.A."; "Francisco Ebel Vial"; "Heath Lambert Chile S.A."; "Ilustre Municipalidad de Vitacura"; "Policía de Investigaciones de Chile"; "Connors S.A."; y, "Veterquímica Limitada"; todas acumuladas en el 14° Juzgado Civil de Santiago, Rol 1057-2007; "Gasvalpo S.A."; "Inversiones e Inmobiliaria Molin Limitada" e "Ilustre Municipalidad de Viña del Mar"; todas acumuladas en el 2° Juzgado Civil de Viña del Mar, Rol 208-2007; y Julio Coloma Henríquez, seguida ante el 3° Juzgado Civil de Concepción, Rol 458-2007.

<sup>14</sup> Cifra obtenida como resultado de la suma de los montos demandados por CORFO en las 26 demandas civiles interpuestas en contra de los inversionistas del "Grupo Inverlink" y que figuran en paréntesis en la nota al pie de página precedente.

<sup>15</sup> ABELIUK MANASEVICH. René: "Las Obligaciones", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 158 y ss.

demandados lograron el rescate de sus fondos, lo que naturalmente ocurrió con posterioridad a su hurto.

En este sentido, CORFO planteó que las argumentaciones de los demandados en apoyo a la excepción de prescripción eran equivocadas, ya que iniciaban el cómputo del plazo antes de que la acción hubiera nacido a la vida del derecho, cuando –en su opinión– la acción por provecho del dolo ajeno nace a la vida jurídica sólo una vez que ha tenido lugar la obtención de un provecho por el demandado y no con el actuar doloso de personeros del “Grupo Inverlink”.

En los hechos, afirmó CORFO, el provecho que benefició a los demandados se produjo en el momento en que los instrumentos que le fueron sustraídos y posteriormente vendidos en el mercado financiero pasan a manos de los demandados como pago a la inversión que éstos realizaron con el “Grupo Inverlink”, obteniendo el retorno de su inversión sin que hayan existido respaldos financieros suficientes para cubrirla de parte de su acreedor.

### **III. Aproximación judicial a la naturaleza jurídica de la acción provecho del dolo ajeno.**

De los 26 demandados por CORFO, 3 de ellos se defendieron alegando la prescripción de la acción de restitución por provecho del dolo ajeno deducida en su contra, a saber: “Ilustre Municipalidad de La Pintana”; “Chilquinta Energía S.A.”; e “Inversiones Torres del Paine S.A.”.<sup>16</sup>

A continuación, expondremos brevemente lo decidido en cada una de esas causas:

#### **1. “CORFO con Inversiones Torres del Paine S.A.”**

Tal vez la posición más solitaria de entre los fallos que se pronuncian sobre la naturaleza jurídica de la acción de restitución por provecho del dolo ajeno fue la adoptada por el 4° Juzgado Civil de Valparaíso<sup>17</sup> en su sentencia de 3 de marzo de 2011, confirmada posteriormente por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

<sup>16</sup> Se ha omitido deliberadamente hacer mención a la causa seguida ante el 14° Juzgado Civil de Santiago, donde se encuentran acumuladas 18 demandas deducidas por CORFO y en la que 10 inversionistas demandados dedujeron excepción de prescripción: “Caja de Previsión de Defensa Nacional”; “Fondo de Hospitales de Carabineros de Chile”; “Intervalores Corredores de Bolsa Limitada”; “Adexus S.A.”; “Francisco Ebel Vial”; “Heath Lambert Chile S.A.”; “Ilustre Municipalidad de Vitacura”; “Policía de Investigaciones de Chile”; “Connors S.A.”; y “Veterquímica Limitada”, y que fueron acogidas solo respecto de algunos de ellos. La omisión advertida precedentemente se explica únicamente en la circunstancia de encontrarse pendiente un fallo de la Corte de Apelaciones que resuelva los recursos interpuestos por las partes contra la sentencia definitiva dictada con fecha 26 de junio de 2015, que acogió la demanda de CORFO.

<sup>17</sup> Rol N° 305-2007.



Conociendo de la demanda deducida por la Estatal, el tribunal de primera instancia acogió la excepción de prescripción extintiva opuesta por la demandada, advirtiendo que la acción incoada era de **naturaleza jurídica indemnizatoria**, fundada en el estatuto de la responsabilidad extracontractual; siéndole aplicable –en consecuencia– el plazo de prescripción de 4 años establecido en el artículo 2332 del Código Civil, contado desde la sustracción de documentos de propiedad de CORFO.<sup>18</sup>

Apelado por CORFO el fallo de primera instancia, la Corte de Valparaíso identificó<sup>19</sup> –acertadamente– la problemática jurídica planteada ante ella, señalando “(...) a fin de resolver acertadamente la cuestión en comento, es necesario analizar la naturaleza de la acción deducida”. Creemos, empero, que su respuesta a esa problemática fue equivocada, pues invoca como fundamento de la acción del inciso 2° del artículo 2316 el dolo y porque confirma la naturaleza indemnizatoria de la acción, como ya lo había hecho el tribunal *a quo*.

En efecto, la Corte decidió confirmar lo resuelto por el tribunal de primera instancia, precisando que *“la acción a que se refiere el artículo 2316 del Código Civil y que se dirige contra un tercero que ha obtenido provecho del dolo ajeno sin haber tomado parte en las maniobras dolosas, tiene un carácter reparatorio extracontractual. Ello por cuanto **su fundamento es el dolo**, ya que para que nazca tal acción es necesario que se acredite el dolo del autor del delito civil. Además, es una acción que está consagrada expresamente por el legislador en favor de la víctima que ha sufrido un perjuicio por causa de un hecho doloso, siendo una acción directa, pues la víctima del delito civil puede perseguir directamente la reparación del daño sufrido en contra del tercero beneficiario, hasta al límite del provecho de éste. Se trata en consecuencia de una verdadera **acción indemnizatoria** del daño causado, en la que se persigue ya no la restitución de un beneficio, sino la indemnización de un perjuicio, siendo la referencia del monto del provecho sólo una limitación del quantum de tal indemnización”*<sup>20</sup> (énfasis agregado).

En contra del fallo de la Corte de Valparaíso, CORFO interpuso recurso de casación en el fondo, el que más tarde fue acogido por nuestra Excm. Corte Suprema, accigiéndose así la acción de restitución por el provecho obtenido por el demandado a causa del dolo del “Grupo Inverlink” deducida por la Estatal. En esa oportunidad el Máximo Tribunal contrarió sin vaguedades el razonamiento y lo resuelto por la sentencia recurrida.

<sup>18</sup> Considerando Trigésimo.

<sup>19</sup> Sentencia dictada con fecha 6 de octubre de 2011, Rol de Ingreso N° 491-2011.

<sup>20</sup> Considerando Sexto.

En síntesis, la sentencia de reemplazo<sup>21</sup> comenzó aclarando que “(...) **el fundamento último de ella** [la acción deducida por CORFO] **reside en el enriquecimiento injusto o inequitativo** (...)”<sup>22</sup>, para luego concluir que “(...) si bien ella pertenece al campo de la responsabilidad extracontractual, su naturaleza es la de una **acción restitutoria** (...)”, pues “(...) no tiene por objeto indemnizar los perjuicios causados a la víctima (...)” sino “(...) reintegrar el valor o beneficio percibido producto del dolo”<sup>23</sup> (énfasis agregado).

En lo referido al plazo de prescripción aplicable y la forma de computarlo, el fallo aclara que éste sería de 4 años, en función de lo establecido en el artículo 2332 del Código Civil, y que “(...) no es posible sostener que la mera perpetración del acto doloso [sustracción de documentos de CORFO] en perjuicio de la víctima dé inicio al plazo de prescripción, pues a esa fecha no se ha producido necesariamente la percepción del provecho cuya ocurrencia hará nacer la obligación de restituir al acreedor el beneficio obtenido(...)”, concluyendo más adelante que el inicio del plazo de prescripción “sólo nacerá una vez que ha obtenido una utilidad, ganancia o ventaja de dicho actuar en el que no tuvo injerencia”, aludiendo con ello a la fecha en que el inversionista demandado efectuó el rescate de su inversión.<sup>24</sup>

## 2. “CORFO con Chilquinta Energía S.A.”

A diferencia del resto de los inversionistas, “Chilquinta Energía S.A.” (“Chilquinta”) opuso excepción de prescripción extintiva después de acogida la demanda de la Estatal por el 3<sup>er</sup> Juzgado de Letras en lo Civil de Valparaíso, al momento de interponer su recurso de apelación para ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

En esa instancia procesal, el inversionista recurrente sostuvo que la ubicación normativa de la acción del artículo 2316, esto es, bajo las normas que regulan el estatuto de responsabilidad extracontractual, significaba atribuirle a la misma un plazo de prescripción de 4 años, el que a juicio de Chilquinta debía contarse desde la sustracción de los documentos de propiedad de CORFO, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2332 del Código Civil.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso<sup>25</sup> no se explayó con la extensión que hubiésemos preferido y se limitó a expresar que la acción del inciso 2° del artículo 2316 es una de **carácter restitutorio** y no indemnizatorio, y que, por esa razón, correspondía rechazar la alegación de Chilquinta destinada a obtener se declare la incompetencia del Tribunal fundada en el

<sup>21</sup> Sentencia dictada con fecha 12 de septiembre de 2013, Rol de Ingreso N° 11.723-2011.

<sup>22</sup> Considerando Tercero.

<sup>23</sup> Considerando Décimo Segundo.

<sup>24</sup> Considerando Décimo Sexto.

<sup>25</sup> Sentencia dictada con fecha 15 de mayo de 2012, Rol de Ingreso N° 1726-2011.

artículo 5° del antiguo Código de Procedimiento Penal, que dispone que la acción civil que pretenda la restitución de la cosa debe ejercerse también ante el juez que conozca del respectivo proceso penal.<sup>26</sup>

Sobre este punto, el fallo acoge la defensa de CORFO en orden a que lo que se persigue con la acción del inciso 2° del artículo 2316 no es la restitución de los documentos que le fueron sustraídos sino el provecho obtenido por Chilquinta producto de su liquidación irregular en el mercado.

A continuación, el fallo enseña que el carácter restitutorio de la acción ejercida por CORFO hacía improcedente la compensación de culpas esgrimida como defensa por Chilquinta.<sup>27</sup>

Sin que lo haya especificado, creemos que sobre este último razonamiento, la Corte entiende que la idea de una compensación de culpas entre la víctima y el demandado sólo adquiere sentido (y aplicación) cuando la primera de ellas atribuye una responsabilidad directa del daño que ha sufrido a causa del actuar ilícito del segundo, circunstancia que en los hechos no sucedió, puesto que lo que CORFO imputó a Chilquinta es el haber obtenido un provecho del actuar ilícito cometido por un tercero: el denominado "Grupo Inverlink".

Por otra parte, de acuerdo al texto expreso de la norma del artículo 2330, lo que está afecto a reducción por exposición imprudente de la víctima es el "daño" que alega haber sufrido ésta (y cuya reparación demanda CORFO a los personeros del "Grupo Inverlink") y no el provecho que de esa conducta haya podido obtener un tercero.

En relación a la forma en que debe computarse el plazo de prescripción, la Corte estimó que *"el hecho que origina el nacimiento a la vida del derecho de la acción por provecho del dolo ajeno y la consecuente obligación que ella impone lo constituye la obtención del provecho a causa del actuar ilícito de un tercero, siendo indispensable precisar la fecha en que dicho suceso ocurrió a fin de determinar si a la fecha de notificación de la demanda la acción se encontraba o no prescrita."*

Con esta última decisión, la Corte de Valparaíso desechó otra de las defensas de Chilquinta, que pretendió imponer la posición de que el plazo de prescripción de 4 años de la acción debía contarse desde que a CORFO se le sustrajeron sus documentos, pues esa circunstancia –alegaron– correspondería al "acto" a que hace referencia el citado artículo 2332 y no desde que los inversionistas demandados lograron el rescate de sus fondos y obtuvieron en definitiva el provecho cuya restitución persigue CORFO.

<sup>26</sup> Considerando Vigésimo Tercero.

<sup>27</sup> Idem.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso desestimó la excepción de prescripción opuesta por Chilquinta y confirmó la sentencia apelada, advirtiendo que el plazo de 4 años debía contarse desde que el inversionista demandado había obtenido el provecho que fundaba la acción de CORFO, lo que se habría verificado con el rescate por el inversionista demandado de las inversiones que mantenía en el "Grupo Inverlink".

En contra de esta última decisión, la parte demandada dedujo recurso de casación en el fondo.

Conociendo del recurso de casación, la Excm. Corte Suprema<sup>28</sup> utilizó idéntico razonamiento al que había utilizado dieciocho días antes al fallar el mismo recurso deducido por "Inversiones Torres del Paine S.A.", expuesto precedentemente; confirmando que la naturaleza jurídica de la acción de restitución por provecho del dolo ajeno era una de carácter restitutorio.

Con todo, deja en evidencia una grave contradicción conceptual, que supone, por una parte, asignarle a la acción del inciso 2° del artículo 2316 una naturaleza restitutoria y, por otra, aplicarle el plazo de prescripción de 4 años referido a la acción de responsabilidad extracontractual, de conformidad al artículo 2332 del Código Civil.<sup>29</sup>

Además, el Tribunal se contradice al estimar que el plazo de 4 años debía computarse desde la obtención del provecho por el inversionista demandado, toda vez que de acuerdo a la citada norma del artículo 2332, el plazo para la interposición de la acción debe contarse desde la "perpetración del acto" que generó el daño, que en los hechos equivale a la fecha de sustracción de documentos de propiedad de CORFO.<sup>30</sup>

### 3. "CORFO con "Ilustre Municipalidad de La Pintana".

Al igual que los inversionistas "Inversiones Torres del Paine S.A." y "Chilquinta Energía S.A.", la "Ilustre Municipalidad de La Pintana" ("La Pintana") también interpuso excepción de prescripción de la acción por provecho del dolo ajeno deducida por CORFO.

El inversionista demandado sostuvo que la acción entablada tiene su fundamento en las normas de la responsabilidad extracontractual, regulada en los artículos 2314 y siguientes de nuestro Código Civil, siéndole aplicable, en consecuencia, el plazo de prescripción que para esas acciones establece el artículo 2332 del

<sup>28</sup> Sentencia dictada con fecha 30 de septiembre de 2013, Rol de Ingreso N° 4871-2012.

<sup>29</sup> Considerando Vigésimo Segundo.

<sup>30</sup> Considerando Vigésimo Sexto.

mismo cuerpo legal, que dispone *“las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”*.

Luego, habiéndoles sido notificada la demanda de CORFO después de transcurrido el citado plazo de 4 años, corresponde sea declarada prescrita la acción ejercida por la Estatal.

En sus descargos, la defensa de CORFO estimó que el razonamiento de la demandada era errado, puesto que iniciaba el cómputo del plazo de prescripción de la acción desde un hecho que no constituía el fundamento de la misma. Ello, porque para alegar la prescripción de la acción era necesario, primero, que ella hubiera nacido a la vida del derecho, lo que ocurre una vez que se obtuvo el provecho y no cuando se le sustraen a CORFO los depósitos a plazo de su propiedad.

Así también lo resolvió el fallo de primera instancia<sup>31</sup> al estimar que el provecho que obtuvo La Pintana se produjo *“al momento que los depósitos a plazo sustraídos a CORFO y posteriormente vendidos en el mercado financiero, pasan a manos del demandado como pago a la inversión que éste hizo con el “Fondo Mutuo Inverlink Qualitas”, recibiendo el retorno de su inversión sin que hayan existido respaldos financieros de parte de su acreedor”*.<sup>32</sup>

En suma, concluyó la sentencia, sin que se hubiera verificado esta circunstancia el inversionista demandado no se habría encontrado en la obligación de restituir el provecho obtenido por el actuar ilícito de Inverlink.

Contra ese fallo, el Municipio demandado dedujo recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, se acoja la excepción de prescripción opuesta. Se reiteró por la recurrente que el plazo de prescripción de la acción interpuesta por CORFO no sería de 5 sino de 4 años, en consideración a que la norma del artículo 2316 se contiene en el Título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil, bajo el cual también se ubica el artículo 2332, que dispone que *“Las acciones de este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”*.

Revisados los antecedentes por la Corte de Apelaciones de San Miguel, ésta confirmó<sup>33</sup> lo resuelto en primera instancia, aunque en un fallo que adolece del mismo error conceptual en que a nuestro parecer se incurrió en las sentencias dictas en el marco de las causas seguidas por CORFO contra *“Inversiones To-*

<sup>31</sup> Sentencia dictada por el 4° Juzgado Civil de San Miguel, 30 de octubre de 2009, Rol N° 5396-2007

<sup>32</sup> Considerando Décimo Segundo.

<sup>33</sup> Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel, 11 de junio de 2010, Rol de ingreso N° 1200-2009.

rres del Paine S.A.” y Chilquinta, referido al plazo de prescripción aplicable a la acción de restitución por provecho del dolo ajeno.

En efecto, la Corte sostuvo que no concurrían los presupuestos de la excepción de prescripción extintiva alegada por la recurrente ya que el término de prescripción de la acción intentada por ella, que la Corte sostuvo era de 4 años, no había transcurrido al momento de notificársele la demanda a La Pintana.

Así, el fallo consideró que el plazo de prescripción de la acción por provecho del dolo ajeno es aquel que especifica la norma del artículo 2332 del Código Civil y que, en consecuencia, la acción se fundaría en las normas de la responsabilidad extracontractual, pese a no señalarlo expresamente.

Para la Corte, la discusión se centró en si acaso el plazo de prescripción debía contabilizarse “desde la perpetración del acto”, como lo dispone el mismo artículo 2332, o bien, desde la época en que el demandado había obtenido el beneficio cuya restitución pretendía CORFO, lo que estimamos acertado.

Luego de realizar un breve análisis a la acción deducida, la Corte manifestó que la frase “desde la perpetración del acto” utilizada por la norma del artículo 2332, debía entenderse referida a la época en que la demandada obtuvo dicho beneficio, ocasión en la que, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1470 del Código Civil, surgió para la actora el derecho a exigir su cumplimiento.

En otras palabras, el fallo de la Corte de San Miguel, que no se equivoca en lo dicho a propósito de la fecha desde la cual debe iniciarse el cómputo de plazo de prescripción de la acción por provecho del dolo ajeno, esto es, desde que el inversionista demandado ha reportado un beneficio o utilidad, sí se equivoca al asignar a la misma acción un plazo de prescripción de 4 años, fundado en la norma del artículo 2332, puesto que la acción intentada por CORFO, pese a ubicarse bajo el título de la responsabilidad extracontractual, no se funda en ella sino en el enriquecimiento injustificado obtenido por el inversionista demandado y que, al no tener previsto esa acción un plazo especial de prescripción, le era aplicable el plazo genérico que para el ejercicio de las acciones ordinarias dispone el artículo 2515 del Código Civil.

La sentencia<sup>34</sup> dictada por la Excm. Corte Suprema conociendo del recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa de La Pintana fue el primer pronunciamiento de nuestro máximo tribunal en las causas por provecho del dolo ajeno iniciadas por CORFO en el año 2007.

<sup>34</sup> Sentencia dictada con fecha 30 de enero de 2013, Rol de ingreso N° 6302-2010

Desafortunadamente, la sentencia de la Corte Suprema no es un fallo que resulte, en nuestra opinión, un aporte sustantivo para la discusión sobre la que se centra este Informe. Ello, porque en sus argumentos, la Corte Suprema recogió gran parte (si no todo) lo expresado por la Corte de San Miguel en su oportunidad, lo que significa, por lo mismo, haber incurrido otra vez en equivocaciones que revelan un error conceptual grave acerca de la acción por provecho del dolo ajeno, contenida en el inciso 2° del artículo 2316 de nuestro Código Civil.

En su recurso, el Municipio –insistiendo en la circunstancia de encontrarse prescrita la acción de CORFO– alegó haberse infringido por el fallo recurrido lo dispuesto en la norma del citado artículo 2332, que fija como plazo para alegar la prescripción de la acción de autos el de 4 años, contados desde la perpetración del acto doloso, es decir, con la sustracción de depósitos a plazo a CORFO.

A diferencia del fallo recurrido, que no se pronunció expresamente acerca de la naturaleza jurídica de la acción por provecho del dolo ajeno, la Corte Suprema estimó que la acción entablada por CORFO tenía un **carácter restitutorio**. Así lo precisó al distinguir su objeto del de una acción por responsabilidad extracontractual, indicando que el demandado por provecho del dolo ajeno estaba obligado a restituir únicamente el monto de su provecho y no todo el perjuicio sufrido por la víctima de parte del autor de la acción dolosa, caso en el cual se estaría frente a una acción indemnizatoria y no restitutoria.

Pese a asignarle un carácter restitutorio (y no indemnizatorio fundado en la responsabilidad extracontractual) la Corte Suprema opta por aplicar a la acción deducida por CORFO el plazo de prescripción de 4 años contenido en la norma del artículo 2332 del Código Civil, referido a las acciones que se enmarcan bajo el estatuto de la responsabilidad extracontractual, lo que a nuestro parecer constituye una grave incoherencia.

Ambos fallos, el dictado por la Corte de San Miguel y el pronunciado por la Corte Suprema, aunque a nuestro juicio llegan a una conclusión coherente respecto del momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de la acción por provecho del dolo ajeno, esto es, desde que el demandado obtuvo el provecho o utilidad, yerran al estimar que el plazo de prescripción aplicable a dicha acción sería el contenido en la norma del artículo 2332 del Código Civil y no el que especifica la norma genérica de prescripción del artículo 2515.

El fallo de la Corte Suprema rechazó el recurso de casación interpuesto por la “Municipalidad de La Pintana”, confirmando así lo anteriormente decidido por la Corte de Apelaciones de San Miguel.

Con posterioridad, la sentencia, fue acordada con el voto de minoría del Abogado Integrante Jorge Baraona, que estuvo por acoger el recurso de casación al estimar prescrita la acción deducida por CORFO.

Baraona coincidió con lo resuelto por los demás ministros en orden a serle aplicable a la acción por provecho del dolo ajeno el plazo de prescripción de 4 años fijado en la norma del artículo 2332, pero no lo hizo al momento de fijar el momento a contar del cual debía iniciarse el cómputo de dicho plazo.

A juicio del Abogado Integrante, el plazo de prescripción de la acción del inciso 2° del artículo 2316 debía computarse de la forma en que lo indica expresamente el artículo 2332, esto es, *“desde la perpetración del acto”*, y que a su entender correspondería no a la fecha en que tuvo lugar la obtención del provecho o beneficio por el demandado, sino a contar de la sustracción de documentos de propiedad de CORFO.

No puede aceptarse, según explica Baraona, que la acción del inciso 2° del artículo 2316 sea una de naturaleza restitutoria, pues la norma citada se refiere con toda claridad a los que están obligados a la *“indemnización”*, siendo patente que lo que se busca es la reparación del daño. Por ello –agrega– *“(…) la norma debe entenderse como limitativa de la indemnización, pero no que se esté generando una acción propiamente restitutoria.”*

#### **IV. Comentarios finales.**

La acción del inciso 2° del artículo 2316 es controversial. La sola tarea de fijar su naturaleza jurídica de la acción referida, sin siquiera abrir un debate acerca de sus elementos o requisitos de procedencia es sumamente difícil.

Una primera apresurada aproximación al tema obliga a concluir que la ubicación normativa de la acción por provecho del dolo ajeno, bajo el estatuto de la responsabilidad extracontractual, significaría asegurar que ella resguarda supuestos jurídicos idénticos a los de la acción propia de ese marco normativo, lo que estimamos es errado.

Un estudio más concienzudo de los supuestos de la acción indemnizatoria de responsabilidad extracontractual y la acción por provecho del dolo ajeno conduce a afirmar que ellas no son lo mismo, pareciéndonos simplista y equivocado afirmar que el plazo de prescripción aplicable a ambas acciones sería el mismo por el solo hecho de estar reconocidas las dos bajo el mismo Título en nuestro Código Civil.

Como se ha expuesto, desde un punto de vista cuantitativo, la jurisprudencia emanada de los fallos dictados en el marco de las causas por provecho del dolo



ajeno iniciadas por CORFO en contra de varios de los inversionistas del extinto "Grupo Inverlink" se inclina por otorgarle a la acción referida una **naturaleza jurídica restitutoria**.

Pese a ello, los sentenciadores –sin excepción– razonaron que a la acción en comento le era **aplicable el plazo de prescripción de 4 años** establecido en la norma del artículo 2332 del Código Civil.

Coincidimos con la Excma. Corte Suprema cuando asigna a la acción por provecho del dolo ajeno una naturaleza jurídica restitutoria, fundada en el enriquecimiento injusto, pero discrepamos de la lógica que se sigue por nuestros tribunales cuando concluyen que –por ese mismo hecho– le sería aplicable el plazo de prescripción de 4 años dispuesto para la acción indemnizatoria fundada en la responsabilidad extracontractual, y no el que especifica la norma genérica de prescripción del artículo 2515.

En nuestra opinión, al ser la acción del inciso 2° del citado artículo 2316 una de carácter restitutorio –derivada de la teoría del enriquecimiento injusto– entonces no le sería aplicable el plazo que se especifica en el artículo 2332 sino que prescribiría de acuerdo a las reglas generales, esto es, en 5 años, según lo dispone el artículo 2515 del Código Civil.

La naturaleza jurídica de una institución jurídica debe ser determinada en consideración a sus características propias y no en razón de su ubicación normativa. Sostener lo primero –creemos– puede inducir a confusiones.

En efecto, son varios los ejemplos que se revisan como estudiante de pregrado de instituciones legales que, a juicio de algunos profesores, figuran mal ubicadas dentro de la "geografía" de nuestro Código Civil.

Así ocurre, por ejemplo, con la prescripción adquisitiva, que pese a constituir un modo de adquirir el dominio, no se trata bajo el Libro Segundo del Código Civil, referido a los bienes, su dominio, posesión uso y goce, sino que se aborda en el Libro Cuarto, a propósito de las obligaciones en general y de los contratos.

Otro caso es el de las reglas sobre sucesión por causa de muerte. Hay quienes estiman que dicha institución debió regularse en el Libro Primero, que trata de las personas y el principio y fin de su existencia, no obstante haber dispuesto Andrés Bello su tratamiento junto con las donaciones entre vivos, en el Libro Tercero del citado Código.

El fundamento de la acción por provecho del dolo ajeno se encuentra en el interés de nuestro legislador por evitar todo enriquecimiento injusto, mientras que el fundamento de la acción de responsabilidad extracontractual se explica

por la obligatoriedad de responder por los daños infringidos en la convivencia social.

El reproche subjetivo (intención) que se hace al sujeto pasivo de la acción de responsabilidad y de la acción por provecho del dolo ajeno es distinto. En el caso de la acción por responsabilidad extracontractual, se persigue la reparación de un daño ocasionado como consecuencia de una acción imputable a su dolo o culpa, mientras que en la acción por provecho del dolo ajeno se busca obtener la reparación de un provecho obtenido por un sujeto a quien no se le hace reproche subjetivo alguno.

En lo referido a la forma de cómputo del plazo de prescripción de la acción por provecho del dolo ajeno, existe consenso en que éste debe iniciarse una vez que se obtuvo por el inversionista demandado una utilidad, ganancia o ventaja a causa del actuar doloso de un tercero en el que no tuvo injerencia, pues esa circunstancia correspondería al "acto" al que alude el citado artículo 2332 del Código Civil. Mantener una postura contraria supondría aceptar que la prescripción extintiva de una acción puede comenzar a correr antes de que nazca el derecho que tal acción pone en movimiento.

Por último, estimamos que la verdadera prestación a que queda obligado aquél que obtuvo provecho del actuar ilícito doloso de un tercero, esto es, de restituir hasta el monto del beneficio o utilidad obtenidos, no pueden sino constituir otro argumento en favor de la naturaleza jurídica restitutoria que, a nuestro juicio, posee la acción en estudio.<sup>35</sup>

En efecto, aunque el inciso 1° del artículo 2316 emplea la palabra "indemnización", lo cierto es que la obligación que pesa sobre el demandado por la acción del inciso 2° del artículo 2316 no es, en estricto sentido, la de indemnizar a su actor.

La indemnización de perjuicios busca reestablecer el estado de las cosas al mismo que tenían antes de la producción del daño y su fundamento no es otro que el principio de justicia según el cual nadie puede sufrir perjuicios por el hecho culpable de otro.

La obligación de restituir el provecho del dolo ajeno, en cambio, no deja en un estado indemne a la víctima del daño, pues el daño en la acción por provecho del dolo ajeno lo cometió un tercero que no es demandado.

<sup>35</sup> Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: *Tratado de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición ampliada y actualizada, Vol. II, pp. 251 y ss.

Por otro lado, la indemnización de perjuicios comprende una subdivisión según los daños que se pretenden satisfacer que no admite la obligación de restitución. En otras palabras, el actor de una demanda por provecho del dolo ajeno no puede solicitar la restitución de beneficio obtenido por el demandado y, además, demandar el pago de un daño emergente, lucro cesante y daño moral. Se trata, en definitiva, de una obligación exclusiva de los regímenes de responsabilidad civil, contractual y extracontractual.

Lo mismo ocurre si se revisa que la indemnización de perjuicios procede, según lo dispuesto en el artículo 1556, cuando ha existido un incumplimiento total o parcial de una obligación (indemnización compensatoria) y cuando el cumplimiento de la obligación ha sido tardío (indemnización moratoria).

La obligación de restituir el provecho obtenido del dolo ajeno, se reitera, no tiene su origen en el incumplimiento de una obligación ni en el cumplimiento tardío de ésta. En la figura del inciso 2° del artículo 2316 el destinatario de la acción no provocó un daño a su demandante, simplemente se benefició del mismo.

## V. Bibliografía.

### Libros.

ABELIUK MANASEVICH, René: "Las obligaciones", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Santiago, 1993.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

BARROS BOURIE, Enrique: "Tratado de Responsabilidad Extracontractual", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

BIDART HERNÁNDEZ, José: "Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985.

CELIS RODRÍGUEZ, Rubén: "Responsabilidad extracontractual", Librotecnia, 2004.

CORRAL TALCIANI, Hernán: "Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y PIZARRO WILSON, Carlos: "Responsabilidad Civil, Casos prácticos", Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: "Sobre el artículo 2316 inciso segundo del Código Civil y la acción contra el que recibe provecho del dolo ajeno", Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°s 225-226, Año LXXVII, enero-junio, julio-diciembre 2009.

PIZARRO WILSON, Carlos: "La acción de restitución por provecho del dolo ajeno", en Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2008, Legal Publishing, Santiago, Segunda Edición, 2010, pp. 679 a 688.

RODRIGUEZ GREZ, Pablo: "Responsabilidad Extracontractual", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

TRASLAVIÑA, HUGO: "Inverlink: Ruta de una estafa", Editorial Planeta, Santiago, 2003.

Trabajos de Tesis.

DUCCI CLARO, Carlos: "Responsabilidad Civil Extracontractual", Memoria de prueba, Universidad de Chile, Editorial El Imparcial, 1936.

TAPIA SUÁREZ, Orlando: "De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes", Memoria de prueba, Universidad de Concepción, 1941

## **Jurisprudencia.**

### ***a. Juzgados de Letras:***

Sentencia dictada por el 3° Juzgado Civil de Valparaíso el 31 de agosto de 2011 en la causa caratulada "CORFO con Chilquinta Energía S.A.", Rol: 175-2007.

Sentencia dictada por el 4° Juzgado Civil de San Miguel el 30 de octubre de 2009 en la causa caratulada "CORFO con Ilustre Municipalidad de La Pintana", Rol: 5396-2007.

Sentencia dictada por el 4° Juzgado Civil de Valparaíso el 3 de marzo de 2011 en la causa caratulada "CORFO con Inversiones Torres del Paine S.A.", Rol: 305-2007.

### ***b. Cortes de Apelaciones:***

Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso el 15 de mayo de 2012, Rol de ingreso N° 1726-2011.

Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso el 6 de octubre de 2011, Rol de ingreso N° 491-2011.

Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel el 11 de junio de 2010, Rol de ingreso N° 1200-2009.

### ***c. Corte Suprema:***

Sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema el 30 de enero de 2013, Rol de ingreso N° 6302-2010.

Sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema el 12 de septiembre de 2013, Rol de ingreso N° 11723-2011.

Sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema el 30 de septiembre de 2013, Rol de ingreso N° 4871-2013.

***Otras fuentes.***

Expediente sobre investigación criminal caratulado "*Corfo contra Moya y Otros*", Rol: MV-176.739, (Cuaderno Principal), seguido ante el Ministro en Visita Patricio Villarroel V.

*"Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas, Código Civil y leyes complementarias"*, Tomo x, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.



# Superintendencias: una necesaria autonomía constitucional

NICOLÁS ENTEICHE ROSALES

Magister en Derecho,

UNIVERSIDAD DE CHILE

Abogado

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Profesor de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO Y UNIVERSIDAD DE CHILE, IAP

Texto actual	Propuesta de cambio
<p>21°.- <i>El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.</i></p> <p><i>El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.</i></p>	<p>Agregar un nuevo inciso tercero y cuarto: "Las superintendencias son organismos autónomos que aplican las normas legales que regulan a quienes ejercen este derecho<sup>1</sup>. Su dirección superior corresponderá a Consejos Directivos, los que ejercerán de forma exclusiva las atribuciones que les encomienden la Constitución y las leyes. Dichos Consejos estarán integrados por cinco consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. Los Consejeros durarán diez años en sus cargos, no podrán ser designados para un nuevo período y se renovarán por parcialidades cada dos años.</p> <p>Los Consejeros solo podrán ser removidos por el Presidente de la República, por infracción grave a la Constitución o a las leyes, incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones".</p>

## Introducción

En el presente estudio se analiza a las superintendencias chilenas. Las superintendencias son titulares de relevantes potestades, las que aplican de modo constante. Sus atribuciones consisten en interpretar normas, fiscalizar el de-

<sup>1</sup> Se previene que el articulado sugerido no desarrolla las atribuciones de las superintendencias. En otras palabras, este artículo no evalúa la conveniencia de la mantención o supresión de las potestades normativas, sancionadoras, ni las propiamente administrativas.

sarrollo de ciertas actividades, y sancionar a los particulares que infrinjan la regulación. Los anunciados poderes se ejercen en diversas áreas, tales como en el sistema bancario, eléctrico, de salud, de seguridad social, de valores y seguros, y en el ambiental, entre otros.

A modo de contrapeso, la normativa que estructura a las superintendencias afirma que son autónomas respecto del Presidente de la República, y que solo están sometidas a la supervigilancia de éste.

¿Es lo anterior cierto? ¿Es una garantía la “autonomía” de las superintendencias respecto del Presidente de la República?

Para responder la pregunta formulada es indispensable identificar las atribuciones de estos servicios, y describir su régimen orgánico<sup>2</sup>. Debemos aclarar que, en esta ocasión, no revisaremos las competencias de las superintendencias, tampoco precisaremos la fuente en que deben desarrollarse sus atribuciones, ni desarrollaremos los numerosos cambios legislativos que debieran efectuarse, en caso de acogerse la propuesta que se formula.

Así entonces nos enfocaremos en identificar las previsiones que el legislador ha contemplado para aislar la influencia del Poder Ejecutivo en el actuar del superintendente.

Estructuraremos nuestro estudio a través del siguiente esquema. En primer término, **(I)** revisaremos los límites competenciales y organizacionales de las superintendencias chilenas. A través de un análisis histórico, daremos cuenta de las poderosas atribuciones y del diseño orgánico que actualmente tienen los organismos señalados.

A continuación, **(II)** precisaremos qué se entiende, en la teoría y en la práctica, por “autonomía”, cuando hablamos de las superintendencias. Para ello describiremos y denunciaremos el problema que constituye el poder del Presidente de nombrar y remover a los superintendentes libremente.

Finalmente, una vez definido el problema, **(III)** revisaremos cómo ha sido resuelto en Estados Unidos, y entregaremos nuestra opinión, que comprende una adición al artículo 19 N° 21 constitucional.

<sup>2</sup> Este encuadre reduce nuestro análisis a once normas especiales, que regulan a las siguientes Superintendencias: Administradoras de Fondos de Pensión, de Bancos e Instituciones Financieras, de Casinos de Juego, de Educación, de Insolvencia y Reemprendimiento, de Salud, de Seguridad Social, de Servicios Sanitarios, de Valores y Seguros, y del Medio Ambiente. Es necesario reconocer los trabajos nacionales en la materia tales como los de ARÓSTICA (2009), GARCÍA (2009), DIAZ DE VALDÉS (2010), GARCÍA y VERDUGO (2010), y GARCÍA y CORDERO (2012).



## I. De las superintendencias

La génesis de nuestras superintendencias está en el siglo XIX, en Chile. La primera superintendencia, fue la “*de Educación Pública*”, institución que –paradójicamente– estaba contenida en el artículo 154 de la Constitución de 1833, siendo la finalidad de este ente fiscalizador la de “*inspección de la enseñanza nacional*”<sup>3-4</sup>. Con posterioridad, en 1872, se creó la “*Superintendencia de Aduanas*” la que ejerció “*la dirección de todas las Aduanas de la República*” (artículo 128 de la Ordenanza de Aduanas, de 24.12.1872).

El origen histórico de las instituciones, sin duda, sirve para entender su estado actual. Por lo anterior, contrastaremos las superintendencias de ayer con las de hoy. Es del caso aclarar que las superintendencias de antaño poseen semejanzas y diferencias con las contemporáneas, esto se explica puesto que **(1)** los poderes de las presentes superintendencias se asemejan a aquellos detentados por las superintendencias del siglo XIX; y debido a que **(2)** las actuales, al contrario de las primeras, serían “*autónomas*”.

A continuación revisaremos tales similitudes y diferencias entre las derogadas superintendencias nacionales y sus vigentes sucesoras.

**1.** Al igual que sus pretéritas congéneres, las actuales superintendencias poseen, a modo de común denominador, potestades fiscalizadoras. Así, por ejemplo, la derogada Superintendencia de Aduanas poseía la competencia de “*mandar abrir i reconocer los bultos de mercadería cuando haya sospechas de fraude ya sea que estos estén en almacenes de Aduana o a bordo de los buques, o que se pidan para reembarcar de almacenes de particulares o cualquier otro destino*” (artículo 127 N° 10 de la Ordenanza de Aduanas). La doctrina dio cuenta de estas atribuciones, al señalar que las “*Direcciones o Superintendencias, como se les llama por las distintas leyes que las han establecido, podrá observarse que están organizadas de distintas maneras... salvo las atribuciones de inspección i vigilancia, las cuales deben conservar en todo caso...*”<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> En el Mensaje Presidencial, de autoría de la Presidenta Bachelet, se explicó este punto que “*En la educación chilena, la figura de una “Superintendencia” es de larga data; pero sólo en 1953 se llegaría a la creación concreta de un organismo específico para ejercer esta función. Sin embargo, aquella Superintendencia careció de capacidad ejecutiva, jurídica y material para fiscalizar*” Historia de la Ley N° 20.529, Mensaje Presidencial, p. 13.

<sup>4</sup> A efectos de entender el sentido y alcance de la inspección en materia educacional, como el origen de la primera superintendencia chilena, véase el artículo de Brigitte Leal. Si bien la Superintendencia citada fue establecida en el texto constitucional solo en 1879, a través de la Ley de Instrucción Secundaria y Superior y específicamente mediante el Consejo de Instrucción Pública, fue que se radico la función de inspección entregada a la Superintendencia, LEAL (2014) pp. 94-95.

<sup>5</sup> AMUNÁTEGUI (1907) p. 93.

Hoy en día, las potestades de inspección de las superintendencias pueden llegar al acceso y examen de una amplia gama de documentos –de propiedad de los indagados–<sup>6</sup>, hasta la citación de personas para conocer su declaración<sup>7</sup>.

Además, las superintendencias del siglo XIX poseían atribuciones sancionadoras y normativas. La ya citada Superintendencia de Aduanas detentaba atribuciones para castigar, debido a que tenía la potestad de *“absolver o decretar el pago, según los casos, de toda multa impuesta por la presente ordenanza, siempre que el monto de ella no exceda de cuarenta pesos”* (artículo 127 N° 5 de la Ordenanza de Aduanas); también poseía la facultad de interpretar de modo obligatorio su normativa, al poder *“remitir a las aduanas instrucciones impresas sobre los principales deberes que impone esta ordenanza a los capitanes de buques para que les sean repartidas por los gobernadores marítimos a su arribo a los puertos de la República”* (artículo 127 N° 14 de la Ordenanza de Aduanas).

Entonces, la génesis de las facultades sancionadoras e interpretativas, al igual que las competencias fiscalizadoras, está en las normas chilenas. Las contemporáneas atribuciones son análogas a las contenidas en los derogados cuerpos normativos, dado que recaen en la competencia para castigar a los particulares<sup>8</sup>, como para vincularlos con sus generales pareceres acerca de las normas que controlan<sup>9</sup>.

De lo anterior se deduce que, hoy al igual que ayer, las competencias son relevantes. Las potestades son, por cierto, poderosas e intrusivas, tanto más cuando quedan radicadas en manos de un solo órgano –persona–. Lo anterior se ve agravado por el anómalo ejercicio que, en algunos casos, se le ha dado a estas atribuciones<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Esta atribución se refleja, a modo de ejemplo, en los siguientes preceptos: artículo 42, Ley N° 19.995, de Casinos de Juego; artículo 4 letra d), Decreto Ley N° 3.538, de la Superintendencia de Valores y Seguros; artículo 49, letra e), Ley 20.529, de la Superintendencia de Educación; artículo 12, DFL N° 3 de 1997, Ley General de Bancos.

<sup>7</sup> Esta competencia, a modo indicativo, se contiene en las siguientes normas: artículo 42 N° 14, Ley N° 19.995, de Casinos de Juego; artículo 4 letra h), Decreto Ley N° 3.538, de la Superintendencia de Valores y Seguros; artículo 49 letra f), Ley 20.529, de la Superintendencia de Educación; artículo 18, DFL N° 3 de 1997, Ley General de Bancos.

<sup>8</sup> Esta potestad aparece, entre otras en los siguientes preceptos: artículo 42 N° 11, Ley N° 19.995, de Casinos de Juego; artículo 10 letra f), Decreto Ley N° 3.538, de la Superintendencia de Valores y Seguros; artículo 49 letras l), Ley N° 20.529, de la Superintendencia de Educación; artículo 19, DFL N° 3 de 1997, Ley General de Bancos.

<sup>9</sup> Esta competencia aparece, entre otras en los siguientes preceptos: artículo 42 N° 7, Ley N° 19.995, de Casinos de Juego; artículo 4 letra a), Decreto Ley N° 3.538, de la Superintendencia de Valores y Seguros; artículo 49 letra m), Ley 20.529, de la Superintendencia de Educación; artículo 12, D.F.L N° 3 del año 1997, Ley General de Bancos.

<sup>10</sup> Véase el estudio efectuado por José Manuel Díaz de Valdés, el autor analizó cuatro superintendencias y observó que algunas de las normas que ellas exceden el marco constitucional DIAZ DE VALDÉS (2010) pp. 249-281.

**2.** Por otra parte, las actuales superintendencias, al contrario de las pretéritas, declaran ser "*autónomas*" frente al poder político.

La Superintendencia de Aduanas era una dependencia del poder central, denominada "*oficina*" compuesta por "*un superintendente, un secretario i los demás empleados que el Presidente de la República juzgue necesario agregar*" (artículo 126 de la Ordenanza de Aduanas). La doctrina administrativista de la época señalaba que "las oficinas aludidas son secciones de los Ministerios separadas entre ellos porque se han establecido sin base científica, tratándose de quitar, aparentemente, al Ejecutivo el poder de que no es posible despojarlo, dentro de la propia Administración Central"<sup>11</sup>.

Hoy en día, las superintendencias caben en la categoría de organismos administrativos descentralizados o aquellos que presentan algún grado de separación respecto del Presidente. Más precisamente los organismos descentralizados son aquellos que poseen personalidad jurídica y patrimonio propio, por lo que no hacen parte del Fisco, encabezado por el Presidente de la República.

Los organismos descentralizados, como las superintendencias, son personas "*autónomas*"<sup>12</sup>, lo que connotaría su separación jerárquica y funcional frente al Jefe de Estado. Específicamente las superintendencias tienen la categoría de servicios descentralizados funcionalmente, pues poseen específicas finalidades que se atienden con "*autonomía*" de aquellas que lleva a cabo la Administración Central (tal como la Fiscalía Nacional Económica o el Servicio de Evaluación Ambiental<sup>13</sup>).

¿Es lo antes señalado efectivo? ¿Son las actuales superintendencias "*autónomas*" del Jefe de Estado?

## II. Descripción de la falencia

Al día de hoy las superintendencias están sujetas a **(1)** los denominados poderes de "*supervigilancia*" que ejerce el Jefe de Estado. **(2)** Existe una concreta amenaza, cual es que el Presidente nombra y remueve libremente a los Superintendentes, cuestión que se revela como una realidad en Chile. **(3)** Esto constituye un problema del cual es necesario hacerse cargo.

<sup>11</sup> AMUNÁTEGUI (1907) p. 94.

<sup>12</sup> Las superintendencias son organismos autónomos, así lo declara la preceptiva contenida en sus leyes orgánicas, tal como el: artículo 35, inciso primero, Ley N° 19.995, de Casinos de Juego; artículo 1°, Decreto Ley N° 3.538, de la Superintendencia de Valores y Seguros; artículo 47, Ley 20.529, de la Superintendencia de Educación; artículo 12, DFL N° 3 de 1997, Ley General de Bancos.

<sup>13</sup> Regulados en el artículo 33 del DFL N° 1 de 2005 de Economía, Fomento y Reconstrucción, como en el artículo primero, artículo 80 de la Ley N° 20.417.

1. Uno de los aspectos más cuestionables respecto de la organización de la Administración del Estado chileno es el presidencialismo exacerbado<sup>14</sup>. Intrínsecamente vinculado al poder del Presidente se manifiesta un asunto consecuencial: la injerencia que éste tiene sobre las cabezas de los organismos descentralizados, los superintendentes.

En materia de organización de la Administración, el presidencialismo se manifiesta en que todos los servicios públicos nacionales tienen “algún grado de sujeción respecto del Jefe de Estado”<sup>15</sup>. Este nexo se aprecia, por una parte, en la estrecha relación entre el Presidente y la Administración Centralizada y, por otra, en el vínculo entre el Primer Mandatario y la Administración Descentralizada.

La Administración Centralizada es aquella a cuya cabeza está el Presidente de la República<sup>16</sup>. Lo anterior se connota en los poderes con que cuenta el Primer Mandatario, cuales son los de ordenar –emitir actos particulares que contengan mandatos determinados–, instruir –dictar actos generales que trasuntan directrices de comportamiento–, y controlar. De igual modo el Presidente representa extrajudicialmente a la Administración Centralizada<sup>17</sup>.

La influencia del Presidente no se agota en la Administración Centralizada, la Administración Descentralizada también está sujeta a éste. En lo que nos interesa, los organismos descentralizados funcionalmente –dentro de los que se encuentran las superintendencias– están sometidos al poder del Primer Mandatario.

El poder del Presidente se materializa en lo que la Ley N° 18.575 denomina como “*supervigilancia*”. La “*supervigilancia*” puede conceptualizarse como aquel conjunto de competencias –y como tales, vale remarcar, habrán de ser expresas– para nombrar a los órganos superiores<sup>18</sup>, aprobar su presupuesto y determinados actos de los organismos funcionalmente descentralizados<sup>19</sup>. Así

<sup>14</sup> Respecto al origen del “presidencialismo reforzado o constitucionalmente hipertrofiado –con la formidable primacía legislativa del jefe de Estado–” véase a FERMANDOIS y GARCÍA (2009) p. 308.

<sup>15</sup> CALDERA (2001) p. 279.

<sup>16</sup> En palabras de Enrique Silva Cimma “El Régimen de Centralización, entendido en su acepción gramatical, es la reunión de toda la autoridad en el gobierno supremo del Estado para satisfacer las necesidades públicas. Un órgano central único, bajo cuya dirección se enlazan los demás órganos del país, es el significado que se da a la centralización, pero hay otro más. Así se habla de centralización administrativa para indicar el orden y vinculación que tienen entre sí los diversos órganos que dependen de un mismo superior” SILVA CIMMA (1995) p. 92, nota 84. Según Eduardo Soto Kloss, “lo esencial de la centralización, en cuanto principio organizativo, es el hecho de configurar un solo centro máximo de decisión, el cual adopta todas las medidas necesarias para alcanzar los objetivos o fines que a dicha organización le han sido encargadas de obtener” SOTO KLOSS (2012) p. 210.

<sup>17</sup> Al efecto véanse SILVA CIMMA (1995) pp. 102-107 y SOTO KLOSS (2012) pp. 189-209.

<sup>18</sup> “El Jefe del Estado nombra no sólo al Director de la Institución, sino que también, cuando la ley contempla la existencia de un cuerpo colegiado, a la mayor parte de los miembros de su consejo directivo, algunos de los cuales lo representan personalmente a él” SILVA CIMMA (1995) p. 106.

<sup>19</sup> “El jefe del Estado... debe aprobar su presupuesto anual y la planta de su personal, y debe, en fin, aprobar algunos actos de enajenación” SILVA CIMMA (1995) pp. 106.

entonces “la supervigilancia... se traduce en una precisa intervención del Poder Central en la marcha de estos órganos, cuya autonomía viene a ser solamente relativa”<sup>20</sup>.

Entonces, si bien existe una administración llamada “descentralizada”, denominación que podría forzar a que la caracterizásemos como independiente o autárquica, la realidad legislativa chilena nos muestra algo diverso.

**2.** En suma, el Presidente de la República posee poderes sobre los organismos funcionalmente descentralizados. Una de aquellas potestades consiste en el nombramiento y remoción de los superintendentes.

Sabemos que las superintendencias están encabezadas por un órgano directivo unipersonal denominado Superintendente. Las normas especiales que regulan el procedimiento de nombramiento y el modo de remoción de estos órganos precisan que tienen el carácter de jefe de servicio, que son de exclusiva confianza del Presidente de la República en cuanto a su remoción<sup>21-22</sup>, y que la vía por la que opera su elección y exclusión se sujeta a lo prescrito por la Ley N° 19.882.

La Ley N° 19.882, que contiene el “Sistema de Alta Dirección Pública”, especifica el modo de designación y remoción de, entre otros, los superintendentes<sup>23</sup>. El procedimiento se caracteriza por lo que sigue: los superintendentes se designan por el Presidente de la República de turno, de entre los candidatos que se encuentren en una lista propuesta por un órgano denominado “Consejo de Alta Dirección Pública”. De igual forma, el Presidente, en caso que no considere apto a ninguno de los aspirantes, podría declarar “desierto” el concurso (artículo quincuagésimo primero, Ley N° 19.882).

<sup>20</sup> SILVA CIMMA (1995) p. 165.

<sup>21</sup> Así lo señala el Estatuto Administrativo, en su artículo 7° letra c), cuando menciona que “Serán cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República... c) En los servicios públicos, los jefes superiores de los servicios...” (refundido en el DFL N° 29 de 2005, del Ministerio de Hacienda). De igual modo el carácter de exclusiva confianza se precisa en algunas leyes que regulan a las superintendencias, tales como en el caso del: artículo 40 de la Ley N° 19.995 (Superintendente de Casinos de Juego), artículo 4° de la Ley N° 18.410 (Superintendente de Electricidad y Combustibles), artículo 4° del DFL N° 101 de 1980, del Ministerio del Trabajo (Superintendente de Pensiones), artículo 7° del DL 3.538 (Superintendente de Valores y Seguros).

<sup>22</sup> En cuanto al carácter de exclusiva confianza de un Superintendente, la Contraloría señaló que “En el artículo 44 se confiere al Superintendente de Educación la calidad de “funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República”, en circunstancias que en el artículo 1°, inciso segundo, se dispone que la Superintendencia “estará afecta al Sistema de Alta Dirección Pública”, lo que implica que dicha autoridad sólo poseerá la calidad de empleado de la exclusiva confianza en lo que respecta a su remoción, tal como lo precisara la Contraloría General a través de su dictamen N° 3.586, de 2006” Dictamen N° 39.736 de 3.9.2007.

<sup>23</sup> La norma señala que el Sistema de Alta Dirección Pública regula a los “servicios públicos regidos por el Título II de la ley N° 18.575”, dentro de los cuales están los funcionalmente descentralizados (artículo Trigesimoséptimo de la Ley N° 19.882. Las excepciones que el mismo precepto establece son: la Superintendencia de Valores y Seguros, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Asimismo los superintendentes pueden ser removidos sin causa, ya que la única condición en caso que sean expulsados antes del plazo de tres años desde su nombramiento, es una compensación económica<sup>24</sup> (artículo quincuagésimo octavo, Ley N° 19.882).

Entonces, las leyes permiten que, en caso que el Primer Mandatario no tenga o pierda la "esperanza firme" en que las actuaciones o comportamientos de algún candidato o superintendente en ejercicio se adecuen a lo que él estime procedente, no lo designe o bien lo remueva. Lo anterior se debe a que el Sistema de la Alta Dirección Pública, si bien tuvo por finalidad, a través del autodenominado "nuevo trato laboral", "fortalecer... el sistema de concursos asegurando la transparencia, objetividad, y ecuanimidad de los mismos mediante el perfeccionamiento del sistema vigente"<sup>25</sup>, no garantizó la independencia de los superintendentes<sup>26</sup>. Lo anterior se explica pues los superintendentes poseen el carácter de órganos de la "exclusiva confianza" del Primer Mandatario.

Creemos que la anunciada hipótesis no es especulativa, al contrario, tiene plena aplicación en Chile. La falta de independencia de los superintendentes, en cuanto a su nombramiento y remoción, se demuestra al revisar lo ocurrido en los años 2010 y 2014: la elección de un Presidente de la República de una coalición política diversa a la anterior, cuestión que produjo un masivo cambio de superintendentes.

Revisaremos los cambios de Superintendente en los organismos existentes antes de 2010, cuales son las Superintendencias de: Bancos e Instituciones Financieras, Casinos de Juego, Electricidad y Combustibles, Insolvencia y Re-empresamiento (antecedida por la de Quiebras), Pensiones, Salud, Seguridad Social, Servicios Sanitarios, y Valores y Seguros. Quedan excluidas del análisis las Superintendencias de Educación Escolar y de Medio Ambiente.

Resulta decidor que, del universo de nueve superintendencias, en siete de ellas se haya producido un cambio de su órgano directivo fruto de la modificación de la coalición gobernante, cuestión que se traduce en que en un 78% de los casos los Superintendentes no tuvieron estabilidad en sus cargos.

<sup>24</sup> Cabe hacer notar que un reciente dictamen concluyó que los jefes de servicio, entre ellos los superintendentes, "al tener la calidad de exclusiva confianza para efectos de su remoción, les resulta aplicable lo prevenido en el citado artículo 148 de la ley N° 18.834 –cuerpo normativo que en virtud de lo dispuesto en el artículo trigésimo noveno de la ley N° 19.882, regula supletoriamente al sistema en comento–, aseveración que es concordante con el razonamiento manifestado en los dictámenes N°s 31.900, de 2010, y 36.575, de 2011, ambos de este origen, de modo que a éstos también puede pedírseles su renuncia y, de no presentarla, declarárseles vacante el cargo" Dictamen N° 11.201 de 13.2.2014.

<sup>25</sup> Historia de la Ley N° 19.882, Mensaje Presidencial, página 6.

<sup>26</sup> Se ha dicho que "el nombramiento de quienes las dirigen las vincula fuertemente al Gobierno de turno –el rol que en esta materia juega la Alta Dirección pública nos parece insuficiente–, lo que se suma a que carecen de los mecanismos internos necesarios para asegurar cánones razonables de independencia" GARCÍA (2009) pp. 331-332.

Los hechos reflejan que, con motivo del cambio de coalición política gobernante, en el año 2010, con la elección del Presidente Piñera, de un total de 9 superintendentes, 6 abandonaron su plaza dentro del primer año de su gobierno, siendo reemplazados por otros nombrados por el entonces Jefe de Estado. A modo de ejemplo, con fecha 10 de noviembre de 2008 se nombró, durante el gobierno de la "Concertación", a Álvaro Elizalde como Superintendente de Seguridad Social –Decreto N° 77 de fecha 1° de noviembre de 2008–; a continuación, se designó, en el periodo de la "Alianza por Chile", y a contar del 30 de abril de 2010, a María José Zaldívar como Superintendente de Seguridad Social –Decreto N° 13 fechado 15 de julio de 2010–.

De igual modo, el año 2014, con el arribo de la coalición llamada "Nueva Mayoría", de un total de 9 superintendentes, 5 dejaron su cargo dentro del primer año de su gobierno, siendo reemplazado por otros designados por la Presidenta Bachelet. Continuando con el ejemplo de la Superintendencia de Seguridad Social, la Superintendente Zaldívar, nombrada por la "Alianza por Chile", fue reemplazada, a contar de 1° de noviembre de 2014, por Claudio Reyes –Decreto N° 38, fechado 17 de febrero de 2015–.

Dado lo anterior, es evidente que la potestad del Presidente de nombrar y remover a los superintendentes no es solo una amenaza, el ejercicio de la atribución revela que efectivamente los superintendentes, al ser de la "exclusiva confianza" del Presidente, están indisolublemente unidos a éste.

**3.** De acuerdo a la teoría –y realidad– antes expuesta, podemos afirmar que existe un problema al cual hay que atender: las facultades de nombramiento y remoción del Presidente sobre los superintendentes hacen ilusoria la objetividad técnica de un organismo con importantes atribuciones.

¿Merece nuestra atención la falta de independencia en el nombramiento y remoción de los superintendentes? La respuesta no es unánime.

En el contexto español, el Gobierno tiene el poder de nombramiento y remoción de los directivos pertenecientes a la Administración<sup>27</sup>. Para algunos, no existiría algún reparo en que el Ejecutivo posea esas facultades, cuestión que se fundamentaría en el sitio constitucional de las potestades de Dirección del Gobierno<sup>28-29</sup>, y en que la propia Carta Fundamental asegura que la Adminis-

<sup>27</sup> Vale hacer una nota acerca del régimen político y la Administración española. La realidad de España presenta esenciales diferencias a la chilena. Allá existe un régimen monárquico-parlamentario (artículo 1.3 Constitución española), y autonomías constitucionales territoriales denominadas Comunidades Autónomas, cuestiones ajenas a nuestro diseño institucional.

<sup>28</sup> BILBAO (1999) p. 167.

<sup>29</sup> El concepto Dirección Política ocasiona que la facultad del Ejecutivo de nombrar a los directivos sea una competencia propia a su función. En palabras de López Guerra "«dirección política» resulta impensable

tración ha de ser objetiva en la toma de decisiones –sus artículos 103.1 y 103.3 señalan que “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia*”, y que “*La ley regulará... las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*”<sup>30</sup>.

Así, fruto de una razón de diseño constitucional de las instituciones políticas, y debido a que la Administración debe actuar de modo objetivo e imparcial, no sería una amenaza que el Ejecutivo designe a los órganos directivos de la Administración Estatal. En otras palabras: una Administración Política es la adecuada para administrar, cuestión que, sumada a las previsiones constitucionales que prescriben la rectitud en el actuar de la Administración, hacen razonable la sumisión de los órganos administrativos al Gobierno.

En España esta facultad del Gobierno ha sido eliminada por sucesivas normas en el caso de precisos servicios públicos<sup>31</sup>. La tendencia a establecer organismos administrativos en los que el Gobierno está vedado de nombrar a los órganos directivos ha sido objeto de una amplia discusión<sup>32</sup>, mientras unos señalan que es inconveniente –y hasta inconstitucional– fomentar la autonomía acérrima, otros sostienen que es indispensable para el cumplimiento de la eficiencia.

Si bien nuestra realidad político-administrativa dista de la ibérica, los argumentos y premisas que subyacen al debate son aplicables. Tal como allá se dice, en los regímenes presidenciales se observa con mayor fuerza el conflicto entre la dirección política del Presidente y sus problemas<sup>33</sup>.

---

sin la potestad de seleccionar personas de confianza para ocupar determinadas posiciones claves, bien en forma incondicionada (esto es, sin que se requieran condiciones formales previas para la designación: caso de los cargos políticos de libre designación), bien entre los que ostenten determinadas cualidades administrativas (selección entre funcionarios con un amplio margen de discrecionalidad). Desde esta perspectiva, y aun sin atribución constitucional precisa, la capacidad de nombramiento o designación de los titulares de determinadas posiciones aparece como contenido implícito de la dirección de la Administración, puesto que ésta se configura (al menos parcialmente) dentro de la esfera general de dirección política. En consecuencia, y una vez admitida una esfera de libre designación, una norma o actuación de otro órgano que redujera esa esfera indebidamente, o bien que la suprimiera o incidiera en ella mediante actos singulares (esto es, nombramientos singulares, o remociones de titulares de altos cargos) invadirían el ámbito de reserva gubernamental. En otros términos, correspondería únicamente al Gobierno la designación de los titulares de puestos de dirección administrativa, cuando éstos comportasen también una dirección política” LOPEZ (1988) pp. 32-33.

<sup>30</sup> BILBAO (1999) p. 170.

<sup>31</sup> En palabras de Juan María Bilbao, “se limita el poder absoluto de nombramiento y destitución por el Gobierno de los directivos del ente en cuestión. Mediante la previsión de la participación de otras instancias...” BILBAO (1999) p. 165.

<sup>32</sup> Para una síntesis del conflicto véase a POMED (1993) pp. 162-169.

<sup>33</sup> Así lo asegura la doctrina española, la que señala “correspondería únicamente al Gobierno la designación de los titulares de puestos de dirección administrativa, cuando éstos comportasen también una dirección política. Ciertamente, este tipo de problemas aparece como más probable en regímenes con separación rígida de poderes, en que, al lado de la Administración dependiente del Poder Ejecutivo, puede tenderse a crear un conjunto de órganos de tipo administrativo dependientes de las Asambleas legislativas” LÓPEZ (1988) p. 33.



### III. Solución

**(1)** Creemos del caso, antes de aventurarnos con una definición, analizar cuál es el modo en que se ha abordado este asunto en la experiencia comparada, específicamente en Estados Unidos. **(2)** Por último sugeriremos una medida para solucionar el problema planteado, de acuerdo a nuestra realidad institucional.

**1.** En Estados Unidos, la dependencia de los órganos directivos unipersonales al Poder Ejecutivo es un asunto que constituye un problema. En Norteamérica la relación entre el Presidente y el Congreso es similar a la del sistema chileno, pues allá existe un Presidente que posee múltiples y poderosas atribuciones, las cuales se manifiestan en la dirección de la organización administrativa, a través del nombramiento y remoción de los órganos superiores.

Otro aspecto similar es que en los dos países existe una vía constitucional de creación y supresión de los organismos administrativos, en Chile la respuesta está entregada en el artículo 65 de la Constitución, entregándole al Presidente la iniciativa exclusiva para tal efecto. En Norteamérica el artículo II, sección 2ª, párrafo 2º de la Constitución, señala que una ley establecerá cuáles son los órganos administrativos<sup>34</sup>.

Ahora bien, en Estados Unidos no existe una norma constitucional que delegue en el Legislador u otro Poder del Estado la elaboración de reglas para estructurar a la Administración del Estado. Ante la descrita ausencia, es el legislador quien diseña casuísticamente a los organismos existentes; al contrario, en Chile la precisión de la "*organización básica*" de la Administración del Estado, está derivada desde el artículo 38, inciso primero, constitucional, hacia el legislador orgánico constitucional<sup>35-36</sup>.

En vista de lo descrito, estimamos que resulta pertinente extraer algunos elementos de juicio allá prescritos, para intentar dar una solución al problema descrito en el anterior Capítulo.

<sup>34</sup> "Él [el Presidente] tendrá la potestad a través y con el consejo y consentimiento del Senado... proveída por dos tercios de los Senadores..., y él deberá nominar, con el consejo y consentimiento del Senado... todo otro órgano administrativo de los Estados Unidos, cuyo nombramiento no haya sido aquí proveído de otro modo, y los cuales deberán ser establecidos por la Ley".

<sup>35</sup> En este punto es necesario obviar las vaguedades terminológicas. Lo anterior se explica pues hemos anotado conceptos que en sí son indeterminados, lo que se suma a que ellos no son necesariamente aplicables en la realidad norteamericana. Por ejemplo el concepto de servicio público en Chile es amplísimo, en este artículo le fijamos una acepción eminentemente orgánica, como función de satisfacción de necesidades de la sociedad por un ente estatal (véase a SILVA CIMMA (1995) pp. 47-52); de igual modo no es enteramente cierto que el concepto de servicio público pueda ser superpuesto en la realidad Estadounidense.

<sup>36</sup> En Estados Unidos existe el federalismo, inaplicable en nuestra Nación, de igual modo allá no existen leyes estatutarias comunes a los "funcionarios públicos", tal como lo son nuestras Leyes N° 18.883 (estatuto de funcionarios municipales) y 18.884 (estatuto de funcionarios públicos). Si bien estas distinciones son relevantes, estimamos que no alteran la aplicabilidad del caso norteamericano al problema presentado en el Capítulo II, en vista de los elementos comunes entre ambos países.

En Estados Unidos la doctrina reconoce a dos clases de organismos administrativos o *agencias*: los organismos independientes o *independent agencies*, y los organismos dependientes o *executive agencies*.

Al igual como sucede en Chile con las superintendencias, las *independent agencies* poseen potestades normativas, fiscalizadoras y sancionadoras<sup>37</sup>, existen en el área bancaria y de mercados financieros<sup>38</sup>, y la razón de su establecimiento obedece a la práctica, sin que existan indicios claros del porqué de su implementación en las leyes administrativas norteamericanas<sup>39</sup>.

¿Cuál es el modo en que se relaciona el Presidente con las *independent agencies*? ¿Es igual la relación de “*supervigilancia*” –artículo 29, inciso tercero, Ley N° 18.575–, existente entre el Primer Mandatario y las superintendencias chilenas, a la relación entre el Presidente y los organismos independientes norteamericanos?

Para responder a lo anterior es necesario recordar que la “*autonomía*” de las superintendencias chilenas es esencialmente limitada, pues el Presidente conserva múltiples poderes sobre estos organismos, siendo uno de ellos el de nombrar y remover libremente a los superintendentes.

En Estados Unidos podemos comprender el alcance del término, a través de un ejemplo, el de la CIC (Comisión Interestatal de Comercio), creada el año 1887<sup>40</sup>. La pertinencia del ejemplo se explica pues el prototipo de la CIC es replicado en otros organismos, tales como la Comisión de la Reserva Federal (1913), la Comisión Federal de Comercio (1914), o la Comisión Federal de Energía (1930)<sup>41</sup>.

La CIC fue un organismo que poseía –hasta su derogación en 1995–, en lo que nos interesa, facultades normativas (rule-making), y judiciales (adjudication),

<sup>37</sup> Podemos analogar las competencias de las superintendencias a las *independent agencies*, teniendo en cuenta que cada ley norteamericana difiere en algunos aspectos. Se ha dicho que “en todas ellas se involucra la entrega de tareas que el Congreso ha estimado que se relacionan con deberes de las Cortes, o que están relacionadas al mismo Congreso”, más adelante afirma el autor que “estas competencias existen además de las potestades administrativas normales de investigación y de enjuiciamiento, y ellas son competencias asignadas de modo característico a las agencias que tienen una estructura colegiada” COLE (1942) p. 72.

<sup>38</sup> VERKUIL (1988) pp. 262 y 263.

<sup>39</sup> Se ha dicho que “la estructura de las agencias, sus procedimientos y prácticas han crecido de modo pragmático más que teórico” BREDGER y EDLES (2000) p. 1117. En este sentido véase también a VERKUIL (1988) p. 258.

<sup>40</sup> En propiedad, tal como corrige un autor, la CIC fue creada en 1889 cuando fue extraída del Departamento de Interior de los Estados Unidos, y se le concedió facultades de fijar su propio patrimonio, personal, y manejo interno VERKUIL (1988) p. 272, nota 69.

<sup>41</sup> A fin de entender las características del sistema administrativo norteamericano, en especial en cuanto a los organismos independientes, se recomienda el reciente artículo de Kirti Dartla y Richard Revesz DATLA y REVESZ (2013), el cual analiza de modo histórico –pp. 775 a 784–, orgánico –pp. 784 a 812–, y funcional –pp. 812 a 824– a las agencias. En lo relevante los autores cuestionan la existencia de una división entre agencias independientes y dependientes, pues los matices de cada Ley, y la inexistencia de una norma expresa al efecto, ocasiona que la separación sea arbitraria. De igual modo se recomienda el artículo de Marsha Breger y Gary Edles acerca del asunto BREGER y EDLES (2015).

entre otras. Se decía que esta *independent agency* tenía facultades cuasilegislativas y cuasijudiciales<sup>42</sup>.

A la vez, la estructura orgánica de la CIC se puede resumir de acuerdo al siguiente esquema<sup>43</sup>: Estaba liderada por un número impar de comisionados (cinco), designados en periodos escalonados, y el lapso de ejercicio del cargo se extendía más allá del plazo de duración de periodo presidencial (seis años). Los comisionados solo podían ser removidos por el Presidente por “falta de eficiencia, negligencia en el ejercicio del cargo, o crimen durante el ejercicio del cargo”. Por último, los individuos designados para llenar una plaza solo podían completar el periodo no cumplido, no existiendo prohibición para su reelección.

En suma la estructura orgánica poseía, entre otras, las siguientes características: Existía un órgano directivo colegiado, cuyos miembros permanecían en el cargo por un amplio periodo, y tenían permanencia en el ejercicio del cargo salvo tasadas hipótesis.

En suma, la entrega de poderosas atribuciones en un contexto económico sensible se equilibra con múltiples características, que connotan la independencia o real autonomía con que cuentan los órganos directivos de algunos servicios públicos norteamericanos<sup>44</sup>.

Los argumentos que allá se entregan para explicar la independencia de las agencias se pueden recoger a partir de la justificación de las precopiadas características. Así, por una parte, se dice que el carácter de colegiado –opuesto al unipersonal–, se explica ya que a partir del primero se “puede adoptar una estructura más deliberativa, un alto nivel de pericia y continuidad de las políticas”<sup>45</sup>. De hecho en diciembre de 2011 el Senado norteamericano votó en contra de la nominación del Director de una *agency*, dado que, según se dijo por los opositores republicanos, existían “serias preocupaciones acerca de la falta de supervigilancia del Congreso de la agencia y la falta de los normales y democráticos controles sobre su único director, quien casi tendrá poderes sin precedentes”<sup>46</sup>.

De igual modo, se alienta la estabilidad en el cargo debido a que, sumada esta característica al carácter colegiado, permite la existencia de “memoria

<sup>42</sup> COLE (1942) p. 72 y HOTCHKISS (1931) p. 22.

<sup>43</sup> Existen algunos aspectos que se contenían en la redacción original de los estatutos de la CIC que no abordaremos, tales como la imposibilidad de que los miembros no pudiesen tener interés financiero en el sector regulado, o bien que no más de una mayoría simple de los Comisionados puede provenir del mismo partido político.

<sup>44</sup> En contra véase el trabajo de la actual Jueza Asociada de la Corte Suprema de Estados Unidos, Elena Kagan, quien afirma que –no obstante las limitaciones del Presidente en cuanto al nombramiento y remoción de los comisionados de las *independent agencies*– se ha consolidado el poder del Presidente en Estados Unidos en la dirección de la Administración del Estado a través de otros medios KAGAN (2001).

<sup>45</sup> DATLA y REVESZ (2013) p. 794.

<sup>46</sup> Carta del líder de los republicanos, Mitch McConnell, al Presidente Obama (2011).

institucional". Esto se explica puesto que la expiración escalonada da pie para que los miembros más antiguos transfieran conocimiento a los más nuevos. La estabilidad en el cargo, además, permite que el Presidente de turno no tenga influencia en ellos, pues, asumiendo que cumplan todo su período, algunos comisionados existentes no serán nombrados por un determinado Jefe de Estado<sup>47</sup>. Caen en esta categoría, entre muchos otros casos, la Comisión de Seguridad de Productos del Consumidor (siete años), Comisión Reguladora de la Energía Nuclear (cinco años), Comisión Federal de Comercio (siete años).

**2.** En Chile, tal como revisamos en el Capítulo II, la Administración Descentralizada, y en específico las superintendencias, no poseen contrapesos institucionales a las competencias que detentan. De hecho, las superintendencias chilenas creadas en la década de los 20, no siguieron el modelo de las *independent agencies*<sup>48</sup>.

Esto se comprueba al revisar los estatutos de las superintendencias, los que no contenían ninguna protección como las ideadas en Estados Unidos. Así se revela al observar el articulado de la Superintendencia de Empresas Bancarias, de 1925, donde se indicaba que ésta se ubicaba en el Ministerio de Hacienda, siendo el Superintendente nombrado por el Presidente por un periodo de seis años (Decreto Ley N° 559 de 29.9.1925). Se configuraba de similar forma la Superintendencia de las Compañías de Seguros (Ley N° 4.228 de 21.12.1927).

La pretérita realidad chilena evolucionó, pero jamás al ritmo de la norteamericana. Estimamos necesario, dado el problema presentado, introducir un cambio radical en la estructura de los organismos nacionales. Esto implicará reformular su diseño en aspectos **(2.1)** sustanciales y **(2.2)** otros formales.

**2.1** Los aspectos sustanciales dicen relación con la modificación esencial del diseño institucional, los que debiesen comprender: colegiar al órgano directivo, fijar a los miembros un plazo de duración en el ejercicio de sus cargos y elevar las condiciones de nombramiento y de remoción de los Consejeros<sup>49</sup>. Las descritas modificaciones contribuirán a la neutralidad política, especialización técnica, y eficacia de estos organismos<sup>50</sup>.

Algunos de estos cambios ya han sido propuestos en Chile. Se ha señalado que es forzoso modificar el sistema actual de superintendencias pues su ineficiente

<sup>47</sup> DATLA y REVESZ (2013) pp. 794-795.

<sup>48</sup> Para observar una perspectiva del crecimiento del Estado en este período véase a ARÓSTICA (2001) pp. 16-30.

<sup>49</sup> Ahora bien, una parte de la doctrina, según dan cuenta Stephen Breyer y otros, ha señalado que los organismos independientes de los Estados Unidos han generado resistencia, la cual ha impulsado un mayor poder del Presidente sobre las agencias independientes. Esto se explicaría dado que "el Presidente ha sido incapaz de coordinar las políticas del Poder Ejecutivo y los organismos independientes" BREYER ET ALL (2011) p. 230.

<sup>50</sup> GARCÍA y VERDUGO (2010), y particularmente en GARCÍA y CORDERO (2012) p. 421.

estructura estaría relacionada con episodios de desaceleración de la productividad<sup>51</sup>, o no se ha adecuado a los cambios en el mercado y sus consecuentes riesgos<sup>52</sup>, entre otras razones.

Lo anterior ha motivado tanto al Poder Ejecutivo, mediante la creación de una Comisión que se encargó de proponer un nuevo sistema en materia de “institucionalidad de supervisión financiera”, como a la doctrina, a través de múltiples artículos, a proponer la modificación de la estructura de las superintendencias. Las fórmulas son muchas y disímiles. Las soluciones se encaminan a sugerir la creación de organismos reguladores colegiados, cuyos miembros no sea designados ni removidos por la sola voluntad del Presidente de la República, y que su nombramiento sea por un periodo de tiempo superior al de duración del cargo del Presidente de la República<sup>53</sup>.

Es irrefutable, en base a la experiencia Norteamericana y al fenómeno de propagación mundial de las denominadas *independent agencies*, que existe una tendencia de la cual es necesario hacerse cargo. Los lugares donde han llegado las descritas instituciones comprenden a Europa Occidental y en especial a los países de la OCDE<sup>54-55</sup>. Puede verificarse que en la realidad internacional se

<sup>51</sup> Señalan Guillermo y Matías Larraín que “La razón por la cual esto ocurre, se debe a un mal equilibrio generado por la mala estructura de gobierno de las superintendencia. Al estar el poder concentrado en una persona de confianza del presidente de la república, el Superintendente, esa persona no puede garantizar que no habrá cambios a la regulación en períodos posteriores. Por tanto, el Ministerio de hacienda que tiene la iniciativa legislativa, los miembros del Congreso y las propias industrias prefieren acotar el ejercicio discrecional de las facultades del Superintendente por la vía legal. Esto es ineficiente. Desde esta perspectiva la reforma a la regulación requiere de una nueva estructura de gobierno de los órganos reguladores” LARRAIN y LARRAIN (2010) p. 22.

<sup>52</sup> Informe de la Comisión de Supervisión Financiera (2011) p. 17.

<sup>53</sup> Por una parte, el Informe de la Comisión de Supervisión Financiera contiene todos los precitados elementos (2011) pp. 77 a 81. Los aspectos precitados fueron incorporados en el Informe de la Comisión a objeto de postular su propia solución: estimó conveniente, en cuanto a la estructura orgánica, la creación de “un Consejo de Estabilidad Financiera (“CEF”) cuyos miembros serían el Ministro de Hacienda (quien lo presidiría), el Presidente del Banco Central de Chile (“BCh”) y los Presidentes de tres nuevas Comisiones: de Solvencia Resumen Ejecutivo (“CS”), de Conducta de Mercado y Protección al Consumidor (“CCM”) y de Pensiones (“CP”). 4. El CEF tendría como misión velar por la integridad y solidez del sistema financiero”. También los autores Guillermo y Matías Larraín proponen que “la figura del superintendente debe ser remplazada por un cuerpo colegiado de gobierno del órgano regulador, un directorio” LARRAIN y LARRAIN (2010) p. 23.

<sup>54</sup> Fabrizio Gilardi estudió la aparición de los organismos con las características de las *independent agencies* en Europa Occidental, y concluyó que desde 1980 han aparecido en la mayoría de los países. Afirma que en las áreas en que prioritariamente se enfocan son en “los mercados financieros, libre competencia, seguridad alimentaria, farmacéutico, y de protección ambiental” GILARDI (2005) p. 85. Véase además la reunión de opiniones de expertos editada por la OCDE, la que concluyó que “desde un punto de vista de la gobernanza pública, se le confiere a las autoridades regulatorias relevantes poderes, con un cierto nivel de independencia en cuanto a la toma de decisiones. Los reguladores independientes están siendo establecidos en diversas culturas administrativas, bajo diversas limitaciones constitucionales, con distintas vías de delegación de atribuciones regulatorias en igualdad de condiciones con el gobierno” Informe de la Reunión de Expertos (2005) p. 4.

<sup>55</sup> Especialmente ilustrativo resulta el artículo de Stéphane Jacobzone, quien revisa la tipología de los organismos reguladores en países de la OCDE (entre 97 agencias), en materias de telecomunicaciones, energía y el área financiera. Su conclusión es que 66 agencias son autoridades regulatorias independientes, esto es “son organismos públicos encargados de regular específicos aspectos de una industria. Son típicamente autónomos

propende a la existencia de órganos reguladores colegiados y no unipersonales, con periodos de duración extendidos y reglas de nombramiento y remoción que incentivan la elección de miembros independientes<sup>56</sup>.

**2.2** El aspecto formal se vincula con la fuente en la que se propone que se contenga el cambio: una modificación al actual contenido del artículo 19 N° 21 a través de la cual se otorgue autonomía constitucional a las superintendencias<sup>57</sup>.

¿Por qué se requiere modificar la Constitución para este efecto? Existen cuatro razones.

En primer lugar, a través del cambio al artículo 19 N° 21 constitucional se logrará dar cuenta de la realidad, la cual se corresponde con la existencia de un derecho, en el que gravitan organismos administrativos quienes aplican las normas legales que lo regulan. La constatación del derecho y del organismo sectorial no es desconocida en la Constitución, pues el artículo 19 N° 12 de la Constitución, que describe la libertad de emitir opinión e informar, señala que el Consejo Nacional de Televisión velará por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación.

En segundo lugar, los organismos constitucionales, por la naturaleza de la fuente jurídica en la que se contienen, son más estables que los organismos contemplados –únicamente– en una ley. Esto se desprende de la circunstancia que la ley que desarrolla a las superintendencias podría sufrir cambios, pero una modificación constitucional que cambia el modo de nombramiento debe contar con un alto cuórum –en el caso de las superintendencias se requeriría la aprobación de las 2/3 partes de diputados y senadores en ejercicio–.

En tercer lugar, la consagración constitucional de las superintendencias las extrae de la órbita de atribuciones de otro órgano constitucional, el Jefe de Estado. Consecuencia de lo anterior es que se sustraen de la lógica de la “*supervigilancia*” que el Presidente posee sobre los organismos descentralizados<sup>58-59</sup>.

---

en su manejo, y su presupuesto puede estar bajo un Ministerio. Sin embargo no existe alcance para la intervención política o ministerial... estos cuerpos tienen un rango variable de poderes” JACOBZONE (2005) p. 82.

<sup>56</sup> JACOBZONE (2005) pp. 84-86.

<sup>57</sup> En similar sentido se plantea esta modificación en GARCÍA y VERDUGO (2010) pp. 299-301.

<sup>58</sup> En este sentido, una de las razones que justificó el envío del proyecto de reforma constitucional que establece la autonomía del Servicio Electoral, hoy aprobado, es lo que sigue, “Lo que caracteriza a estas autonomías es que nacen de la Constitución, se rigen por disposiciones en ellas contenidas y en sus leyes orgánicas constitucionales, y se encuentran al margen de los vínculos jurídico-administrativos establecidos en la doctrina clásica: escapan a la línea jerárquica y no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela, se autodeterminan, funcional y administrativamente. Ejemplos de este tipo de entidades en nuestro derecho son la Contraloría General de la República, el Banco Central, el Consejo Nacional de Televisión, el Ministerio Público y las Municipalidades. Al mismo rango, entonces, elevaríamos al Servicio Electoral” Historia de la Ley N° 20.860, Mensaje Presidencial, p. 4.

<sup>59</sup> En este sentido, Enrique Silva Cimma señala que los organismos orgánicos constitucionales “Se rigen por los preceptos de la Constitución Política, de la ley o leyes que los regulan y de la reglamentación interna que ellos mismos se den para los efectos de proveer a su funcionamiento. No existe relación alguna

Esto se explica ya que el trasfondo del cambio, cual es la eliminación de las superintendencias del carácter de organismos descentralizados, solo se puede lograr a través de su elevación a rango constitucional<sup>60</sup>, no únicamente a través de cambios legislativos<sup>61</sup>.

Una última razón es de orden práctico y dice relación con la existencia de múltiples autonomías constitucionales en la actual Constitución. El caso del Banco Central, la Contraloría General de la República o el Ministerio Público ratifican la viabilidad de concretar la propuesta. Es más, recientemente se aprobó la consagración constitucional del Servicio Electoral, a través de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.860, cuyo contenido, en lo pertinente, es similar al que se propone.

## Conclusión

En el presente estudio describimos a las superintendencias. Señalamos, por una parte, que son organismos que detentan importantes atribuciones, las cuales son contrapesadas a través de lo que la legislación denomina como “*autonomía*” respecto del Presidente de la República.

Empero, luego de precisar el concepto de “*autonomía*”, el ordenamiento chileno evade un aspecto que es esencial para que exista real independencia, pues no impide que el Jefe de Estado nombre y remueva libremente a los superintendentes. Además apreciamos que la diagnosticada falencia se materializa en la realidad.

Por lo anterior entregamos una solución a partir de la experiencia norteamericana, en la cual se han creado *independent agencies*, las que se estructuran mediante una Comisión como órgano directivo, cuyos miembros poseen periodos en los que ejercen sus funciones, sin que su nombramiento o remoción se dejen a la excluyente voluntad del Presidente. Esta solución debiese ser incorporada a modo de una reforma constitucional.

---

de subordinación, ni siquiera supervigilancia frente al Supremo Administrador del Estado, puesto que la índole de sus funciones, esencialmente fiscalizadoras en el caso de la Contraloría y reguladoras bancarias en el caso del Banco Central, haría inconciliable con ellas la subordinación...” SILVA CIMMA (1995) p. 170.

<sup>60</sup> En Norteamérica, al no existir consagración constitucional de la Administración del Estado, se ha debatido la extensión de las potestades del Presidente en las agencias. Se ha dicho que los organismos administrativos “podrían ser controlados por (1) el Presidente (2) el Congreso, (3) ni el Presidente ni el Congreso, o (4) tanto por el presidente y el Congreso” MILLER (1988) p. 216.

<sup>61</sup> Podría estimarse que una solución es, únicamente, una modificación legislativa. Así, podríamos intentar remediar la falta de independencia a través de la modificación del sistema de nombramiento igualándolo al del Consejo para la Transparencia. Estimamos que esta solución, aunque iría en el sentido correcto, sería insuficiente, pues seguiría estando sometido al poder de dirección del gobierno, al igual que como, hoy en día, está el aludido organismo descentralizado, en cuanto a este punto se ha dicho que “la ligazón no desaparece” RAJEVIC (2010) pp. 244-245.

## Bibliografía

AMUNÁTEGUI RIVERA, José Domingo (1907): *Derecho Administrativo* (Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, Santiago) 469 p.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2001): *Derecho Administrativo Económico* (Universidad Santo Tomás, Santiago) 181 p.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2009): "Dónde van superintendencias y fiscalías: Un pronóstico de futuros", en *Actualidad Jurídica* N° 20, Tomo II: pp. 569-574.

BILBAO UBILLOS, Juan María (1999): "Las agencias independientes: Un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (Ejemplar dedicado a: Privatización y liberalización de servicios)*, N° 3: pp. 163-184.

BREGER, Marshall y EDLES, Gary (2015): *Independent Agencies in the United States* (Oxford University Press, Nueva York NY) 562 pp.

BREYER, Stephen; STEWART, Richard; Sunstein, Cass; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael (2011): *Administrative Law and Regulatory Policy, problems, text, and cases* (Wolters Kluwer, Fredrick MD, 7a edición) 1075 pp.

CALDERA DELGADO, Hugo (2001): *Tratado de Derecho Administrativo* (Ediciones Parlamento Ltda, Santiago) Tomo II.

COLE, Kenneth (1942): "Presidential influence on independent agencies", en *The Annals of the American Academy of political and Social Science*, Vol 221, pp. 72-77.

DATLA, Kirti; REVESZ, Richard (2013): "Deconstructing independent Agencies (and Executive Agencies)", en *Cornell Law Review*, Vol 98: pp. 769-844.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2010): "Anomalías constitucionales de las Superintendencias: Un diagnóstico", en *Estudios Constitucionales*, año 8, N° 1: pp. 249-282.

FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo y GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2009): "Origen del presidencialismo chileno: reforma constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa legislativa exclusiva", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 2: pp. 281-311.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco y CORDERO VEGA, Luis (2012): "Elementos de discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias", en *Anuario de Derecho Público UDP*, pp. 415-435.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2010): "De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio", en *Actualidad Jurídica* N° 22, pp. 263-305.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2009): "¿Inflación de Superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio" en *Actualidad Jurídica* N° 19, Tomo I: pp. 327-371.

GALARDI, Fabrizio (2005): "The Institutional Foundations of Regulatory Capitalism: The Diffusion of Independent Regulatory Agencies in Western Europe", en *The Annals of the*



*American Academy of Political and Social Science, The Rise of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order*, Vol. 598: pp. 84-101.

HOTCHKISS, E. W. (1931): "The Interstate Commerce Commission and its work", en *Detroit Law Review*, Vol II N° 1: pp. 1-22.

Informe de la reunión de expertos (2005): "Diseñando autoridades regulatorias independientes y responsables para una regulación de mejor calidad", en *Actas de la reunión de Expertos en Londres, Reino Unido, de 10-11 de enero de 2005 (OCDE)* disponible en <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35028836.pdf>

JACOBZONE, Stéphane (2005): "Independent Regulatory Authorities in OECD countries: an overview", en *Informe de la reunión de expertos: "Diseñando autoridades regulatorias independientes y responsables para una regulación de mejor calidad"*, en *Actas de la reunión de Expertos en Londres, Reino Unido, de 10-11 de enero de 2005 (OCDE)* disponible en <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35028836.pdf> pp. 72-88.

KAGAN, Elena (2001): "Presidential Administration", en *Harvard Law Review*, Vol. 114, Issue 8: pp. 2245-2385.

LARRAÍN, Guillermo y LARRAÍN, Matías (2010): *Hacia una reforma de la institucionalidad financiera en Chile*, disponible en <http://gobierno.udd.cl/files/2014/07/Institucionalidad-Financiera-en-Chile-Larrain.pdf>

LEAL VÁSQUEZ, Brigitte (2014): "Una mirada sobre la evolución histórica de la inspección escolar en Chile", en *Derecho Público Iberoamericano*, Año III, N° 5, pp. 87-110.

MILLER, Geoffrey (1988): "Introduction: the debate over independent agencies in light of empirical evidence", en *Duke Law Journal*, Ns 2 & 3: pp. 215-222.

LÓPEZ GUERRA, Luis (1988): "Funciones del gobierno y dirección política", en *Revista De Documentación Administrativa (1958-2005)*, N° 215, pp. 15-40.

POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto (1993): "Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes", en *Revista de Administración Pública* N° 132: pp. 117-169.

RAJEVIC MOSLER, Enrique (2010): "El Consejo para la Transparencia como "Administración Independiente"", en *Transparencia en la Administración Pública* (LegalPublishing, Santiago): pp. 231-247.

SILVA CIMMA, Enrique (1995): *Derecho Administrativo chileno y comparado. El servicio público* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago) 323 pp.

SOTO KLOSS, Eduardo (2012): *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales* (LegalPublishing, Santiago) 966 pp.

## Otras fuentes

Carta del líder de los republicanos, Mitch McConnell al Presidente Obama (2011) disponible en <https://www.cfpbmonitor.com/wp-content/uploads/sites/5/2013/02/Senate-Republican-Leader-McConnell-42-Senators-Demand-Accountability-and-Transparency-at-the-Consumer-Financial-Protection-Bureau-Full-Text-of-February-2013-and-May-2011-Letters-to-President-Obama.pdf>

Dictamen N° 11.201 de 13.2.2014

Dictamen N° 39.736 de 3.9.2007

Informe de la Comisión de Supervisión Financiera (2011): "Informe Final Comisión de Reforma a la Regulación y Supervisión Financiera" disponible en <http://www.hacienda.gov.cl/mercado-de-capitales/mercado-de-capitales-bicentenario/comision-de-supervision-financiera.html>

Historia de la Ley N° 20.529 de 27.8.2011, "Sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización" disponible en <http://s.bcn.cl/1t8yu>

Historia de la Ley N° 19.882 de 23.6.2003, "Regula nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica" disponible en <http://s.bcn.cl/1t8ys>

Historia de la Ley N° 20.860 de 20.10.2015, "Reforma constitucional que otorga autonomía constitucional al servicio electoral" disponible en <http://s.bcn.cl/1svvl>



**Análisis  
jurisprudencial**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



# **Colusión: Un análisis jurisprudencial: Excepciones y defensas.**

(Segunda parte)

MARÍA FERNANDA JUPPET EWING

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales,

**UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE;**

LL.M.

**UNIVERSITY OF CALIFORNIA, BERKELEY, U.S.;**

Profesora de Derecho, Economía y Mercado,

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO.**

## **I. Introducción.**

Como hemos indicado con anterioridad, es el ilícito de colusión el que implica un mayor reproche dentro de los sancionados por el Decreto Ley N° 211 como lesivos a la libre competencia, dado el grado de afectación que produce al mercado el no contar con actores que busquen diferenciarse por medios lícitos seduciendo a los consumidores en razón de sus méritos, más que del poder de mercado del que se encuentren dotados.

En una primera entrega de esta serie de artículos de análisis jurisprudencial de la colusión en Chile se trataron aspectos generales respecto de la definición de colusión, su alcance y el grado de reproche que éste implica. En este segundo artículo nos enfocaremos en el estudio de las excepciones y defensas respecto de las cuales el Tribunal de la Libre Competencia (en adelante TDLC) se ha pronunciado expresamente, interpretando el sentido y alcance que le deben ser otorgados en esta materia.

De tal manera, en una primera parte del artículo nos avocaremos al estudio de las excepciones invocadas generalmente en procesos ante el TDLC en materia de colusión. En primer lugar, veremos la aplicación de la excepción de cosa juzgada, desde una doble perspectiva. En primer lugar, en razón del tiempo, como marco base utilizado por el órgano persecutor para delimitar la conducta investigada y posteriormente fallada por el TDLC, diferenciando entre cosa juzgada y reincidencia en la conducta colusoria.

En segundo lugar, se revisará la excepción de falta de jurisdicción cuando un acuerdo colusorio se produce en un territorio distinto al nacional, aun cuando sus efectos se radiquen en el territorio chileno.

En tercer lugar, se analizarán en detalle aquellas actuaciones desarrolladas por el gerente de una sociedad, que implican la participación de la organización en un acuerdo colusorio, participación que de por sí se encontraría fuera del mandato del administrador de la organización, por considerarse las actuaciones fuera del mandato del administrador de la organización para el desarrollo de una actividad ilícita.

Y, finalmente en esta materia, la excepción de prescripción, estudiando en detalle qué se entiende por ejecución de una conducta, de modo de dilucidar cuándo resulta aplicable la normativa, y, en segundo lugar, cuándo cesa de ejecutarse dicha conducta, para aclarar el momento en el que resulta necesario comenzar a contabilizar el plazo de prescripción de la misma.

En una segunda parte de este artículo revisaremos algunas de las defensas presentadas en juicio por los requeridos en procesos de colusión, revisando en detalle los pronunciamientos del TDLC respecto de: la presentación de utilidades normales en los balances, la cooperación interempresarial, la falta de delimitación de la conducta considerada como ilícita por parte de la Fiscalía Nacional Económica, falta de potestad del TDLC para la dictación de medidas preventivas en un proceso de colusión, y, finalmente, la existencia de cambios legislativos que afectan al ilícito durante el plazo de despliegue de la conducta imputada.

## **II. Excepciones interpuestas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en casos de colusión.**

En materia de libre competencia, es importante considerar que el TDLC ha interpretado en forma expresa cuándo proceden ciertas defensas ante su jurisdicción, y cómo deben comprenderse en su naturaleza y extensión.

En adelante, analizaremos desde dicho punto de vista las excepciones de cosa juzgada, falta de jurisdicción, actuaciones fuera del mandato del administrador de la organización y excepción de prescripción.

### **1) Excepción de cosa juzgada:**

Respecto de la excepción de cosa juzgada, comprendiendo por tal “el efecto que producen determinadas resoluciones judiciales, en virtud de la cual no puede volver a discutirse ni pretenderse la dictación de un nuevo fallo entre

las mismas partes y sobre la misma materia que fue objeto del fallo anterior” (Cassarino Viterbo, 2007, pág. 128), las excepciones presentadas ante el TDLC pueden ser clasificadas en dos grupos, aquellas que se presentan en razón del tiempo, es decir, que juzgando una conducta colusoria, entre las mismas partes, defendiendo el mismo objeto jurídico, difieren en el tiempo juzgado en la primera sentencia del TDLC, cubriendo períodos diversos de investigación.

En segundo lugar, podemos encontrar la excepción de cosa juzgada fundada en una sentencia dictada en un territorio diverso, caso en el cual se busca sancionar por la Fiscalía Nacional Económica o por un tercero interesado, un acuerdo colusorio cuyos efectos fueron investigados y sancionados ante una jurisdicción diversa. La duda en este caso radica en determinar si es que los efectos sancionados en la sede del juicio original consideraron a aquellos que se hubieren producido en nuestro país, como se revisará en detalle a continuación.

#### ***a. Excepción de cosa juzgada en razón del tiempo.***

Cuando analizamos la excepción de cosa juzgada en razón del tiempo, para efectos de la interpretación desarrollada por el TDLC en sus sentencias, es posible afirmar que pueden darse nuevos actos contrarios a la competencia, entre las mismas partes, respecto del mismo ilícito, y en el mismo territorio, siempre que los hechos en los que se basan las conductas investigadas se hayan desarrollado en momentos diversos en el tiempo.

Por tanto, cuando existe identidad en los sujetos intervinientes, identidad de causa e identidad de objeto. En materia de colusión, al juzgar un segundo caso entre las mismas partes, es imposible dudar la coincidencia de los sujetos intervinientes, cuando éstos concurren en forma perfecta entre los actores inicialmente investigados, es decir, ningún sujeto abandona ni ingresa al acuerdo colusorio.

El objeto permanecerá constante en el tiempo, dado que los acuerdos colusorios buscan en definitiva afectar la libre competencia mediante el otorgamiento de un poder de mercado a las partes, del cual carecen individualmente consideradas.

Con todo, aun cuando exista identidad de sujetos, al requerirse a los mismos actores antes juzgados por el TDLC, y de objeto, al constituir la finalidad de este nuevo proceso la defensa de la libre competencia.

No es posible concluir que procede la aplicación de la excepción de cosa juzgada cuando los hechos investigados corresponden a un momento distinto al que hubiere sido objeto de un proceso anterior, situación en la cual de acuerdo al TDLC es posible determinar que no existe identidad de causa, por corresponder a hechos diversos que motivan la acción.

De tal manera, la cosa juzgada que se reconoce en un juicio llevado a cabo en una sede internacional es sólo el aspecto de cosa juzgada formal, entendiendo por tal: “firmeza o cosa juzgada formal es la inatacabilidad de una resolución judicial dentro del mismo juicio en que se pronunció. Corolario de esta invulnerabilidad es que la cuestión resuelta no puede volver a discutirse ni resolverse de nuevo en el proceso en que la resolución se dictó.” (Alessandri & Somarriva, 2011, pág. 135) Pero no implica necesariamente cosa juzgada material, entendiendo por tal: “...la imposibilidad de que en un nuevo proceso se discuta y resuelva una cuestión ya antes fallada” (Alessandri & Somarriva, 2011, pág. 135).

Para Carlos Díaz, podemos entender por causa de pedir, como elemento de la cosa juzgada, al fundamento inmediato del juicio (Díaz Uribe, 2000), de tal manera el fundamento inmediato del juicio sería diverso en cada juicio si es posible probar que los efectos anticompetitivos sometidos a juicio corresponden a colusiones diversas entre las mismas partes, configurando incluso una reincidencia de estas como elemento agravante en el segundo juicio interpuesto en caso de ser condenado en ambos.

Lo anterior se desprende de su sentencia N°87-2009, respecto del caso “Gustavo Hasbún Selume contra Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros”, al establecer en su considerando: “Cuarto. Que, al respecto, deberá desecharse esta excepción por cuanto la demanda, si bien imputa conductas de la misma naturaleza que las conocidas en el procedimiento Rol N° 10-04, claramente se refiere a hechos y conductas que habrían ocurrido en los años 2007 y 2008, posteriores y distintos a los hechos que fueron objeto del citado proceso”<sup>1</sup>.

#### ***b. Excepción de cosa juzgada en razón del territorio:***

En segundo lugar, y para efectos del presente artículo, hemos diferenciado a aquellas excepciones de cosa juzgada fundadas en haber sido los hechos investigados y sancionados en un territorio diverso al chileno.

Cuando analizamos la aplicación de la excepción de cosa juzgada por causas de libre competencia seguidas ante diversas sedes jurisdiccionales, no podemos concluir que se encuentre presente la triple identidad de la cosa juzgada, en el entendido que las partes son distintas, por ende, no se daría el efecto negativo de la cosa juzgada, entendiendo por tal: “El negativo se traduce en que la cuestión planteada en el juicio y decidida por la sentencia no puede ser objeto de otro pleito entre las mismas partes ni de una nueva y consiguiente resolución judicial” (Alessandri & Somarriva, 2011, pág. 136).

<sup>1</sup> Sentencia 87- 2009, de causa Rol C- 157- 08, “Gustavo Hasbún Selume contra Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros”, página 5.



Con todo, es importante señalar que cuando hechos contrarios a la libre competencia producen efectos en diversos territorios, no se da en caso alguno la triple identidad de la cosa juzgada, dado que debemos comprender que en la esencia de dicha excepción se encuentra el protegerse respecto de las mismas partes entre las cuales se verificó el primer juicio, siguiendo a Rosende: “Uno de los principios fundamentales que rigen la institución de la cosa juzgada es su eficacia limitada a las partes del proceso, esto es, *res iudicata inter partes*. Son ellas las que deciden qué se debate en juicio, las que formulan las alegaciones pertinentes y las que ponen de manifiesto los medios de prueba con los que cuentan para hacer valer sus pretensiones; de ahí que únicamente les afecte a ellas, en principio, la inmutabilidad de la decisión del Juez en el caso concreto” (Rosende Villar, 2001, pág. 489).

Los terceros sólo se encontrarán vinculados al resultado de la sentencia en virtud de la cosa juzgada cuando la ley les otorgue dicho efecto expresamente. En esta línea de ideas, no es posible considerar que en materia de libre competencia, una sentencia esté dotada de cosa juzgada material cuando un acuerdo colusorio ha implicado una investigación previa con resultado de sanción en un país diverso al que inicia una investigación respecto de los efectos que dicho acuerdo impliquen en el territorio nacional.

Si bien es cierto que los terceros interesados en el resultado de la controversia debieran ser afectados por el resultado de ella, en palabras de Rosende: “Ya sabemos que la regla general es la eficacia *inter partes* de la cosa juzgada, salvo las excepciones previstas en la ley como extensión de la cosa juzgada a terceros. En estos supuestos, expresamente limitados, la relación jurídica debatida en el proceso habrá quedado definitivamente juzgada también para los terceros interesados en la misma, sin posibilidad de que la decisión alcanzada sobre la misma pueda ser replanteada en un juicio posterior” (Rosende Villar, 2001, pág. 495).

Lo anterior no obsta a que el caso de libre competencia seguido ante una jurisdicción diversa a aquella en la cual se ha fallado inicialmente busca la reparación de un objeto distinto, la defensa de la libre competencia en el territorio de su jurisdicción, que es lo que cada Tribunal cautela, dado que sólo puede fallar en la esfera de su competencia, como veremos a continuación, por tanto, las partes sancionadas no quedan cubiertas por la excepción de cosa juzgada en este evento.

En aquellos casos en que los efectos de la colusión se hayan producido en nuestro territorio, se entenderá que no existe cosa juzgada para efectos de una nueva investigación que se circunscriba a los efectos que la conducta anticompetitiva haya producido en el país, como se determinó por el TDLC en sentencia 122 de 2012, al indicar en su considerando vigésimo primero: “Que,

por lo razonado en la consideración precedente, la excepción de cosa juzgada no puede sino rechazarse, en tanto la conducta sobre la cual debe pronunciarse este Tribunal imputada en ambas jurisdicciones no es la misma, toda vez que en esta sede debe conocerse de un eventual acuerdo para fijar los precios de venta para Chile de los compresores a los que se refiere el proceso de autos, por lo que los hechos sometidos al juzgamiento de este Tribunal y el mercado relevante involucrado son diferentes a aquellos conocidos y calificados por los órganos competentes de Brasil, según se ha indicado en la consideración vigésima precedente”<sup>2</sup>.

Por tanto, el elemento que radica la jurisdicción ante el TDLC está dado por la extensión de los efectos que el acuerdo colusorio implique en el territorio nacional, aun cuando se le haya investigado e incluso sancionado en un territorio diverso, dado que dicha investigación original sólo se circunscribirá a los efectos que, de acuerdo a cosa juzgada formal, dicho acuerdo haya implicado para el territorio en el cual el tribunal extranjero ejerza su jurisdicción, y no respecto a aquellos que haya implicado para otras naciones.

## 2) Excepción de falta de jurisdicción.

La falta de jurisdicción suele ser una excepción invocada por las partes de un acuerdo colusorio cuando los actos desplegados para lograr dicha concertación se han desarrollado fuera del territorio nacional.

Ante todo, podemos entender por jurisdicción, siguiendo al profesor Juan Colombo: “La actividad que los jueces ejercen, en nombre del Estado, es la jurisdicción y la forma de hacerla efectiva es mediante la realización de actos jurisdiccionales entre los cuales el más importante es la sentencia definitiva que pone fin a la instancia resolviendo el asunto litigioso. Pero la actividad jurisdiccional no se ejerce sin finalidad; no se juzga en abstracto, sino que se juzga porque frente a quien debe juzgar está planteada, como objeto concreto del juicio, una controversia a dirimir, un litigio a resolver, una demanda a aceptar o rechazar, un tema a indagar. El juez está llamado a dirimir el conflicto. Frente a ellos se coloca como un tercero imparcial, que no crea por sí el problema, sino que lo examina y lo resuelve” (Colombo Campbell, 1968).

Por otra parte, el profesor Eduardo Couture entiende la jurisdicción como “la función pública realizada por órganos competentes del Estado con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución” (Colombo Campbell, 1968).

<sup>2</sup> Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207 - 10, “FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.”, página 22.

Así, podemos entender que es uno de los efectos propios de la jurisdicción el dotar a los Tribunales de Justicia de la potestad para poder resolver los litigios que se sometan a su conocimiento, resolviendo dicha controversia entre las partes por medio de una sentencia dotada de cosa juzgada.

Por ende, la jurisdicción de los Tribunales de Justicia suele estar dada en términos nacionales, salvo que se encuentre otorgada por medio de algún tratado internacional a un organismo supranacional, como es el caso de la Comisión Europea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc. De acuerdo a Romero, citando a la Corte Suprema: "El efecto propio de la falta de jurisdicción desde su ámbito internacional se traduce en que ningún tribunal del país puede conocer y decidir el conflicto o controversia, por tanto ella tiende a enervar la pretensión contraria y de acuerdo a ello se trata de una excepción perentoria. Sin perjuicio de poder alegarse, en su caso, con el fin de evitar una tramitación inútil como dilatoria" (Romero Seguel, 2004, pág. 184).

Así, en materia de derecho de la libre competencia, no nos encontramos con entidades dotadas de jurisdicción internacional que ostenten la potestad de dirimir respecto de estos conflictos jurídicos, pero sí con una red de cooperación de agencias persecutoras de ilícitos de carácter anticompetitivo, que por medio de convenios particulares acuerdan compartir información que resulte relevante para ellas, como se ordena por el artículo 39 del Decreto Ley N° 211.<sup>3</sup>

De tal manera, es usual que actos anticompetitivos, o, en el caso de este análisis, acuerdos colusorios investigados en un determinado territorio, puedan ser a su vez investigados en otros países, en razón de los efectos que pudieran haber implicado para otros Estados, quedando la institucionalidad de la libre competencia expuesta a la presentación de la excepción de falta de jurisdicción, la cual es explicada por Romero Seguel al indicar que: "Cuando un demandado (o el juez de oficio) denuncia la falta de jurisdicción, en rigor, lo que hace es advertir que un determinado tribunal no puede resolver el conflicto jurídico objeto del proceso, por carecer la relación procesal de un presupuesto procesal" (Romero Seguel, 2004, pág. 189).

Si bien es cierto que debemos reconocer a la territorialidad como un límite para el ejercicio de la jurisdicción, entendiendo que ésta puede ejercerse dentro del marco territorial, *contrario sensu*, y siguiendo a Aravena, resulta

<sup>3</sup> Artículo 39. El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.

Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico:

l) Celebrar convenios o memorándum de entendimiento con otros servicios públicos y universidades, en materias de cooperación recíproca. Asimismo, celebrar convenios con agencias u otros organismos extranjeros que tengan por objeto promover o defender la libre competencia en las actividades económicas;

necesaria una norma expresa entre Estados para aplicar la extraterritorialidad de su jurisdicción, cuando indica: "... las necesidades de integración de los Estados y la realidad han determinado casos en que ha sido necesario llevar el actuar jurisdiccional fuera de sus límites físicos y se reconocen casos de extraterritorialidad, los que, lejos de ser una excepción del principio de soberanía, son una confirmación del mismo, en cuando aparecen reconocidos por las legislaciones como instrumentos de la acción propia de un Estado" (Aravena Arredondo, 2006).

Por tanto, es posible comprender que hechos o actos contrarios a la libre competencia, especialmente los acuerdos colusorios, que otorgan un poder de mercado indebido a sus miembros, que hayan sido investigados y sancionados en un país determinado, puedan a su vez ser investigados y sancionados en un país que ostente una jurisdicción diversa, sometidos a una limitación clara, los efectos del cartel deben haberse radicado en el mercado nacional del país que inicia el segundo juicio en contra de los miembros de dicho acuerdo antijurídico.

Así lo ha establecido el TDLC, que los acuerdos colusorios que se hayan suscrito en un territorio extranjero, pero cuyos efectos se produzcan en nuestro país, pueden ser sometidos a su conocimiento. De tal manera, el hecho de que el cartel se constituya, comunique y sesione fuera de la jurisdicción del tribunal resulta irrelevante, tanto en cuanto los efectos de dicho acuerdo se radiquen en el territorio nacional.

Lo anterior queda de manifiesto en la sentencia 122 de 2012, cuando en su considerando sexto dispone: "Que respecto a la primera de las excepciones señaladas, debe tenerse presente que este Tribunal ha manifestado en reiteradas oportunidades que, si se siguiera la argumentación de la requerida Whirlpool, la presunta conducta ilícita quedaría reducida únicamente al lugar en que supuestamente se comete, celebra o acuerda, sin alcanzar al lugar en el que se producirían los efectos actuales o potenciales de la misma, con lo que se llegaría al extremo de no poder juzgarse en Chile restricciones a la competencia efectuadas en el extranjero pero que afecten a alguno de nuestros mercados, o al de juzgar conductas realizadas en Chile que no sean aptas para producir efectos anticompetitivos en el país, perdiendo con ello sentido la normativa del D.L. N° 211, cuyo propósito es el de velar, dentro del territorio de la República de Chile, por el desenvolvimiento competitivo de sus mercados. Lo anterior fue consignado en la resolución que se pronunció sobre la excepción de incompetencia del Tribunal opuesta por la defensa de Whirlpool a fojas 377 y siguientes y escrita a fojas 514 y siguientes de este expediente. Cabe agregar que la Sentencia N°117/2011, de este Tribunal, recoge el mismo criterio;"<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207 - 10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.", página 17.

Por consiguiente, aceptar la argumentación de que la jurisdicción quedaría determinada por el territorio en el cual se comete un ilícito, implica necesariamente empoderar a los miembros de un cartel para escoger la legislación que les resultará aplicable al momento de juzgar un ilícito, argumentación que redundaría en el absurdo.

### 3) Excepción de actuaciones fuera del mandato del administrador de la organización.

Una de las defensas que pudiera parecer razonable tras la notificación de un requerimiento por colusión en contra de una persona jurídica, es la de actuaciones fuera del mandato por parte del administrador de la organización.

De la misma forma, es importante recordar que el gerente es considerado por el Código de Comercio como un factor de comercio, el cual es definido en el artículo 237 inciso primero de dicho cuerpo legal, indicando: "Factor es el gerente de un negocio o de un establecimiento comercial o fabril, o parte de él, que lo dirige o administra según su prudencia por cuenta de su mandante".

Asimismo, se someterá la publicidad de su nombramiento a las formalidades de reducción a escritura pública a fin de dar fe a terceros y subinscrita en el registro de comercio, con miras a hacer oponible respecto de la sociedad, las atribuciones y potestades en dicho instrumento reconocidas.<sup>5</sup>

Con respecto a las facultades del administrador, en principio las actuaciones del gerente deben ceñirse al objeto social, y cualquier transgresión normativa no podría encuadrarse dentro de aquel, a saber: "La representación extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros" (CISS Grupo Wölkers Kulher, 2013).

Es importante recordar que la administración de sociedades implica necesariamente su representación, la cual se encuadra de acuerdo al profesor Gil Echeverry, dentro del marco siguiente: "La representación legal de las sociedades corresponde a una forma especial, mediante la cual las operaciones, actos y contratos realizados por los presentes, gerentes y/o sus respetivos suplentes, dentro de los límites del objeto social y los determinados en los estatutos, producen efecto directamente en la sociedad y en su patrimonio, obligando a ésta, y no a quien actuó como representante legal" (Gil Echeverry, 2012, pág. 124).

<sup>5</sup> "Artículo 339 del Código de Comercio: Los factores deben ser investidos de un poder especial otorgado por el propietario del establecimiento cuya administración se les encomiende.

El poder será registrado y publicado en la forma prescrita en el párrafo 1, Título II, Libro I."

De tal manera, para poder determinar la extensión de las facultades del administrador o gerente, deberemos estar a lo que se indique en su escritura de nombramiento, y, en su defecto, a aquellas actuaciones que sin haber sido expresamente señaladas, se encontraren dentro del giro de la organización, como se desprende claramente del artículo 340 del Código de Comercio, que prescribe: "Los factores se entienden autorizados para todos los actos que abrace la administración del establecimiento que se les confiare, y podrán usar de todas las facultades necesarias al buen desempeño de su encargo, a menos que el comitente se las restrinja expresamente en el poder que les diere".

Por tanto, se continúa en este punto la línea común que se plantea a nivel latinoamericano respecto de la amplitud de las actuaciones que pueden ser realizadas por el administrador de una sociedad, y que se encontrarían dentro de sus atribuciones en forma natural, al comprender que: "El principio general es que el representante legal podrá celebrar toda clase de actos o contratos comprendidos dentro del objeto social, a nombre de la sociedad, sin limitación o restricción alguna. Para que las limitaciones estatutarias operen es necesario determinarlas de manera precisa y detallada en el contrato social e inscribir la escritura pública correspondiente (art. 196, inc. 3°. C. de Co.). Igualmente, el representante legal está facultado para celebrar cualquier negocio jurídico que se relacione en forma directa con la existencia y funcionamiento de la sociedad" (Gil Echeverry, 2012, pág. 282).

En la misma línea y siguiendo los planteamientos del artículo 340 del Código de Comercio, podemos señalar entonces que cualquier actuación ejecutada por el administrador más allá del objeto de la sociedad, al menos en principio, aquellas conductas que correspondieran a actos antijurídicos no podrían ser consideradas como parte del mandato del administrador.

Aun cuando las actuaciones concordadas por el representante de la empresa no se encuadren dentro de su mandato, debemos considerar que los efectos patrimoniales de sus actuaciones, particularmente los beneficios del pacto colutorio se radicarán en virtud de sus facultades en el patrimonio de la organización, y no en el propio: "El efecto que señalamos como un elemento esencial de la representación, sea la directa o la indirecta, se da necesariamente en el mandato mercantil y en la comisión. Los actos de comercio que lleva a cabo el mandatario o comisionista tienen efecto en el patrimonio del *dominus*. Si este efecto no se produce, no existirá mandato ni comisión" (Gilberto Villegas, 2007).

En el mismo sentido, aquellas actuaciones que exceden al mandato original del administrador, como asimismo aquellas que no se encuadran dentro del objeto social, obligarán a la sociedad respecto de los terceros que hayan contratado con el administrador, en tal sentido: "Si los actos realizados por los administradores

exceden del objeto social, la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave y esto aun cuando de los estatutos sociales se desprenda que el acto no estaba comprendido dentro del objeto social” (CISS Grupo Wölkens Kulher, 2013, pág. 513).

Lo anterior se reconoce en nuestro Código de Comercio a propósito de su artículo 328, el cual prescribe: “Los factores o dependientes que obraren en su propio nombre quedan personalmente obligados a cumplir los contratos que ajustaren; pero se entenderá que los han ajustado por cuenta de sus comitentes en los casos siguientes: 1°. Cuando tal contrato corresponda al giro ordinario del establecimiento que administran; 2°. Si hubiere sido celebrado por orden del comitente, aun cuando no esté comprendido en el giro ordinario del establecimiento; 3°. Si el comitente hubiere ratificado expresa o tácitamente el contrato, aun cuando se haya celebrado sin su orden. 4°. Si el resultado de la negociación se hubiere convertido en provecho del comitente”.

Por tanto, si es que los beneficios económicos derivados del acuerdo colusorio se radican en el patrimonio de la sociedad, hecho que de suyo ocurriría en la práctica, eso implica que necesariamente los actos desarrollados por el administrador fuera de su mandato obligarían a la institución, en razón del aprovechamiento del acto ilícito.

Aun cuando la empresa pudiera repetir en contra del administrador por los perjuicios económicos y de imagen que hubieran acaecido a la institución como consecuencia de haber formado parte de dicho acuerdo colusorio.

Finalmente, la opinión del TDLC en esta materia indica en su sentencia N° 136-11 de causa Rol C- 234-11, “FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.”, en su considerando decimoséptimo: “Que, en todo caso, el D.L. N° 211 no requiere que quien celebre acuerdos anticompetitivos en representación de una empresa cuente con algún poder o facultad especial para realizar tales actos, pues basta que quien actúe por la empresa en los hechos comprometa el actuar anticompetitivo de ésta, tenga o no facultades específicas para ello; facultad que por lo demás, de existir, sería ilegal, en cuanto se trataría de una estipulación para hacer algo que adolecería de objeto ilícito, atendido lo dispuesto en el artículo 1466 del Código Civil”<sup>6</sup>.

#### **4) Excepción de prescripción en un caso de colusión.**

Ante todo, y recordando lo dispuesto en los incisos 3° y 4° del artículo 20 del Decreto Ley N° 211, de Defensa de la Libre Competencia, es preciso indicar

<sup>6</sup> Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, “FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.”, p. 27.

que: “Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulado ante el Tribunal.

Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción”.

Respecto del artículo antes citado surgen dos inquietudes, en primer lugar, qué se entiende por ejecución de una conducta de modo de dilucidar cuándo es aplicable la normativa, y, en segundo lugar, cuándo cesa de ejecutarse dicha conducta, para aclarar el momento en el que resulta necesario comenzar a contabilizar el plazo de prescripción de la misma.

En cuanto a la comprensión del concepto ejecución de una conducta anti-competitiva, el TDLC ha determinado en sentencia N° 46, de 2006, en su considerando Vigésimo segundo: “...de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 3, inciso primero, del Decreto Ley N° 211, la expresión ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia contenida en el inciso tercero del artículo 20 ha de entenderse referida a la ejecución o celebración, según corresponda, de hechos de significación jurídica, así como a actos jurídicos simples o complejos, unilaterales o bilaterales (convenciones), tanto de derecho privado como administrativo o judicial... Al respecto, el Diccionario de la Real Academia Española, en su Vigésima Segunda Edición (2001), define ejecución como acción y efecto de ejecutar, y el verbo ejecutar como poner por obra algo, esto es, según su etimología, consumir, cumplir una acción o conducta determinada”<sup>7</sup>.

En relación al segundo punto, es decir, al momento en el que cesan los efectos del acto, y, por tanto, comienza a computarse el plazo de prescripción, de acuerdo al TDLC es necesario considerar cuatro elementos: 1. Que la conducta se encuentre en ejecución, es decir, que se esté “poniendo por obra” una conducta determinada. 2. Que los actos ejecutados deben estar dotados de significación jurídica. 3. Que las fechas sean objetivamente determinables de los antecedentes contenidos en el expediente del proceso. 4. Que los acuerdos entre competidores sometidos a su conocimiento “implican normalmente una sucesión de actos en el tiempo, destinados a mantener vigente dicho acuerdo y a prolongar sus beneficios esperados; siendo así, por ejemplo, que en los acuerdos de precios debe entenderse que subsiste tal acuerdo –esto es, que

<sup>7</sup> Sentencia 43 – 2006, de causa Rol C 74 – 2005, “FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros”, página 87.



éste está siendo ejecutado— mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios pactado; y en los acuerdos de reparto de mercado, ya sea geográfico, de clientes, o de cuotas de producción, mientras se ejecuten por las partes involucradas las acciones materiales concretas necesarias para mantener cada zona geográfica, cada cliente, o cada cuota de producción asignados, en manos de su titular.”<sup>8</sup>

El desafío que nos implica el ilícito de colusión está dado porque si bien es cierto que el acuerdo colusorio puede tomarse en una fecha determinada, los efectos del mismo se van manifestando a lo largo del tiempo, por tanto, es posible comprenderlo como un ilícito continuado en el tiempo, para poder comprender a cabalidad este punto, debemos aplicar por analogía la construcción doctrinaria del derecho penal respecto del delito continuado, dado que en Chile, hasta la fecha, la colusión es un ilícito corporativo, y no un delito, estos se diferencian en sus consecuencias jurídicas y en la forma de reproche realizada por el legislador. Aun cuando la forma de configuración de ambos se asemeja lo suficiente como para que resulte esclarecedora la interpretación por analogía de ambas figuras, siguiendo a Lopez y Bertot, “...la apreciación del delito continuado exige la concurrencia de factores objetivos y subjetivos. Desde el punto de vista objetivo son requeridas la identidad o similitud del tipo, la unidad del bien jurídico violado, la conexión temporal y una cierta homogeneidad en la ejecución (utilización de medios, relaciones y ocasiones análogas); y desde la óptica subjetiva se valora el ánimo subyacente en la actuación del sujeto comisario, cuya interpretación se ha orientado en dos posiciones: la del dolo global o conjunto, y la otra que se adscribe al dolo continuado o

<sup>8</sup> Considerando “Vigésimo. Que, al respecto, debe analizarse cuándo se deben entender los hechos imputados como “ejecutados”, pues el término o fin de dicha “ejecución” señala el momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, cualquiera que éste sea. Este Tribunal ya se ha pronunciado en casos anteriores al respecto (Sentencia N° 42, de seis de septiembre de dos mil seis), estableciendo (a) que el Diccionario de la Real Academia Española, en su Vigésima Segunda Edición (2001), define “ejecución” como la acción y efecto de ejecutar, y el verbo “ejecutar” como “poner por obra algo”, esto es, según su etimología, “consumir, cumplir” una acción o conducta determinada; (b) que para los efectos de las materias de que conoce generalmente este Tribunal, la ejecución de actos anticompetitivos ha de entenderse referida a la comisión o celebración de hechos de significación jurídica, sean éstos actos jurídicos simples o complejos, unilaterales o bilaterales (convenciones); (c) que la única forma de discernir las fechas o períodos de ejecución de las conductas sometidas al Tribunal es la identificación de aquellos datos temporales objetivos, contenidos en el expediente, a partir de los cuales sea posible determinar su inicio y su término; y (d) que los acuerdos entre competidores —que es la materia sub lite—, en general, atendida su particular naturaleza —esto es, que su éxito depende de la voluntad concertada de sus miembros de persistir en él—, implican normalmente una sucesión de actos en el tiempo, destinados a mantener vigente dicho acuerdo y a prolongar sus beneficios esperados; siendo así, por ejemplo, que en los acuerdos de precios debe entenderse que subsiste tal acuerdo —esto es, que éste está siendo ejecutado— mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios pactado; y en los acuerdos de reparto de mercado, ya sea geográfico, de clientes, o de cuotas de producción, mientras se ejecuten por las partes involucradas las acciones materiales concretas necesarias para mantener cada zona geográfica, cada cliente, o cada cuota de producción asignados, en manos de su titular”. Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77-2005, “FNE contra Isapre ING S.A. y otros”, página 56.

de continuación, sin que ninguna de estas categorías pueda identificarse con el dolo particular que anima los diversos actos parciales del delito continuado, pues tanto el dolo global como el continuado constituyen el factor subjetivo unificador de las distintas acciones en continuación, la unidad subjetiva propia del instituto" (López Rojas & Bertot Yero, 2012).

En la colusión encontramos cada uno de estos elementos, desde el punto de vista objetivo, la conducta desplegada y sus manifestaciones son las mismas en el tiempo, el bien jurídico vulnerado es la libre competencia, la conexión temporal nos permite diferenciar entre nuevas conductas colusorias entre las mismas partes como hemos indicado con anterioridad respecto de la aplicabilidad de la excepción de cosa juzgada, y la ejecución es homogénea al ceñirse a los términos concordados entre las partes.

Respecto de los elementos subjetivos, los miembros de un acuerdo colusorio comparten el ánimo de permanecer dentro de dicho acuerdo, y de buscar por medios ilícitos a través de la colusión suscrita, un poder de mercado del cual carecen, compartiendo la intención de vulnerar el bien jurídico protegido, y por tanto actuando en forma dolosa.

El TDLC ha dictaminado que en el caso del ilícito de colusión, se considera que es una actividad continuada, a propósito de la sentencia 102-2010, de causa Rol C 191-09, "FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital", en su considerando octavo, al indicar: " Que, entonces, la infracción atribuida a la requerida constituye una actividad continuada, que se habría verificado o ejecutado cada vez que los minibuses de empresarios miembros de Agmital cobraron tarifas relativamente bajas, sirvieron determinados recorridos en ciertos horarios y realizaron supuestos actos de hostigamiento con el presunto fin de expulsar a un competidor entrante. Por lo tanto, en la especie, el plazo de prescripción sólo podría computarse a partir del momento en que la requerida hubiere puesto fin a la ejecución de las conductas en cuestión, lo que, como se dijo y de acuerdo con los antecedentes del proceso, ocurrió en el mes de noviembre de 2007, fecha en la que se habría alcanzado un acuerdo para fijar tarifas y horarios entre la requerida y sus competidores, tal como consta en dos actas de declaración de don José Muñoz Ortega y del acta de declaración de don Juan Constantino Díaz Ruiz ante la FNE, acompañadas por esta última a fojas 119;"<sup>9</sup>

Asimismo, el TDLC, ya había indicado a la fecha en Sentencia 43 – 2006, de causa Rol C 74 – 2005, "FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros", que la naturaleza misma del ilícito de colusión implicaba una necesaria sucesión

<sup>9</sup> Sentencia 102-2010, de causa Rol C 191-09, "FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital", página 10.

de actos en el tiempo, tendientes a mantenerlo vigente, cuando expone en su considerando vigésimo séptimo: "Que los acuerdos entre competidores, en general, atendida su particular naturaleza, esto es, que su éxito depende de la voluntad de sus miembros de persistir en él, implican siempre una sucesión de actos en el tiempo, destinados a mantener vigente dicho acuerdo y a prolongar sus beneficios esperados. As, por ejemplo, en los acuerdos de precios debe entenderse que subsiste tal acuerdo, esto es, que éste está siendo ejecutado mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios pactado; y en los acuerdos de reparto de mercado ya sea geográfico, o de clientes, o de cuotas de producción mientras se ejecuten por las partes involucradas las acciones materiales concretas necesarias para mantener cada zona geográfica, o cada cliente, o cada cuota de producción asignados, en manos de su titular"<sup>10</sup>.

Esta posición fue reafirmada por la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 6615-2010, al prescribir: Considerando "Noveno: Que la norma del artículo 20 antes aludida es clara en señalar que el plazo de prescripción se cuenta desde la ejecución de las conductas atentatorias a la libre competencia. Ahora bien, en algunos casos, como ha señalado esta Corte con antelación, la ejecución de las conductas ocurre día a día, mientras el agente económico mantiene la realización de actos que pugnan contra la libre competencia, por lo que cada vez que la requerida mantuvo su política de baja en los precios y la prestación de los nuevos servicios incorporados en los horarios que implementó a partir del ingreso del nuevo competidor, significó en los hechos la ejecución de una conducta cuestionada a la luz de la libre competencia y por ende que habilitaba para denunciarla o requerir"<sup>11</sup>.

Reafirmado por medio del considerando undécimo que hace referencia a la subsistencia en el tiempo de la conducta anticompetitiva de un acuerdo colusorio: "Undécimo. Que la ejecución del ilícito de colusión se inicia cuando se perfecciona el acuerdo anticompetitivo y se extiende hasta la terminación, cese o supresión del concierto de voluntades que lo configura. Los acuerdos entre competidores requieren, por regla general, de un conjunto de acciones que mantengan el estado de cosas contrario a derecho que provocan, y se extienden temporalmente mientras subsiste la supresión de la competencia entre los partícipes que resulta de los mismos. Lo anterior, dado que en este caso existiría una unidad de acción y no una serie de ilícitos distintos e independientes entre sí;"<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Sentencia 43 – 2006, de causa Rol C 74 – 2005, "FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros", página 89.

<sup>11</sup> Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 6615-2010 contra sentencia 102-2010, "FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital", página 4.

<sup>12</sup> Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207 - 10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.", página 19.

Asimismo, la Excelentísima Corte Suprema aclara el carácter de continuado del ilícito de colusión por medio del considerando duodécimo y cuadragésimo segundo, al señalar: "Que en este sentido, tal como se señaló en la Sentencia N° 57/2007, el ilícito de colusión, atendida su especial naturaleza –esto es, que su éxito depende de la voluntad concertada de sus miembros de permanecer en él– implica normalmente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener vigente el acuerdo colusorio y a prolongar sus efectos; así, por ejemplo, en los acuerdos de precios debe entenderse que subsiste el mismo –es decir, que éste está siendo ejecutado– mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios pactado; en los acuerdos de reparto de mercado, ya sea geográfico, de clientes, o de cuotas de producción, subsiste mientras cada zona geográfica, cada cliente, o cada cuota de producción asignados, se mantenga en manos del competidor convenido, en cumplimiento de lo acordado"<sup>13</sup>.

Considerando cuadragésimo segundo: "Que, entonces, si se considera que la decisión concertada habría consistido en repartir las frecuencias y establecer determinados precios, resulta evidente que, en caso de existir tal acuerdo, tanto la omisión como la acción antes descritas requerirían de la voluntad concertada, constante y permanente de quienes las ejecuten para poder mantenerse y ser efectivas. En consecuencia, mientras permanezca la voluntad común de sostener el acuerdo debe entenderse que éste está siendo ejecutado –esto es, debe necesariamente entenderse que tal acuerdo aun existiría– y que, por lo tanto, no habría empezado a correr a favor de quien eventualmente lo hubiere cometido el plazo de prescripción extintiva que fuere aplicable"<sup>14</sup>.

Finalmente, respecto de la interpretación de la excepción de prescripción, la Excelentísima Corte Suprema es clara en reafirmar la interpretación del TDLC respecto de los elementos de la ejecución de la conducta y el carácter continuado de la misma, al indicar en el considerando tricentésimo decimoquinto de la sentencia en comentario: "Que establecido así que la ley aplicable al cartel de autos es el Decreto Ley N° 211 actualmente vigente, se concluye necesariamente que el régimen de prescripción aplicable no puede ser otro que el que contempla dicho cuerpo legal, el que, para el caso de la colusión, es de cinco años, contados desde "la ejecución de la conducta", teniendo presente que para el caso de la colusión "el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción" (art. 20, incisos 3° y 4°)"<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207-10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.", página 19.

<sup>14</sup> Sentencia 133-14, de causa Rol C- 224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros", página 46.

<sup>15</sup> Sentencia 139-14, de causa Rol C-236-11, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", página 167.

## 5) Aplicación de cómputo de plazo en casos de *bid rigging*: Contabilizar plazo de prescripción en licitaciones públicas

El ilícito de colusión es objeto de estudio bajo ciertas formas de organización social del mismo, dentro de las cuales se destacan figuras tales como *interlocking*, grupos estratégicos y *bid rigging* o *collusive tendering*.

Esta última figura es definida por la OCDE como “Manipulación de las ofertas (o licitaciones colusorias) ocurre cuando las empresas, que de no mediar dicho acuerdo se esperarían que compitan entre sí, secretamente conspiran para elevar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios para los compradores que deseen adquirir productos o servicios a través de un proceso de licitación obligatorio” (OECD, 2009)<sup>16</sup>.

De acuerdo a la OCDE se pueden reconocer una serie de conductas que típicamente se presentan dentro de los acuerdos de *bid rigging*, tales como: *Cover bidding* o propuestas simuladas, supresión o limitación de propuestas, rotación del ganador, asignación de zonas o repartos de mercado.

Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica ha identificado una serie de conductas como susceptibles de afectar la competencia al interior de licitaciones públicas: 1. Intercambios de información sensible sobre las posturas que cada cual presentará en la subasta. 2. No presentación de posturas por uno o más de los postulantes. Esto puede darse, por ejemplo, a nivel regional o por organización: cada postulante acuerda presentar propuestas sólo en ciertas áreas geográficas o sólo en ciertas organizaciones. 3. Retiro de las posturas ya presentadas. 4. Presentación de posturas manifiestamente destinadas al fracaso, las que serán seguramente descartadas en razón de que, por ejemplo, su precio es muy alto para ser aceptado o los términos son con toda certeza inaceptables para el comprador. Puede tratarse de posturas complementarias a otras (“de cobertura”), que cumplen sólo en apariencia con el proceso. 5. En licitaciones repetidas en el tiempo, los participantes frecuentes en una categoría de licitaciones pueden repartirse los contratos entre sí o turnarse en la posición de ganador o adjudicatario. 6. A efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario en la subasta oficial puede tomar la posición de licitante en una segunda subasta efectuada sólo entre los miembros del acuerdo. En esta segunda subasta, a diferencia de la primera, las firmas anteriormente coludidas presentan ahora posturas competitivas (Fiscalía Nacional Económica, 2011).

<sup>16</sup> *Bid rigging* (or *collusive tendering*) occurs when businesses, that would otherwise be expected to compete, secretly conspire to raise prices or lower the quality of goods or services for purchasers who wish to acquire products or services through a bidding process.

*Bid rigging* is an illegal practice in all OECD member countries and can be investigated and sanctioned under the competition law and rules. In a number of OECD countries, *bid rigging* is also a criminal offence.

Al respecto, el TDLC ha establecido una regla especial para efectos de la contabilización de la prescripción cuando los acuerdos colusorios se han desarrollado en procesos de licitación, determinando que sólo se contabilizará el plazo desde el momento en el cual se puedan volver a disputar la adjudicación de la prestación de servicios o provisionamiento de bienes en cuya adjudicación originaria se hubiera suscrito un acuerdo de bid rigging, como es posible desprender de la Sentencia N° 43 – 2006, de causa Rol C 74 – 2005, “FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros”, en su considerando vigésimo octavo, al indicar: “Que, sin embargo, este principio no puede ser el mismo en los casos de licitaciones sucesivas, o de procesos de contratación más o menos directa que también se sucedan unos a otros, o en los procesos de contratos a plazo fijo con renovación automática o de tracto sucesivo que se extiendan por un lapso significativo, pues en todos estos casos los efectos del acuerdo de reparto entre distintos competidores subsiste mientras no exista para alguno de ellos la posibilidad de volver a disputar (y eventualmente ganar, por la vía de ofrecer precios competitivos que supongan un quiebre respecto de lo acordado) un cliente originalmente no asignado en dicho reparto. Tal posibilidad sólo puede ocurrir en aquellos casos en los que termine un contrato o corresponda su renovación, o bien cuando sea posible para el cliente cambiar a su proveedor actual de manera que los beneficios que obtenga por ese cambio sean mayores que los costos que dicho cambio implique, los que serán función, a su vez, de los costos de salida que asigne el contrato y de la probabilidad de que se imponga, efectivamente, el cumplimiento forzado del mismo por parte del proveedor perjudicado con su incumplimiento;”<sup>17</sup>

Asimismo, a este respecto en relación a las conductas desplegadas por parte de los miembros del acuerdo colusorio para la concreción de la conducta ilícita, no es dable pretender que se realicen conductas sucesivas por parte de los actores para que ella pueda considerarse como reprochable en el tiempo en los términos antes indicados, sino que basta con la presentación de los antecedentes de la forma pactada por los miembros del acuerdo colusorio para que se le aplique el plazo de prescripción antes indicado, como se desprende de la lectura del considerando decimotercero de la conducta en comento, cuando señala: “Que, a juicio de este Tribunal, en este caso las conductas reprochadas se agotan desde el momento en que se presentan las ofertas al proceso de licitación respectivo, pues es en ese momento en el que cesa la acción colusiva relevante. Una vez presentada la oferta no cabe a los coludidos más que esperar el resultado de la adjudicación, y los actos anteriores a dicha presentación –como lo serían, en la especie, los contratos de cesión celebrados entre las requeridas– son sólo preparatorios de la misma...”<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Sentencia 43 – 2006, de causa Rol C 74 – 2005, “FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros”, página 90.

<sup>18</sup> Sentencia 112-2011, de causa Rol C 194-09, “FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada”, página 23.

### **III. Comentarios respecto de estrategias de defensas presentadas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en casos de colusión.**

Dentro de los procesos seguidos en materia de colusión existen una serie de defensas impetradas por los requeridos o demandados (dependiendo del caso) en procesos de colusión, que han sido interpretadas en su procedencia por el TDLC desde 2004, que resultan interesantes de revisión dentro del presente artículo, entre ellas la presentación de utilidades normales en los balances, la cooperación interempresarial, la falta de delimitación de la conducta considerada como ilícita por parte de la Fiscalía Nacional Económica, falta de potestad del TDLC para la dictación de medidas preventivas en un proceso de colusión, y, finalmente, la existencia de cambios legislativos que afectan al ilícito durante el plazo de despliegue de la conducta imputada.

Es importante indicar que las defensas enunciadas no son las únicas que se han interpuesto, ni que pudieran interponerse ante el TDLC, pero corresponden a aquellas respecto de las cuales el Tribunal se ha manifestado expresamente a lo largo del tiempo.

#### **a) Presentación de utilidades normales como defensa**

En primer lugar, se ha intentado indicar que el reproche que el legislador designa al ilícito de colusión se fundamenta en las ganancias por sobre lo esperable que los miembros del cartel hubieren obtenido más allá de sus legítimas expectativas en caso de no mediar el acuerdo colusorio.

Lo anterior no tiene un fundamento en el Decreto Ley N° 211, el cual indica como conducta contraria a la libre competencia en su artículo 3°<sup>19</sup>, que resultará contrario a la libre competencia cualquier "...hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos". Por tanto, si es posible que se sancione un hecho, acto o con-

<sup>19</sup> Decreto Ley N° 211, Artículo 3°: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

vención que potencialmente pueda provocar los efectos no deseados por el legislador, no resulta razonable condicionar la ilicitud de un acuerdo colusorio a la existencia de utilidades superiores a las que normalmente produce una industria como un elemento determinante para la identificación de un acto antijurídico y, en consecuencia, sancionable.

El TDLC ha fallado en este sentido en la Sentencia 139-2014, de causa Rol C-236-11, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", al determinar en su considerando ducentésimo vigésimo noveno: "Que este Tribunal considera que la circunstancia de que en ciertos periodos alguna de las empresas que participaron de un acuerdo colusorio no hayan presentado utilidades contables que sean posibles de considerar como "sobrenormales", no es razón suficiente para descartar que dicho acuerdo haya existido, ni para descartar que esas empresas hayan participado del mismo."<sup>20</sup>

#### **b) Presentación de defensa de una regulación que indica coordinación.**

Si bien es cierto que la coordinación entre empresas no es considerada como un ilícito, sino que incluso yendo aún más lejos, es considerada como beneficiosa en determinadas circunstancias por los beneficios que puede implicar para los consumidores (mediante la reducción de costos de producción de un bien cuando son traspasados al precio final), o por las particularidades de un mercado específico (como puede ser la coordinación de horarios entre empresas de transporte para asegurar una mayor cobertura a los consumidores del servicio), esta coordinación presenta limitaciones para el TDLC.

De acuerdo a la Unión Europea, la coordinación que se puede presentar entre empresas no sólo es lícita, sino que puede ser conveniente para los mercados en los cuales se presenta, al determinar que: "...la cooperación horizontal suele dar lugar a beneficios económicos sustanciales cuando es el medio de compartir riesgos, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación. Por otra parte, la cooperación horizontal puede crear problemas de competencia cuando con ello provoca efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la diversidad y la calidad de los productos" (Unión Europea, 2001).

Es más, los beneficios de las redes organizacionales han sido consideradas por la ciencia de la administración como formas especiales de organización inter empresarial, siguiendo a Ebers: "Si hay más de dos organizaciones que están

<sup>20</sup> Sentencia 139-2014, de causa Rol C-236-11, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", página 138.



vinculadas a través de este tipo de relaciones en red, constituyen una red entre organizaciones. En este punto, basta con decir que la creación de redes entre organizaciones representa una forma particular de organización, o de gobierno, las relaciones de intercambio entre las organizaciones” (Ebers, 1997).

Para el autor en comento la cooperación empresarial busca dos posibles finalidades, en primer lugar, mejorar sus utilidades, y, en segundo lugar, el generar una reducción de costos. De acuerdo a la legislación nacional, la coordinación entre empresas no es en sí mismo ilícita, al seguirse la regla de la razón, por lo que no es la gestación de un acuerdo colusorio el que involucra un ilícito, sino que los efectos que dichos acuerdos impliquen en el mercado.

Por su parte el TDLC ha dictaminado en sentencia N°141-2015, de causa Rol C-244-12, “FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros”, en su considerando decimotercero, que aun cuando las coordinaciones entre empresas puedan resultar necesarias en un determinado mercado para efecto de facilitar la gestión de los operadores del mismo, esta coordinación lleva implícita necesariamente ciertas limitaciones, como por ejemplo la imposibilidad de fijar el precio de manera coordinada entre ellos: “Que a pesar de que el transporte urbano de pasajeros puede requerir de un cierto nivel de coordinación, lo que explica la existencia de una regulación (en este caso respecto de los tramos que sirve cada línea), ello no justifica que los agentes económicos que compiten en este mercado puedan acordar el precio a cobrar por el servicio;”<sup>21</sup>

Por tanto, para el TDLC, en caso de que se den espacios de coordinación entre empresas, ésta requiere que sea posible justificar el acuerdo colusorio, por medio de la existencia de efectos procompetitivos que releven la antijuridicidad del acto, como se desprende de la lectura del considerando quincuagésimo segundo de la sentencia 145-2015, de causa Rol C- 265-13, “FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros”, al determinar: “Que en materia de libre competencia, la posibilidad de presentar una causal de justificación implica conferir la oportunidad a quien efectuó la conducta colusoria, de demostrar que existen efectos procompetitivos que podrían compensar las consecuencias negativas para la competencia derivadas de su actuar. Atendida que la materia de que se trata es la más grave en esta sede, estas causales deben ser interpretadas de manera altamente restrictiva y, en todo caso, ser sustanciales y plausibles;”<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Sentencia 141-2015, de causa Rol C-244-12, “FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros”, página 22.

<sup>22</sup> Sentencia 145-15, de causa Rol C- 265-13, “FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros”, página 35.

### **c) La falta de delimitación de la conducta considerada como ilícita por parte de la Fiscalía Nacional Económica**

En razón de la forma en la cual se procede a la descripción de los hechos constitutivos de ilícitos contrarios a la libre competencia planteados por la Fiscalía Nacional Económica en sus requerimientos, en relación con el artículo 11 bis inciso tercero del Decreto Ley N°211, que señala: "El requerimiento a que alude el inciso precedente señalará con claridad y precisión los hechos que configu- raren la infracción y a él se acompañarán o se ofrecerán, si fuera el caso, los medios de prueba en que se fundaren. Si el requerimiento no cumpliera estos requisitos, el pleno, convocado al efecto, lo declarará inadmisibles en cuenta, sin más trámite."

El TDLC ha dictaminado que no es posible para la Fiscalía Nacional Económica ejemplificar potenciales riesgos que un determinado acuerdo colusorio pudie- re generar en el mercado en el cual se desarrolla para justificar una sanción, sino que debe fundamentar de manera concreta los abusos que en su opinión implican una infracción de la institucionalidad de Libre Competencia, como se desprende de la sentencia 65-2008, de causa Rol C 101-06, "FNE contra Distribución y Servicio D&S S.A. y Cencosud S.A.", en su considerando vigési- mo séptimo, al indicar: "Que para ello, esto es, para que este Tribunal pudiese determinar si las conductas abusivas cuestionadas genéricamente por la FNE son o no contrarias a la libre competencia, tales abusos deberían haber sido denunciados como infracciones autónomas y concretas, mas no como ejemplos de riesgos que podría llevar aparejada una mayor concentración en la industria supermercadista;" <sup>23</sup>

### **d) Falta de potestad del TDLC para la dictación de medidas preventivas dentro de un procedimiento contencioso en un proceso de colusión.**

Tras la determinación de medidas preventivas en un procedimiento contencioso respecto de la causa rol N° 101-06, "FNE contra Distribución y Servicio D&S S.A. y Cencosud S.A.", aun cuando el Decreto Ley N° 211 no indica expresamente el tipo de procedimiento en el cual pudieran impetrarse aquellas, el TDLC dilucida respecto de la naturaleza jurídica de las medidas correctivas al señalar en su considerando sexto: "Que, en consecuencia, este Tribunal cuenta con atribuciones tanto para sancionar como para corregir o prohibir hechos, actos o convenciones que ya hubieren producido efectos contrarios a la competencia, o que tiendan a producirlos. En este último caso, las medidas correctivas son en realidad preventivas, pues no corrigen una situación actualmente perjudicial

<sup>23</sup> Sentencia 65-08, de causa Rol C 101-06, "FNE contra Distribución y Servicio D&S S.A. y Cencosud S.A.", página 35.

para la competencia, sino que evitan la concreción de riesgos inminentes o con una alta probabilidad de ocurrencia;<sup>24</sup>

Asimismo, determina que las medidas preventivas no se encuentran circunscritas a un determinado procedimiento, como lo señala con claridad en los considerandos octavo<sup>25</sup> y décimo<sup>26</sup> de la sentencia en comento.

#### **e) La existencia de cambios legislativos que afectan al ilícito durante el plazo de despliegue de la conducta imputada.**

En aquellos casos en los cuales la legislación aplicable a un acuerdo colusorio es modificada durante la vigencia del acuerdo, incrementando el monto de las multas aplicables, se ha argumentado que la aplicación de la nueva normativa implicaría un perjuicio para el requerido, dado que debiera sancionarse en razón de la normativa vigente al momento de la toma del acuerdo colusorio por parte de las personas sancionadas.

Con todo, en este punto el TDLC ha sido claro en plantear que en este caso no existe un conflicto de normas aplicables al caso concreto, dado que no existen dos normas que deban ser invocadas alternativamente por el Tribunal, sino que, en el hecho, estamos en presencia de un estatuto jurídico que mutó mientras el acuerdo colusorio se encontraba en ejecución, y, por tanto, lo que en derecho corresponde es la aplicación del estatuto jurídico correspondiente al término de la ejecución de la conducta, como se extrae de la sentencia N°139-2014, de causa Rol C-236-11, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", al establecer en su considerando tricentésimo decimotercero: "Que a juicio de este Tribunal la hipótesis de hecho que subyace a las preguntas antes formuladas es otra muy distinta y que no debe confundirse con aquélla: de lo que se trata es de dilucidar cuál de todas las leyes que pueden haber estado vigentes durante la ejecución de una conducta permanente y de organización es la que debe aplicarse a la conducta considerada como el todo unitario que es. La diferencia fundamental con las hipótesis utilizadas por las Requeridas

<sup>24</sup> Sentencia 65-08, de causa Rol C 101-06, "FNE contra Distribución y Servicio D&S S.A. y Cencosud S.A.", página 30.

<sup>25</sup> Considerando: "Octavo Que, además, una interpretación de las normas mencionadas en la consideración precedente, que sea coherente con el principio de prevención que es inherente a la labor de resguardo de la libre competencia, exige entender que este Tribunal puede adoptar medidas preventivas respecto de los hechos sometidos a su conocimiento, sea mediante procedimientos contenciosos o no contenciosos;" Sentencia 65-08, de causa Rol C 101-06, "FNE contra Distribución y Servicio D&S S.A. y Cencosud S.A.", página 31.

<sup>26</sup> Considerando "Décimo. Que, en cambio, no se observan razones para limitar la atribución de este Tribunal de adoptar medidas preventivas a un tipo de procedimiento en particular, como podrían esgrimirse en relación con las medidas sancionatorias, que sólo podrían adoptarse en los procedimientos contenciosos. Por el contrario, todas las referencias que existen en dicho cuerpo legal a las medidas preventivas no guardan relación con algún tipo de procedimiento en especial;" Sentencia 65-08, de causa Rol C 101-06, "FNE contra Distribución y Servicio D&S S.A. y Cencosud S.A.", página 31.

para responder esas preguntas es que, en este caso, quien ejecuta la conducta permanente siempre conoce o sabe –o se presume que conoce o sabe– cuál es el régimen jurídico que el ordenamiento establece respecto de esa conducta. Es más, el hechor incluso podría optar por perseverar en su conducta a pesar de saber que ha entrado en vigencia durante su ejecución una ley que la convierte en ilícita, o que agrava las sanciones a la misma si ésta ya estaba tipificada como ilícita antes del cambio normativo. En otros términos: no hay una aplicación retroactiva de una ley más gravosa y posterior a la conducta. Lo que existe es un régimen legal que mutó durante su ejecución y cuya mutación fue conocida del hechor;<sup>27</sup>

#### **IV Conclusión.**

De tal manera, y en razón de los argumentos antes expuestos, es posible indicar las siguientes conclusiones.

Respecto de las excepciones interpuestas ante el TDLC en procesos de acuerdos colusorios, es posible indicar:

En primer lugar, que en el caso de la excepción de cosa juzgada, esta procederá en tanto se encuadre en un criterio temporal y territorial. En relación del criterio temporal, sólo procederá cosa juzgada cuando el período de tiempo en el que se haya desplegado la conducta sometida a conocimiento del Tribunal en ambos procesos sea diversa. Desde una perspectiva territorial, sólo procederá aplicar cosa juzgada cuando los efectos investigados y sancionados en el primer proceso correspondan a aquellos que la conducta desplegada haya implicado en el territorio nacional.

En segundo lugar, en razón de la excepción por falta de jurisdicción, sólo procederá cuando los efectos de la conducta sometida a conocimiento del Tribunal no hayan generado efectos en el territorio nacional.

En tercer lugar, la excepción de actuaciones fuera del mandato del administrador de la organización no resulta procedente tanto en cuanto los beneficios de la operación se hayan radicado en el patrimonio de su mandante.

En cuarto lugar, la excepción de prescripción deberá analizarse en razón de los elementos: ejecución de la conducta y cómputo del plazo de prescripción. Asimismo, resultarán aplicables los criterios de delito continuado para el ilícito de colusión.

<sup>27</sup> Sentencia 139-14, de causa Rol C-236-11, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", página 166.

En atención a la prohibición de realización de conductas colusorias para asegurar el resultado de licitaciones públicas, se ha determinado por el TDLC que el plazo de prescripción en estos casos sólo puede comenzar a contabilizarse en el momento en el que termine un contrato o corresponda su renovación, o bien cuando sea posible para el cliente cambiar a su proveedor actual de manera que los beneficios que obtenga por ese cambio sean mayores que los costos que dicho cambio implique.

Finalmente al revisar pormenorizadamente las defensas que pueden ser planteadas frente al TDLC en materia de colusión es posible señalar que la presentación de utilidades normales en los balances sólo puede ser considerada como un antecedente, pero que en sí misma no implica la inexistencia del ilícito en análisis, dado que es posible sancionar acuerdos colusorios que potencialmente pudieran generar efectos perniciosos en el mercado nacional.

Asimismo, se ha determinado por el TDLC que no todo acuerdo entre partes resulta contrario a la libre competencia, permitiendo la defensa de la cooperación interempresarial, con todo, el mismo Tribunal establece claramente que la cooperación reconoce limitaciones claras, como por ejemplo la imposibilidad de fijar de consuno los precios aplicables a los consumidores de las empresas parte del acuerdo colusorio.

Se ha reconocido como defensa plausible la falta de delimitación de la conducta considerada como ilícita por parte de la Fiscalía Nacional Económica, en razón del incumplimiento de los requisitos del artículo 11 bis inciso tercero que se refiere a las menciones que debe contener el requerimiento presentado a conocimiento del TDLC.

Se ha establecido que el TDLC cuenta con potestades para la dictación de medidas preventivas en un proceso de colusión, dado que éstas no se encuentran circunscritas a un procedimiento no contencioso, pudiendo dictaminarse en cualquier clase de procedimiento seguido en esta sede jurisdiccional.

Y, finalmente, respecto de la existencia de cambios legislativos que afectan al ilícito durante el plazo de despliegue de la conducta imputada, el TDLC ha enunciado su posición argumentando la mutación de las normas aplicables al ilícito de colusión durante la vigencia de un acuerdo colusorio, lo que establecería la normativa aplicable al momento de su sanción y no al del acuerdo colusorio entre las partes.

## V. Bibliografía.

Aguirrezábal, M., Pérez Ragone, Á., & Romero Seguel, A. (2011). Libre circulación de sentencias en la litigación procesal civil internacional: un examen desde la justicia procedimental y el debido proceso en el derecho positivo chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 431-472.

Aravena Arredondo, L. (2006). *Derecho Procesal Orgánico*. Santiago: Lexis Nexis .

Cassarino Viterbo, M. (2007). *Manual de Derecho Procesal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

CISS Grupo Wölkens Kulher. (2013). *Todo Sociedades Mercantiles*. Barcelona: CISS.

Colombo Campbell, J. ( 1968). La Jurisdicción en el Derecho chileno. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* . Obtenido de <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/10351/10407>

Díaz Uribe, C. (2000). *Curso de Derecho Procesal Civil*. Santiago de Chile: LexisNexis Chile.

Ebers, M. (1997). Explaining inter-organizational network formation. En *The formation of inter-organizational networks* (págs. 3-40).

Escarcena, L., & Sebastián. (2006). La falta de jurisdicción *ratione temporis* en el caso Lucchetti. *Revista Chilena de Derecho*, 159-165.

Gil Echeverry, J. (2012). *Derecho societario contemporáneo: Estudios de Derecho Comparado*. Bogotá: Legis S.A.

Gilberto Villegas, C. (2007). *Contratos mercantiles y bancarios: Tomo I Contratos mercantiles*. Barcelona: Edición del autor.

GONZALEZ, A. (2011). Conductas Anticompetitivas y Control de Operaciones de Concentración: Prácticas Colusivas. *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*.

Lascano, D. (1930). Teoría de la Jurisdicción. *Género, Derecho y Jurisprudencia* , 213-234 .

Lopez Rojas, D. G., & Bertot Yero, M. C. (2012). El delito continuado y la prohibición de persecución penal múltiple. *Revista Chilena de Derecho*, 725-751 .

Matanzo Vicens, A. (2014). Derecho Procesal Civil . *Revista Jurídica UPE*, 813-829.

Matos, R. (1932). Jurisdicción y competencia: Idea general de ambos conceptos. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 133.

Ovalle Madrid, G. (2004). Delito contra el medio ambiente y delito de daños en el Código Penal Español. La relación concursal entre un delito de peligro abstracto con verificación de resultado. *Revista Chilena de Derecho*, 105-113.

Romero Seguel, A. (2004). La falta de jurisdicción y su denuncia en el proceso: las excepciones procesales y materiales. *Revista chilena de derecho*, 183-193.

Rosende Villar, C. (2001). Efectos directos y reflejos de la sentencia. *Revista Chilena de Derecho*, 489-507.

### **Sentencias.**

Sentencia 43-2006, de causa Rol C 74-2005, "FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros".

Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77-2005, "FNE contra Isapre ING S.A. y otros".

Sentencia 65-2008, de causa Rol C 101-06, "FNE contra Distribución y Servicio D&S S.A. y Cencosud S.A.".

Sentencia 87-2009, de causa Rol C-157-08, "Gustavo Hasbún Selume contra Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros".

Sentencia 102-2010, de causa Rol C 191-09, "FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital"

Sentencia 112-2011, de causa Rol C 194-09, "FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada".

Sentencia 136-2011 de causa Rol C-234-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A."

Sentencia 122-2012 de causa Rol C-207-10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.", página 22.

Sentencia 133-14, de causa Rol C- 224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros".

Sentencia 139-14, de causa Rol C-236-11, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros".

Sentencia 141-15, de causa Rol C-244-12, "FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros".

Sentencia 145-15, de causa Rol C-265-3, "FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros".

Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 6615-2010 contra sentencia 102-2010, "FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital".





# **Algunas reflexiones acerca de la oportunidad en la cual el deudor puede enervar la acción resolutoria**

**FERNANDO JOSÉ RABAT CELIS**

Profesor de Derecho Civil

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

**FRANCESCA MAURIZIANO CONCHA**

Profesora ayudante de Derecho Civil

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

## **I.- Introducción:**

Es posible constatar que desde hace ya un par de años la doctrina más reconocida de nuestro país, de la mano con nuestra jurisprudencia y en consonancia con el derecho comparado, han desplegado un importante esfuerzo con el objeto de reinterpretar ciertas figuras jurídicas, que durante mucho tiempo parecieron ser intocables.

Lo anterior ha sido impulsado también por el nuevo rol que muchos han atribuido a los jueces, en el sentido que su labor actual no se limitaría simplemente a la aplicación de la ley, sino más bien a conquistar una finalidad superior de justicia, muchas veces prescindiendo del texto normativo y derogando la voluntad legislativa.

Esta nueva labor creacionista de los jueces no está exenta de riesgos y en este sentido Pablo Rodríguez Grez ha expresado: *“si llegara a prevalecer la concepción según la cual es el juez quien, aplicando directamente su íntima noción de los valores expresados en la norma, debe corregir relaciones supuestamente injustas, se habrá diluido la grandeza del derecho como único artífice de la seguridad jurídica, desconociendo la función de la potestad legislativa y, definitivamente, politizado la jurisdicción”*.<sup>1</sup>

Dentro de este contexto, no cabe duda que la figura de la condición resolutoria tácita contemplada en el artículo 1489 del Código Civil ha sido objeto de una serie de cuestionamientos en orden a replantearse algunos aspectos de su estructura jurídica, como son, a guisa de ejemplo, la pregunta acerca de si

<sup>1</sup> Rodríguez, P. (22 de marzo de 2014). Diario *El Mercurio*.

cualquier tipo de incumplimiento permite impetrar la resolución del contrato, o bien si es procedente la resolución cuando ambas partes han incumplido la convención.

El presente trabajo tiene por objeto analizar, a través del comentario a una sentencia pronunciada por la Excma. Corte suprema<sup>2</sup>, uno de los aspectos que han sido revisados de la condición resolutoria tácita, en particular aquel referido al momento hasta el cual el deudor puede pagar, cumpliendo con su obligación y enervando, a consecuencia de ello, la acción resolutoria.

### **Causa caratulada: “Agrícola María Inés Limitada contra Fuentes Araya y Cisternas Rojas”.**

#### **Los hechos:**

Con fecha 15 de abril de 2008, Agrícola María Inés Limitada celebró un contrato de compraventa, por el cual vendió a don Londres Fuentes Araya y a doña Natalia Magdalena Cisternas Rojas la nuda propiedad del lote dos del predio agrícola “Las Quintas” y los derechos de aprovechamiento de aguas destinados al uso, cultivo y beneficio del mismo.

En la cláusula tercera del contrato, se estipuló que el precio total de la compraventa ascendía a \$15.000.000, de los cuales \$5.000.000 se pagaron de contado, al momento de suscribirse la escritura de venta, acordándose que el saldo se pagaría en dos cuotas anuales y sucesivas de \$5.000.000 cada una, pagaderas el día 13 de diciembre de los años 2008 y 2009, respectivamente, en el domicilio de la vendedora.

No habiendo los compradores cumplido con su obligación de pagar el saldo del precio dentro del plazo estipulado, la vendedora dedujo demanda de resolución del contrato de compraventa con indemnización de perjuicios. Los compradores, una vez notificados de la demanda, procedieron a consignar en la cuenta corriente del tribunal el saldo de precio, oponiendo en el escrito de contestación la excepción perentoria de pago.

El tribunal de primera instancia acogió la excepción de pago opuesta por los demandados, rechazando la acción resolutoria. Sostuvo el tribunal que el artículo 1873 del Código Civil no es más que la singularización, al contrato de compraventa, de la condición resolutoria tácita contemplada en el artículo 1489 y que la misma no opera de pleno derecho, sino que requiere de una

<sup>2</sup>*Agrícola María Inés Limitada contra Fuentes Araya y Cisternas Rojas.*

sentencia judicial que la declare, por lo que en el ínterin puede enervarse la acción, cumpliendo con la obligación.

La Corte de Apelaciones de Talca, en fallo de mayoría, conociendo del recurso de apelación interpuesto por el actor, revocó la sentencia apelada, fundada en que admitir que es correcta la decisión del tribunal *a quo* implicaría privar al contratante diligente de su opción consistente en pedir el cumplimiento o la resolución del contrato.

### **La decisión de la excma. Corte suprema:**

El máximo tribunal, en sentencia de 15 de mayo de 2014, rechazó el recurso de casación en el fondo deducido por los demandados, argumentando que el pago efectuado por el contratante incumplidor después de notificada la demanda sería extemporáneo y, por lo tanto, no tendría la virtud de enervar la acción resolutoria.

En efecto, analizando el alcance del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, la excma. Corte razonó, apoyada en la obra del profesor Daniel Peñailillo, en el sentido que *"es posible aseverar que esa posibilidad que la ley entrega al demandado no trae como consecuencia que éste pueda enervar la demanda de resolución pagando después de notificada la demanda y establecida la relación procesal entre las partes, puesto que en tal caso no tendría ningún sentido la opción que el inciso segundo del artículo 1489 del Código Civil otorga al contratante diligente, quien puede elegir, a su arbitrio, la resolución del contrato y no el cumplimiento. Misma opción que el artículo 1873 del Código Civil otorga al vendedor quien, 'tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios'"*.

Luego agrega que *"si bien la resolución del contrato requiere de una sentencia judicial que así lo declare, esto no significa que pueda pagarse en cualquier estado del juicio, antes de la citación para sentencia. Lo que sí puede hacer el deudor es oponer la excepción de pago efectivo, fundada en un antecedente escrito, pero cuando tal pago se ha efectuado antes de la notificación de la demanda. De esta manera se evita que por falta de información, poco plazo para contestar, u otra circunstancia el deudor no haya podido excepcionarse con un pago ya efectuado"*.

Adelantemos, desde ya, que no compartimos el razonamiento esgrimido por nuestro máximo tribunal, conforme los argumentos que indicaremos más adelante.

### **La situación de la doctrina:**

De acuerdo con la síntesis efectuada en lo precedente, la cuestión debatida consiste en determinar si el pago efectuado por el comprador, después de

notificado de la demanda de resolución, es válido y si, por consiguiente, tiene o no la virtud de enervar la acción resolutoria.

Al respecto existen dos puntos de vista:

### **Postura tradicional:**

Desde antiguo, la doctrina y la jurisprudencia sostuvieron que el deudor puede, en conformidad a lo dispuesto en artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, cumplir con su obligación pagando hasta antes de la citación para oír sentencia en primera instancia y hasta antes de la vista de la causa en segunda instancia, ello desde el momento que la condición resolutoria tácita no opera de pleno derecho, es decir, a diferencia de la condición resolutoria ordinaria, requiere de una sentencia judicial firme que la declare.

Lo anterior fundado en que *"el contrato no se resuelve por el solo hecho de no cumplirse por una de las partes lo pactado, porque si así fuera, no podría demandarse el cumplimiento o la resolución de un contrato ya resuelto, extinguido"*<sup>3</sup>. Agregan que si la condición resolutoria tácita operara de pleno derecho *"le bastaría al deudor con no cumplir con cualquiera de las obligaciones establecidas en el contrato para que este quedara resuelto infringiendo la disposición del artículo 1545 del Código Civil"*.<sup>4</sup> En el mismo sentido se pronuncia Claro Solar<sup>5</sup>, quien luego de citar a Larombiere, Laurente y Ricci concluye que *"esta uniformidad de apreciación de las disposiciones de los códigos francés e italiano, iguales a las de nuestro código, precisan el alcance de ésta"*.

Esta corriente ha sido también sostenida por don René Abeliuk, para quien *"lo prueba la letra del precepto que comienza diciendo en su inciso 2° 'pero en tal caso', expresión que no tiene otro sentido que contraponer los efectos de la condición resolutoria tácita a la ordinaria. Es como decir: pero entonces la extinción no se produce de pleno derecho, sino que el acreedor puede pedirla u optar por el cumplimiento. Y al decir que el acreedor puede pedirla, está demostrando que no ha operado aún, pues de no ser así no habría necesidad de solicitarla"*<sup>6</sup>. A partir de ahí, afirma que como la resolución *"no se produce mientras no es declarada, el deudor puede, según decíamos, pagar la obligación impidiendo la resolución hasta el momento en que se dicte la sentencia respectiva"*<sup>7</sup>.

El profesor Cuneo confirma que la resolución del contrato solo se produce con la dictación de la sentencia y una vez que ella queda ejecutoriada. Apoyándose

<sup>3</sup> Alessandri, Somarriva, Vodanovic (2001), pág. 274.

<sup>4</sup> Alessandri, Somarriva, Vodanovic (2001), pág. 274.

<sup>5</sup> Claro Solar (1992), pág. 190.

<sup>6</sup> Abeliuk, R. (2008), pág. 519.

<sup>7</sup> Abeliuk, R. (2008), pág. 520.

en las normas del pago por consignación sostiene que *“mientras no ocurre lo anterior el demandado puede enervar la acción de resolución mediante el pago declarado suficiente, incluso contra la voluntad del vendedor, empleando el procedimiento del pago por consignación a que se refiere el inciso final del artículo 1600 del Código Civil”*.<sup>8</sup>

Adhiriendo a esta postura tradicional, la jurisprudencia, de manera uniforme, sostenía que *“a este respecto, esta corte no comparte lo razonado por los jueces del fondo en orden a tener por incumplida la obligación de la demandante principal y demandada reconvenional. Esto por cuanto no ha de olvidarse que el ejercicio de la acción resolutoria deja a salvo la posibilidad del demandado de enervarla, siempre que ello se haga dentro de los tiempos que le prescribe para ello el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil”*<sup>9</sup>.

### **Posición moderna.**

La teoría moderna plantea que si bien la resolución no opera de pleno derecho, ello no significa que el deudor pueda pagar durante todo el transcurso del juicio. De esta forma, Daniel Peñailillo concluye que *“de ser así se estaría trasgrediendo el artículo 1489, el cual ordena que la opción la tiene el contratante cumplidor, lo cual es bien justificado. Con aquella conclusión la opción pasaría al deudor, el cual podría cumplir o dejar que se resuelva y más aún gobernaría, tendría en sus manos la suerte del contrato durante todo el proceso; hasta última hora podría pagar o dejar que el contrato se resuelva”*<sup>10</sup>.

En el mismo sentido advierte De la Maza, que la tesis tradicional *“transforma al contratante incumplidor en el verdadero árbitro supremo del destino contractual: si no paga, consiente en la resolución, y si paga, ordena su plena eficacia”*<sup>11</sup>.

En palabras de Elgueta, la opción del contratante diligente es un derecho potestativo, los que corresponden, como término correlativo, a un estado de sujeción *“en virtud del cual los afectados por el ejercicio de un tal derecho no pueden realizar acto alguno para impedir que el ejercicio del derecho potestativo se consume, esto es, se produzcan todos los efectos jurídicos queridos por su titular”*<sup>12</sup>. A raíz de ello, agrega este autor, que *“siendo el derecho resolutorio un derecho potestativo (y) más precisamente un derecho de configuración extintivo, se impone la conclusión de que el demandado de resolución nada puede hacer para impedir ésta”*.

<sup>8</sup> Cuneo, A. (2004), pág. 121.

<sup>9</sup> Canales Lavín contra Riveros Bianchi.

<sup>10</sup> Peñailillo, D. (2008), pág. 417.

<sup>11</sup> De la Maza, I. (2011), pág. 250.

<sup>12</sup> Elgueta A. (1981), pág. 114.

La postura moderna hace hincapié en el hecho que en ninguna parte el Código Civil estipula que el demandado pueda enervar la acción resolutoria mediante la excepción de pago, sino que esta posibilidad se desprendería del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, el cual, al regular las llamadas excepciones anómalas, dispone *“no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda, cuando ésta se funde en un antecedente escrito, podrán oponerse en cualquier estado de la causa; pero no se admitirán si no se alegan por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda”*.

Conforme a lo anterior, Vial manifiesta: *“se me hace difícil aceptar que a una norma claramente procesal se le atribuya un carácter sustantivo, más aún si con ello se echa por tierra el principio de que es la contraparte de aquella que contraviene la obligación la que decide si persevera en el contrato o se desiste de él, y que si en último caso entabla la acción resolutoria el juez debe necesariamente declararla”*<sup>13</sup>. También el profesor Hernán Corral opina que *“no procede interpretar el art. 1489 CC conforme el art. 309”*<sup>14</sup> CPC, ya que esta última norma es muy posterior al Código Civil y con seguridad no estaba pensada para los casos de resolución contractual, sino de ejecución de una obligación.<sup>15</sup>

Don Fernando Fueyo, en términos mucho más drásticos, plantea que *“además, dejar la puerta abierta para que un deudor –a veces de mala fe– pague en el transcurso del tiempo, a lo mejor cuando quiere y le conviene, es caer francamente en ingenuidad. En dos palabras repugna el derecho”*<sup>16</sup>.

Finalmente, la jurisprudencia ha venido recogiendo la tesis moderna sosteniendo *“que la correcta interpretación del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil supone que efectivamente la excepción de pago se puede oponer en cualquier estado del juicio, pero ello no implica que el deudor pueda pagar en cualquier momento del juicio.”*<sup>17</sup> En otras palabras, el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, solo se referiría a la oportunidad procesal en que puede oponerse la excepción de pago, pero, para que dicha excepción sea fundada, es necesario que el pago se haya efectuado antes de la notificación de la demanda.

## **Nuestro punto de vista.**

Reseñados los argumentos de los autores y tal como lo adelantamos, no compartimos el razonamiento del fallo de la excma. Corte Suprema, en cuanto,

<sup>13</sup> Vial, V. (2009), pág. 216.

<sup>14</sup> Debiera decir artículo 310.

<sup>15</sup> Corral, H. (2010), pág. 228.

<sup>16</sup> Fueyo, F. (2004), pág. 318.

<sup>17</sup> Gallardo Lara contra Roa Torres

ratificando la postura moderna, entiende que el deudor no puede enervar la acción resolutoria pagando en cualquier estado del juicio. En efecto, la sentencia en comento establece en su considerando cuarto que *"si bien la resolución del contrato requiere de una sentencia judicial que así lo declare, esto no significa que pueda pagarse en cualquier estado del juicio, antes de la citación para oír sentencia. Lo que sí puede hacer el deudor es oponer la excepción de pago efectivo, fundada en un antecedente escrito, pero cuando tal pago se ha efectuado antes de la notificación de la demanda"*<sup>18</sup>.

Reconocemos que el hecho de que el deudor esté facultado para enervar la acción en cualquier estado del juicio, puede originar situaciones injustas, en especial cuando se trata de obligaciones que no consisten en pagar una suma de dinero, como sería el caso en que el contratante diligente se viera forzado a recibir una cosa que ya de nada le sirve. Empero, estimamos que la solución a ello no está en torcer el correcto sentido de la ley, sino que recurrir a otras instituciones, como, por ejemplo, la indemnización de perjuicios.

Teniendo en cuenta lo anterior, nos parece que la interpretación efectuada por la teoría tradicional es la única que admite nuestra legislación vigente:

La condición resolutoria tácita, a diferencia de la condición resolutoria ordinaria, no opera de pleno derecho, si así fuera el contratante diligente no tendría la opción de pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, lo que a todas luces infringiría el tenor del artículo 1489. En efecto, el fallo en análisis se limita a afirmar *"si bien la resolución del contrato requiere de una sentencia judicial que así lo declare, esto no significa que pueda pagarse en cualquier estado del juicio"*<sup>19</sup>.

Nos parece que este aserto del fallo, cuando se analiza la materia en debate, no ha sido dimensionado en su totalidad. En efecto, si la resolución requiere de una sentencia judicial que la declare, ello supone que el contrato sigue vigente y produciendo sus efectos, entretanto el fallo que acoge la resolución no esté ejecutoriado.

Desde esta perspectiva, pareciera que para los autores que procuran la tesis moderna el sólo ejercicio de la acción resolutoria implicará que el contrato terminó a consecuencia del evento de la condición resolutoria tácita derivada del incumplimiento contractual y por ende que el deudor ya no puede satisfacer la obligación. ¿Pero qué sucedería si la demanda es rechazada? La pregunta no es baladí, porque en tal evento, al impedirse el pago, el deudor estará constituido en mora y, por ende, entre otros aspectos, será responsable del caso fortuito

<sup>18</sup> *Agrícola María Inés Limitada contra Fuentes Araya y Cisternas Rojas*

<sup>19</sup> *Agrícola María Inés Limitada contra Fuentes Araya y Cisternas Rojas*

o fuerza mayor, deberá soportar el riesgo de la cosa, se le impedirá alegar la imposibilidad en la ejecución, etc.

En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta que muchos de los autores citados admiten el denominado *ius variandi*, esto es, la posibilidad que tiene el acreedor que ha ejercido la acción resolutoria de modificar el camino iniciado y pedir el cumplimiento del contrato. Así se pronuncian, entre otros, Claro Solar<sup>20</sup>, Fernando Fueyo<sup>21</sup> y Hernán Corral<sup>22</sup>. Y entonces la inquietud salta a la vista: ¿qué tratamiento se le dará a este deudor “incumplidor” en contra de quien, ahora, se ejerce la acción de cumplimiento? ¿Deberá, por ejemplo, los perjuicios derivados del retardo en el cumplimiento?

Creemos que ni la opinión de los autores ni los razonamiento del fallo que comentamos analizan este aspecto, esto es, la situación en que queda el deudor a quien se le ha impedido cumplir con la obligación después de ejercitada la opción del artículo 1489, en el evento que la demanda sea rechazada o el acreedor se desista de ella. En general los comentaristas parten del supuesto que el deudor actuará de mala fe (ver la cita al profesor Fueyo y el considerando quinto de la sentencia), pero no hacen lo mismo con el acreedor, quien, por ejemplo, puede desistirse, de mala fe, de la acción resolutoria, modificándola por la acción de cumplimiento y exigir los perjuicios moratorios al deudor.

En el fondo, para soslayar los inconvenientes que hemos planteado, lo que trasunta del razonamiento de la Corte es que el acreedor estaría en condiciones de poner término unilateral al contrato, con la sola presentación de la acción resolutoria y ello por cierto que infringe palmariamente el artículo 1545 del Código Civil.

De esta forma, como primera idea, nos parece que es útil determinar el verdadero alcance que tiene la circunstancia que la condición resolutoria tácita no opere de pleno derecho. Ello tiene consecuencias tanto para el acreedor como para el deudor y no para una sola de las partes, como parece desprenderse del tenor de la sentencia.

En relación con lo anterior, debe tenerse presente que, a nuestro juicio, se incurre en un error en el análisis gramatical de la norma, porque el artículo 1489 lo que concede al contratante diligente es el derecho a **pedir** el cumplimiento o la resolución, pero en ningún caso puede entender, como se explicó en lo que antecede, que el sólo ejercicio de esa facultad, implique que el contrato se haya resuelto.

<sup>20</sup> Claro Solar (1992), pág. 194.

<sup>21</sup> Fueyo, F. (2009), pág. 320.

<sup>22</sup> Corral, H. (2010), pág. 321.



En este aspecto, se analiza el tenor literal de la disposición, olvidando que en la fase sustancial de la interpretación legal deben considerarse, también, los principios que sustentan el derecho privado.

Uno de ellos es el de la conservación del contrato, explicado por Hugo Rosende<sup>23</sup>, citando a Trabucchi, señalando que *“el hecho de que existan negocios eficaces no obstante su irregularidad, nos demuestra que el derecho procura evitar en lo posible la nulidad de los mismos”*.

En consecuencia, a la luz del principio citado, no basta para privar de toda eficacia al pago que hace el deudor después de notificado de la demanda de resolución con decir que el acreedor ha ejercido su opción, por cuanto, como se señaló, la preservación del contrato es un principio que debe guiar la interpretación. Por ello, tampoco compartimos lo expresado por Elgueta en orden a que la “opción” sea un “derecho potestativo”, ya que no puede ejercerse arbitrariamente, por cuanto debe reconocerse como límite la conservación de la convención, que es lo que trasunta en el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil.

Por otro lado, y como lo anunciábamos en la “introducción” a este trabajo, el riesgo que tiene el trabajo de hermenéutica legal se encuentra, precisamente, en aquellos casos en que al materializar la norma general, en una regla particular, se tuerza el sentido de ley y se dejen de aplicar disposición expresas de ley.

En efecto, como lo planteábamos, el deudor no sólo tiene el deber de pagar, sino que, a raíz de las consecuencias jurídicas que trae aparejado el incumplimiento, tiene el derecho de hacerlo. Por ello, el artículo 1598 del Código Civil, dispone expresamente que *“para que el pago sea válido, no es menester que se haga con el consentimiento del acreedor, el pago es válido aun contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación”*.

En consecuencia, para arribar a la conclusión del fallo en comento, menester es soslayar el tenor del artículo 1598 precitado, hacer como si éste no existiera y privar, sin más, de un derecho que tiene el deudor. No debe olvidarse que el artículo 1599 regula los casos en que procede la consignación y, en dos de ellos, menciona *“la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibir (la cosa)”*. ¿Y acaso no sucede ello cuando se ejerce la acción resolutoria?

Por ello, nos parece que la interpretación que se hace del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil es voluntarista y obliga al intérprete a colocarse en situación teórica de difícil ocurrencia. En efecto, se señala que el artículo

<sup>23</sup> Rosende A., H (2002), pág. 171.

310 recibiría aplicación en aquellos casos en que el deudor pagó antes de notificarse la demanda. En tal supuesto surgen, por lo menos, dos inquietudes: ¿por qué, entonces, lo demanda el acreedor?, ¿Por qué el deudor no opuso la excepción de pago dentro del término de emplazamiento? Lo cierto es que esas dudas dejan en evidencia que la interpretación que se efectúa en el fallo analizado, en el fondo, lo que hace es simplemente derogar el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el razonamiento de la excma. Corte y de los autores que esgrimen la tesis moderna, deja establecido que no podría efectuarse el pago una vez notificada la acción resolutoria.

No obstante ocurre, nuevamente, que ese planteamiento no se aviene con la ley. Nos referimos a lo dispuesto en el artículo 1600 inciso segundo del Código Civil: *“sin embargo, si el acreedor demanda judicialmente el cumplimiento de la obligación o deduce cualquiera otra acción que pueda enervarse mediante el pago de la deuda, bastará que la cosa debida con los intereses vencidos, si los hay, y demás cargos líquidos, se consigne a la orden del tribunal que conoce del proceso en alguna de las formas que señala el artículo 1601, sin necesidad de oferta previa. En este caso la suficiencia del pago será calificada por dicho tribunal en el mismo juicio”*.

Es decir, esta norma faculta expresamente al deudor para enervar la acción que ha deducido, mediante el pago de la deuda. Ni la sentencia en comento ni los autores citados explican cómo se puede soslayar en el ejercicio de interpretación esta norma cuyo tenor no deja dudas acerca de cuál es su alcance.

Si bien la norma recién transcrita se encuentra normativamente ubicada dentro de las disposiciones que regulan el pago, recurriendo al elemento sistemático de interpretación, es posible ilustrar nuestra posición con otras instituciones que dejan en evidencia que en contratos bilaterales, el deudor está legalmente facultado para pagar después que ha sido requerido judicialmente por el acreedor.

Por ejemplo, el artículo 1879 del Código Civil, contempla el pacto comisorio calificado, en virtud del cual el comprador puede enervar la acción pagando el precio dentro de las 24 horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda. Y si se admite en el pacto comisorio calificado, que constituye un elemento accidental al acto jurídico, con mayor razón deberá admitirse en los demás casos, ya que, en situación contraria, estará en mejor situación el deudor que convino el pacto que aquel que no lo estipuló.

En similar sentido, el artículo 10 inciso 1° de la Ley 18.101, Establece “cuando la terminación del arrendamiento se pida por falta de pago de la renta, de con-

formidad con lo dispuesto en el artículo 1977 del Código Civil, la segunda de las reconveniones a que dicho precepto se refiere se practicará en la audiencia de contestación de la demanda". Es decir, el arrendatario puede enervar la acción, pagando la renta de arrendamiento después de la notificación de la demanda de terminación del contrato.

Por último, y a propósito del juicio ejecutivo, el ejecutado puede pagar hasta antes de verificarse el remate. Más aún, el artículo 490 del Código de Procedimiento Civil ha sido interpretado por la jurisprudencia con tal amplitud que se ha llegado a decir "pero ya desde la sentencia de la excelentísima Corte Suprema de 10 de marzo de 1943 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 43, Pág. 474), La jurisprudencia ha venido ampliando el alcance de lo que ha de entenderse por remate, para hacer de él un acto complejo que, en los últimos años se da por terminado sólo con la tradición del bien subastado al adquirente, como resulta de las sucesivas extensiones que se ha dado al momento hasta el cual puede el deudor pagar la deuda para liberar sus bienes"<sup>24</sup>.

La inconsistencia salta a la vista. ¿Por qué el deudor podría pagar válidamente después de notificada la demanda en los casos referidos y no cuando el acreedor ejerce la acción resolutoria?

### **Conclusión:**

Como ya señalamos, efectivamente el hecho que el deudor pueda enervar la acción resolutoria en cualquier estado del juicio puede generar ciertas situaciones injustas que vayan en desmedro del interés del contratante cumplidor.

No obstante lo anterior, dicha situación tiene vías de corrección a través de la indemnización de perjuicios. Por ello no compartimos el razonamiento esgrimido por la excma. Corte suprema, en cuanto nos parece que la sentencia infringe los elementos esenciales de interpretación de la ley, como son el elemento literal, lógico y sistemático, más cuanto que esa conclusión omite la aplicación de normas legales vigentes.

### **Bibliografía citada:**

Abeliuk, René (2008): *Las obligaciones*. Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Alessandri Arturo, Somarriva Manuel y Vodanovic Antonio (2001): *Tratado de las obligaciones*. Volumen I. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

<sup>24</sup> *Banco Santiago contra Roulet Pineda*.

Cuneo, Andrés (2004) *Informe en derecho. Sobre el momento en que tiene lugar la resolución del contrato cuando se ejercita la acción establecida en el artículo 1489 del código civil. Su consecuencia en cuanto a la oportunidad de pago*. Revista Chilena de Derecho Privado. N° 3. Páginas 107-121.

De la Maza, Iñigo (2011). *Contratos de compraventa, incumplimiento resolutorio y excepción de pago*. Revista Chilena de Derecho Privado n° 17. Páginas 247-259.

Elgueta, Augusto (1981): *Resolución de contratos y excepción de pago*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Fueyo, Fernando (2004): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Tercera edición actualizada (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Vial, Víctor (2009): *Algunos problemas de interpretación en relación con la condición resolutoria tácita y sus efectos*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo).

Peñailillo, Daniel (2008): *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Rodríguez, Pablo (22 de marzo 2014) *Aplicación de la ley*. Diario El Mercurio, Santiago.

Corral, Hernán (2010), *Contratos y daños por incumplimiento*. (Santiago, Abeledo Perrot).

Claro Solar, Luis (1992), *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, volumen v (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Rosende A., Hugo (2002), *Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado*. Revista Actualidad Jurídica n° 5 (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo).

### **Jurisprudencia citada:**

*Agrícola María Inés Limitada contra Fuentes Araya y Cisternas Rojas*, (2014): Corte Suprema: 15 de mayo de 2014. Rol 291-2013.

*Banco Santiago contra Roullet Pineda*: Corte de Apelaciones de Concepción: 2 de noviembre de 2006. Rol 2163-2003.

*Canales Lavín contra Riveros Bianchi* (2010): Corte Suprema: 31 de marzo de 2010. Rol 3614-2008.

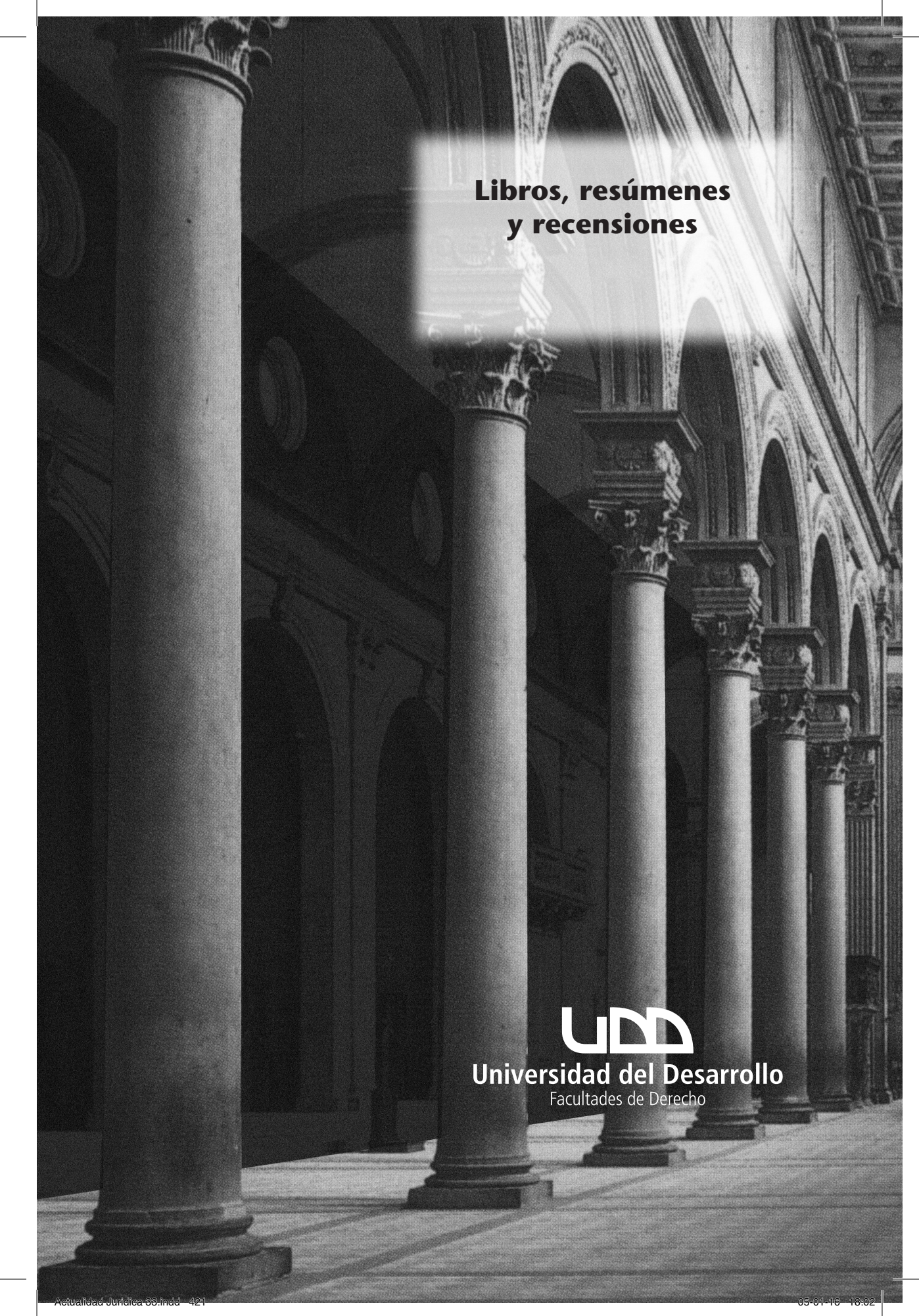
*Gallardo Lara contra Roa Torres* (2014): Corte Suprema.: 25 de mayo de 2014. Rol 6676-2009.

### **Normativa citada:**

Código Civil.

Código de Procedimiento Civil.

Ley 18.101. Fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos.



**Libros, resúmenes  
y reseñas**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



## **Derecho del Consumidor. Estudio Crítico.**

Pablo Rodríguez Grez.

HUGO ROSENDE ÁLVAREZ  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

### **Preámbulo**

En esta monografía publicada en mayo de 2015 por Thomson Reuters bajo el sello La Ley, el profesor Rodríguez Grez examina en forma exegética y crítica el contenido de la ley 19.496, que establece "**Normas sobre protección de los derechos del consumidor**", publicada en el Diario Oficial de marzo de 2007, y sus posteriores modificaciones.

### **El acto de consumo.**

Todo este estatuto gira en torno al **acto de consumo**, que no se conceptualiza, y que el autor explica en los siguientes términos: *"se trata de la adquisición de un bien o servicio determinado o del uso y goce del bien a un sujeto llamado proveedor, por parte de otro sujeto, denominado consumidor, con el fin de obtener por parte de este último el provecho que se ofrece y que corresponde a la naturaleza de la especie o al ejercicio del derecho constituido a su respecto, todo ello en el marco de un mercado formal."*

En definitiva, el acto de consumo es un contrato de compraventa que opera en un mercado masificado y con intervención de un proveedor habitual que concurre libremente a él en las actividades definidas en la ley.

### **El supuesto en que reposa el derecho de protección del consumidor según la ley N° 19.496.**

El derecho de protección del consumidor se funda en una premisa fundamental: la defensa de una de las partes en la relación de consumo, a fin de fortalecer la posición contractual del consumidor en desmedro del proveedor. La base de este derecho excepcional es un "supuesto" que permea todo el sistema ideado y que consiste en reconocer que solo una de las partes merece asistencia y amparo. Advirtiendo que la relación jurídica que desencadena el "acto de consumo" es desigual y desequilibrada en perjuicio del consumidor, el derecho sale en defensa de este último, interviniendo activamente en ella.

De esta manera, se genera un derecho discriminatorio basado en la premisa de que el consumidor es siempre víctima de la perversidad de su contraparte, el proveedor.

### **Ideas matrices del estudio.**

El estudio que efectúa el profesor Rodríguez Grez de la ley 19.496 se realiza bajo el prisma de tres ideas matrices, que son: el carácter reglamentario de este cuerpo normativo; la alteración del equilibrio contractual en beneficio del consumidor y en desmedro del proveedor con sus consecuencias en el *pacta sunt servanda* y en la responsabilidad civil de este último; y en la lesión del debido proceso, en el efecto relativo de las sentencias judiciales y en la cosa juzgada.

- 1. Ley reglamentaria.** En el libro en comento, el carácter eminentemente reglamentario de las disposiciones de este cuerpo normativo no corresponde propiamente a una ley. Se pregunta entonces este autor si *¿Implica ello una desconfianza en el ejercicio de la jurisdicción? ¿Ha querido el legislador restringir las facultades del juez y, por este medio, asegurarse de que, incluso en lo meramente reglamentario, prevalecerá su voluntad?* Contesta estas interrogantes manifestando que no le asiste duda alguna de que la ley N° 19.496 es, muy probablemente, una clara expresión de lo que este tratadista ha denunciado repetidamente, en orden a que la ley invade en forma indebida e irregular el ámbito de la ejecución reglamentaria y el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

El alcance reglamentario de la ley se aprecia en el ámbito de aplicación de sus normas que cubre la mayor parte de la contratación masiva sin perjuicio de las excepciones y contraexcepciones que contempla. Se plantea entonces una contradicción porque, en principio, la ley tiene una competencia acotada y expresamente establecida, pero ella se vuelve oscura e intrincada, como consecuencia de las excepciones y contraexcepciones contempladas en su texto. Esta circunstancia se presta para extender indebidamente su aplicación a situaciones que no se hallan cubiertas por esta legislación.

Asimismo, la normativa resulta excesivamente reglamentaria al referirse a los derechos y deberes del consumidor; al término unilateral del contrato; al retracto en caso de servicios educacionales de nivel superior; y al carácter irrenunciable de los derechos establecidos en la ley sobre protección de los derechos del consumidor.

- 2. Responsabilidad civil.** En materia de responsabilidad civil, la ley, en opinión del profesor Rodríguez Grez, no se elabora en función de casos excepcionales, sino más bien respecto de conductas generales que deben enmendarse con cierto rigor. De allí que critique el hecho de que



la ley de protección de los derechos del consumidor haya cambiado el desequilibrio contractual entre proveedor y consumidor a raíz de la contratación por adhesión, que, a su juicio, es el único instrumento idóneo en la contratación masiva, colocando a los consumidores como sujetos privilegiados y estimulándolos permanentemente para promover conflictos, incluso con la estrecha colaboración de un organismo público como el SERNAC.

En esta línea protectora del consumidor y desequilibrante del contrato, el artículo 20 de la ley N° 19.496 entrega al consumidor la decisión de perseverar en el contrato (cuando acepta la reparación o su reposición de los productos defectuosos) o su resolución (devolución de la cantidad pagada). Esta norma reproduce la opción que ofrece el artículo 1489 del C.C. al contratante diligente en los contratos bilaterales.

Sin embargo, la novedad que se plantea en este cuerpo normativo de defensa de los derechos del consumidor consiste en que las siete hipótesis que contempla el artículo 20 se configuran casos de **responsabilidad objetiva**, toda vez que acreditado el hecho descrito por el precepto mencionado surgen las consecuencias jurídicas indicadas con independencia del factor de imputación (dolo o culpa) por parte del proveedor.

Con todo, en opinión del profesor Rodríguez Grez, la responsabilidad objetiva se limita a los efectos descritos en la disposición (reparación, reposición o devolución de lo pagado), pero no alcanza a la indemnización de perjuicios, que debe ceñirse a las normas generales. Por consiguiente, el proveedor no puede eximirse de responsabilidad arguyendo un comportamiento diligente y cuidadoso de su parte, sí puede imputar responsabilidad al consumidor cuando causalmente el hecho en que se funda la responsabilidad ha sido provocado por este último. Igualmente se exonera de responsabilidad si el daño proviene un caso fortuito del cual el proveedor no responde. La incorporación de la responsabilidad objetiva en favor del consumidor revela, una vez más, la protección o amparo que el legislador dispensa al consumidor como parte débil en la relación contractual.

**3. El debido proceso, el efecto relativo de los fallos judiciales y la cosa juzgada.** Finalmente, en relación con los efectos de la sentencia pronunciada en los juicios sobre interés difuso, Rodríguez Grez piensa que se infringe el efecto relativo de las sentencias judiciales así como la autoridad de la cosa juzgada, produciendo aquellas efectos *erga omnes* respecto de personas que no intervinieron en la litis. Todo ello es una incitación al litigio y afecta principios procesales esenciales como el debido proceso, el efecto relativo de los fallos judiciales y el alcance de la cosa juzgada, afectando seriamente la seguridad jurídica

en sus rasgos más elementales e imponiendo al proveedor obligaciones que no tienen una fuente real y conocida.

Esta institución –dice el autor– sobrepasa principios esenciales en el derecho, pues se aplasta la cosa juzgada al extender los efectos de una sentencia a terceros indeterminados que no fueron parte en el proceso, se desconoce también el efecto relativo de la sentencia judicial, se niega el debido proceso legal, la seguridad jurídica y se confieren beneficios a quienes no han sometido a escrutinio jurisdiccional sus derechos cuando ellos hayan sido controvertidos. Como si lo anterior no fuere suficiente, se suspende la prescripción por todo el tiempo que duró el juicio colectivo para facilitar la interposición de nuevas acciones (de lo contrario la prescripción habría seguido corriendo porque el demandado obtuvo sentencia absolutoria), y se permite renovar las demandas con el simple arbitrio de alegar nuevas circunstancias.

### **Conclusiones del estudio.**

1. La ley N° 19.496 reviste un carácter manifiestamente reglamentario y que corresponde a una tendencia ajena a nuestra tradición jurídica. Dice el autor que la norma legal es un mandato general y abstracto el cual debe ir singularizándose en ejercicio de la potestad reglamentaria (reglamentos de ejecución), de la potestad jurisdiccional (sentencias judiciales), o de la autonomía privada (actos y contratos). Cuando la ley entra a regular cuestiones o situaciones particulares, la potestad legislativa arrebatada a la potestad reglamentaria, a la potestad jurisdiccional y a la autonomía privada sus atribuciones y altera el recto funcionamiento del sistema normativo. Es precisamente el defecto que acusa la Ley de Defensa del Derecho del Consumidor, que en verdad es un reglamento transformado en ley, distorsionando el ordenamiento jurídico e introduciendo un estilo que no se aviene con la actividad y competencia que corresponde a los demás poderes del Estado.

De otro lado, una ley reglamentaria, como la que se examina en el estudio del profesor Rodríguez Grez, pospone los principios para agotarse en el caso particular que se regula. Lo anterior acarrea una insuficiencia en el derecho para encarar situaciones no legisladas que se resuelven sobre la base de la analogía o los principios generales de derecho (espíritu general de la legislación). Ello resulta grave porque la analogía pierde toda consistencia habida cuenta de que la regulación establecida ha sido limitada por el propio legislador solo al caso particular que la norma contempla.

2. La ley en comento destaca la repugnancia que denota la regulación del contrato por adhesión. Sin embargo, en opinión del profesor Rodríguez Grez, este instrumento jurídico resulta inestimable para el funcionamiento del mercado

moderno, sin que se haya concebido otro medio capaz de sustituirlo, máxime si se considera que tratándose de una contratación masiva no resulta posible recurrir al contrato de libre discusión que articule los intereses de las partes que concurren al acto de consumo.

Frente a los abusos que puedan cometerse bajo el amparo de un contrato de adhesión, la solución puede hallarse en la negociación entre las organizaciones de consumidores y los proveedores, sobre contratos tipos o condiciones generales de contratación, de manera de amparar la posición de la parte más débil y con ello proteger los derechos de los consumidores sin quebrantar los principios que informan una adecuada contratación.

Entre los variados instrumentos que existen para superar las limitaciones que impone el contrato por adhesión, se encuentran el contrato dirigido, conforme al cual la autoridad administrativa fija las condiciones del contrato al margen de la voluntad de las partes; la intervención del contrato, fijándose en líneas gruesas las cláusulas que se prohíben y la manera en que debe ser celebrado, ejecutado, interpretado y resuelto; la negociación de un contrato tipo, según se ha visto en lo precedente; intensificar y controlar el pleno funcionamiento de la competencia entre los proveedores, solución que pregonan los partidarios del libre juego de la oferta y la demanda; por último, entregar el contenido del contrato a la burocracia estatal, solución que postulan los partidarios de los sistemas económicos centralizados y totalitarios y que transforma el mercado en un mero instrumento administrativo de distribución de bienes.

La experiencia de introducir un contrato impuesto por la autoridad es la peor de todas las iniciativas, ya que ella se inserta en un proyecto político de ideología totalitaria. Esta última, a la luz de las experiencias nacionales e internacionales, revela que este tipo de políticas conlleva necesariamente al estancamiento económico y el control político de los habitantes a través del acto de consumo.

3. La intervención del contrato, como lo contempla la ley 19.496, se expresa, por ejemplo, en la facultad que tiene el tribunal competente de ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes cuando se ha solicitado por el consumidor la nulidad de una o varias cláusulas y el contrato puede subsistir con las restantes. La multitud de prohibiciones, exigencias, requisitos y consecuencias que se imponen en la ley a los contratantes, tanto para celebrar, aplicar, resolver o terminar el contrato, bastan para concluir que se ha pasado por sobre la libertad contractual, incluso por sobre el principio *pacta sunt servanda* (los contratos obligan), pudiendo la autoridad corregir o alterar lo pactado. En su afán por amparar los derechos del consumidor (nunca del proveedor), el autor del estudio en examen cree que la ley ha llevado la regulación a extremos inaceptables.

4. Se consagra en esta ley el derecho del consumidor a poner fin unilateralmente al contrato, lo cual debilita considerablemente la relación jurídica al quedar pendiente de la voluntad de una de las partes, por justificadas que sean las razones que se hagan valer al respecto. Con ello se rompe todo posible equilibrio, pasando la parte favorecida a predominar en forma incontrarrestable y generándose injusticias que las normas jurídicas no pueden amparar. Es más, las disposiciones relativas al cese unilateral de la relación jurídica ponen de manifiesto una evidente desconfianza en los tribunales de justicia, porque deberían ser ellos los llamados a poner fin al lazo contractual.

Como si todo lo anterior no fuese suficiente, se reconoce en la ley la facultad unilateral para poner término al contrato solo al consumidor, lo que reviste un carácter discriminatorio al no concederse ese beneficio al proveedor. Sin perjuicio de lo anterior el cese unilateral del contrato atenta contra la intangibilidad del contrato, el principio *pacta sunt servanda* y de conservación de las convenciones.

5. En lo concerniente a contratos relativos a servicios financieros, las disposiciones legales de la ley en examen –en opinión del autor– sobrepasan todo límite en aras de la protección del consumidor, lo que revela la desconfianza del legislador respecto del conocimiento que tienen las personas naturales de la responsabilidad que les corresponde como avalistas, fiadores o codeudores solidarios. Se llega al extremo de descalificar a quienes intervienen en el mercado financiero como si se tratara de personas intelectualmente incapaces, otorgándoles facilidades que confieren a quienes abusan de su posición dominante, en demanda de una protección que puede encubrir el ánimo de lucrar a costa del proveedor considerado contratante sospechoso y sujeto a un régimen de severas restricciones y responsabilidad.

6. La ley extiende indebidamente la responsabilidad por la adquisición de un bien de consumo al proveedor que lo haya comercializado y al importador que lo haya vendido o suministrado. Nada se dice sobre las estipulaciones válidamente celebradas entre ellos que bien pueden exonerar de responsabilidad a una de las partes, o de aquellas que, por causa justificada, atenúen la responsabilidad. Esto último es particularmente grave si se considera que los derechos establecidos por la ley 19.496 son irrenunciables anticipadamente por los consumidores.

7. La aplicación de esta ley se distorsiona por la reiteración de principios y reglas elementales, que contiene mandatos inútiles, innecesarios, meramente formales, cuyo alcance no se percibe y que confunde su interpretación. Así, por ejemplo, la ley dispone que son derechos y deberes básicos del consumidor: “La libre elección del bien o servicio”. ¿Cabe razonablemente suponer que la elección del bien o servicio adquiridos para efectos del consumo pueda ser

obligatoria? La misma ley dispone que no producirán efecto alguno en los contratos por adhesión *“los espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato”* ¿Es dable imaginar que estos “espacios” contienen una estipulación contractual?

8. La ley 19.496 no contiene una declaración precisa sobre si el acto generador de responsabilidad por afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores debe fundarse en el perjuicio efectivo del consumidor. La mala técnica legislativa y una errada interpretación judicial han hecho posible que se tramiten causas en que el consumidor no solo no ha sufrido perjuicios, sino que ha conseguido beneficios significativos. Lo anterior resulta aberrante para el autor del libro que reseñamos, tanto más cuanto que se reglan pretensiones derivadas del llamado interés colectivo o difuso de los consumidores.

9. La ley de Defensa de los Derechos del Consumidor dispone que la sentencia ejecutoriada que declara las responsabilidades de los demandados en juicio por afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores *“producirá efectos erga omnes”*, sin perjuicio de dos excepciones legales. Agrega que la sentencia se dará a conocer para que *“todos aquellos que hayan sido perjudicados por los mismos hechos puedan reclamar el cobro de las indemnizaciones o el cumplimiento de las reparaciones que corresponda”*. Esto significa que quienes no han sido parte del juicio, una vez resuelto por sentencia judicial ejecutoriada, puedan invocarlo para tener una reparación. Es más, los interesados deben presentarse al tribunal en el plazo de 90 días, pudiendo, incluso, hacer reserva de sus derechos, *“para perseguir la responsabilidad derivada de la infracción en un juicio distinto, sin que sea posible discutir la existencia de la infracción ya declarada”*. De esta manera se arrasa con el llamado efecto relativo de las sentencias, conforme al cual ella solo puede hacerse valer contra la parte vencida en juicio. Lo anterior plantea una cuestión de constitucionalidad por infringir los derechos fundamentales contemplados en la Carta Política, porque se sobrepasa la garantía del debido proceso legal, lesionándose, además, la cosa juzgada.

En ese escenario no cabe duda que el trabajo que comentamos representa una inquietud profunda de un hombre que ha dedicado su vida a la justicia y la legítima preocupación que ha de causarle la circunstancia de que en la ley 19.496 no se aprecia la voluntad de profundizar en un estatuto jurídico adecuado en las relaciones de consumo masivo que dé equilibrio a las relaciones contractuales, reprimiendo los actos abusivos, ya sea del proveedor o del consumidor. Se observa más bien un interés político de captar la simpatía de los consumidores a objeto de obtener su preferencia en los comicios electorales. Y en esta circunstancia el derecho resulta derrotado, lo cual es lamentable y trae el recuerdo de la célebre obra de Ihering que estimulaba a los abogados en la incesante lucha por el derecho. Es lo que ha efectuado nuestro Decano en el estudio que comentamos.

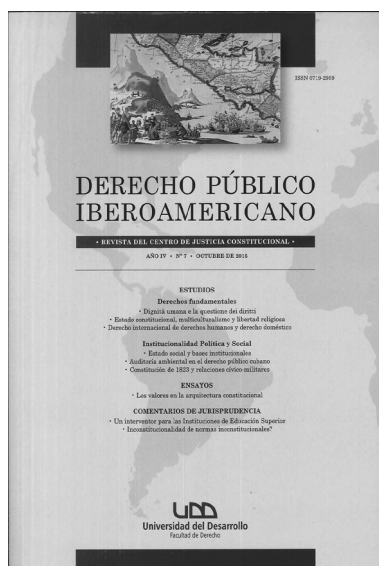


# Índice

## Revista Derecho Público Iberoamericano

### Facultad de Derecho UDD

#### N° 7 - Octubre de 2015



## ESTUDIOS

### Derechos fundamentales

Giovanni Turco: *Il bivio della dignità umana e la questione dei diritti ontologia ed etica della dignità umana.*

Vicente A. Sanjurjo Rivo: *Dos visiones enfrentadas: Estado constitucional y multiculturalismo comunitarista con relación al ejercicio del derecho a la libertad religiosa: algunos supuestos.*

Paula Millon Lorens y Rodrigo Céspedes Proto: *Derecho internacional de los derechos humanos y derecho doméstico chileno.*

### Institucionalidad política y económica

Emilio Pfeffer Urquiaga y Felipe Lizama Allende: *Estado social y bases institucionales de la Constitución de 1980. Una propuesta conciliadora.*

Alcides Francisco Antúnez Sánchez: *La auditoría con enfoque ambiental en el derecho público cubano.*

Valentina Verbal Stockmeyer: *Las relaciones civiles-militares en Chile bajo la Constitución de 1823. Una explicación de sus disposiciones y contexto político.*

## **ENSAYOS**

Lautaro Ríos Álvarez: Los valores en la arquitectura constitucional.

## **COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

Eduardo Soto Kloss: *Un interventor para las Instituciones de Educación Superior.*

Francisco Zúñiga Urbina y Roberto Cárcamo Tapia: *¿Inconstitucionalidad de normas constitucionales? Un caso de "constitucionalismo abusivo"*

## **RECENSIONES**

Juan Cayón: *Il dio mortale*, de Dalmacio Negro.

Manuel Anaut: *Traditional Natural Law as the Source of Western Constitutional Law, Particularly in the United States*, de Dante Figueroa.



# Índice

## Revista Ius Publicum N° 35/2015

### Escuela de Derecho

### Universidad Santo Tomás

#### Estudios

MARTÍN F. ECHAVARRÍA: *El carácter patógeno de la cultura contemporánea*

GERMÁN MASSERDOTTI: *Carlos de Habsburgo, emperador y rey, el político prudente*

MIGUEL AYUSO: *Derecho y derechos. De la Carta magna al postconstitucionalismo*

ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT: *Acerca del catolicismo español en el siglo XXI: ¿de religión oficial a complemento cultural?*

RAÚL MADRID: *La dignidad como argumento de justificación del aborto*

CARLOS A. CASANOVA: *Sobre la libertad de los padres católicos de apoyarse en la escuela para transmitir la fe a sus hijos. A propósito de unas tesis revolucionarias*

ERIKA M. ISLER SOTO: *Ius puniendi estatal y concurso de sanciones en la Ley 19.496*

EDUARDO SOTO KLOSS: *Acción de protección y acción de tutela laboral. El amparo de los derechos de los funcionarios públicos (acerca de algunos fallos de unificación de jurisprudencia)*

PATRICIA SILVA SAN MARTÍN: *Dominio Público del Borde costero, y las Concesiones Marítimas. Aportes del proyecto de ley de Administración del Borde costero*

CRISTIAN LETELIER AGUILAR: *Procedimiento de reclamación por vulneración de derechos constitucionales ante los tribunales tributarios y aduaneros*

#### Crónica

*Reflexiones tomistas:* MARÍA ESTHER GÓMEZ DE PEDRO. *Reflexiones éticas;* P. RAÚL HASBÚN, JUAN MANUEL DE PRADA, LUIS FERNÁNDEZ CUERVO, PEDRO BETETA, EMILIO GARCÍA SÁNCHEZ, FERNANDO GARCÍA DE CORTÁZAR, PEDRO IGNACIO LARRAÍN PÁEZ. *Reflexiones fuertes:* GONZALO LETELIER WIDOW, JAIME NUBIOLA, LIFESITENEWS / MARÍA MARTÍNEZ LÓPEZ, CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, JUAN MANUEL DE PRADA, *EL MERCURIO*.

## Documentos

MAGISTERIO PONTIFICIO; La Solemnidad, *Radiomensaje de Pentecostés de Su Santidad Pío XII en el 50 Aniversario de la "Rerum Novarum" (1 de junio de 1941). Discurso de Su Santidad Pío XII a un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid (lunes 1 de abril de 1957)*. JOANNES PAULUS PP. II: *Carla del Santo Padre con ocasión del primer centenario de la Revue thomiste*. PAPA FRANCISCO: *Carta Encíclica Laudato Sí, sobre el cuidado de la casa común. Audiencia general (miércoles 15 de abril de 2015)*. BENEDICTO XVI: *Mensaje a los estudiantes de la Pontificia Universidad Urbaniana*. JUAN PABLO PP. II: *Ley Fundamental del Estado de la Ciudad del Vaticano (26 de noviembre del 2000)*. LOS ARZOBISPOS Y OBISPOS DE VENEZUELA: *Exhortación pastoral del Episcopado venezolano (Caracas, 9 de julio 2015)*. BERNARDINO MONTEJANO, ENRIQUE ROULET: *Declaración del instituto de filosofía práctica acerca del homicidio y de la blasfemia*.

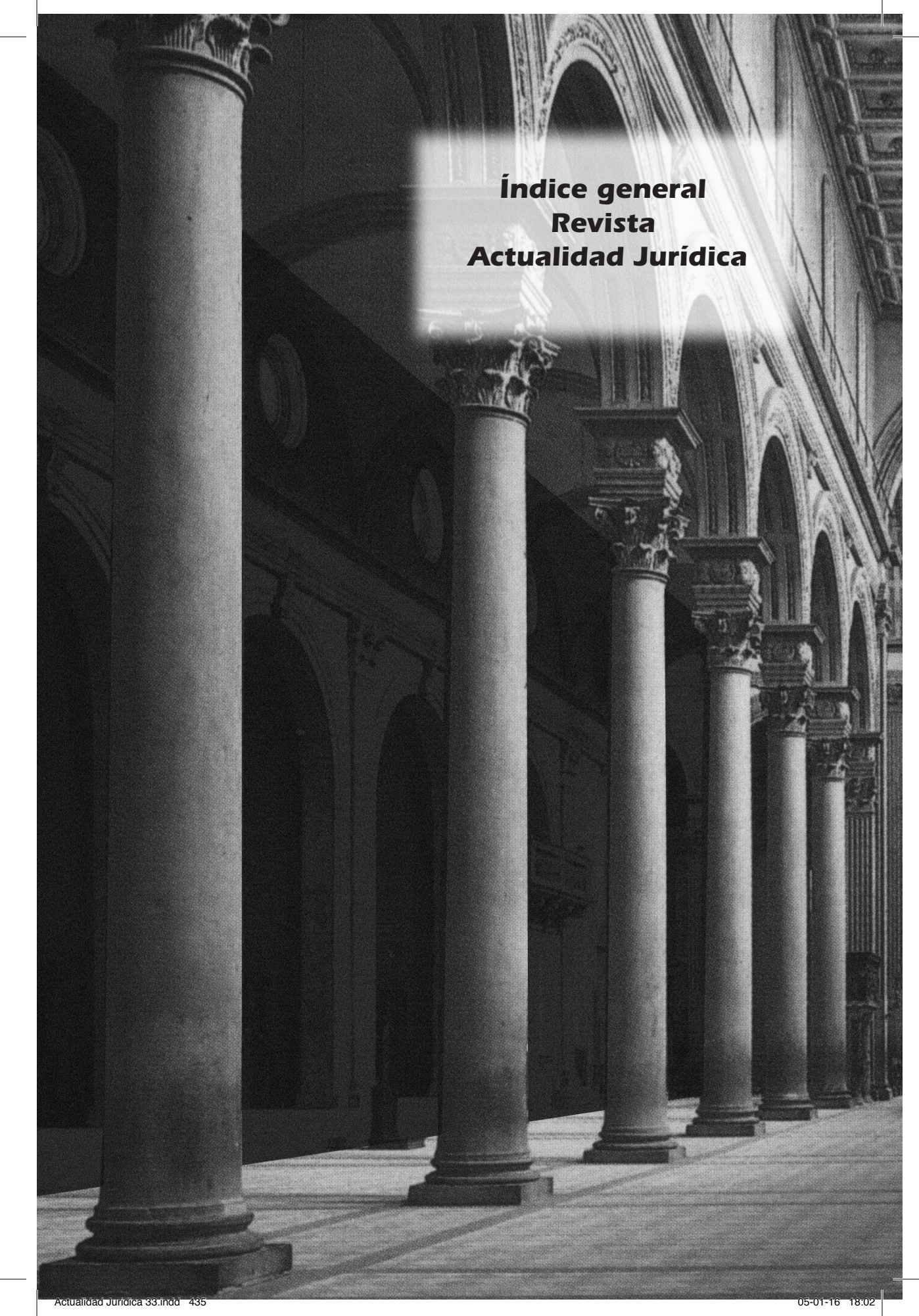
## Actualidades

I. *El escándalo del imperio abortista de Planned Parenthood, El negocio de este crimen abominable*

II. *La aberración de los "vientres de alquiler"*

III. *Sobre genocidios*

## Jurisprudencia, reseñaciones y reseñas bibliográficas



**Índice general**  
**Revista**  
**Actualidad Jurídica**



# **Índice de la Revista Actualidad Jurídica Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo Concepción-Santiago Números 1 (2000) A 32 (2015)**

## **Presentación:**

*“Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Intervienen en ella tanto la Facultad de Santiago como la de Concepción, ciudad esta última en que nació nuestra casa de estudios.” (Prof. Pablo Rodríguez Grez, Decano Facultad de Derecho, Sede Santiago).*

La revista tiene carácter misceláneo, pero cada uno de sus números dedica uno o más dossiers a algunos temas centrales predefinidos por su Consejo Editorial.

## **Periodicidad:**

Actualidad Jurídica es una publicación semestral que se edita en Enero y Julio de cada año, caracterizada por la rigurosidad en las fechas de su cierre editorial y publicación.

## **Autoridades responsables:**

**DIRECTOR: PROFESOR PABLO RODRÍGUEZ GREZ**, Decano de la Facultad de Derecho, sede Santiago.

**EDITOR: SR. HUGO FÁBREGA VEGA.**

**REPRESENTANTE LEGAL: FEDERICO VALDÉS LAFONTAINE**, Rector de la Universidad del Desarrollo.

## **Consejo editorial:**

Éste órgano científico tiene a su cargo el estudio, evaluación y selección de las colaboraciones destinadas a publicarse como, asimismo, la determinación del tema central de cada número de la Revista:

Sus integrantes son:

**PRESIDENTE: PROFESOR GONZALO RIOSECO MARTÍNEZ**, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Casa Central Concepción.

**INTEGRANTES:**

Prof. Julio Alvear Tellez.  
Prof. Bruno Caprile Biermann.  
Prof. Ignacio Covarrubias Cuevas.  
Prof. Cecily Halpern Montecino.  
Prof. Jorge Ogalde Muñoz.  
Prof. Hugo Rosende Álvarez.

**Índice de la Revista:**

En formatos por materias y por autor, se encuentra a disposición del público interesado en la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad, Casa Central Concepción: <http://derecho-ccp.udd.cl/derecho/trabajos-y-publicaciones/revista-actualidad-juridica/>

Haciendo click en "Índice de la Revista Actualidad Jurídica, N° 1 a 32".

**Recepción de colaboraciones académicas:**

Actualidad Jurídica está abierta a recibir colaboraciones académicas de los profesores y especialistas en las distintas áreas del estudio jurídico. Dichos aportes pueden ser dirigidos a:

CONCEPCIÓN: Prof. Bruno Caprile Biermann  
SANTIAGO: Sr. Hugo Fábrega Vega.

Una vez que el estudio o artículo sea publicado en la Revista, el autor recibirá un ejemplar del número correspondiente en forma gratuita.

Los originales de las comunicaciones remitidas a la Revista no serán devueltos a los autores.

**ISSN** n° 0717-5914

**Ventas y suscripciones:**

Informaciones sobre venta de ejemplares atrasados puede obtenerse mandando un correo, fax o email a **EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO:**

CONCEPCIÓN: Ainavillo N° 456, Fono 56-412268690, Fax 56-412268669,  
Email: [cferrando@udd.cl](mailto:cferrando@udd.cl)  
SANTIAGO: Avda. La Plaza N° 700, Fono 56-22999271, Fax 56-22999271,  
Email: [bsepulveda@udd.cl](mailto:bsepulveda@udd.cl)

Las solicitudes de suscripción pueden dirigirse remitiendo el formulario pertinente a **Ediciones Universidad del Desarrollo** a las direcciones indicadas.

# Índice general

## I.- Índice por materias

### A. Estudios

1. Historia y Filosofía del Derecho
  - Derecho romano
  - Historia del derecho europeo
  - Historia del derecho indiano
  - Historia de los derechos indígenas
  - Historia de los derechos patrios hispanoamericanos
  - Historia del Derecho Patrio y Constitucional de Chile
  - Historia del Pensamiento Jurídico
  - Introducción al Derecho
  - Filosofía del Derecho
  - Pensamiento Jurídico
  - Enseñanza del Derecho
2. Derecho Público
  - Derecho Político
  - Derecho Constitucional
  - Derecho Administrativo
  - Derecho Internacional Público
  - Derecho del Medio Ambiente
  - Derecho Penal
3. Derecho Privado
  - Derecho Civil
  - Derecho Comercial
  - Derecho Minero
  - Derecho de Aguas
  - Derecho Urbano
  - Derecho Aeronáutico
  - Derecho Informático
  - Derecho Internacional Privado
4. Derecho Procesal
  - Derecho Procesal Orgánico
  - Derecho Procesal Civil
  - Derecho Procesal Penal
5. Derecho Económico y Tributario
6. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
  - Derecho del Trabajo General
  - Derecho del Trabajo Individual

Derecho Colectivo del Trabajo  
Derecho Procesal Laboral  
Seguridad Social

## **B. Vida académica**

## **C. Análisis jurisprudencial**

## **D. Recensiones, publicaciones e índices**

## **E. Separatas**

## **F. Semblanzas y homenajes**

## **II.- Índice alfabético de autores**

### **SIGLAS:**

(CJ) Comentario de Jurisprudencia  
(R) Recensión  
(H) Semblanzas y homenajes  
(S) Separata  
(VA) Vida Académica

## **I.- Índice por materias**

### **A. Estudios**

#### **1. Historia y Filosofía del Derecho**

##### ***Derecho Romano***

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones*, N° 3, 2001, 123.

MORGADO M., Claudia, *La responsabilidad del pater por los delitos cometidos por sus dependientes*, N° 7, 2003, 83.

SAMITH VEGA, Gina, *El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana*, N° 9, 2004, 71.

##### **Historia del Derecho Europeo**

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Notas sobre la evolución del derecho bizantino*, N° 29, 2014, 335.



ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas*, N° 13, 2006, 371.

### ***Historia del Derecho Indiano***

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Notas sobre la enseñanza del derecho en las Indias*, N° 16, 2007, 89.

CATTAN ATALA, Ángela, *El protector de naturales y el derecho a la defensa*, N° 3, 2001, 309.

CATTAN ATALA, Ángela y MERINO ÁLVAREZ, Christian, *La Avería: pervivencia del Derecho Romano en el sistema del transporte marítimo indiano*, N° 2, 2000, 151.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano*, N° 3, 2001, 95.

### ***Historia de los derechos indígenas***

#### ***Historia de los derechos patrios hispanoamericanos***

#### ***Historia del Derecho Patrio y Constitucional de Chile***

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Las relaciones internacionales de Chile durante el periodo pseudoparlamentario (1891-1924)*, N° 11, 2005, 181.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Constitucionalismo chileno y su evolución*, N° 20, 2009, 547.

DÁVILA CAMPUSANO, Óscar, *Recopilaciones de leyes castrenses en el derecho patrio chileno del siglo XIX y principios del siglo XX*, N° 14, 2006, 255.

GAZMURI, Cristián, *Notas sobre las causas de la crisis de la democracia chilena en 1970-1973*, N° 6, 2002, 340.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil)*, N° 8, 2003, 165.

### ***Historia del Pensamiento Jurídico***

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Salvador Allende: el asedio a la libertad y al Estado de Derecho en sus discursos presidenciales*, N° 9, 2004, 143.

HECKER PADILLA, Carlos, *Evolución histórico-jurídica de los derechos humanos*, N° 23, 2011, 395.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *Carl Schmitt. La agonía del Ius Publicum Europaeum*, N° 13, 2006, 343.

## Introducción al Derecho

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 9, 2004, 273.

FEMENIAS SALAS, Jorge Andrés, *Reflexiones sobre la teoría del hecho jurídico en la labor de jueces y juristas*, N° 21, 2010, 209.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estructura funcional del Derecho (prólogo del autor)*, N° 6, 2002, 367.

## Filosofía del Derecho

ACCORSI OPAZO, Enrique, *Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica*, N° 3, 2001, 159.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el Derecho Público chileno*, N° 16, 2007, 143.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El derecho al honor y la sed de mentira*, N° 10, 2004, 69.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Hobbes, precursor del estado laico*, N° 19, 2009, 423.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Libertad moderna y divinización del Estado constitucional: Las dos caras del pensamiento político de Hegel*, N° 24, 2011, 173.

BARCELÓ, Joaquín, *La subversión de valores y la historia*, N° 10, 2004, 79.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *El principio de la responsabilidad ante el derecho: una breve perspectiva filosófica en la enseñanza de la ética profesional del abogado*, N° 7, 2003, 211.

GREBE BARROS, Gonzalo, *Responsabilidad Médica*, N° 3, 2001, 149.

MORENO VALENCIA, Fernando, *Subversión de los valores*, N° 10, 2004, 27.

QUINTERO FUENTES, David, *Críticas y revisiones a la Teoría de la Justicia de John Rawls*, N° 18, 2008, 371.

QUINTERO FUENTES, David, *La importancia de la "Teoría de la Justicia" de John Rawls para la solución de problemas de ética normativa*, N° 26, 2012, 339.

RODRÍGUEZ CÁCERES, Andrés, *Justicia distributiva: una aproximación a Rawls y otras doctrinas económico-filosóficas*, N° 17, 2008, 433.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis moral o subversión de los valores?*, N° 10, 2004, 13.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Ética y Responsabilidad Profesional)*, N° 6, 2002, 7.

- ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento*, N° 9, 2004, 175.
- ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Derechos y deberes en el acto médico*, N° 6, 2002, 45.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La pugna valórica en la ley que establece medidas contra la discriminación arbitraria*, N° 26, 2012, 31.
- SILVA ABBOTT, Max, *Derecho, política y valores en Norberto Bobbio*, N° 12, 2005, 177.
- SILVA ABBOTT, Max, *Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación*, N° 10, 2004, 83.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *¿Hay una ética de los abogados?*, N° 6, 2002, 13.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El negocio jurídico como acto de lenguaje*, N° 7, 2003, 263.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El juez y el juicio en Tomás de Aquino*, N° 3, 2001, 135.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El principio de probidad: análisis ético-político*, N° 27, 2013, 327.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Libre empresa, derecho, humanismo*, N° 1, 2000, 95.

### **Pensamiento Jurídico**

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El desafuero del senador Pinochet a la luz de los principios del debido proceso*, N° 3, 2001, 21.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Las nocivas tendencias del neocapitalismo: ¿economía liberal o economía social de mercado?*, N° 30, 2014, 215.
- BATES HIDALGO, Luis, *La justicia y la formación de abogados*, N° 8, 2003, 327.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Nuestras raíces en el derecho civil y nuestro futuro en el derecho común*, N° 18, 2008, 395.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los requisitos para obtener el título de abogado: alegato para el establecimiento de un examen único, cualquiera sea la filiación universitaria del candidato*, N° 16, 2007, 65.
- CLARO VALDÉS, Ricardo, *Rol del empresario en las encíclicas sociales*, N° 4, 2001, 257.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho*, N° 3, 2001, 233.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado*, N° 16, 2007, 23.
- DÍAZ URIBE, Hugo Antonio, *Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados*, N° 14, 2006, 55.

- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Normas "circunstanciales"*, N° 25, 2012, 217.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Algunos antecedentes sobre el juicio ciudadano respecto de cuestiones jurídicas relevantes*, N° 24, 2011.
- HEMPEL MALESSA, Winfried, *El mundo no necesita más economistas ni tecnología sin filósofos y humanidad*, N° 29, 2014, 707.
- MOHOR ABUAJAD, Salvador, *Reflexiones sobre la constitucionalidad de un eventual restablecimiento del examen de competencia ante la Corte Suprema para la obtención del título de abogado*, N° 16, 2007, 75.
- PAUL DÍAZ, Álvaro y SOTO VELASCO, Sebastián, *Legislar con eficiencia: la importancia de evaluar las leyes*, N° 19, 2009, 585.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abogados forenses*, N° 16, 2007, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Actualidad Jurídica cumple 5 años*, N° 10, 2004.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Derecho y Justicia*, N° 5, 2002, 345.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Abogados Forenses)*, N° 16, 2007, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Principales reformas jurídicas del decenio)*, N° 20, 2009, 5.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Estructura funcional del derecho de Pablo Rodríguez Grez, discurso de presentación*, N° 5, 2002, 329.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La interpretación judicial de la ley*, N° 17, 2008, 89.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *El acceso a la profesión de abogado en España*, N° 16, 2007, 51.

### **Enseñanza del Derecho**

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Algunas anotaciones sobre la enseñanza de la Ética Jurídica*, N° 6, 2002, 27.
- ÁLVEZ MARÍN, Amaya, *Una experiencia práctica en la enseñanza de la Ética*, N° 6, 2002, 63.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Formando abogados analistas*, N° 19, 2009, 579.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La enseñanza del derecho: ¿clase magistral o método activo?*, N° 2, 2000, 127.
- CATTAN ATALA, Ángela, *Algunas notas sobre una nueva metodología para la enseñanza del Derecho Romano*, N° 5, 2002, 317.

DEVOTO BERRIMAN, Carolina, *El método de resolución de casos en la enseñanza del derecho*, N° 25, 2012, 503.

DEVOTO BERRIMAN, Carolina, *Hacia una caracterización teórica de docente universitario en la carrera de Derecho*, N° 30, 2014, 507.

GODOY PÉREZ, Claudia, *"Entre butacas y el telón": Rol contribuyente-colaborador del ayudante en el uso de TIC como herramienta metodológica de enseñanza*, N° 29, 2014, 683.

MATTATALL TAPIA, Sebastián, *Nuevas tecnologías aplicadas a la docencia del Derecho*, N° 29, 2014, 693.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Renovación de los estudios de Derecho*, N° 2, 2000, 117.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Una experiencia de examen de casos*, N° 22, 2010, 167.

## 2. Derecho Público

### *Derecho Político*

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Contra-razones de la declaración de los Derechos del Hombre de 1789 ante la génesis del constitucionalismo moderno*, N° 22, 2010, 497.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Democracia moribunda y el banquillo de los acusados: apuntes sobre Ortega y Gasset*, N° 11, 2005, 273.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El poder absolutista de la democracia moderna. Una lectura actualizada de Tocqueville*, N° 28, 2013, 473.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Tolerancia y Estado laico en el liberalismo de John Locke: un desposorio incómodo*, N° 20, 2009, 649.

BATES HIDALGO, Luis, *Derecho en la Educación*, N° 21, 2010, 153.

DÍAZ NIEVA, José, *Breve aproximación a los sistemas electorales*, N° 4, 2001, 317.

LAGOS ERNST, María José, *Redes sociales e Internet: ¿Una nueva forma de hacer campaña electoral?*, N° 29, 2014, 511.

OÑATE VERA, Emilio A., *La importancia del control en la administración del Estado*, N° 25, 2012, 343.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Función judicial y Estado de Derecho*, N° 11, 2005, 47.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estado de Derecho y crisis del sistema judicial*, N° 32, 2015, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema ¿Cabe al Poder judicial responsabilidad en la crisis del Estado de Derecho?)*, N° 32, 2015, 5.

ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Ley, interpretación y exceso judicial*, N° 11, 2005, 39.

SOTO KLOSS, Eduardo, *Sobre jurisprudencia*, N° 32, 2015, 29.

TAGLE MARTÍNEZ, Hugo, *La verdadera tercera vía*, N° 1, 2000, 161.

### **Derecho Constitucional**

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Derecho a la vida y libertad religiosa: el caso de los Testigos de Jehová*, N° 19, 2009, 615.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Persona humana, autonomía privada y orden público económico*, N° 4, 2001, 77.

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *El Convenio 169 y el Código de Conducta Responsable. Una primera aproximación crítica*, N° 20, 2009, 789.

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Ley reservada del Cobre. Visión jurídica y política*, N° 16, 2007, 331.

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Libertad de expresión, bien jurídico protegido*, N° 26, 2012, 443.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Alcances inconstitucionales de la ley que pone fin al lucro, al copago y a la selección*, N° 32, 2015, 177.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El constitucionalismo como mitología política. Consideraciones a propósito de la propuesta de "Nueva Constitución" de Michelle Bachelet*, N° 29, 2014, 101.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El Programa de Bachelet y el deterioro del Estado de Derecho. Derechos Humanos, Estado social y seguridad jurídica*, N° 31, 2015, 9.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los proyectos de reforma constitucional en materia de educación: Análisis de una incógnita*, N° 25, 2012, 29.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los supuestos derechos animales y medioambientales ante la Constitución de 1980: una contradicción vital*, N° 4, 2001, 189.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio y CISTERNA ROJAS, Vanessa, *La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la "píldora del día después: ¿liberalismo posesivo o respeto a la ley natural?*, N° 18, 2008, 23.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio y COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación "antidiscriminación" (Y algunos comentarios acerca del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación)*, N° 26, 2012, 9.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio y FÁBREGA VEGA, Hugo, *Análisis crítico del proyecto de ley sobre eutanasia y sus antecedentes legislativos*, N° 15, 2006, 261.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Análisis crítico sobre los principios doctrinarios y positivos del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional español (un análisis desde el entorno hispanoamericano)*, N° 18, 2008, 219.

- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Evolución (o involución) de la Constitución Política de la república a 20 años de su promulgación, notas sobre las reformas a la Carta del 80*, N° 4, 2001, 173.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La reforma constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto*, N° 13, 2006, 11.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 131.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional*, N° 12, 2005, 29.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Forma de gobierno en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 223.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional*, N° 13, 2006, 97.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia*, N° 10, 2004, 117.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005*, N° 13, 2006, 25.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ASTUDILLO SEPÚLVEDA, José Manuel, *La libertad de expresión en el derecho norteamericano*, N° 20, 2009, 635.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio y CORONADO DONOSO, Ricardo, *La constitucionalización de las fuerzas armadas*, N° 23, 2011, 435.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos*, N° 17, 2008, 165.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Estado Constitucional de Derecho y transformación del ordenamiento jurídico*, N° 10, 2004, 43.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Fortalecimiento constitucional de nuestra independencia judicial*, N° 11, 2005, 25.
- CEA EGAÑA, José Luis, *La Constitución de 1980: experiencia y horizonte 20 años después*, N° 4, 2001, 241.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Discriminación y género en la jurisprudencia de los EE.UU.*, N° 26, 2012, 137.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Comentario a los proyectos de reforma constitucional que inciden en el derecho a la libertad de enseñanza*, N° 25, 2012, 13.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *El trasfondo doctrinario tras el enunciado de algunos derechos fundamentales en el Programa de Gobierno de la Nueva Mayoría*, N° 31, 2015, 33.

- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *¿Puede la dignidad humana ser un principio comúnmente compartido en materia de adjudicación constitucional?*, N° 29, 2014, 147.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *¿Tiene sentido regular constitucionalmente materias como la familia (y los elementos constitutivos del matrimonio)?*, N° 24, 2011, 155.
- CRUZ FABRES, Rafael, *La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos frente a la Constitución y la soberanía, la discusión doctrinaria y el fallo del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito el año 1998*, N° 6, 2002, 75.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Bases de la Institucionalidad chilena*, N° 4, 2001, 211.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional*, N° 6, 2002, 137.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Ley 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional*, N° 13, 3006, 43.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Perfil jurídico del nuevo Ministerio Público*, N° 2, 2000, 165.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Solución jurisprudencial para conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos*, N° 1, 2000, 117.
- CUEVAS GATICA, Gabriel, *Pugna de derechos por el uso de medios tecnológicos: el supuesto carácter de información pública de los correos electrónicos y la inviolabilidad de correspondencia*, N° 29, 2014, 493.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo, *Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Paternalismo y la dificultad contramayoritaria*, N° 18, 2008, 55.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos*, N° 18, 2008, 69.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una ley general antidiscriminación?*, N° 28, 2013, 279.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes*, N° 20, 2009, 35.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Presentación del Seminario "Sentencias de Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad y sus efectos"*, N° 17, 2008, 163.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (affirmative action)*, N° 17, 2008, 195.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Reflexiones sobre una eventual Asamblea Constituyente*, N° 29, 2014, 127.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Reforma constitucional sobre la forma de Estado en Chile. Estado unitario regionalizado y asambleas legislativas regionales*, N° 32, 2015, 199.



- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *El principio de irretroactividad de las sanciones debe aplicarse en forma estricta: el caso del artículo 4° de la Ley Chilecompra*, N° 21, 2010, 225.
- DÍAZ NIEVA, José y ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980*, N° 4, 2001, 57.
- FELIÚ SEGOVIA, Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios*, N° 1, 2000, 71.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley*, N° 17, 2008, 175.
- HUMERES NOGUER, Héctor, *La seguridad social en la Constitución Política chilena*, N° 4, 2001, 107.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso*, N° 24, 2011, 371.
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo, *Notas sobre la unidad del Estado como principio constitucional*, N° 21, 2010, 429.
- MATURANA TOLEDO, Carlos, *Comentarios acerca del origen y competencia de los Tribunales Electorales Regionales*, N° 4, 2001, 149.
- MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005*, N° 25, 2012, 237.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Notas sobre su evolución histórica en Chile*, N° 22, 2010, 21.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Igualdad ante la ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, N° 26, 2012, 63.
- PÉREZ DE ARCE IBIETA, Hermógenes, *Garantes de la institucionalidad*, N° 4, 2001, 233.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Constitucionalización del derecho*, N° 22, 2010, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El "debido proceso" a la luz de la ley chilena*, N° 3, 2001, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estudios Pendientes (Presentación)*, N° 4, 2001, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La Constitución de 1980, hija de su tiempo*, N° 4, 2001, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema ¿Deterioro del "Estado de Derecho"?*, N° 31, 2015, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Efectos de la Jurisdicción Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Chileno)*, N° 22, 2010, 5.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema fallo del Tribunal Constitucional, sobre la llamada "píldora del día después")*, N° 18, 2008, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Independencia del Poder Judicial)*, N° 11, 2005, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema nueva constitución)*, N° 29, 2014, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema ¿Nuevas normas constitucionales sobre la educación? Los proyectos pendientes)*, N° 25, 2012, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Pugna valórica y errores de la ley anti-discriminación)*, N° 26, 2012, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Reformas Constitucionales Ley N° 20.050)*, N° 13, 2006, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre discriminación arbitraria*, N° 28, 2013, 187.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre un fallo del Tribunal Constitucional*, N° 18, 2008, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Subordinación del Poder Judicial*, N° 11, 2005, 11.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *¿Igualdad jurídica en Chile?*, N° 4, 2001, 199.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo y ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *La participación ciudadana y el derecho de asociación en la ley N° 20.500 de 2011*, N° 24, 2011, 85.
- SALAS VIVALDI, Julio, *El debido proceso: tres instituciones procesales y una ausente. El ámbito constitucional*, N° 3, 2001, 51.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *Las asociaciones gremiales*, N° 22, 2010, 155.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *"Acto u omisión ilegal" en el artículo 20, inciso 2°, de la Constitución: ¿una reforma inútil?*, N° 15, 2007, 161.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio del derecho a la propia imagen desde una perspectiva jurisprudencial, veinticinco años después de la promulgación de la Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 de mayo*, N° 16, 2007, 203.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional*, N° 22, 2010, 55.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Inconstitucionalidad por omisión del legislador*, N° 19, 2009, 373.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La Declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos*, N° 18, 2008, 247.

- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La objeción democrática a los límites materiales de la reforma constitucional*, N° 28, 2013, 299.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Las leyes orgánicas constitucionales en el régimen presidencial. Lo que el debate constituyente está olvidando*, N° 30, 2014, 273.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Problemas del plebiscito como instrumento democrático y como decisor de políticas públicas*, N° 25, 2012, 257.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales*, N° 20, 2009, 597.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio y GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Radiografía al Instituto nacional de DD.HH.: entre la política y el derecho*, N° 26, 2012, 193.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio y GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos*, N° 25, 2012, 175.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La dignidad de la persona humana en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 31.

### **Derecho Administrativo**

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa*, N° 24, 2011, 69.
- ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Eficacia administrativa, obligación legal incumplida*, N° 21, 2010, 387.
- ALVEAR TELLEZ, Julio, *Responsabilidad extracontractual/responsabilidad constitucional del Estado: El nudo gordiano de dos doctrinas en pugna*, N° 23, 2011, 69.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Audiencia pública y ejercicio de la potestad reglamentaria*, N° 12, 2005, 113.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *De la adjudicación en los contratos administrativos*, N° 15, 2007, 171.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Dónde van superintendencias y fiscalías: un pronóstico de futuros*, N° 20, 2009, 569.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La actividad jurídica de la Administración del Estado*, N° 28, 2013, 261.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La Contraloría hoy*, N° 16, 2007, 127.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La estabilidad de los contratos administrativos*, N° 6, 2002, 191.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Licitación pública: concepto, principios y tramitación*, N° 13, 2006, 291.

- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, N° 14, 2006, 149.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván y MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Informe en Derecho*, N° 4, 2001, 379.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, N° 20, 2009, 577.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística*, N° 19, 2009, 309.
- BRAVO ROJAS, Mauricio y SILVA MÉNDEZ, Ernesto, *Comentario sobre el proceso de reforma del Estado en Chile en el periodo 1999-2009*, N° 20, 2009, 11.
- CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos Patricio, *Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública*, N° 7, 2003, 437.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Tributos a la importación*, N° 6, 2002, 217.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel y ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *La estabilidad de los actos administrativos urbanísticos*, N° 31, 2015, 235.
- DONOSO R., Sebastián, *Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas*, N° 14, 2006, 233.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Acerca de las sanciones administrativas en Chile*, N° 29, 2014, 229.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *El fundamento de la Responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)*, N° 23, 2011, 109.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *La responsabilidad del Estado en la Ley 19.966 sobre régimen de garantías en salud. Historia de su establecimiento*, N° 17, 2008, 293.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Sobre el estatuto penal aplicable a las sanciones administrativas en Chile*, N° 30, 2014, 293.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio*, N° 19, 2009, 327.
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones)*, N° 8, 2003, 273.
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A. y ODDÓ BEAS, Blanca, *Del transcurso de un plazo y el nacimiento de un acto administrativo presunto de aprobación*, N° 14, 2006, 161.
- MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Algunos aspectos de los recursos administrativos en la Ley N° 19.880, que establece bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado*, N° 9, 2004, 187.

OLIVARES GUZMÁN, Isabel, *Los proveedores frente al Estado a la luz de la Ley de Compras Públicas*, N° 25, 2012, 481.

OÑATE VERA, Emilio A., *Las licencias de conducir profesionales y la implementación del sistema por puntos en la Ley de Tránsito*, N° 26, 2012, 459.

REYES RIVEROS, Jorge, *Comentarios respecto de la norma consagrada en el art. 8° bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, N° 3, 2001, 319.

RODRÍGUEZ PRIETO, María del Pilar, *El acceso a la información pública y su proceso online*, N° 29, 2014, 531.

SOTO KLOSS, Eduardo, *La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial*, N° 3, 2001, 303.

SOTO LARREÁTEGUI, Josefina, *La responsabilidad del Estado-Municipalidad*, N° 7, 2003, 183.

VILLAGRÁN ABARZÚA, Marcelo, *La descentralización en Chile*, N° 23, 2011, 383.

### ***Derecho Internacional Público***

ARAB NESSRALLAH, Julio, *Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena*, N° 2, 2000, 33.

ASTROZA SUÁREZ, Paulina, *Doctrina Bush: ¿tercera excepción a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza?*, N° 8, 2003, 31.

BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Chile y Argentina. A cien años del primer arbitraje británico*, N° 3, 2001, 275.

BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Perspectivas de diálogo chileno-boliviano en las proximidades del Bicentenario*, N° 15, 2007, 203.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis*, N° 8, 2003, 15.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Disposiciones sobre derecho internacional en Constituciones Políticas de América del Sur*, N° 24, 2011, 133.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *La opción y modalidades de integración de la variable ambiental en tratados de libre comercio*, N° 21, 2010, 113.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile*, N° 2, 2000, 55.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y AGUAYO VARGAS, Macarena, *Chile y La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cumplimiento de sentencias*, N° 28, 2013, 351.

- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y BOLADO PIZZI, Álvaro, *Algunas reflexiones en torno a la participación de Chile en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI*, N° 32, 2015, 245.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio y CORONADO DONOSO, Ricardo, *Vinculaciones entre el Derecho Militar de Chile y el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos*, N° 24, 2011, 259.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Controversias Jurídicas, La inmunidad de jurisdicción ante el Derecho Internacional, Puntos de Vista: N° 1*, 2000, 7.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Análisis crítico de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia*, N° 30, 2014, 251.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Derecho Internacional y Derecho Interno*, N° 2, 2000, 23.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional*, N° 6, 2002, 155.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El límite marítimo entre Chile y Perú*, N° 10, 2004, 199.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *La guerra angloamericana contra Irak y el derecho internacional*, N° 8, 2003, 49.
- HECKER PADILLA, Carlos, *El acceso a la justicia y la inversión extranjera*, N° 22, 2010, 205.
- HENRÍQUEZ HERRERA, Ian, *El caso Artavia Murillo y los límites de la argumentación judicial*, N° 32, 2015, 33.
- MANCIAUX, Sebastien (Trad. cast de Carlos Hecker), *La implicación de inversionistas extranjeros en ciertas violaciones a los derechos humanos*, N° 21, 2010, 71.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *El justo y debido proceso en el derecho internacional*, N° 3, 2001, 87.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales*, N° 6, 2002, 147.
- PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves, contra ellas o con ellas: estado de la cuestión*, N° 4, 2001, 351.
- PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *España y el Segundo Conflicto del Golfo*, N° 8, 2003, 57.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, FUENTES TORRIJO, Ximena, VALENZUELA V, Luis, *Controversia sobre los alcances del Fallo de los Loes*, N° 1, 2000, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tema central*, N° 2, 2000, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley*, N° 1, 2000, 47.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Existe el derecho internacional?*, N° 8, 2003, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema, la crisis del derecho internacional)*, N° 8, 2003, 7.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Corte Penal Internacional y Soberanía Universal*, N° 2, 2000, 9.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdicción*, N° 1, 2000, 55.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La mujer ante el derecho internacional público*, N° 11, 2005, 281.

### ***Derecho del Medio Ambiente***

ARÓSTICA MALDONADO, Iván y CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable*, N° 16, 2007, 171.

BENÍTEZ URETA, Rodrigo, CARRASCO QUIROGA, Edesio y HERRERA VALVERDE, Javier, *Naturaleza jurídica y potestades del Comité de Ministros en conformidad a la Ley N° 19.300*, N° 30, 2014, 347.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Instalación de los tribunales ambientales: ¿problemas de diseño?*, N° 31, 2015, 223.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria*, N° 29, 2014, 291.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Nueva institucionalidad ambiental*, N° 22, 2010, 429.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Aspectos jurídicos y políticos de la relación entre desarrollo sustentable y actividad minera*, N° 4, 2001, 277.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Cambio climático y migraciones: Desafíos para el derecho y las políticas públicas*, N° 29, 2014, 239.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *El aporte del derecho blando a la actividad minera en el siglo XXI: Aspectos sociales y ambientales*, N° 27, 2013, 259.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *La Regulación Ambiental en Textos Constitucionales de Países Sudamericanos*, N° 23, 2011, 193.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Obligaciones ambientales de Chile derivadas de su ingreso a la OCDE*, N° 22, 2010, 411.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materias de contenido ambiental*, N° 26, 2012, 279.

- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y CONTRERAS ARCE, Francisco, *El concepto de desarrollo sustentable en la doctrina y en la práctica de tribunales nacionales*, N° 31, 2015, 119.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabcikovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay*, N° 14, 2006, 179.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y RODRÍGUEZ MONREAL, Tomás, *Régimen jurídico de la naturaleza en la Constitución de Ecuador*, N° 30, 2014, 305.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC*, N° 19, 2009, 651.
- CARRASCO QUIROGA, Edesio, *Evaluación ambiental estratégica y procedimiento administrativo: legalidad, supletoriedad y funcionalidad*, N° 25, 2012, 421.
- CARTES MONTORY, Armando, *Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes*, N° 7, 2003, 425.
- LEIVA SALAZAR, Felipe, *A propósito de Hidroaysén: notas sobre el fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*, N° 27, 2013, 279.
- MORONI BÁEZ, Paz, *Marco jurídico chileno sobre protección de variedades vegetales*, N° 30, 2014, 327.
- RIQUELME PALLAMAR, Paulina; MEDINA FUENTES, Paula y BUSTOS PEÑAILILLO, Daniela, *Nueva Institucionalidad Ambiental: Criterios de diseño para el desarrollo regulatorio*, N° 23, 2011, 229.
- VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *Los acuerdos de Producción Limpia: principios, naturaleza y política de producción limpia*, N° 21, 2010, 89.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Consideraciones sobre los desafíos que el Derecho Ambiental impone a la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, N° 24, 2011, 355.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Derecho ambiental como derecho público. Instrumentos de la política ambiental*, N° 22, 2010, 377.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Desarrollo sustentable, ¿un paradigma en crisis*, N° 26, 2012, 497.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Evaluación ambiental estratégica: instrumento sustantivo de regionalización*, N° 26, 2012, 301.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Fundamentos de la relación entre ambiente y energía. Derecho Ambiental: el factor de equilibrio entre ambos*, N° 25, 2012, 513.



VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Gran reforma ambiental legislativa e institucional. Lo más relevante para las empresas*, N° 28, 2013, 513.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *La protección ambiental en el ámbito constitucional*, N° 27, 2013, 221.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Las fases esenciales de la responsabilidad ambiental: preventiva y correctiva, instituciones comparadas entre el derecho norteamericano y el chileno*, N° 21, 2010, 49.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Revisión de dos tratados ecológicos y su comparación*, N° 23, 2011, 281.

WINTER DEL RÍO, Federico, *La regulación sectorial de la energía geotérmica en Chile. Problemas y propuestas*, N° 25, 2012, 315.

### **Derecho Penal**

BATES HIDALGO, Luis, *Corrupción: concepto y aspectos penales*, N° 6, 2002, 35.

BATES HIDALGO, Luis, *Responsabilidad penal de los adolescentes*, N° 16, 2007, 107.

CEA CIENFUEGOS, Sergio y MORALES CONTARDO, Patricio, *Los delitos aeronáuticos: El bien jurídico protegido*, N° 28, 2013, 335.

ESPINOZA CORREA, Camila Paz, *Delitos informáticos y la Ley 19.223*, N° 29, 2014, 553.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 7, 2003, 359.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Algunos comentarios a la ley N° 20.253 en materia de reincidencia*, N° 18, 2008, 491.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *¿Cabén la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguro?*, N° 14, 2006, 219.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Principales modificaciones al Libro I del Código Penal en los últimos 10 años (periodo 1999-2009)*, N° 20, 2009, 347.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Proyecto de ley chileno que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN*, N° 11, 2005, 139.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Parricidio: visión histórica del tipo y crítica a la actual doctrina dominante en Chile*, N° 23, 2011, 259.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Posiciones de garante en la dogmática penal: en especial crítica al principio de injerencia a la luz de la teoría de imputación objetiva de Roxin*, N° 25, 2012, 439.

MATURANA POZO, Bernardita Jesús, *Protección penal de la privacidad Artículos 161-A y 161-B del Código Penal*, N° 29, 2014, 567.

- MEDINA JARA, Rodrigo, *De vuelta sobre los límites entre defraudaciones e incumplimientos civiles*, N° 16, 2007, 291.
- MEDINA JARA, Rodrigo, *Dos aspectos del delito de negociación incompatible*, N° 10, 2004, 223.
- NOVOA ALDUNATE, Eduardo, *Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del ius puniendi estatal y la expansión del derecho penal*, N° 15, 2007, 191.
- NOVOA ZEGERS, Juan Pablo, *Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa*, N° 18, 2008, 431.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuricidad*, N° 8, 2003, 309.
- PACHECHO QUEZADA, Jaime, *Distinción jurisprudencial entre autoría y complicidad en el delito de tráfico de drogas*, N° 25, 2012, 457.
- PACHECHO QUEZADA, Jaime, *La Ley de responsabilidad Penal Adolescente como ley penal más favorable a contar de su plena vigencia*, N° 17, 2008, 273.
- PACHECHO QUEZADA, Jaime, *La pluralidad de infracciones en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor en España y Chile*, N° 21, 2010, 493.
- PACHECHO QUEZADA, Jaime, *La víctima en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor. Especial consideración de su derecho de participación y reparación*, N° 23, 2011, 313.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario y TORRES DUFFAU, Marcelo, *Delito permanente, amnistía y prescripción*, N° 11, 2005, 87.
- VERA LAMA, Rodrigo, *Porte de arma de fuego convencional por personal de instituciones armadas fuera del servicio*, N° 29, 2014, 431.

### **3. Derecho Privado**

#### ***Derecho Civil***

- ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Recepción de la imprevisión en el Código Civil chileno*, N° 24, 2011, 239.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido*, N° 8, 2003, 69.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El error de derecho como causal eximente de la responsabilidad extracontractual*, N° 28, 2013, 235.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Integración e intervención administrativa: Autonomía privada y orden público económico*, N° 32, 2015, 81.

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La cláusula de "declaraciones y garantías" en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos*, N° 17, 2008, 243.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La Personalidad Jurídica el poder sancionador de la Administración*, N° 1, 2000, 183.
- ALVARADO MARAMBIO, José Tomás, *Divorcio y concepciones de la naturaleza humana*, N° 9, 2004, 65.
- AMENÁBAR ATRIA, Felipe, *Los derechos del paciente frente a la responsabilidad*, N° 7, 2003, 105.
- ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Innovación, investigación y desarrollo (I+D), y propiedad industrial*, N° 25, 2012, 469.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *La integración e intervención administrativa del contrato: la lucha contra las cláusulas abusivas*, N° 32, 2015, 105.
- BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho*, N° 7, 2003, 293.
- BÉCAR LABRAÑA, Emilio José, *la destrucción y el deterioro culpable de la especie o cuerpo cierto debido como una hipótesis de incumplimiento y la procedencia de la resolución del contrato*, N° 29, 2014, 387.
- BRAVO VALLEJOS, Rodrigo y JUPPET EWING, María Fernanda, *Cuestionamiento de validez del mandato para completar pagarés y letras de cambio en blanco como parte de un contrato de adhesión*, N° 25, 2012, 489.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada*, N° 7, 2003, 339.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y FAHRENKRUG, Conrad, *Régimen jurídico de la propiedad intelectual a través de los tratados de libre comercio suscritos por Chile*, N° 25, 2012, 531.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria (Incidencias de las modificaciones recientes a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución)*, N° 8, 2003, 95.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La imprevisión*, N° 15, 2007, 141.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La ley de venta en verde: las modificaciones introducidas por las leyes 19.932 y 20.007 a la promesa de compraventa de inmuebles que no cuentan con recepción definitiva y a la compraventa de inmuebles hipotecados*, N° 20, 2009, 509.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La modificación unilateral del contrato en el derecho del consumo; la saga: el fallo "Sernac con Cencosud", los Ds. N°s 153, de 19.12.2013 N° 39, de 09.03.2015*, N° 32, 2015, 135.

- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La reforma al derecho de las garantías en Francia: perspectivas para un devenir en Chile*, Separata N° 16, 2007, 53.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los hechos jurídicos*, N° 22, 2010, 457.
- CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos, *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos*, N° 5, 2002, 255.
- CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *Algunos temas de la nueva Ley de Matrimonio Civil*, N° 15, 2007, 125.
- CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *El matrimonio entre personas del mismo sexo*, N° 18, 2008, 205.
- CERECEDA MOLINA, Ástrid, *Las técnicas de reproducción humana asistida y su falta de regulación a causa del anacronismo de la legislación chilena*, N° 29, 2014, 601.
- CRUCHAGA GANDARILLAS, Ángel, *Nueva jurisprudencia en materia de responsabilidad civil*, N° 19, 2009, 43.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *La filiación matrimonial*, N° 7, 2003, 241.
- CUEVAS MANRÍQUEZ, Gustavo, *Responsabilidad civil de los establecimientos de salud*, N° 3, 2001, 169.
- DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, sede Santiago, *El Código Civil y sus principales cambios*, N° 12, 2005, 65.
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla*, Separata N° 16, 2007, 35.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil*, N° 2, 2000, 327.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, N° 15, 2007, 83.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Las reformas al derecho sucesoral de la Ley N° 19.585*, N° 1, 2000, 233.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Presentación del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata N° 16, 2007, 7.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?*, N° 2, 2000, 347.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Seminario internacional "nuevas perspectivas del derecho contractual"*, N° 32, 2015, 55.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *¿Para qué sirve el matrimonio?*, N° 9, 2004, 31.

- GALLI BURRONI, Nicolás, *La marca ¿Un ius prohibendi o un verdadero derecho de dominio? Análisis de las sentencias de empaquetado genérico o plain packaging*, N° 2, 2000, 23.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, *Reforma a los Conservadores de Bienes Raíces*, N° 18, 2008, 333.
- GOÑI GARRIDO, Carlos, *El seguro de responsabilidad civil y su creciente importancia en el nuevo escenario de la responsabilidad*, N° 19, 2009, 25.
- GRIMALDI, Michel, *La reforma del derecho francés del divorcio*, N° 14, 2006, 201.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El contrato y los derechos fundamentales*, N° 32, 2015, 71.
- HECKER PADILLA, Carlos, *El estado de necesidad en el Derecho francés y el Derecho Comparado*, N° 19, 2009, 139.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Algunas consideraciones acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas y de los agentes que las dirigen*, N° 24, 2011, 209.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *¿El orden de los factores altera el producto?: Nuevos riesgos de expropiación en América Latina*, N° 26, 2012, 421.
- LARROUMET, Christian, *El desequilibrio negocial y el debilitamiento del nexo contractual*, N° 32, 2015, 149.
- LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *La prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190*, N° 17, 2008, 403.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *El principio de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano*, Separata N° 16, 2007, 17.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *La cesión del contrato en el derecho colombiano*, N° 13, 2006, 209.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual*, N° 11, 2005, 213.
- MAZEAUD, Denis, *Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción en Francia*, Separata N° 16, 2007, 89.
- MIHOVILOVIC BONARDI, Ariel, *Naturaleza jurídica de los derechos que se tienen respecto de una sepultura*, N° 19, 2009, 535.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo, *Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, N° 10, 2004, 151.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena*, N° 9, 2004, 111.

- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual*, N° 6, 2002, 163.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo, *Consideraciones sobre el efecto social de la innovación científica y algunas de sus consecuencias en la responsabilidad civil*, N° 29, 2014, 449.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo, *El impacto del riesgo derivado de avances científicos y tecnológicos en el derecho de la responsabilidad civil en Francia: evolución y algunas ilustraciones (antenas, conflictos de vecindad, hepatitis, etc.)*, N° 27, 2013, 387.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo, *La fuerza mayor y sus interrogantes conceptuales. Un análisis desde la perspectiva del derecho francés de la responsabilidad civil*, N° 30, 2014, 393.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo, *La pérdida de una chance. Nota desde una perspectiva comparada*, N° 28, 2013, 395.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Obras pías. Capellanías y vinculaciones*, N° 29, 2014, 483.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas*, N° 9, 2004, 371.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Comportamiento Contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?*, N° 10, 2004, 287.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Daños por violencia intrafamiliar*, N° 14, 2006, 215.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una aparente antinomia*, N° 11, 2005, 267.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Tendencias actuales en el Derecho de Contratos, 150 años del Código de Bello*, N° 12, 2005, 99.
- PALACIOS MENA, Patricio, *Alcances sobre la responsabilidad objetiva*, N° 2003, 385.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios, un intento de precisar su fundamento y extensión*, N° 13, 2006, 245.
- PARADA GUZMÁN, César, *La imputabilidad: la objetivación de la responsabilidad, nuevos factores de atribución y ampliación del campo de legitimación activa y pasiva*, N° 2, 2000, 299.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *¿Qué divorcio?*, N° 9, 2004, 25.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La reforma del Código Civil francés en derecho de obligaciones y el Código Civil chileno*, Separata N° 16, 2007, 113.
- PICASSO, Sebastián, *La teoría general del contrato en los proyectos de reforma del Código Civil argentino*, Separata N° 16, 2007, 73.
- PIZARRO WILSON, Carlos, *El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: "El derecho de retracto"*, N° 11, 2005, 255.

- PINOCHET OLAVE, Ruperto, *El valor de las sentencias condenatorias penales del nuevo derecho procesal penal en materia civil*, N° 18, 2008, 299.
- PRADO PUGA, Arturo, *Sobre la responsabilidad civil precontractual*, N° 32, 2015, 167.
- RABAT CELIS, Fernando José, *Procedimiento aplicable a los juicios que versen sobre el cuidado personal de los hijos*, N° 6, 2002, 305.
- RABAT CELIS, Fernando José y MAURIZIANO CONCHA, Francesca, *Algunas reflexiones acerca de la acción de demarcación*, N° 24, 2011, 227.
- RABAT CELIS, Fernando José y MAURIZIANO CONCHA, Francesca, *Teoría de la posesión inscrita*, N° 26, 2012, 357.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 10, 2004, 295.
- RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso de Inauguración del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata N° 16, 2007, 13.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abuso circunstancial y laguna legal*, N° 19, 2009, 79.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *A propósito de la excepción del contrato no cumplido*, N° 10, 2004, 299.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Acerca del artículo 1679 del Código Civil*, N° 12, 2005, 189.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Daño moral: un laberinto jurídico*, N° 25, 2012, 83.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El contrato de tracto sucesivo: una tipología especial*, N° 26, 2012, 169.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Hacia una nueva concepción del contrato (Cinco ideas para su renovación)*, N° 27, 2013, 157.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Hacia un nuevo derecho de familia*, N° 13, 2006, 117.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Innovaciones en materia de Regímenes Patrimoniales*, N° 1, 2000, 193.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Interdependencia de las obligaciones generadas por el contrato*, N° 32, 2015, 155.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999*, N° 7, 2003, 219.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias*, N° 20, 2009, 365.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Matrimonio y divorcio vincular*, N° 9, 2004, 11.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pacta sunt servanda*, N° 18, 2008, 107.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Puede hablarse de un derecho del consumidor? (primera parte)*, N° 29, 2014, 169.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Puede hablarse de un derecho del consumidor? (segunda parte)*, N° 30, 2014, 125.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Puede hablarse de un derecho del consumidor? (tercera parte)*, N° 31, 2015, 57.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema El divorcio vincular)*, N° 9, 2004, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Las nuevas fuentes de responsabilidad civil)*, N° 21, 2010, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Responsabilidad extracontractual del Estado)*, N° 23, 2011, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Responsabilidad profesional del abogado)*, N° 19, 2009, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual colectiva*, N° 21, 2010, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad profesional*, N° 22, 2010, 103.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 9, 2004, 121.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado*, N° 23, 2011, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la responsabilidad profesional*, N° 19, 2009, 9.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Nuevo régimen de adopción*, N° 1, 2000, 283.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Responsabilidad civil individual del médico*, N° 3, 2001, 181.
- ROMÁN CORDERO, Cristián, *Servicio Nacional del Consumidor y mediación colectiva*, N° 30, 2014, 481.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Alcances del legítimo contradicтор en las acciones de filiación*, N° 13, 2006, 137.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado*, N° 5, 2002, 163.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca del Estatuto de la Filiación*, N° 1, 2000, 259.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual*, N° 2, 2000, 277.



- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos efectos prácticos relacionados con la aplicación de la Ley de Matrimonio Civil e instalación de los Tribunales de Familia*, N° 20, 2009, 195.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos principios que informan la teoría de la ley. (Título preliminar del Código Civil)*, N° 30, 2014, 175.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿Es constitucional la norma del inciso 2° del artículo 182 del Código Civil chileno, que impide impugnar la filiación determinada del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida o reclamar una filiación distinta?*, N° 23, 2011, 161.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La naturaleza de las obligaciones de los médicos*, N° 9, 2004, 131.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La simulación y la jurisprudencia*, N° 11, 2005, 53.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevas normas reguladoras de los arrendamientos de predios urbanos*, N° 8, 2003, 171.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevo enfoque de la ineficacia jurídica de derecho privado en el pensamiento del profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 171.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Persona, Familia y Sociedad*, N° 1, 2000, 133.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Principios que rigen el Libro Primero del Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil y los regímenes matrimoniales y el Libro Segundo del Código Civil*, N° 31, 2015, 81.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello?*, N° 10, 2004, 55.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo; RABAT CELIS, Fernando José y WARNIER READI, María Isabel, *Algunos alcances sobre la protección de los datos de carácter personal*, N° 28, 2013, 207.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato de opción*, N° 17, 2008, 351.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato swap*, N° 18, 2008, 413.
- SCHMIDT HOTT, Claudia, *Inconstitucionalidad de la caducidad de la acción impugnatoria de filiación, con especial referencia a la filiación matrimonial en lo que respecta a la presunción simplemente legal de paternidad*, N° 20, 2009, 483.
- SCHMIDT HOTT, Claudia, *Procedencia de la compensación económica en juicio de divorcio por culpa y cese de convivencia por petición unilateral por más de tres años*, N° 24, 2011, 123.
- SILVA ABBOTT, Max, *Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público?*, N° 9, 2004, 83.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier, *El contrato y los derechos fundamentales. La constitucionalización del derecho*, N° 32, 2015, 65.

TAPIA ELORZA, Eduardo, *Las cláusulas abusivas en el derecho del consumo y el crédito al consumo*, N° 4, 2001, 299.

TERNERA BARRIOS, Francisco, *Apuntes sobre la "conurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica*, Separara N° 16, 2007, 65.

THOMAS, Vincent (Trad. de Carlos Hecker Padilla), *La entrada, contrato de acceso al estadio en el derecho francés*, N° 26, 2012, 479.

UGARTE GODOY, José Joaquín, *El matrimonio es por su naturaleza indisoluble*, N° 9, 2004, 37.

VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil*, N° 9, 2004, 197.

VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales*, N° 9, 2004, 321.

VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Algunas reflexiones sobre la compensación económica*, N° 13, 2006, 171.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el Derecho Civil chileno*, N° 13, 2006, 189.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento*, N° 15, 2007, 93.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio de derecho comparado sobre la promesa de matrimonio en las legislaciones alemana, austríaca y suiza*, N° 20, 2009, 445.

VERGARA BEZANILLA, José Pablo, *La mercantilización del daño moral*, N° 2, 2000, 177.

VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconvencción*, N° 6, 2002, 327.

VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado*, N° 19, 2009, 33.

VIAL DEL RÍO, Víctor, *Algunas reflexiones en torno a la excepción de contrato no cumplido*, N° 32, 2015, 57.

### **Derecho Comercial**

AGUAYO ROSSO, Sebastián, *Ley 20.659: La fe pública en entredicho por las nuevas tecnologías*, N° 29, 2014, 633.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección*, N° 16, 2007, 115.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la Sociedad Anónima*, N° 2, 2000, 233.

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado*, N° 14, 2006, 117.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los grupos empresariales*, N° 6, 2002, 203.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima*, N° 5, 2002, 243.
- CARREÑO NIGRO, Héctor, *La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile*, N° 3, 2001, 243.
- CARREÑO NIGRO, Héctor, *Responsabilidad de los Administradores en una Sociedad Colectiva*, N° 2, 2000, 253.
- CASTRO GONZÁLEZ, Fernando, *Adecuación de la legislación marcaría chilena a tratados internacionales*, N° 2, 2000, 81.
- EYZAGUIRRE COURT, Cristián y VALENZUELA NIETO, Ignacio, *Las operaciones con partes relacionadas en las sociedades anónimas abiertas*, N° 31, 2015, 267.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Sergio, *Empresas individuales de responsabilidad limitada, Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003*, N° 8, 2003, 113.
- GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, *Importancia de la contabilidad y el análisis financiero de una sociedad anónima*, N° 20, 2009, 741.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado*, N° 7, 2003, 129.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *Las preferencias*, N° 16, 2007, 299.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *Soluciones concursales para crisis financieras de las empresas*, N° 19, 2009, 263.
- GUTIÉRREZ IRARRÁZAVAL, Juan Francisco y SANTANA HERNÁNDEZ, Nicolás, *Notas sobre la responsabilidad civil de los directores de Sociedades anónimas*, N° 25, 2012, 283.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Contrato de agencia comercial*, N° 27, 2013, 357.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *El mandato y responsabilidad del gerente general en las sociedades anónimas*, N° 23, 2011, 355.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Ley de sociedades y cooperativas de garantía recíproca*, N° 17, 2008, 371.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Liquidación de una sociedad mercantil*, N° 30, 2014, 519.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Reflexiones sobre la regulación y autorregulación en la empresa*, N° 31, 2015, 157.

- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La involución del procedimiento de calificación de quiebra*, N° 9, 2004, 225.
- OROZCO ARGOTE, Iris del Rocío, *Las denominaciones de origen en México*, N° 17, 2008, 385.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho*, N° 7, 2003, 325.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónimas*, N° 12, 2005, 145.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, propósito del denominado Caso Cascadas*, N° 32, 2015, 207.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Nuevos deberes informativos y precisiones en torno al concepto de información privilegiada en el contexto de la ley que perfecciona el gobierno corporativo en empresas privadas*, N° 22, 2010, 181.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Regulación versus autorregulación. Un dilema crítico a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink*, N° 8, 2003, 249.
- PUGA VIAL, Juan Esteban, *Comentarios sobre la nueva ley concursal sobre reorganizaciones y liquidaciones*, N° 27, 2013, 377.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Gabriel, *Ley 19.983 regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura*, N° 12, 2005, 123.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario y ROJAS SEPÚLVEDA, Eduardo, *Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas*, N° 5, 2002, 275.
- SAHLI CRUZ, Juan Carlos, *La empresa individual de responsabilidad limitada*, N° 8, 2003, 123.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Comentarios a la Ley N° 19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, N° 8, 2003, 143.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Marcas comerciales y nombres de dominio*, N° 9, 2004, 235.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *Comentarios relativos al proyecto de ley que establece un régimen simplificado para la constitución y modificación de sociedades comerciales*, N° 24, 2011, 387.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *Las sociedades por acciones SpA*, N° 21, 2010, 515.
- UBILLA GRANDI, Luis, *El registro de accionistas. (En especial en las sociedades anónimas cerradas)*, N° 28, 2013, 383.

VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *La administración de la Sociedad por Acciones, o de cómo ha sido reivindicada la libertad contractual en la tipología societaria chilena*, N° 23, 2011, 139.

### **Derecho Minero**

#### **Derecho de Aguas**

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de aguas subterráneas en Chile*, N° 18, 2008, 259.

MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo, *El sistema jurídico chileno de organización de los usuarios de aguas*, N° 3, 2001, 285.

MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas*, N° 11, 2005, 231.

### **Derecho urbano**

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Las cesiones gratuitas de terrenos en la normativa urbanística chilena*, N° 4, 2001, 393.

### **Derecho Aeronáutico**

CEA CIENFUEGOS, Sergio y MORALES CONTARDO, Patricio, *Algunas consideraciones sobre la autonomía del Derecho Aeronáutico*, N° 29, 2014, 305.

### **Derecho Informático**

MUSSO GUERRERO, FERNANDO, *La Publicidad Comercial sobre soporte digital. Internet y otras tecnologías como plataformas de la Publicidad Comercial*, N° 29, 2014, 649.

PAIVA HANTKE, Gabriela, *Propiedad intelectual, marcas y conflictos sobre nombres de dominio en Internet*, N° 2, 2000, 265.

SÁNCHEZ ANDRADE, ANDRÉS, *La responsabilidad en los contratos de compraventa internacionales celebrados por Internet*, N° 7, 2003, 201.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Contrato de outsourcing informático*, N° 10, 2004, 175.

WARNIER READI, Isabel, *Documento electrónico, firma electrónica y formación del consentimiento por medios tecnológicos*, N° 29, 2014, 613.

### **Derecho Internacional Privado**

CORNELOUP, Sabine, *Lo no mercantil en el derecho internacional privado*, N° 24, 2011, 325.

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena*, N° 9, 2004, 111.

## 4. Derecho Procesal

### *Derecho Procesal Orgánico*

- BATES HIDALGO, Luis, *Reflexiones sobre la justicia*, N° 14, 2006, 43.
- CARROZA ESPINOZA, Mario, *En búsqueda del consenso*, N° 15, 2007, 19.
- DÁVILA DÍAZ, Roberto, *Bases del ejercicio de la Jurisdicción*, N° 1, 2000, 99.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Corte Suprema y gobierno judicial, un programa de reformas*, N° 20, 2009, 81.
- GARCÍA ODGERS, Ramón, *Reformas judiciales. Algunas claves para su entendimiento*, N° 17, 2008, 75.
- MUÑOZ, JUAN ÁNGEL, *Modernización y cambio en el poder judicial*, N° 15, 2007, 21.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Jurisprudencia, ¿sirve para algo?*, N° 21, 2010, 403.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La ajenidad del juez*, N° 19, 2009, 397.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Mejorar la justicia?*, N° 12, 2005, 25.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Tras la paletada, nadie dijo nada... (art. 5° inc. 1° COT)*, N° 7, 2003, 317.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis de la Justicia?*, N° 12, 2005, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Dependencia estructural*, N° 17, 2008, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Diez reformas a la administración de justicia*, N° 24, 2011, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Hacia el gobierno de los jueces?*, N° 14, 2006, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Crisis de la Justicia)*, N° 12, 2005, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Debilidades estructurales del Poder Judicial)*, N° 17, 2008, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Grandes reformas pendientes en la Administración de Justicia)*, N° 24, 2011, 3.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Modernización o estancamiento del Poder Judicial)*, N° 14, 2006, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Pugna Generacional)*, N° 15, 2007, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pugna Generacional*, N° 15, 2007, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma al sistema de integración de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema*, N° 20, 2009, 71.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio y OTTONE LAPOSTOL, Carla, *Revisitando el debate sobre los abogados integrantes y la independencia del Poder Judicial*, N° 27, 2013, 199.

### **Derecho Procesal Civil**

ALVEAR TÉLLEZ, Julio y COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Observaciones constitucionales al proyecto de nuevo Código Procesal Civil*, N° 27, 2013, 29.

ARAB NESSRALLAH, Julio, *Proposiciones de reforma al juicio ejecutivo*, N° 5, 2002, 91.

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Algunos aspectos procesales de la reforma introducida por la Ley 19.866, que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos*, N° 8, 2003, 195.

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Perspectiva general del recurso extraordinario en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil*, N° 21, 2010, 413.

DELGADO CASTRO, Jordi, *El certiorari: Un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema*, N° 22, 2010, 361.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil*, N° 28, 2013, 11.

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, *La sana crítica y la fundamentación de las sentencias*, N° 31, 2015, 99.

KOKISCH MOURGUES, Domingo, *El proceso monitorio*, N° 5, 2002, 79.

LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *Nulidad sustantiva en el procedimiento arbitral*, N° 20, 2009, 541.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo*, N° 17, 2008, 29.

OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Arqueología procesal*, N° 31, 2015, 213.

OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia*, N° 13, 2006, 233.

OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Máximas de experiencia*, N° 10, 2004, 167.

OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Nuevo procedimiento para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores*, N° 27, 2013, 317.

OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Otra innovación en la protección de los derechos de los consumidores (SERNAC FINANCIERO)*, N° 26, 2012, 323.

- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Popurrí procesal*, N° 5, 2002, 99.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Procedimiento electrónico?*, N° 25, 2012, 359.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Protección de datos de carácter personal*, N° 23, 2011, 375.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Proyecto de Código Procesal Civil, Prolegómeno*, N° 27, 2013, 101.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El procedimiento monitorio civil*, N° 17, 2008, 49.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Un desastre procesal (Documento electrónico Arts. 342 N° 6 – 348 bis C.P.C.)*, N° 18, 2008, 239.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor y ROBLES MONTECINOS, Camila, *La exceptio pluris consortium*, N° 30, 2014, 497.
- ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil*, N° 5, 2002, 47.
- OTERO LATHROP, Miguel, *Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia*, N° 14, 2006, 25.
- PECCHI CROCE, Carlos y MATURANA MIQUEL, Cristian, *Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil*, N° 5, 2002, 25.
- RABAT CELIS, Fernando José, *Procedencia del abandono del procedimiento en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión?*, N° 5, 2002, 109.
- RAMÍREZ HERRERA, Rodrigo, *La distribución de la carga de la prueba en los procesos civiles sobre marca comunitaria en España, notas contextuales*, N° 21, 2010, 451.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *La reforma procesal civil en materia probatoria*, N° 21, 2010, 407.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abolición del recurso de casación*, N° 29, 2014, 15.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil)*, N° 28, 2013, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Aspectos constitucionales del proyecto de reforma procesal civil)*, N° 27, 2013, 3.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil*, N° 5, 2002, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil, errores e inviabilidad*, N° 27, 2013, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Una reforma necesaria (presentación del tema: Reforma procesal civil)*, N° 5, 2002, 7.



- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Claves de la Reforma Procesal Civil*, N° 20, 2009, 143.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil*, N° 22, 2010, 315.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *En defensa de la casación*, N° 29, 2014, 25.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La nulidad formal de la sentencia civil, estudio en homenaje a la memoria de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 41.
- ROMERO SEGUÉL, Alejandro, *El concepto de parte y de interviniente en la reforma al proceso civil chileno*, N° 20, 2009, 163.
- ROMERO SEGUÉL, Alejandro, *La Corte Suprema y la reforma procesal civil*, N° 27, 2013, 63.
- ROMERO SEGUÉL, Alejandro, *Reforma Procesal Civil y los trasplantes jurídicos*, N° 29, 2014, 55.
- SILVA PRADO, José Pedro, *Aspectos fundamentales del proyecto de Código Procesal Civil*, N° 27, 2013, 105.
- SILVA PRADO, José Pedro, *Recurso extraordinario y precedente*, N° 29, 2014, 43.
- TAPIA WITTING, Enrique, *Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación*, N° 5, 2002, 53.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *El principio de facilidad de la prueba en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil para Chile: una propuesta de conciliación*, N° 27, 2013, 137.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La eliminación de la casación civil: marchando contra los tiempos. (Una propuesta de conciliación)*, N° 29, 2014, 83.
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez*, N° 5, 2002, 349.
- VERGES, Etienne, *El derecho francés de la prueba civil: una carga compartida entre las partes y el juez*, N° 27, 2013, 81.

### **Derecho Procesal Penal**

- CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Consideraciones generales de la justicia militar en Chile*, N° 3, 2001, 225.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Reforma a la justicia militar de Chile*, N° 19, 2009, 403.
- FIGELIST VENTURELLI, Boris, *Importancia de las técnicas de negociación en el nuevo proceso penal*, N° 17, 2008, 59.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Limitaciones a la facultad de exclusión de prueba del juez de garantía: una reforma necesaria al Código Procesal Penal*, N° 27, 2013, 299.

- MANASEVICH LÓPEZ, Cristián, *Artículo 258 del Código Procesal Penal. Una enmienda que se hace necesaria*, N° 25, 2012, 451.
- MARITANO VÁSQUEZ, Miguel, *Inaplicabilidad de la ley penal adolescente en tribunales militares*, N° 18, 2008, 473.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El proceso penal oral y el debido proceso*, N° 3, 2001, 69.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre Reforma Procesal Penal*, N° 2, 2000, 131.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ley de responsabilidad penal juvenil*, N° 15, 2007, 181.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Privaciones y restricciones de libertad*, N° 11, 2005, 245.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Son necesarias las reformas procesales?*, N° 6, 2002, 295.
- PECCHI CROCE, Carlos, *El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal*, N° 11, 2005, 119.
- PECCHI CROCE, Carlos y ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal*, N° 7, 2003, 47.
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La Reforma Procesal Penal: historia, estado actual y temas pendientes*, N° 2, 2000, 401.
- POBLETE ITURRATE, Orlando, *Consideraciones en torno a la vigencia del Código Procesal Penal*, N° 7, 2003, 61.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema, la reforma procesal penal)*, N° 7, 2003, 7.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Algunas de las claves del nuevo proceso penal*, N° 7, 2003, 13.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Desigualdad de trato jurídico en la reforma procesal penal*, N° 12, 2005, 47.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El poder de acusar y la preparación del juicio oral*, N° 9, 2004, 207.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal*, N° 6, 2002, 265.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal*, N° 6, 2002, 227.
- SALAS VIVALDI, Julio, *La nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal*, N° 10, 2004, 133.
- SANTELICES RÍOS, Víctor, *Tratamiento de la evidencia contenida en soportes informáticos como prueba en el proceso penal*, N° 29, 2014, 539.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La incompatibilidad de causales en el recurso de nulidad y otras características de sus motivos de procedencia: importancia de la lógica en la fundamentación de los recursos*, N° 19, 2009, 127.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Retrospectiva y perspectivas de la reforma procesal penal*, N° 20, 2009, 127.

VERA LAMA, Rodrigo, *Investigación criminalística militar*, N° 30, 2014, 373.

### **5. Derecho Económico y Tributario**

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Incentivos a la innovación tecnológica: la Ley 20.241*, N° 23, 2011, 453.

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Lecciones para el sistema de garantías en Chile: El modelo argentino*, N° 22, 2010, 307.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La seguridad jurídica en mercados regulados. Un modelo de aproximación básica*, N° 21, 2010, 317.

ASTE MEJÍAS, Christian, *Resumen ejecutivo Bachelet-Arenas*, N° 30, 2014, 11.

BERNSTEIN PORCILE, Benjamín, *Principio de legalidad y vigencia de las modificaciones legales al DFL N° 2 introducidas por la ley 20.455*, N° 23, 2011, 345.

BLANCHE REYES, Cristián, *Diez años de reformas tributarias*, N° 20, 2009, 237.

BLANCHE REYES, Cristián, *Dos temas tributarios: la crisis del sistema procesal tributario y la derogación del artículo 57 bis*, N° 13, 2006, 267.

BLANCHE REYES, Cristián, *El recurso de casación en materia tributaria*, N° 21, 2010, 375.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Aplicación extraterritorial de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos*, N° 12, 2005, 161.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Hacia el libre comercio con Estados Unidos: el caso de las exportaciones de cobre*, N° 3, 2001, 207.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y CARVAJAL, Francisco, *El tratado de Libre Comercio Chile-Corea*, N° 10, 2005, 155.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y GUTIÉRREZ, Daniela, *Energía nuclear en Chile: elementos para el debate*, N° 17, 2008, 453.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y SILVA BESA, Eduardo, *El ascenso económico de China y sus actuales desafíos*, N° 9, 2004, 355.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y SILVA BESA, Eduardo, *El ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio*, N° 10, 2004, 267.

- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y MORAGA, Pamela, *Innovación científica y tecnológica: rol del derecho, del Estado y del sector privado*, N° 15, 2007, 219.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Principio de legalidad tributaria y gravámenes al comercio exterior chileno*, N° 10, 2004, 209.
- CRUZ FABRES, Rafael, *Derecho y libre competencia en los mercados ampliados*, N° 1, 2000, 89.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Mitos de la jurisprudencia tributaria*, N° 2, 2000, 189.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones*, N° 8, 2003, 241.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Ley N° 20.322: avances y desafíos respecto de la inspección y sanción de infracciones administrativas en materia tributaria*, N° 26, 2012, 259.
- FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, *Los organismos de la defensa de la competencia*, N° 5, 2002, 187.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio, *El Estado de Derecho y la Justicia Tributaria*, N° 5, 2002, 123.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Sociedades de inversiones y patente municipal*, N° 20, 2009, 801.
- GÁRATE GONZÁLEZ, Cristián Andrés, *Política fiscal internacional: errores no forzados de la administración fiscal*, N° 31, 2015, 339.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Análisis de la Ley N° 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento de mérito ejecutivo a la copia de una factura*, N° 13, 2006, 275.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *¿Es aplicable el impuesto al lujo?*, N° 9, 2004, 349.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Estudio jurisprudencial del Tribunal Tributario*, N° 5, 2002, 143.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La infracción tributaria*, N° 2, 2000, 211.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La titularidad de la acción penal tributaria*, N° 9, 2004.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Proyecto de ley de tribunales tributarios*, N° 14, 2006, 285.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime y ÁLVAREZ MAYA, Carolina, *Análisis de algunos aspectos de una rabiosa reforma stalinista: la cláusula general antielusiva y la sanción que propone el artículo 100 bis del Código Tributario*, N° 30, 2014, 49.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?*, N° 11, 2005, 175.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *Tratamiento tributario de la compensación económica*, N° 17, 2008, 257.

- GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile*, N° 21, 2010, 255.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio*, N° 22, 2010, 263.
- GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *La compensación en el derecho tributario chileno. Alcances generales*, N° 31, 2015, 181.
- GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *La inadmisibilidad probatoria en el procedimiento general de reclamaciones. Algunos alcances de la jurisprudencia emanada de los Tribunales Tributarios y Aduaneros*, N° 29, 2014, 255.
- GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *Notas sobre el procedimiento para declarar la existencia de abuso o simulación en el Proyecto de Reforma Tributaria (boletín 9290-05)*, N° 30, 2014, 79.
- GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *Notas sobre la recaudación del impuesto territorial*, N° 28, 2013, 443.
- GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *Reflexiones en torno a la potestad de la administración tributaria para la calificación de hechos, actos o negocios jurídicos. El nuevo artículo 4° bis del Código Tributario*, N° 32, 2015, 227.
- HECKER PADILLA, Carlos, *La no discriminación en el derecho de las inversiones internacionales*, N° 26, 2012, 125.
- HECKER PADILLA, Carlos, *El poder de los Estados soberanos y el derecho de las inversiones internacionales*, N° 29, 2014, 209.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Capital de riesgo: el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones*, N° 16, 2007, 391.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Colisión de bienes jurídicos protegidos entre el derecho de propiedad intelectual e industrial y la libre competencia en los mercados*, N° 21, 2010, 325.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Competencia desleal. ¿Cuándo optar entre aplicar el derecho de la libre competencia y la Ley N° 20.169?*, N° 28, 2013, 315.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *La función social del mercado de valores*, N° 13, 2006, 393.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Los ilícitos de carácter plurilateral en materia de libre competencia*, N° 20, 2009, 759.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Personas jurídicas: instrumentos de cooperación entre pequeñas y medianas empresas*, N° 19, 2009, 513.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Una aproximación a la buena fe en el mercado como base fundamental del derecho corporativo*, N° 22, 2010, 215.

- MORALES GODOY, Misael, *La responsabilidad ante el Código Tributario*, N° 7, 2003, 173.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *Efectos tributarios de la subcontratación y del suministro de trabajadores*, N° 18, 2008, 539.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, N° 16, 2007, 247.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, N° 17, 2008, 315.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Una década de avances en la regulación legal de la actividad económica, especialmente en su vertiente financiera. Los desafíos pendientes*, N° 20, 2009, 297.
- REYES GARCÍA-HUIDOBRO, Juan Pablo, *Espacio costero marino de pueblos originarios y la suspensión de las concesiones marítimas*, N° 26, 2012, 437.
- RIQUELME GONZÁLEZ, José A., *La actual reforma tributaria es perjudicial para la juventud*, N° 30, 2014, 109.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Reforma Tributaria: Luces y sombras)*, N° 30, 2014, 3.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de los delitos e infracciones a la legislación tributaria*, N° 8, 2003, 227.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Reforma a la justicia tributaria*, N° 5, 2002, 129.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Plazos de prescripción en materia tributaria*, N° 18, 2008, 499.
- VILLABLANCA CERDA, Lusitania, *Derecho y regulación en Francia. Derecho de la regulación*, N° 22, 2010, 237.
- VILLABLANCA CERDA, Lusitania, *Organización del regulador de los mercados financieros. Derecho Comparado*, N° 24, 2011, 297.

## **6. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

### ***Derecho del Trabajo General***

- ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo C., *Problemática laboral en la empresa actual, aplicada a la empresa de servicios transitorios*, N° 23, 2011, 423.
- CATALDO MUÑOZ, Hugo y FLORES JOPIA, Eduardo, *Breve reflexión en torno al caso fortuito o fuerza mayor en el derecho del trabajo*, N° 26, 2012, 399.

CORTÁZAR SANZ, René, *Rol del Estado como garante de los derechos fundamentales del hombre en el trabajo*, N° 4, 2001, 271.

FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl Audito y Contador Abraham, Pedro, *Principios del derecho administrativo sancionador en la normativa sobre prevención de riesgos laborales*, N° 31, 2015, 311.

FUENZALIDA REYES, Eugenia Paz, *La jurisprudencia de los tribunales laborales en materia de discriminación en Chile: perspectivas y alcances*, N° 26, 2012, 97.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El derecho internacional del trabajo y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica*, N° 13, 2006, 315.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *La mujer en el trabajo y la familia: roles en conflicto*, N° 24, 2011, 49.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho laboral y de la seguridad social en Chile*, N° 2, 2000, 103.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Tutela laboral y transformaciones en el mercado del trabajo*, N° 1, 2000, 177.

HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *Tendencias legislativas en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Chile, decenio 1999-2009*, N° 20, 2009, 215.

THAYER ARTEAGA, William, *Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena*, N° 4, 2001, 261.

### ***Derecho del Trabajo Individual***

BARRIOS BAUDOR, Guillermo L., *Un nuevo concepto de trabajador autónomo: el "económicamente dependiente"*, N° 24, 2011, 273.

BERNALES ERRÁZURIZ, Daniel, *Informe sobre ley que modifica duración de descanso postnatal*, N° 25, 2012, 369.

ESPINA LAUSEN, María Ignacia, *La tecnología – posibles medios de vulneración de derechos fundamentales*, N° 29, 2014, 667.

FÁBREGA VEGA, Hugo y YÁNEZ TERÁN, Dora, *Breve análisis crítico sobre la ley de igualdad en las remuneraciones*, N° 20, 2009, 697.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Sobre la actual "semana corrida" en Chile*, N° 19, 2009, 493.

FRAGA YOLI, Andrea, *El mobbing y su regulación en el derecho laboral chileno*, N° 16, 2007, 407.

FRAGA YOLI, Andrea, *Los límites de la subcontratación en la jurisprudencia*, N° 18, 2008, 555.

FRAGA YOLI, Andrea, *Procedencia de la indemnización por daño moral con motivo del término del contrato de trabajo*, N° 20, 2009, 713.

FRAGA YOLI, Andrea, *Situación actual del mobbing en Chile: Regulación legal y jurisprudencial*, N° 30, 2014, 443.

FRAGA YOLI, Andrea, *Una mirada crítica a la regulación legal del acoso laboral en Chile*, N° 19, 2009, 479.

GUIDI MOGGIA, Caterina, *Proyecto de Ley sobre "Uso de medios informáticos en el trabajo". Análisis crítico*, N° 19, 2009, 459.

HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel y ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, *La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España*, N° 10, 2004, 229.

NAVARRETE PEÑA, Felipe, *Comentario al Mensaje Presidencia que "formula indicaciones al proyecto de ley sobre modificación del concepto de empresa"*, N° 30, 2014, 473.

SERÓN MÖLLER, Natalia, *Implementación del permiso postnatal parental: ¿una solución?*, N° 25, 2012, 385.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Despido abusivo y daño moral*, N° 8, 2003, 293.

### ***Derecho Colectivo del Trabajo***

DÍAZ MUÑOZ, Ana María, *Nueva institucionalidad sindical (Modificaciones introducidas por la ley N° 19.759)*, N° 5, 2002, 211.

GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *La responsabilidad del empleador por despido antisindical de trabajadores sin fuero*, N° 7, 2003, 147.

GONZÁLEZ ZÚÑIGA, Juan, *Reforma laboral; Ley N° 19.759, libro de don Héctor Humeres Nogueira, discurso de presentación*, N° 5, 2002, 333.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Principales alcances de la nueva ley laboral, Ley N° 19.759 (D.O. 05.10.2001)*, N° 5, 2002, 203.

POBLETE JIMÉNEZ, Carlos y PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La empresa frente a las pretensiones colectivas de trabajadores ajenos*, N° 20, 2009, 675.

### ***Derecho Procesal Laboral:***

AUBERT, Gabriel, *La jurisdicción del trabajo: la experiencia de Ginebra*, N° 14, 2006, 67.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Presentación (del tema la Reforma Procesal Laboral)*, N° 14, 2006, 65.



HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *La intervención de la Corte Suprema en la nueva justicia del trabajo: el recurso de unificación de jurisprudencia*, N° 21, 2010, 345.

HUMERES NOGUER, HÉCTOR, *La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo (Referencia a las Leyes N° 20.022, 20.023 y 20.087)*, N° 14, 2006, 73.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Apelación laboral*, N° 14, 2006, 91.

ROMÁN DÍAZ, Fernando, *El nuevo recurso de unificación de jurisprudencia en la reforma al proceso laboral (un extraño recurso de nulidad con nombre de fantasía)*, N° 18, 2008, 535.

SALDÍAS CÁRCAMO, Camila Odette, *Recurso de unificación de jurisprudencia desde el análisis comparado*, N° 27, 2013, 437.

THAYER ARTEAGA, William, *El Nuevo procedimiento laboral, Proyecto antiguo y ley precipitada*, N° 18, 2008, 519.

### **Seguridad Social**

MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa, *El sistema español de responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo. El empresario como principal sujeto responsable*, N° 19, 2009, 209.

ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Cobertura adicional para enfermedades catastróficas (CAEC)*, N° 20, 2009, 729.

## **B. Vida académica**

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2010*, N° 22, 2010, 543.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2010*, N° 23, 2011, 561.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2011*, N° 24, 2011, 439.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2011*, N° 25, 2012, 649.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2012*, N° 26, 2012, 617.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2012*, N° 27, 2013, 537.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2013*, N° 28, 2013, 607.

- ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2013*, N° 29, 2014, 741.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 2, 2000, 387.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 3, 2001, 347.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 455.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer (SIC)<sup>1</sup> Semestre 2001*, N° 5, 2002, 337.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 359.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 459.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 339.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 397.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 359.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 331.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 241.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 435.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2005<sup>2</sup>*, N° 14, 2006, 307.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 341.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2009*, N° 20, 2009, 857.

<sup>1</sup> Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.

<sup>2</sup> Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2009*, N° 21, 2010, 567.
- CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, N° 3, 2001, 337.
- CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 393.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Vida estudiantil en la Facultad*, N° 1, 2000, 317.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho*, N° 7, 2003, 77.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 351.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 325.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 231.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 419.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2006*, N° 14, 2006, 301.
- GARCÍA ASPILLAGA, Pedro, *Sobre la judicialización de la medicina*, N° 9, 2004, 389.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 337.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Participación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en la XLI Conferencia de la FIA (Federación Interamericana de Abogados). Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI*, N° 13, 2006, 425.
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2007*, N° 16, 2007, 509.
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2007*, N° 17, 2008, 537.
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2008*, N° 18, 2008, 629.
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2008*, N° 19, 2009, 791.

- RIOSECO ENRÍQUEZ, Gabriel, *Inauguración del año académico, Facultad de Derecho, (Sede Concepción), N° 23, 2011, 575.*
- RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso año académico 2000 (Sede Concepción), N° 2, 2000, 395.*
- RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso de Inauguración del Año Académico 2015, Sede Concepción, N° 32, 2015, 379.*
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2004, Facultad de Derecho, N° 10, 2004, 355.*
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2005, Facultad de Derecho, N° 12, 2005, 237.*
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2007, Facultad de Derecho, N° 16, 2007, 504.*
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2008, Facultad de Derecho, N° 18, 2008, 626.*
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Inauguración Año Académico 2015, Sede Santiago, N° 32, 2015, 373.*
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso del Decano de la Facultad en el acto de graduación de los nuevos licenciados, N° 19, 2009, 787.*
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso Inaugural del año académico 2002, N° 6, 2002, 334.*
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del Tercer Congreso Nacional de Ayudantes de Derecho), N° 29, 2014, 491.*
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2007, N° 16, 2007, 497.*
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2007, N° 17, 2008, 529.*
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2008, N° 18, 2008, 619.*
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2008, N° 19, 2009, 779.*
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2009, N° 20, 2009, 847.*
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2009, N° 21, 2010, 559.*
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2010, N° 22, 2010, 535.*

- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2010*, N° 23, 2011, 551.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2011*, N° 24, 2011, 427.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2011*, N° 25, 2012, 633.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2012*, N° 26, 2012, 591.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2012*, N° 27, 2013, 515.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2013*, N° 28, 2013, 593.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2013*, N° 29, 2014, 719.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 441.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2001*, N° 5, 2002, 325.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 333.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 455.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 333.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, N° 2, 2000, 371.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del Jurista*, N° 1, 2000, 307.

### **C. Análisis jurisprudencial**

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Estado actual de la jurisprudencia en materia de cortes generalizados de suministro eléctrico: una visión crítica*, N° 12, 2005, 197.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *A propósito de la sentencia de la Corte de Estrasburgo sobre el crucifijo: ¿Libertad religiosa contra la religión? Un análisis crítico*, N° 21, 2010, 535.

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Comentario de Jurisprudencia Constitucional: un esclarecedor pronunciamiento sobre la intimidad*, Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 2 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 409.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los 19 comerciantes, Excepción Preliminar*, 12 de junio de 2002, N° 7, 2003, 467.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos ante el apremio legítimo y el debido proceso, notas a la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable el art. 169 del Código Sanitario*, rol N° 1518-09 de 21 de octubre de 2010, N° 23, 2011, 531.
- ARAYA FUENTES, Álvaro y PACHECO QUEZADA, Jaime, *Tribunal Oral Penal Chillán, La autoría en comisión por omisión. La injerencia como fuente del deber de garantía*, Rol N° 179-2011, 24 de agosto de 2011, N° 25, 2012, 583.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los derechos adquiridos de nuevo en entredicho: ¿Limitación o expropiación parcial?*, Tribunal Constitucional, rol N° 505-06, 6 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 423.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Prescripción de sanciones administrativas: un pronunciamiento relevante (a propósito del Dictamen 28.226 de 2007 de la Contraloría General de la República)*, Contraloría, dictamen 28.226, 11 de junio de 2007, N° 17, 2008, 467.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Corte Suprema, embalse Pitama: jurisprudencia de daño ambiental*, rol N° 396-2009, N° 24, 2011, 405.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Corte Suprema, Facultades de la Dirección General de Aguas en la aprobación de obras en cauces naturales: comentario a sentencias de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago*, 28 de mayo de 2007, N° 17, 2008, 497.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Puerto y Central Castilla: comentarios a la sentencia de la Corte Suprema*, 28 de agosto de 2012, N° 27, 2013, 477.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila y LEIVA SALAZAR, Felipe, *Corte Suprema, Caso Central Termoelectrica Castilla: análisis de jurisprudencia y algunas reflexiones*, rol N° 7167-2010 de 15 de noviembre de 2010, N° 23, 2011, 513.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Tribunal Constitucional, Del Catastro público de Aguas: A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional*, rol N° 1578-2009 de 02 de junio de 2011, N° 25, 2012, 557.
- CORTE SUPREMA, *Fisco de Chile con Sociedad Fabril y Maderera de la Patagonia*, 29 de junio de 2000, N° 2, 2000, 415.
- CORTE SUPREMA, *Rivas con Castillo*, 24 de mayo de 2000, N° 2, 2000, 419.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Tribunal Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 38 ter de la ley N° 18.933 (¿La formulación de un*

*derecho a la salud que se asemeja a garantizar el punto de llegada antes que el de partida?), rol N° 1710/2010, N° 23, 2011, 463.*

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Desprotección constitucional frente a los derechos municipales*, Fallo del Tribunal Constitucional, rol N° 1034-08, de 7 de octubre de 2008, N° 19, 2009, 757.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal*, Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 681-2006, de 26 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 435.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *De la ejecución de oficio de los actos administrativos desfavorables. Comentario de la sentencia rol N° 2996-2012 de la Corte Suprema*, N° 27, 2013, 491.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Alcances jurisprudenciales de la semana corrida y pertinencia de la doble instancia en los juicios por reclamación de una multa administrativa, Corte de Apelaciones de Chillán*, Rol 39-2009, 6 de mayo de 2009, N° 20, 2009, 837.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Asignaciones de colación y movilización. Unificación Jurisprudencial en materia laboral, Corte Suprema*, 21 de abril de 2010, N° 22, 2010, 527.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Comentario de Jurisprudencia acerca del efecto declarativo de una sentencia en materia laboral, Corte Suprema*, 28 de septiembre de 2006, N° 15, 2007, 325.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *La cosa juzgada en materia procesal laboral, Corte Suprema, Casación*, Rol 3862-2006, 11 de septiembre de 2007, N° 17, 2008, 517.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *La otra mirada de la ley. Comentario sobre sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable en gestión pendiente el artículo 26 bis del Código del Trabajo, Tribunal Constitucional*, Rol 1852-10-INA, 26 de julio de 2011, N° 26, 2012, 559.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Comentario de jurisprudencia relacionado a la prescripción de la acción del Fisco (Servicio de Impuestos Internos) para el caso de aplicación de sanciones pecuniarias por presunto delito tributario, Corte Suprema*, 9 de mayo de 2006, N° 15, 2007, 297.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Compañía Pesquera San Pedro con Servicio de Impuestos Internos*, 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 299.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, La extraviada juridicidad en materia tributaria*, 02 de enero de 2003 (sic), N° 26, 2012, 539.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Una sentencia que acoge un recurso por ultrapetita que jurídicamente es indiscutible y además... justa*, 02 de agosto de 2011, N° 25, 2012, 571.

- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Una errada sentencia en materia de delito tributario*, N° 32, 2015, 317.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime y UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de la acción tributaria en el caso de sentencias dictadas por los "jueces delegados"*, Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de enero de 2003, N° 20, 2009, 823.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Concepto de obligaciones laborales y previsionales según la jurisprudencia: límites a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, "De Miguel Alarcón con Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada y Codelco Chile, División Radomiro Tomic"*, 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 307.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Espinoza Cortés y otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda.*, 13 de agosto de 2001, N° 6, 2002, 319.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Retamal Parra con N.P.H. inversiones*, 22 de enero de 2001, N° 4, 2001, 405.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Requisitos de procesabilidad de la empresa mandante o dueña de la obra en la subcontratación laboral*, 25 de septiembre de 2010, N° 23, 2011, 491.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Doctrina judicial en torno a la prescripción de derechos y acciones laborales: una unificación necesaria*, N° 19, 2009, 683.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los seis fallos de mayo: ¿un antes y un después?*, N° 18, 2008, 567.
- HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *Corte Suprema Adrian con Comditex Ltda., Servitex Ltda. y Bordatex Ltda.*, 13 de agosto de 2003, N° 9, 2004, 403.
- IRRIBARRA SOBARZO, Eduardo, *Análisis sobre el fallo tributario de Coca-Cola Embonor contra el Servicio de Impuestos Internos, Tribunal Tributario y Aduanero*, N° 30, 2014, 559.
- ISLER SOTO, Erika Marlene, *La acción por interés general derivada de la Ley 19.496, Corte de Apelaciones Santiago, Sernac con CMR Falabella*, 02 de octubre de 2013, N° 30, 2014, 545.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Colusión: Un análisis jurisprudencial (primera parte)*, N° 32, 2015, 283.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos*, N° 18, 2008, 593.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Sobre el resarcimiento del daño patrimonial a consecuencia de un delito: fallo de la Corte Suprema causa rol N° 9.573-2014 (Contra Aaron Vásquez y su padre, por el asesinato de Alejandro Inostroza)*, N° 32, 2015, 345.



- MUJICA ESCOBAR, Francisco Javier, *La protección de los consumidores no excluye la aplicación estricta de las reglas del Código Civil*, Corte de Apelaciones de Santiago, de 13 de enero de 2015, N° 32, 2015, 337.
- MUJICA ESCOBAR, Francisco Javier, *No hay interpretación del artículo 206 del Código Civil que sea compatible con el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. Análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional que se han pronunciado respecto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil e incisos 3° y 4° del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585*, Tribunal Constitucional, varias sentencias, N° 28, 2013, 531.
- MUÑOZ ECHEVERRÍA, Cecilia, *Tribunal Constitucional y restricción vehicular*, N° 4, 2001, 423.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Aplicación de los artículos 48, 49 y 53 de Código de Procedimiento Civil (sic)*, Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de protección rol 356-2009, de 7 de septiembre de 2010, N° 23, 2011, 541.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ausencia de notificación del auto de prueba*, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 1530-2011, 01 de diciembre de 2011, N° 26, 2012, 551.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Comentario de jurisprudencia*, N° 19, 2009, 697.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Comentario de jurisprudencia*, Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de abril de 2013, Rol N° 50-2013, N° 28, 2013, 525.
- OLAVARRÍA RODRÍGUEZ, Cristián, *El abuso de derechos constitucionales y de la personalidad jurídica en materia penal. Comentario a sentencia sobre el "Sindicato del Día Después". Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago*, Rit N° S-50-2010, 30 de diciembre de 2010, N° 27, 2013, 503.
- OTERO, Jorge Miguel y POHL I, Emilio, *Comentario sobre el impuesto al lujo*, N° 9, 2004, 425.
- PACHECO QUEZADA, Jaime, *Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable*, Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de enero de 2006, N° 15, 2007, 313.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *A propósito de una sentencia sobre uso de información privilegiada*, Corte Suprema, 27 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 255.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Corte Suprema, Difusión de información falsa o tendenciosa e impacto en el mercado de valores. Nuevos criterios jurisprudenciales*, 07 de agosto de 2014, N° 31, 2015, 433.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre sobreseimiento del senador A. Pinochet*, N° 4, 2001, 429.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión?*, fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 31 de enero de 2008, N° 18, 2008, 577.

- RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Ltda. y Banco Internacional*, 11 de junio de 2003, N° 10, 2004, 305.
- RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Correcta interpretación de los artículos 152, 430, 432, 469 y 687 del Código de Procedimiento Civil*, 6 de junio, 4 de julio y 13 de noviembre de 2007, N° 17, 2008, 489.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El efecto declarativo de la partición y los patrimonios de la sociedad conyugal, Casación en el fondo*, 21 de julio de 2005, N° 18, 2008, 477.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El ejercicio de la servidumbre de tránsito: acción y excepción procedentes, Casación en el fondo*, 29 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 401.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La acción de precario respecto a un predio reservado de la mujer casada, Casación en el fondo*, 16 de marzo de 2000, N° 9, 2004, 413.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La boleta bancaria de garantía y la indemnización de perjuicios compensatoria, Casación en el fondo*, 26 de marzo de 2007, N° 20, 2009, 813.
- RIVERA VILLALOBOS, Hugo, *Corte Suprema, Contradicción en sentencias sobre legítima defensa*, 28 de diciembre de 2000 y 3 de junio de 2002, N° 10, 2004, 317.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Corte Suprema, Uso de información privilegiada*, 25 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 239.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Corte Suprema, La casación en el fondo no es una trampa (fáctica) para el litigante que triunfa en alzada por motivo descaminado*, 03 de enero de 2012, N° 31, 2015, 397.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral*, N° 19, 2009, 703.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Corte Suprema, Sentencia que constituye una sanción a la creación de hechos gravados por la vía administrativa*, 29 de junio de 2000, N° 9, 2004, 417.
- UGOLINI TELLO, José Alonso, *Una nueva atribución de la Dirección del Trabajo: la calificación de las garantías que deben constituir las empresas de servicios transitorios*, N° 16, 2007, 479.
- VERA LAMA, Rodrigo, *Algunas tendencias jurisprudenciales sobre el recurso de apelación en materia penal*, N° 32, 2015, 349.

## D. Recensiones, publicaciones e índices

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 27, 2013, 551.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y justicia. Lo suyo de cada uno. Vigencia del Derecho natural, de Gonzalo Ibáñez Santa María*, N° 24, 2011, 451.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y Ontología Jurídica, de Francisco Carpintero*, N° 1, 2000, 335.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Estructura funcional del Derecho, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 6, 2002, 373.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Historia del Derecho Natural, un Ensayo, de Francisco Carpintero Benitez*, N° 2, 2000, 441.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *La sentencia de la CIDH en el caso Atala: Una iniciativa para el adoctrinamiento en ideologías radicales. Notas breves a la sentencia del 24 de febrero del 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012*, N° 26, 2012, 577.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente*, N° 2, 2000, 449.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización, de Miguel Ayuso T.*, N° 15, 2007, 353.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 15, 2007, 347.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Bibliografía Jurídica Chilena, 2007, de Felipe Vicencio Eyzaguirre y Jaime Bassa Mercado*, N° 19, 2009, 797.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Esquema del Derecho de Familia Indiano, de Antonio Dougnac Rodríguez*, N° 9, 2004, 435.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *El Gobierno de las Indias, de Javier Barrientos Grandón*, N° 11, 2005, 337.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación, I. Ius Commune- Ius Propium en las Indias Occidentales, de Javier Barrientos Grandón*, N° 4, 2001, 473.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 11 (2005)*, N° 12, 2005, 259.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 15 (2007)*, N° 16, 2007, 533.

- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 16 (2007), N° 17, 2008, 611.*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 19 (2009), N° 20, 2009, 877.*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 20 (2010), N° 21, 2010, 607.*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 21 (2010), N° 21, 2010, 559.*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 24 (2011), N° 25, 2012, 679.*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 26 (2012), N° 27, 2013, 567.*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 28 (2013), N° 29, 2014, 779.*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 30 (2014), N° 31, 2015, 465.*
- BECA INFANTE, Juan Pablo y ASTETE ÁLVAREZ, Carmen, *Bioética Clínica, de Juan Pablo Beca y Carmen Astete (editores), N° 27, 2013, 561.*
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias, de José Ramón de Verda y Beamonde, N° 13, 2006, 441.*
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Alumnos de postgrado publican libros sobre temas de su especialidad, N° 32, 2015, 389.*
- CAMPUSANO, Raúl F., *Europa e Iberoamérica, de Eduardo Cuenca, N° 12, 2005, 247.*
- CARRASCO QUIROGA, Edesio, *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba, de Hernán Larraín Fernández, N° 20, 2009, 863.*
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *El derecho como creación colectiva, de Pablo Rodríguez Grez, N° 2, 2000, 455.*
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez, N° 8, 2003, 351.*

- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Nuevo Derecho de Familia. Diversas tendencias, de Hugo Rosende Álvarez*, N° 17, 2008, 551.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Teoría general del negocio jurídico, de Ramón Domínguez Águila*, N° 26, 2012, 627.
- CRUZ FABRES, Rafael, *La Solución de Controversias Comerciales en un Mundo Globalizado, de Gabriela Paiva Hantke y Carlos Cortés Simón*, N° 10, 2004, 403.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Sanciones Administrativas, de Varios Autores*, N° 32, 2015, 393.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Artículos y autores publicados en la revista Actualidad Jurídica, enero de 2000 a julio de 2004*, N° 10, 2004, 415.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Competitividad y adaptación laboral. ¿Cómo está Chile? (Una aproximación inicial)*, de Héctor Humeres Noguera, N° 16, 2007, 525.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguera*, N° 12, 2005, 251.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller*, N° 6, 2002, 479.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller*, N° 15, 2007, 357.
- FÁBREGA VEGA, Hugo y YÁNEZ TERÁN, Dora, *La responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Tendencias actuales, de Varios Autores*, N° 23, 2011, 595.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Publicaciones de la Facultad de Derecho*, N° 17, 2008, 543.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras, de Aldo Monsálvez Müller*, N° 3, 2001, 365.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador, de José Luis Ugarte Cataldo*, N° 20, 2009, 869.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *30 años de la Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso*, N° 5, 2002, 359.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Derecho Público Iberoamericano N° 3 octubre de 2013 de la Facultad de Derecho Sede Santiago*, N° 29, 2014, 773.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Derecho Público Iberoamericano N° 4 abril de 2014 de la Facultad de Derecho Sede Santiago*, N° 30, 2014, 591.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Derecho Público Iberoamericano N° 5 octubre de 2014 de la Facultad de Derecho Sede Santiago*, N° 31, 2015, 459.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Derecho Público Iberoamericano* N° 6 abril de 2015 de la Facultad de Derecho Sede Santiago, N° 32, 2015, 401.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 3, 1999, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 3, 2001, 357.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 5, 2000 y N° 6, 2001, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 4, 2001, 476.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 7 (septiembre 2001) de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 5, 2002, 357.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 8 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 7, 2003, 481.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 10 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 8, 2003, 355.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 11 y N° 12 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 10, 2004, 411.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 14-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 12, 2005, 256.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 15-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 13, 2006, 447.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 16-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 14, 2006, 319.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 17-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 15, 2007, 528.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 18-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 16, 2007, 529.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 19-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 17, 2008, 607.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 20-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 18, 2008, 639.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 21-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 19, 2009, 805.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 22-2009 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 20, 2009, 873.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 23-2009 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 21, 2010, 603.

- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 24-2010 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 22, 2010, 555.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 25-2010 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 23, 2011, 599.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 26-2011 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 24, 2011, 457.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 27-2011 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 25, 2012, 675.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 28-2012 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 26, 2012, 633.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 29-2012 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 27, 2013, 563.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 30-2012 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 28, 2013, 623.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 31-2013 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 29, 2014, 775.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 32-2013 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 30, 2014, 593.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 33-2014 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 31, 2015, 461.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 34/marzo de 2015, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, N° 32, 2015, 403.
- FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO, Rodolfo, "Presentación del libro: *La vida Privada de las figuras públicas. El interés público como argumento que legitima la intromisión en la vida privada*", de Ignacio Covarrubias Cuevas, N° 29, 2014, 761.
- FUENZALIDA MARTÍNEZ, Patricia, *Manual de Legislación Previsional*, de Ruth Lanata Fuenzalida, N° 32, 2015, 397.
- FUENZALIDA MARTÍNEZ, Patricia, *Revista de Estudios Judiciales* N° 1, noviembre de 2014 del Instituto de Estudios Judiciales, N° 31, 2015, 451.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Recuerdos de la Mediación Pontificia*, de Santiago Benadava Cattán, N° 1, 2000, 333.
- GANDOLFO G., Pedro, *Lecciones de Introducción al Derecho*, de Jaime Williams Benavente, N° 18, 2008, 637.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *El derecho de Quiebras*, de Rafael Gómez Balmaceda y Gonzalo Eyzaguirre Smart, N° 21, 2010, 597.

- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, de Héctor Humeres Nogueira, N° 11, 2005, 341.
- HÜBNER GUZMÁN, Ana María, *Jorge Iván Hübner Gallo. Estudios en su Homenaje de VV.AA.*, N° 17, 2008, 565.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, "Activismo Judicial en Chile: ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?", de José Francisco García G. y Sergio Verdugo R., N° 29, 2014, 755.
- MALDONADO F., Francisco, "Derechos Fundamentales de los privados de Libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia", de Álvaro Castro, Miguel Cillero y Jorge Mera F., N° 23, 2011, 587.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl, "Derecho procesal penal chileno" de María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, N° 17, 2008, 587.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral*, de Julio Salas Vivaldi, N° 3, 2001, 369.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad contractual*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 10, 2004, 393.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, N° 17, 2008, 545.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro "Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su Homenaje"*, N° 17, 2008, 562.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Las Obligaciones*, de René Abeliuk Manasevich, N° 19, 2009, 801.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, de Enrique Alcalde Rodríguez, N° 8, 2003, 345.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho como creación colectiva*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 1, 2000, 321.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevo Derecho de Familia, diversas tendencias*, N° 17, 2008, 550.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Responsabilidad Contractual*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 10, 2004, 365.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *Derecho Internacional Privado de Aldo Monsálvez Müller*, N° 17, 2008, 601.
- VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *I signori della pace (Los señores de la Paz), una crítica del globalismo jurídico*, de Danilo Zolo, N° 1, 2000, 341.



- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Democratic Chile. The Politics and Policies of a Historic Coalition, 1990-2010*, de Kirsten Sehnbruch y Peter M. Siavelis (editors) , N° 31, 2015, 455.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Derecho Público Iberoamericano de VV.AA. Año 1, N° 2, N° 28*, 2013, 619.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La vida Privada de las figuras públicas. El interés público como argumento que legitima la intromisión en la vida privada*, de Ignacio Covarrubias Cuevas, N° 29, 2014, 769.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La resistencia de las Constituciones Nacionales*, de Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton, N° 25, 2012, 663.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, "Schools for Misrule. Legal Academia and Overlawyered America", de Walter Olson, N° 27, 2013, 557.
- VV.AA. (Varios Autores), *Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, N° 17, 2008, 544.
- VV.AA. (Varios Autores), *Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su homenaje*, N° 17, 2008, 560.
- VV.AA. (Varios Autores), *Seminario Internacional: "Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno"*, N° 17, 2008, 549.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *China, el imperio de las mentiras*, de Guy Sorman, N° 16, 2007, 515.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Introducción al Derecho*, de Agustín Squella Narducci, N° 2, 2000, 437.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Teoría del Gobierno, derecho chileno y comparado*, de José Luis Cea Egaña, N° 3, 2001, 359.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Verdad, valores, poder, piedras de toque de la sociedad pluralista*, de Joseph Ratzinger, N° 14, 2006, 313.
- YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Comentario y Jurisprudencia del Código del Trabajo*, de William Thayer Arteaga, N° 22, 2010, 551.
- YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, de Héctor Humeres Noguera, N° 21, 2010, 599.
- YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Las Facultades y Deberes del Juez en materia probatoria en el Proceso Laboral. Análisis Crítico*, de Raúl Fernández Toledo, N° 25, 2012, 673.

## E. Separatas

FACULTAD DE DERECHO, CONCEPCIÓN, Separata Revista N° 16, *Seminario Internacional, reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno, Manifestación del capítulo chileno de Association Henri Capitant*, Julio de 2007.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aspectos fundamentales de la realidad nacional*, N° 4, Noviembre de 2003.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aumento y control de la delincuencia*, N° 6, Julio de 2005.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Cultura Cívica de la ciudadanía*, N° 3, Mayo de 2003.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Delincuencia, tribunales y corrupción*, N° 17, Septiembre de 2007.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Independencia del Poder Judicial*, N° 5, Julio de 2004.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, La opinión de los abogados*, N° 7, Julio de 2006.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Opinión ciudadana ante la emergencia*, N° 11, Abril de 2010.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Opinión ciudadana hoy*, N° 14, Septiembre de 2013.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Opinión ciudadana hoy*, N° 15, Junio de 2014.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Preferencias y enjuiciamiento ciudadano a las instituciones*, N° 12, julio de 2011.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Sobre la Profesión de Abogado*, N° 2, Diciembre de 2002.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudio de opinión pública, Tribunales de Justicia: Radiografía a los prejuicios*, N° 1, Octubre de 2002.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Mundo Laboral, "La Realidad del Trabajo Hoy"*, N° 1, Diciembre de 2007.

## F. Semblanzas y homenajes

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 575.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Homenaje al profesor de Derecho Penal don Miguel Schweitzer Speisky*, N° 19, 2009, 61.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Homenaje al profesor Enrique Tapia Witting*, N° 29, 2014, 11.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Semblanza de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 35.

FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, *Miguel Schweitzer Speisky: Penalista*, N° 19, 2009, 63.

PECCHI CROCE, Carlos, *¡Adiós a un gran jurista y mejor amigo!*, N° 15, 2007, 39.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *A la memoria de Ernesto Silva Bafalluy*, N° 25, 2012, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de agradecimiento al libro de homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 589.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Discurso de presentación al libro de homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 577.

## II.- Índice alfabético de autores

ACCORSI OPAZO, Enrique, *Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica*, N° 3, 2001, 159.

AGUAYO ROSSO, Sebastián, *Ley 20.659: La fe pública en entredicho por las nuevas tecnologías*, N° 29, 2014, 633.

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Incentivos a la innovación tecnológica: la Ley 20.241*, N° 23, 2011, 453.

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Lecciones para el sistema de garantías en Chile: El modelo argentino*, N° 22, 2010, 307.

ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, *Recepción de la imprevisión en el Código Civil chileno*, N° 24, 2011, 239.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido*, N° 8, 2003, 69.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección*, N° 16, 2007, 115.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa*, N° 24, 2011, 69.

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Derecho a la vida y libertad religiosa: el caso de los Testigos de Jehová*, N° 19, 2009, 615.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El error de derecho como causal eximente de la responsabilidad extracontractual*, N° 28, 2013, 235.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado*, N° 14, 2006, 117.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Estado actual de la jurisprudencia en materia de cortes generalizados de suministro eléctrico: una visión crítica*, N° 12, 2005, 197. (CJ).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Integración e intervención administrativa: Autonomía privada y orden público económico*, N° 32, 2015, 81.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La cláusula de "declaraciones y garantías" en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos*, N° 17, 2008, 243.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La Personalidad Jurídica el poder sancionador de la Administración*, N° 1, 2000, 183.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la Sociedad Anónima*, N° 2, 2000, 233.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los grupos empresariales*, N° 6, 2002, 203.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Persona humana, autonomía privada y orden público económico*, N° 4, 2001, 77.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima*, N° 5, 2002, 243.
- ALVARADO MARAMBIO, José Tomás, *Divorcio y concepciones de la naturaleza humana*, N° 9, 2004, 65.
- ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Eficacia administrativa, obligación legal incumplida*, N° 21, 2010, 387.
- ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *El Convenio 169 y el Código de Conducta Responsable. Una primera aproximación crítica*, N° 20, 2009, 789.
- ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Ley reservada del Cobre. Visión jurídica y política*, N° 16, 2007, 331.
- ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Libertad de expresión, bien jurídico protegido*, N° 26, 2012, 443.
- ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo C., *Problemática laboral en la empresa actual, aplicada a la empresa de servicios transitorios*, N° 23, 2011, 423.

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Alcances inconstitucionales de la ley que pone fin al lucro, al copago y a la selección*, N° 32, 2015, 177.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Algunas anotaciones sobre la enseñanza de la Ética Jurídica*, N° 6, 2002, 27.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *A propósito de la sentencia de la Corte de Estrasburgo sobre el crucifijo: ¿Libertad religiosa contra la religión? Un análisis crítico*, N° 21, 2010, 535. (CJ).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Comentario de Jurisprudencia Constitucional: un esclarecedor pronunciamiento sobre la intimidación*, Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 2 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 409. (CJ).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Contra-razones de la declaración de los Derechos del Hombre de 1789 ante la génesis del constitucionalismo moderno*, N° 22, 2010, 497.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los 19 comerciantes, Excepción Preliminar*, 12 de junio de 2002, N° 7, 2003, 467. (CJ).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Democracia moribunda y el banquillo de los acusados: apuntes sobre Ortega y Gasset*, N° 11, 2005, 273.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 27, 2013, 551. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y justicia. Lo suyo de cada uno. Vigencia del Derecho natural*, de Gonzalo Ibáñez Santa María, N° 24, 2011, 451. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y Ontología Jurídica*, de Francisco Carpintero, N° 1, 2000, 335. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el Derecho Público chileno*, N° 16, 2007, 143.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El constitucionalismo como mitología política. Consideraciones a propósito de la propuesta de "Nueva Constitución" de Michelle Bachelet*, N° 29, 2014, 101.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El derecho al honor y la sed de mentira*, N° 10, 2004, 69.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El desafuero del senador Pinochet a la luz de los principios del debido proceso*, N° 3, 2001, 21.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El poder absolutista de la democracia moderna. Una lectura actualizada de Tocqueville*, N° 28, 2013, 473.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos ante el apremio legítimo y el debido proceso, notas a la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable el art. 169 del Código Sanitario, rol N° 1518-09 de 21 de octubre de 2010*, N° 23, 2011, 531. (CJ).

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El Programa de Bachelet y el deterioro del Estado de Derecho. Derechos Humanos, Estado social y seguridad jurídica*, N° 31, 2015, 9.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Estructura funcional del Derecho, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 6, 2002, 373. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Historia del Derecho Natural, un Ensayo, de Francisco Carpintero Benitez*, N° 2, 2000, 441. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Hobbes, precursor del estado laico*, N° 19, 2009, 423.
- ALVEAR TELLEZ, Julio, *La sentencia de la CIDH en el caso Atala: Una iniciativa para el adoc-trinamiento en ideologías radicales. Notas breves a la sentencia del 24 de febrero del 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012, N° 26, 2012, 577. (CJ).*
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente*, N° 2, 2000, 449. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Libertad moderna y divinización del Estado constitucional: Las dos caras del pensamiento político de Hegel*, N° 24, 2011, 173.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Las nocivas tendencias del neocapitalismo: ¿economía liberal o economía social de mercado?*, N° 30, 2014, 215.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los proyectos de reforma constitucional en materia de educación: Análisis de una incógnita*, N° 25, 2012, 29.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los supuestos derechos animales y medioambientales ante la Constitución de 1980: una contradicción vital*, N° 4, 2001, 189.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización, de Miguel Ayuso T.*, N° 15, 2007, 353. (R).
- ALVEAR TELLEZ, Julio, *Responsabilidad extracontractual/responsabilidad constitucional del Estado: El nudo gordiano de dos doctrinas en pugna*, N° 23, 2011, 69.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Salvador Allende: el asedio a la libertad y al Estado de Derecho en sus discursos presidenciales*, N° 9, 2004, 143.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 15, 2007, 347. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Tolerancia y Estado laico en el liberalismo de John Locke: un desposorio incómodo*, N° 20, 2009, 649.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio y CISTERNA ROJAS, Vanessa, *La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la "píldora del día después: ¿liberalismo posesivo o respeto a la ley natural?*, N° 18, 2008, 23.

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio y COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación "antidiscriminación" (Y algunos comentarios acerca del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación)*, N° 26, 2012, 9.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio y COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Observaciones constitucionales al proyecto de nuevo Código Procesal Civil*, N° 27, 2013, 29.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio y FÁBREGA VEGA, Hugo, *Análisis crítico del proyecto de ley sobre eutanasia y sus antecedentes legislativos*, N° 15, 2006, 261.
- ÁLVEZ MARÍN, Amaya, *Una experiencia práctica en la enseñanza de la Ética*, N° 6, 2002, 63.
- AMENÁBAR ATRIA, Felipe, *Los derechos del paciente frente a la responsabilidad*, N° 7, 2003, 105.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Análisis crítico sobre los principios doctrinarios y positivos del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional español (un análisis desde el entorno hispanoamericano)*, N° 18, 2008, 219.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Bibliografía Jurídica Chilena, 2007, de Felipe Vicencio Eyzaguirre y Jaime Bassa Mercado*, N° 19, 2009, 797. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Esquema del Derecho de Familia Indiano, de Antonio Dougnac Rodríguez*, N° 9, 2004, 435. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Evolución (o involución) de la Constitución Política de la república a 20 años de su promulgación, notas sobre las reformas a la Carta del 80*, N° 4, 2001, 173.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *El Gobierno de las Indias, de Javier Barrientos Grandón*, N° 11, 2005, (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación, I. Ius Commune- Ius Propium en las Indias Occidentales, de Javier Barrientos Grandón*, N° 4, 2001, 473. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 11 (2005)*, N° 12, 2005, 259. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 15 (2007)*, N° 16, 2007, 533. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 16 (2007)*, N° 17, 2008, 611. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 19 (2009)*, N° 20, 2009, 877. (R).

- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 20 (2010), N° 21, 2010, 607. (R).*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 21 (2010), N° 21, 2010, 559. (R).*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 24 (2011), N° 25, 2012, 679. (R).*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 26 (2012), N° 27, 2013, 567. (R).*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 28 (2013), N° 29, 2014, 779. (R).*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 30 (2014), N° 31, 2015, 465. (R).*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La reforma constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto, N° 13, 2006, 11.*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Las relaciones internacionales de Chile durante el periodo pseudoparlamentario (1891-1924), N° 11, 2005, 181.*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas, N° 13, 2006, 371.*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Notas sobre la enseñanza del derecho en las Indias, N° 16, 2007, 89.*
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Notas sobre la evolución del derecho bizantino, N° 29, 2014, 335.*
- ARAB NESSRALLAH, Julio, *Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena, N° 2, 2000, 33.*
- ARAB NESSRALLAH, Julio, *Proposiciones de reforma al juicio ejecutivo, N° 5, 2002, 91.*
- ARAYA FUENTES, Álvaro y PACHECO QUEZADA, Jaime, *Tribunal Oral Penal Chillán, La autoría en comisión por omisión. La injerencia como fuente del deber de garantía, Rol N° 179-2011, 24 de agosto de 2011, N° 25, 2012, 583. (CJ).*
- ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2010, N° 22, 2010, 543. (VA).*



- ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2010*, N° 23, 2011, 561. (VA).
- ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2011*, N° 24, 2011, 439. (VA).
- ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2011*, N° 25, 2012, 649. (VA).
- ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2012*, N° 26, 2012, 617. (VA).
- ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2012*, N° 27, 2013, 537. (VA).
- ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2013*, N° 28, 2013, 607. (VA).
- ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2013*, N° 29, 2014, 741. (VA).
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Audiencia pública y ejercicio de la potestad reglamentaria*, N° 12, 2005, 113.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *De la adjudicación en los contratos administrativos*, N° 15, 2007, 171.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Dónde van superintendencias y fiscalías: un pronóstico de futuros*, N° 20, 2009, 569.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Formando abogados analistas*, N° 19, 2009, 579.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La actividad jurídica de la Administración del Estado*, N° 28, 2013, 261.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La Contraloría hoy*, N° 16, 2007, 127.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La estabilidad de los contratos administrativos*, N° 6, 2002, 191.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La seguridad jurídica en mercados regulados. Un modelo de aproximación básica*, N° 21, 2010, 317.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Licitación pública: concepto, principios y tramitación*, N° 13, 2006, 291.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los derechos adquiridos de nuevo en entredicho: ¿Limitación o expropiación parcial?*, Tribunal Constitucional, rol N° 505-06, 6 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 423. (CJ).

- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, N° 14, 2006, 149.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Prescripción de sanciones administrativas: un pronunciamiento relevante (a propósito del Dictamen 28.226 de 2007 de la Contraloría General de la República)*, Contraloría, dictamen 28.226, 11 de junio de 2007, N° 17, 2008, 467. (CJ).
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván y CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable*, N° 16, 2007, 171.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván y MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Informe en Derecho*, N° 4, 2001, 379.
- ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Cobertura adicional para enfermedades catastróficas (CAEC)*, N° 20, 2009, 729.
- ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Innovación, investigación y desarrollo (I+D), y propiedad industrial*, N° 25, 2012, 469.
- ASTE MEJÍAS, Christian, *Resumen ejecutivo Bachelet-Arenas*, N° 30, 2014, 11.
- ASTROZA SUÁREZ, Paulina, *Doctrina Bush: ¿tercera excepción a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza?*, N° 8, 2003, 31.
- AUBERT, Gabriel, *La jurisdicción del trabajo: la experiencia de Ginebra*, N° 14, 2006, 67.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *La integración e intervención administrativa del contrato: la lucha contra las cláusulas abusivas*, N° 32, 2015, 105.
- BARCELÓ, Joaquín, *La subversión de valores y la historia*, N° 10, 2004, 79.
- BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho*, N° 7, 2003, 293.
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo L., *Un nuevo concepto de trabajador autónomo: el "económicamente dependiente"*, N° 24, 2011, 273.
- BATES HIDALGO, Luis, *Corrupción: concepto y aspectos penales*, N° 6, 2002, 35.
- BATES HIDALGO, Luis, *Derecho en la Educación*, N° 21, 2010, 153.
- BATES HIDALGO, Luis, *La justicia y la formación de abogados*, N° 8, 2003, 327.
- BATES HIDALGO, Luis, *Reflexiones sobre la justicia*, N° 14, 2006, 43.
- BATES HIDALGO, Luis, *Responsabilidad penal de los adolescentes*, N° 16, 2007, 107.
- BECA INFANTE, Juan Pablo y ASTETE ÁLVAREZ, Carmen, *Bioética Clínica, de Juan Pablo Beca y Carmen Astete (editores)*, N° 27, 2013, 561. (R).

- BÉCAR LABRAÑA, Emilio José, *la destrucción y el deterioro culpable de la especie o cuerpo cierto debido como una hipótesis de incumplimiento y la procedencia de la resolución del contrato*, N° 29, 2014, 387.
- BENÍTEZ URETA, Rodrigo, CARRASCO QUIROGA, Edesio y HERRERA VALVERDE, Javier, *Naturaleza jurídica y potestades del Comité de Ministros en conformidad a la Ley N° 19.300*, N° 30, 2014, 347.
- BERNALES ERRÁZURIZ, Daniel, *Informe sobre ley que modifica duración de descanso postnatal*, N° 25, 2012, 369.
- BERNSTEIN PORCILE, Benjamín, *Principio de legalidad y vigencia de las modificaciones legales al DFL N° 2 introducidas por la ley 20.455*, N° 23, 2011, 345.
- BLANCHE REYES, Cristián, *Diez años de reformas tributarias*, N° 20, 2009, 237.
- BLANCHE REYES, Cristián, *Dos temas tributarios: la crisis del sistema procesal tributario y la derogación del artículo 57 bis*, N° 13, 2006, 267.
- BLANCHE REYES, Cristián, *El recurso de casación en materia tributaria*, N° 21, 2010, 375.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de aguas subterráneas en Chile*, N° 18, 2008, 259.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Corte Suprema, Facultades de la Dirección General de Aguas en la aprobación de obras en cauces naturales: comentario a sentencias de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago*, 28 de mayo de 2007, N° 17, 2008, 497. (CJ).
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Corte Suprema, embalse Pitama: jurisprudencia de daño ambiental*, rol N° 396-2009, N° 24, 2011, 405. (CJ).
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, N° 20, 2009, 577.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística*, N° 19, 2009, 309.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Instalación de los tribunales ambientales: ¿problemas de diseño?*, N° 31, 2015, 223.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria*, N° 29, 2014, 291.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Nueva institucionalidad ambiental*, N° 22, 2010, 429.
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Puerto y Central Castilla: comentarios a la sentencia de la Corte Suprema*, 28 de agosto de 2012, N° 27, 2013, 477. (CJ).

- BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Tribunal Constitucional, Del Catastro público de Aguas: A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional*, rol N° 1578-2009 de 02 de junio de 2011, N° 25, 2012, 557. (CJ).
- BOETTIGER PHILLIPS, Camila y LEIVA SALAZAR, Felipe, *Corte Suprema, Caso Central Termoeléctrica Castilla: análisis de jurisprudencia y algunas reflexiones*, rol N° 7167-2010 de 15 de noviembre de 2010, N° 23, 2011, 513. (CJ).
- BRAVO ROJAS, Mauricio y SILVA MÉNDEZ, Ernesto, *Comentario sobre el proceso de reforma del Estado en Chile en el periodo 1999-2009*, N° 20, 2009, 11.
- BRAVO VALLEJOS, Rodrigo y JUPPET EWING, María Fernanda, *Cuestionamiento de validez del mandato para completar pagarés y letras de cambio en blanco como parte de un contrato de adhesión*, N° 25, 2012, 489.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 131.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional*, N° 12, 2005, 29.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Forma de gobierno en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 223.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional*, N° 13, 2006, 97.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia*, N° 10, 2004, 117.
- BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Chile y Argentina. A cien años del primer arbitraje británico*, N° 3, 2001, 275.
- BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Perspectivas de diálogo chileno-boliviano en las proximidades del Bicentenario*, N° 15, 2007, 203.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Alumnos de postgrado publican libros sobre temas de su especialidad*, N° 32, 2015, 389. (R).
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Aplicación extraterritorial de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos*, N° 12, 2005, 161.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Aspectos jurídicos y políticos de la relación entre desarrollo sustentable y actividad minera*, N° 4, 2001, 277.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Cambio climático y migraciones: Desafíos para el derecho y las políticas públicas*, N° 29, 2014, 239.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis*, N° 8, 2003, 15.

- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Disposiciones sobre derecho internacional en Constituciones Políticas de América del Sur*, N° 24, 2011, 133.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *El aporte del derecho blando a la actividad minera en el siglo XXI: Aspectos sociales y ambientales*, N° 27, 2013, 259.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Europa e Iberoamérica*, de Eduardo Cuenca, N° 12, 2005, 247. (R).
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Hacia el libre comercio con Estados Unidos: el caso de las exportaciones de cobre*, N° 3, 2001, 207.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *La enseñanza del derecho informático en Chile. Apuntes para una propuesta*, N° 5, 2002, 305.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *La opción y modalidades de integración de la variable ambiental en tratados de libre comercio*, N° 21, 2010, 113.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *La Regulación Ambiental en Textos Constitucionales de Países Sudamericanos*, N° 23, 2011, 193.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Obligaciones ambientales de Chile derivadas de su ingreso a la OCDE*, N° 22, 2010, 411.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materias de contenido ambiental*, N° 26, 2012, 279.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile*, N° 2, 2000, 55.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada*, N° 7, 2003, 339.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005*, N° 13, 2006, 25.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y AGUAYO VARGAS, Macarena, *Chile y La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cumplimiento de sentencias*, N° 28, 2013, 351.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y BOLADO PIZZI, Álvaro, *Algunas reflexiones en torno a la participación de Chile en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI*, N° 32, 2015, 245.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y CARVAJAL, Francisco, *El tratado de Libre Comercio Chile-Corea*, N° 10, 2005, 155.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y CONTRERAS ARCE, Francisco, *El concepto de desarrollo sustentable en la doctrina y en la práctica de tribunales nacionales*, N° 31, 2015, 119.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y FAHRENKRUG, Conrad, *Régimen jurídico de la propiedad intelectual a través de los tratados de libre comercio suscritos por Chile*, N° 25, 2012, 531.

- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y GUTIÉRREZ, Daniela, *Energía nuclear en Chile: elementos para el debate*, N° 17, 2008, 453.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabčíkovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay*, N° 14, 2006, 179.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y MORAGA, Pamela, *Innovación científica y tecnológica: rol del derecho, del Estado y del sector privado*, N° 15, 2007, 219.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ASTUDILLO SEPÚLVEDA, José Manuel, *La libertad de expresión en el derecho norteamericano*, N° 20, 2009, 635.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y RODRÍGUEZ MONREAL, Tomás, *Régimen jurídico de la naturaleza en la Constitución de Ecuador*, N° 30, 2014, 305.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC*, N° 19, 2009, 651.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Nuestras raíces en el derecho civil y nuestro futuro en el derecho común*, N° 18, 2008, 395.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y SILVA BESA, Eduardo, *El ascenso económico de China y sus actuales desafíos*, N° 9, 2004, 355.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y SILVA BESA, Eduardo, *El ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio*, N° 10, 2004, 267.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La enseñanza del derecho: ¿clase magistral o método activo?*, N° 2, 2000, 127.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 2, 2000, 387. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 3, 2001, 347. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 455. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer (SIC)<sup>3</sup> Semestre 2001*, N° 5, 2002, 337. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 359. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 459. (VA).

<sup>3</sup> Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.

- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 339.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 397. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 359. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 331. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 241. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 435. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2006<sup>4</sup>*, N° 14, 2006, 307. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 341. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2009*, N° 20, 2009, 857. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2009*, N° 21, 2010, 567. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria (Incidencias de las modificaciones recientes a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución)*, N° 8, 2003, 95.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La imprevisión*, N° 15, 2007, 141.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La ley de venta en verde: las modificaciones introducidas por las leyes 19.932 y 20.007 a la promesa de compraventa de inmuebles que no cuentan con recepción definitiva y a la compraventa de inmuebles hipotecados*, N° 20, 2009, 509.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La modificación unilateral del contrato en el derecho del consumo; la saga: el fallo "Sernac con Cencosud", los Ds. N°s 153, de 19.12.2013 N° 39, de 09.03.2015, N° 32, 2015, 135.*
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La reforma al derecho de las garantías en Francia: perspectivas para un devenir en Chile*, Separata N° 16, 2007, 53.

<sup>4</sup> Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los hechos jurídicos*, N° 22, 2010, 457.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los requisitos para obtener el título de abogado: alegato para el establecimiento de un examen único, cualquiera sea la filiación universitaria del candidato*, N° 16, 2007, 65.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias, de José Ramón de Verda y Beamonde*, N° 13, 2006, 441. (R).
- CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos, *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos*, N° 5, 2002, 255.
- CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos Patricio, *Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública*, N° 7, 2003, 437.
- CARRASCO QUIROGA, Edesio, *Evaluación ambiental estratégica y procedimiento administrativo: legalidad, supletoriedad y funcionalidad*, N° 25, 2012, 421.
- CARRASCO QUIROGA, Edesio, *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba, de Hernán Larraín Fernández*, N° 20, 2009, 863. (R).
- CARREÑO NIGRO, Héctor, *La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile*, N° 3, 2001, 243.
- CARREÑO NIGRO, Héctor, *Responsabilidad de los Administradores en una Sociedad Colectiva*, N° 2, 2000, 253.
- CARROZA ESPINOZA, Mario, *En búsqueda del consenso*, N° 15, 2007, 19.
- CARTES MONTORY, Armando, *Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes*, N° 7, 2003, 425.
- CASTRO GONZÁLEZ, Fernando, *Adecuación de la legislación marcaría chilena a tratados internacionales*, N° 2, 2000, 81.
- CATALDO MUÑOZ, Hugo y FLORES JOPIA, Eduardo, *Breve reflexión en torno al caso fortuito o fuerza mayor en el derecho del trabajo*, N° 26, 2012, 399.
- CATTAN ATALA, Ángela, *Algunas notas sobre una nueva metodología para la enseñanza del Derecho Romano*, N° 5, 2002, 317.
- CATTAN ATALA, Ángela, *El protector de naturales y el derecho a la defensa*, N° 3, 2001, 309.
- CATTAN ATALA, Ángela y MERINO ÁLVAREZ, Christian, *La Avería: pervivencia del Derecho Romano en el sistema del transporte marítimo indiano*, N° 2, 2000, 151.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Consideraciones generales de la justicia militar en Chile*, N° 3, 2001, 225.



- CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Reforma a la justicia militar de Chile*, N° 19, 2009, 403.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio y CORONADO DONOSO, Ricardo, *La constitucionalización de las fuerzas armadas*, N° 23, 2011, 435.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio y CORONADO DONOSO, Ricardo, *Vinculaciones entre el Derecho Militar de Chile y el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos*, N° 24, 2011, 259.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio y MORALES CONTARDO, Patricio, *Algunas consideraciones sobre la autonomía del Derecho Aeronáutico*, N° 29, 2014, 305.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio y MORALES CONTARDO, Patricio, *Los delitos aeronáuticos: El bien jurídico protegido*, N° 28, 2013, 335.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos*, N° 17, 2008, 165.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Estado Constitucional de Derecho y transformación del ordenamiento jurídico*, N° 10, 2004, 43.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Fortalecimiento constitucional de nuestra independencia judicial*, N° 11, 2005, 25.
- CEA EGAÑA, José Luis, *La Constitución de 1980: experiencia y horizonte 20 años después*, N° 4, 2001, 241.
- CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *Algunos temas de la nueva Ley de Matrimonio Civil*, N° 15, 2007, 125.
- CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *El matrimonio entre personas del mismo sexo*, N° 18, 2008, 205.
- CERECEDA MOLINA, Ástrid, *Las técnicas de reproducción humana asistida y su falta de regulación a causa del anacronismo de la legislación chilena*, N° 29, 2014, 601.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Discriminación y género en la jurisprudencia de los EE.UU.*, N° 26, 2012, 137.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 9, 2004, 273.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Principio de legalidad tributaria y gravámenes al comercio exterior chileno*, N° 10, 2004, 209.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Tributos a la importación*, N° 6, 2002, 217.
- CLARO VALDÉS, Ricardo, *Rol del empresario en las encíclicas sociales*, N° 4, 2001, 257.
- CORNELOUP, Sabine, *Lo no mercantil en el derecho internacional privado*, N° 24, 2011, 325.

- CORRAL TALCIANI, Hernán, *El derecho como creación colectiva*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 2, 2000, 455. (R).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *La filiación matrimonial*, N° 7, 2003, 241.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, de Enrique Alcalde Rodríguez, N° 8, 2003, 351. (R).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Nuevo Derecho de Familia. Diversas tendencias*, de Hugo Rosende Álvarez, N° 17, 2008, 551. (R).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Teoría general del negocio jurídico*, de Ramón Domínguez Águila, N° 26, 2012, 627. (R).
- CORTÁZAR SANZ, René, *Rol del Estado como garante de los derechos fundamentales del hombre en el trabajo*, N° 4, 2001, 271.
- CORTE SUPREMA, *Fisco de Chile con Sociedad Fabril y Maderera de la Patagonia*, 29 de junio de 2000, N° 2, 2000, 415. (CJ).
- CORTE SUPREMA, *Rivas con Castillo*, 24 de mayo de 2000, N° 2, 2000, 419. (CJ).
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Algunos aspectos procesales de la reforma introducida por la Ley 19.866, que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos*, N° 8, 2003, 195.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Perspectiva general del recurso extraordinario en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil*, N° 21, 2010, 413.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Comentario a los proyectos de reforma constitucional que inciden en el derecho a la libertad de enseñanza*, N° 25, 2012, 13.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *El trasfondo doctrinario tras el enunciado de algunos derechos fundamentales en el Programa de Gobierno de la Nueva Mayoría*, N° 31, 2015, 33.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *¿Puede la dignidad humana ser un principio comúnmente compartido en materia de adjudicación constitucional?*, N° 29, 2014, 147.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *¿Tiene sentido regular constitucionalmente materias como la familia (y los elementos constitutivos del matrimonio)?*, N° 24, 2011, 155.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Tribunal Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 38 ter de la ley N° 18.933 (¿La formulación de un derecho a la salud que se asemeja a garantizar el punto de llegada antes que el de partida?)*, rol N° 1710/2010, N° 23, 2011, 463. (CJ).
- CRUCHAGA GANDARILLAS, Ángel, *Nueva jurisprudencia en materia de responsabilidad civil*, N° 19, 2009, 43.

- CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, N° 3, 2001, 337. (VA).
- CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 393. (VA).
- CRUZ FABRES, Rafael, *Derecho y libre competencia en los mercados ampliados*, N° 1, 2000, 89.
- CRUZ FABRES, Rafael, *La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos frente a la Constitución y la soberanía, la discusión doctrinaria y el fallo del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito el año 1998*, N° 6, 2002, 75.
- CRUZ FABRES, Rafael, *La Solución de Controversias Comerciales en un Mundo Globalizado, de Gabriela Paiva Hantke y Carlos Cortés Simón*, N° 10, 2004, 403. (R).
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Bases de la Institucionalidad chilena*, N° 4, 2001, 211.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Constitucionalismo chileno y su evolución*, N° 20, 2009, 547.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional*, N° 6, 2002, 137.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Ley 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional*, N° 13, 3006, 43.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Controversias Jurídicas, La inmunidad de jurisdicción ante el Derecho Internacional, Puntos de Vista*: N° 1, 2000, 7.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho*, N° 3, 2001, 233.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Perfil jurídico del nuevo Ministerio Público*, N° 2, 2000, 165.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Solución jurisprudencial para conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos*, N° 1, 2000, 117.
- CUEVAS GATICA, Gabriel, *Pugna de derechos por el uso de medios tecnológicos: el supuesto carácter de información pública de los correos electrónicos y la inviolabilidad de correspondencia*, N° 29, 2014, 493.
- CUEVAS MANRÍQUEZ, Gustavo, *Responsabilidad civil de los establecimientos de salud*, N° 3, 2001, 169.
- DÁVILA CAMPUSANO, Óscar, *Recopilaciones de leyes castrenses en el derecho patrio chileno del siglo XIX y principios del siglo XX*, N° 14, 2006, 255.
- DÁVILA DÍAZ, Roberto, *Bases del ejercicio de la Jurisdicción*, N° 1, 2000, 99.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo, *Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Paternalismo y la dificultad contramayoritaria*, N° 18, 2008, 55.

- DELGADO CASTRO, Jordi, *El certiorari: Un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema*, N° 22, 2010, 361.
- DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, sede Santiago, *El Código Civil y sus principales cambios*, N° 12, 2005, 65.
- DEVOTO BERRIMAN, Carolina, *El método de resolución de casos en la enseñanza del derecho*, N° 25, 2012, 503.
- DEVOTO BERRIMAN, Carolina, *Hacia una caracterización teórica de docente universitario en la carrera de Derecho*, N° 30, 2014, 507.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Análisis crítico de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia*, N° 30, 2014, 251.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos*, N° 18, 2008, 69.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Desprotección constitucional frente a los derechos municipales*, Fallo del tribunal Constitucional, rol N° 1034-08, de 7 de octubre de 2008, N° 19, 2009, 757. (CJ).
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una ley general antidiscriminación?*, N° 28, 2013, 279.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal*, Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 681-2006, de 26 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 435. (CJ).
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes*, N° 20, 2009, 35.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Presentación del Seminario "Sentencias de Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad y sus efectos"*, N° 17, 2008, 163.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (affirmative action)*, N° 17, 2008, 195.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Reflexiones sobre una eventual Asamblea Constituyente*, N° 29, 2014, 127.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Reforma constitucional sobre la forma de Estado en Chile. Estado unitario regionalizado y asambleas legislativas regionales*, N° 32, 2015, 199.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado*, N° 16, 2007, 23.

- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel y ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *La estabilidad de los actos administrativos urbanísticos*, N° 31, 2015, 235.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *El principio de irretroactividad de las sanciones debe aplicarse en forma estricta: el caso del artículo 4° de la Ley Chilecompra*, N° 21, 2010, 225.
- DÍAZ MUÑOZ, Ana María, *Nueva institucionalidad sindical (Modificaciones introducidas por la ley N° 19.759)*, N° 5, 2002, 211.
- DÍAZ NIEVA, José, *Breve aproximación a los sistemas electorales*, N° 4, 2001, 317.
- DÍAZ NIEVA, José y ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980*, N° 4, 2001, 57.
- DÍAZ URIBE, Hugo Antonio, *Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados*, N° 14, 2006, 55.
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla*, Separata N° 16, 2007, 35.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil*, N° 2, 2000, 327.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, N° 15, 2007, 83.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Las reformas al derecho sucesoral de la Ley N° 19.585*, N° 1, 2000, 233.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Presentación del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata N° 16, 2007, 7.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?*, N° 2, 2000, 347.
- DONOSO R., Sebastián, *Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas*, N° 14, 2006, 233.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano*, N° 3, 2001, 95.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Mitos de la jurisprudencia tributaria*, N° 2, 2000, 189.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones*, N° 8, 2003, 241.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Acerca de las sanciones administrativas en Chile*, N° 29, 2014, 229.

- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *De la ejecución de oficio de los actos administrativos desfavorables. Comentario de la sentencia rol N° 2996-2012 de la Corte Suprema*, N° 27, 2013, 491. (CJ).
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)*, N° 23, 2011, 109.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *La responsabilidad del Estado en la Ley 19.966 sobre régimen de garantías en salud. Historia de su establecimiento*, N° 17, 2008, 293.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Ley N° 20.322: avances y desafíos respecto de la inspección y sanción de infracciones administrativas en materia tributaria*, N° 26, 2012, 259.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Normas "circunstanciales"*, N° 25, 2012, 217.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Sanciones Administrativas, de Varios Autores*, N° 32, 2015, 393. (R).
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Sobre el estatuto penal aplicable a las sanciones administrativas en Chile*, N° 30, 2014, 293.
- ESPINA LAUSEN, María Ignacia, *La tecnología – posibles medios de vulneración de derechos fundamentales*, N° 29, 2014, 667.
- ESPINOZA CORREA, Camila Paz, *Delitos informáticos y la Ley 19.223*, N° 29, 2014, 553.
- EYZAGUIRRE COURT, Cristián y VALENZUELA NIETO, Ignacio, *Las operaciones con partes relacionadas en las sociedades anónimas abiertas*, N° 31, 2015, 267.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Artículos y autores publicados en la revista Actualidad Jurídica, enero de 2000 a julio de 2004*, N° 10, 2004, 415.
- FÁBREGA VEGA, Hugo y YÁNEZ TERÁN, Dora, *Breve análisis crítico sobre la ley de igualdad en las remuneraciones*, N° 20, 2009, 697.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Alcances jurisprudenciales de la semana corrida y pertinencia de la doble instancia en los juicios por reclamación de una multa administrativa, Corte de Apelaciones de Chillán, Rol 39-2009, 6 de mayo de 2009*, N° 20, 2009, 837. (CJ).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Asignaciones de colación y movilización. Unificación Jurisprudencial en materia laboral, Corte Suprema, 21 de abril de 2010*, N° 22, 2010, 527. (CJ).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Comentario de jurisprudencia acerca del efecto declarativo de una sentencia en materia laboral, Corte Suprema, 28 de septiembre de 2006*, N° 15, 2007, 325. (CJ).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Competitividad y adaptación laboral. ¿Cómo está Chile? (Una aproximación inicial, de Héctor Humeres Noguera)*, N° 16, 2007, 525. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguera*, N° 12, 2005, 251. (R).

- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller*, N° 6, 2002, 479. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller*, N° 15, 2007, 357. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *El principio de la responsabilidad ante el derecho: una breve perspectiva filosófica en la enseñanza de la ética profesional del abogado*, N° 7, 2003, 211.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 575. (H).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *La cosa juzgada en materia procesal laboral, Corte Suprema, Casación, Rol 3862-2006*, 11 de septiembre de 2007, N° 17, 2008, 517. (CJ).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *La otra mirada de la ley. Comentario sobre sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable en gestión pendiente el artículo 26 bis del Código del Trabajo, Tribunal Constitucional, Rol 1852-10-INA*, 26 de julio de 2011, N° 26, 2012, 559. (CJ).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Publicaciones de la Facultad de Derecho*, N° 17, 2008, 543.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras, de Aldo Monsálvez Müller*, N° 3, 2001, 365. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Sobre la actual "semana corrida" en Chile*, N° 19, 2009, 493.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador, de José Luis Ugarte Cataldo*, N° 20, 2009, 869. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Vida estudiantil en la Facultad*, N° 1, 2000, 317. (VA)
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho*, N° 7, 2003, 77. (VA).
- FÁBREGA VEGA, Hugo y YÁNEZ TERÁN, Dora, *La responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Tendencias actuales, de Varios Autores*, N° 23, 2011, 595. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo y OSSANDÓN BRAVO, Pelayo, *Vida estudiantil en la Facultad*, N° 2, 2000, 383. (VA).
- FACULTAD DE DERECHO, CONCEPCIÓN, *Separata Revista N° 16, Seminario Internacional, reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno, Manifestación del capítulo chileno de Association Henri Capitant*, Julio de 2007.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Algunos antecedentes sobre el juicio ciudadano respecto de cuestiones jurídicas relevantes*, N° 24, 2011.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aspectos fundamentales de la realidad nacional*, N° 4, Noviembre de 2003. (S).

- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aumento y control de la delincuencia*, N° 6, Julio de 2005. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Cultura Cívica de la ciudadanía*, N° 3, Mayo de 2003. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Delincuencia, tribunales y corrupción*, N° 17, Septiembre de 2007. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Independencia del Poder Judicial*, N° 5, Julio de 2004. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, La opinión de los abogados*, N° 7, Julio de 2006. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Opinión ciudadana ante la emergencia*, N° 11, Abril de 2010. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Opinión ciudadana hoy*, N° 14, Septiembre de 2013. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Opinión ciudadana hoy*, N° 15, Junio de 2014. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Preferencias y enjuiciamiento ciudadano a las instituciones*, N° 12, julio de 2011. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Sobre la Profesión de Abogado*, N° 2, Diciembre de 2002. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudio de opinión pública, Tribunales de Justicia: Radiografía a los prejuicios*, N° 1, Octubre de 2002. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Mundo Laboral, "La Realidad del Trabajo Hoy"*, N° 1, Diciembre de 2007. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *30 años de la Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso*, N° 5, 2002, 359. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil*, N° 28, 2013, 11.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Derecho Público Iberoamericano N° 3 octubre de 2013 de la Facultad de Derecho Sede Santiago*, N° 29, 2014, 773. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Derecho Público Iberoamericano N° 4 abril de 2014 de la Facultad de Derecho Sede Santiago*, N° 30, 2014, 591. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Derecho Público Iberoamericano N° 5 octubre de 2014 de la Facultad de Derecho Sede Santiago*, N° 31, 2015, 459. (R).



FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Derecho Público Iberoamericano N° 6 abril de 2015 de la Facultad de Derecho Sede Santiago*, N° 32, 2015, 401. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Homenaje al profesor de Derecho Penal don Miguel Schweitzer Speisky*, N° 19, 2009, 61. (H).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Homenaje al profesor Enrique Tapia Witting*, N° 29, 2014, 11. (H).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 3, 1999, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 3, 2001, 357. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 5, 2000 y N° 6, 2001, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 4, 2001, 476. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 7 (septiembre 2001) de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 5, 2002, 357. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 8 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 7, 2003, 481. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 10 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 8, 2003, 355. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 11 y N° 12 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 10, 2004, 411. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 14-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 12, 2005, 256. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 15-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 13, 2006, 447. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 16-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 14, 2006, 319. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 17-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 15, 2007, 528. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 18-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 16, 2007, 529. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 19-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 17, 2008, 607. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 20-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 18, 2008, 639. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 21-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 19, 2009, 805. (R).

- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 22-2009 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 20, 2009, 873. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 23-2009 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 21, 2010, 603. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 24-2010 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 22, 2010, 555. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 25-2010 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 23, 2011, 599. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 26-2011 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 24, 2011, 457. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 27-2011 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 25, 2012, 675. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 28-2012 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 26, 2012, 633. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 29-2012 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 27, 2013, 563. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 30-2012 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 28, 2013, 623. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 31-2013 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 29, 2014, 775. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 32-2013 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 30, 2014, 593. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 33-2014 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 31, 2015, 461. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 34/marzo de 2015, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, N° 32, 2015, 403. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Semblanza de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 35.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Seminario internacional "nuevas perspectivas del derecho contractual"*, N° 32, 2015, 55.
- FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, *Los organismos de la defensa de la competencia*, N° 5, 2002, 187.
- FELIÚ SEGOVIA, Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios*, N° 1, 2000, 71.

- FEMENIAS SALAS, Jorge Andrés, *Reflexiones sobre la teoría del hecho jurídico en la labor de jueces y juristas*, N° 21, 2010, 209.
- FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley*, N° 17, 2008, 175.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 7, 2003, 359.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, *Miguel Schweitzer Speisky: Penalista*, N° 19, 2009, 63. (H).
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Sergio, *Empresas individuales de responsabilidad limitada, Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003*, N° 8, 2003, 113.
- FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl Auditor y Contador Abraham, Pedro, *Principios del derecho administrativo sancionador en la normativa sobre prevención de riesgos laborales*, N° 31, 2015, 311.
- FIEGELIST VENTURELLI, Boris, *Importancia de las técnicas de negociación en el nuevo proceso penal*, N° 17, 2008, 59.
- FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO, Rodolfo, "Presentación del libro: *La vida Privada de las figuras públicas. El interés público como argumento que legitima la intromisión en la vida privada*", de Ignacio Covarrubias Cuevas, N° 29, 2014, 761. (R).
- FIGUEROA VELASCO, Patricio, *El Estado de Derecho y la Justicia Tributaria*, N° 5, 2002, 123.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Las cesiones gratuitas de terrenos en la normativa urbanística chilena*, N° 4, 2001, 393.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Sociedades de inversiones y patente municipal*, N° 20, 2009, 801.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *¿Para qué sirve el matrimonio?*, N° 9, 2004, 31.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 351. (VA).
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 325. (VA).
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 231. (VA).
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 419. (VA).
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2006*, N° 14, 2006, 301. (VA).

- FRAGA YOLI, Andrea, *El mobbing y su regulación en el derecho laboral chileno*, N° 16, 2007, 407.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Los límites de la subcontratación en la jurisprudencia*, N° 18, 2008, 555.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Procedencia de la indemnización por daño moral con motivo del término del contrato de trabajo*, N° 20, 2009, 713.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Situación actual del mobbing en Chile: Regulación legal y jurisprudencial*, N° 30, 2014, 443.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Una mirada crítica a la regulación legal del acoso laboral en Chile*, N° 19, 2009, 479.
- FUENZALIDA MARTÍNEZ, Patricia, *Manual de Legislación Previsional, de Ruth Lanata Fuenzalida*, N° 32, 2015, 397. (R).
- FUENZALIDA MARTÍNEZ, Patricia, *Revista de Estudios Judiciales N° 1, noviembre de 2014 del Instituto de Estudios Judiciales*, N° 31, 2015, 451. (R).
- FUENZALIDA REYES, Eugenia Paz, *La jurisprudencia de los tribunales laborales en materia de discriminación en Chile: perspectivas y alcances*, N° 26, 2012, 97.
- GALLI BURRONI, Nicolás, *La marca ¿Un ius prohibendi o un verdadero derecho de dominio? Análisis de las sentencias de empaquetado genérico o plain packaging*, N° 2, 2000, 23.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Derecho Internacional y Derecho Interno*, N° 2, 2000, 23.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional*, N° 6, 2002, 155.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El límite marítimo entre Chile y Perú*, N° 10, 2004, 199.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *La guerra angloamericana contra Irak y el derecho internacional*, N° 8, 2003, 49.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Recuerdos de la Mediación Pontificia, de Santiago Bendaiva Cattán*, N° 1, 2000, 333. (R).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El derecho internacional del trabajo y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica*, N° 13, 2006, 315.
- GANDOLFO G., Pedro, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente*, N° 18, 2008, 637. (R).
- GÁRATE GONZÁLEZ, Cristián Andrés, *Política fiscal internacional: errores no forzados de la administración fiscal*, N° 31, 2015, 339.

- GARCÍA ASPILLAGA, Pedro, *Sobre la judicialización de la medicina*, N° 9, 2004, 389. (VA).
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Análisis de la Ley N° 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento de mérito ejecutivo a la copia de una factura*, N° 13, 2006, 275.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Comentario de jurisprudencia relacionado a la prescripción de la acción del Fisco (Servicio de Impuestos Internos) para el caso de aplicación de sanciones pecuniarias por presunto delito tributario, Corte Suprema, 9 de mayo de 2006, N° 15, 2007, 297. (CJ).*
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Compañía Pesquera San Pedro con Servicio de Impuestos Internos*, 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 299. (CJ).
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, La extraviada juridicidad en materia tributaria*, 02 de enero de 2003 (sic), N° 26, 2012, 539. (CJ).
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Una sentencia que acoge un recurso por ultra-petita que jurídicamente es indiscutible y además... justa*, 02 de agosto de 2011, N° 25, 2012, 571. (CJ).
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *¿Es aplicable el impuesto al lujo?*, N° 9, 2004, 349.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Estudio jurisprudencial del Tribunal Tributario*, N° 5, 2002, 143.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La infracción tributaria*, N° 2, 2000, 211.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La titularidad de la acción penal tributaria*, N° 9, 2004.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Proyecto de ley de tribunales tributarios*, N° 14, 2006, 285.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Una errada sentencia en materia de delito tributario*, N° 32, 2015, 317. (CJ).
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime y ÁLVAREZ MAYA, Carolina, *Análisis de algunos aspectos de una rabiosa reforma stalinista: la cláusula general antielusiva y la sanción que propone el artículo 100 bis del Código Tributario*, N° 30, 2014, 49.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime y UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de la acción tributaria en el caso de sentencias dictadas por los "jueces delegados", Corte de Apelaciones de Santiago*, 3 de enero de 2003, N° 20, 2009, 823. (CJ).
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?*, N° 11, 2005, 175.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *Tratamiento tributario de la compensación económica*, N° 17, 2008, 257.

- GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Corte Suprema y gobierno judicial, un programa de reformas*, N° 20, 2009, 81.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile*, N° 21, 2010, 255.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio*, N° 19, 2009, 327.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio*, N° 22, 2010, 263.
- GARCÍA ODGERS, Ramón, *Reformas judiciales. Algunas claves para su entendimiento*, N° 17, 2008, 75.
- GAZMURI, Cristián, *Notas sobre las causas de la crisis de la democracia chilena en 1970-1973*, N° 6, 2002, 340.
- GODOY PÉREZ, Claudia, *“Entre butacas y el telón”: Rol contribuyente-colaborador del ayudante en el uso de TIC como herramienta metodológica de enseñanza*, N° 29, 2014, 683.
- GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, *Importancia de la contabilidad y el análisis financiero de una sociedad anónima*, N° 20, 2009, 741.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado*, N° 7, 2003, 129.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *El derecho de Quiebras, de Rafael Gómez Balmaceda y Gonzalo Eyzaguirre Smart*, N° 21, 2010, 597. (R).
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *Las preferencias*, N° 16, 2007, 299.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *Soluciones concursales para crisis financieras de las empresas*, N° 19, 2009, 263.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, *La sana crítica y la fundamentación de las sentencias*, N° 31, 2015, 99.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, *Reforma a los Conservadores de Bienes Raíces*, N° 18, 2008, 333.
- GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *La compensación en el derecho tributario chileno. Alcances generales*, N° 31, 2015, 181.
- GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *La inadmisibilidad probatoria en el procedimiento general de reclamaciones. Algunos alcances de la jurisprudencia emanada de los Tribunales Tributarios y Aduaneros*, N° 29, 2014, 255.

- GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *La responsabilidad del empleador por despido antisindical de trabajadores sin fuero*, N° 7, 2003, 147.
- GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *Notas sobre el procedimiento para declarar la existencia de abuso o simulación en el Proyecto de Reforma Tributaria (boletín 9290-05)*, N° 30, 2014, 79.
- GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *Notas sobre la recaudación del impuesto territorial*, N° 28, 2013, 443.
- GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *Reflexiones en torno a la potestad de la administración tributaria para la calificación de hechos, actos o negocios jurídicos. El nuevo artículo 4° bis del Código Tributario*, N° 32, 2015, 227.
- GONZÁLEZ ZÚÑIGA, Juan, *Reforma laboral; Ley N° 19.759, libro de don Héctor Humeres Noguez, discurso de presentación*, N° 5, 2002, 333.
- GOÑI GARRIDO, Carlos, *El seguro de responsabilidad civil y su creciente importancia en el nuevo escenario de la responsabilidad*, N° 19, 2009, 25.
- GREBE BARROS, Gonzalo, *Responsabilidad Médica*, N° 3, 2001, 149.
- GRIMALDI, Michel, *La reforma del derecho francés del divorcio*, N° 14, 2006, 201.
- GUIDI MOGGIA, Caterina, *Proyecto de Ley sobre "Uso de medios informáticos en el trabajo". Análisis crítico*, N° 19, 2009, 459.
- GUTIÉRREZ IRARRÁZAVAL, Juan Francisco y SANTANA HERNÁNDEZ, Nicolás, *Notas sobre la responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas*, N° 25, 2012, 283.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El contrato y los derechos fundamentales*, N° 32, 2015, 71.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones*, N° 3, 2001, 123.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 337. (VA).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Concepto de obligaciones laborales y previsionales según la jurisprudencia: límites a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, "De Miguel Alarcón con Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada y Codelco Chile, División Radomiro Tomic"*, 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 307. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Espinoza Cortés y otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda.*, 13 de agosto de 2001, N° 6, 2002, 319. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Requisitos de procesabilidad de la empresa mandante o dueña de la obra en la subcontratación laboral*, 25 de septiembre de 2010, N° 23, 2011, 491. (CJ).

- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Retamal Parra con N.P.H. inversiones*, 22 de enero de 2001, N° 4, 2001, 405. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguera*, N° 11, 2005, 341. (R).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Doctrina judicial en torno a la prescripción de derechos y acciones laborales: una unificación necesaria*, N° 19, 2009, 683. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *La mujer en el trabajo y la familia: roles en conflicto*, N° 24, 2011, 49.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho laboral y de la seguridad social en Chile*, N° 2, 2000, 103.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los seis fallos de mayo: ¿un antes y un después?*, N° 18, 2008, 567. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Presentación (del tema la Reforma Procesal Laboral)*, N° 14, 2006, 65.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Principales alcances de la nueva ley laboral, Ley N° 19.759 (D.O. 05.10.2001)*, N° 5, 2002, 203.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Tutela laboral y transformaciones en el mercado del trabajo*, N° 1, 2000, 177.
- HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *Corte Suprema Adrian con Comditex Ltda., Servitex Ltda. y Bordatex Ltda.*, 13 de agosto de 2003, N° 9, 2004, 403. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *La intervención de la Corte Suprema en la nueva justicia del trabajo: el recurso de unificación de jurisprudencia*, N° 21, 2010, 345.
- HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *Tendencias legislativas en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Chile, decenio 1999-2009*, N° 20, 2009, 215.
- HECKER PADILLA, Carlos, *El acceso a la justicia y la inversión extranjera*, N° 22, 2010, 205.
- HECKER PADILLA, Carlos, *El estado de necesidad en el Derecho francés y el Derecho Comparado*, N° 19, 2009, 139.
- HECKER PADILLA, Carlos, *El poder de los Estados soberanos y el derecho de las inversiones internacionales*, N° 29, 2014, 209.
- HECKER PADILLA, Carlos, *Evolución histórico-jurídica de los derechos humanos*, N° 23, 2011, 395.



- HECKER PADILLA, Carlos, *La no discriminación en el derecho de las inversiones internacionales*, N° 26, 2012, 125.
- HEMPEL MALESSA, Winfried, *El mundo no necesita más economistas ni tecnología sin filósofos y humanidad*, N° 29, 2014, 707.
- HENRÍQUEZ HERRERA, Ian, *El caso Artavia Murillo y los límites de la argumentación judicial*, N° 32, 2015, 33.
- HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel y ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, *La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España*, N° 10, 2004, 229.
- HÜBNER GUZMÁN, Ana María, *Jorge Iván Hübner Gallo. Estudios en su Homenaje de VV.AA.*, N° 17, 2008, 565. (R).
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Algunos comentarios a la ley N° 20.253 en materia de reincidencia*, N° 18, 2008, 491.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Participación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en la XLI Conferencia de la FIA (Federación Interamericana de Abogados). Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI*, N° 13, 2006, 425. (VA).
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *¿Caben la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguro?*, N° 14, 2006, 219.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Principales modificaciones al Libro I del Código Penal en los últimos 10 años (periodo 1999-2009)*, N° 20, 2009, 347.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Proyecto de ley chileno que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN*, N° 11, 2005, 139.
- HUMERES NOGUER, HÉCTOR, *La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo (Referencia a las Leyes N° 20.022, 20.023 y 20.087)*, N° 14, 2006, 73.
- HUMERES NOGUER, Héctor, *La seguridad social en la Constitución Política chilena*, N° 4, 2001, 107.
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2007*, N° 16, 2007, 509. (VA).
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2007*, N° 17, 2008, 537. (VA).
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2008*, N° 18, 2008, 629. (VA).
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2008*, N° 19, 2009, 791. (VA).

- IRRIBARRA SOBARZO, Eduardo, *Análisis sobre el fallo tributario de Coca-Cola Embonor contra el Servicio de Impuestos Internos, Tribunal Tributario y Aduanero*, N° 30, 2014, 559. (CJ).
- ISLER SOTO, Erika Marlene, *La acción por interés general derivada de la Ley 19.496, Corte de Apelaciones Santiago, Sernac con CMR Falabella*, 02 de octubre de 2013, N° 30, 2014, 545. (CJ).
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Algunas consideraciones acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas y de los agentes que las dirigen*, N° 24, 2011, 209.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Capital de riesgo: el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones*, N° 16, 2007, 391.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Colisión de bienes jurídicos protegidos entre el derecho de propiedad intelectual e industrial y la libre competencia en los mercados*, N° 21, 2010, 325.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Colusión: Un análisis jurisprudencial (primera parte)*, N° 32, 2015, 283. (CJ).
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Competencia desleal. ¿Cuándo optar entre aplicar el derecho de la libre competencia y la Ley N° 20.169?*, N° 28, 2013, 315.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Contrato de agencia comercial*, N° 27, 2013, 357.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos*, N° 18, 2008, 593. (CJ).
- JUPPET EWING, María Fernanda, *El mandato y responsabilidad del gerente general en las sociedades anónimas*, N° 23, 2011, 355.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *¿El orden de los factores altera el producto?: Nuevos riesgos de expropiación en América Latina*, N° 26, 2012, 421.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *La función social del mercado de valores*, N° 13, 2006, 393.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Ley de sociedades y cooperativas de garantía recíproca*, N° 17, 2008, 371.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Liquidación de una sociedad mercantil*, N° 30, 2014, 519.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Los ilícitos de carácter plurilateral en materia de libre competencia*, N° 20, 2009, 759.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Personas jurídicas: instrumentos de cooperación entre pequeñas y medianas empresas*, N° 19, 2009, 513.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Reflexiones sobre la regulación y autorregulación en la empresa*, N° 31, 2015, 157.

- JUPPET EWING, María Fernanda, *Una aproximación a la buena fe en el mercado como base fundametal del derecho corporativo*, N° 22, 2010, 215.
- KOKISCH MOURGUES, Domingo, *El proceso monitorio*, N° 5, 2002, 79.
- LARROUMET, Christian, *El desequilibrio negocial y el debilitamiento del nexo contractual*, N° 32, 2015, 149.
- LAGOS ERNST, María José, *Redes sociales e Internet: ¿Una nueva forma de hacer campaña electoral?*, N° 29, 2014, 511.
- LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *La prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190*, N° 17, 2008, 403.
- LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *Nulidad sustantiva en el procedimiento arbitral*, N° 20, 2009, 541.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *“Activismo Judicial en Chile: ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?”*, de José Francisco García G y Sergio Verdugo R., N° 29, 2014, 755. (R).
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso*, N° 24, 2011, 371.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Limitaciones a la facultad de exclusión de prueba del juez de garantía: una reforma necesaria al Código Procesal Penal*, N° 27, 2013, 299.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Parricidio: visión histórica del tipo y crítica a la actual doctrina dominante en Chile*, N° 23, 2011, 259.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Posiciones de garante en la dogmática penal: en especial crítica al principio de injerencia a la luz de la teoría de imputación objetiva de Roxin*, N° 25, 2012, 439.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Sobre el resarcimiento del daño patrimonial a consecuencia de un delito: fallo de la Corte Suprema causa rol N° 9.573-2014 (Contra Aaron Vásquez y su padre, por el asesinato de Alejandro Inostroza)*, N° 32, 2015, 345. (CJ).
- LEIVA SALAZAR, Felipe, *A propósito de Hidroaysén: notas sobre el fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*, N° 27, 2013, 279.
- MALDONADO F., Francisco, *“Derechos Fundamentales de los privados de Libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia”*, de Álvaro Castro, Miguel Cillero y Jorge Mera F., N° 23, 2011, 587. (R).
- MANASEVICH LÓPEZ, Cristián, *Artículo 258 del Código Procesal Penal. Una enmienda que se hace necesaria*, N° 25, 2012, 451.
- MANCIAUX, Sebastien (Trad. cast de Carlos Hecker), *La implicación de inversionistas extranjeros en ciertas violaciones a los derechos humanos*, N° 21, 2010, 71.

- MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo, *El sistema jurídico chileno de organización de los usuarios de aguas*, N° 3, 2001, 285.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *El principio de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano*, Separata N° 16, 2007, 17.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *La cesión del contrato en el derecho colombiano*, N° 13, 2006, 209.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual*, N° 11, 2005, 213.
- MARITANO VÁSQUEZ, Miguel, *Inaplicabilidad de la ley penal adolescente en tribunales militares*, N° 18, 2008, 473.
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo, *Notas sobre la unidad del Estado como principio constitucional*, N° 21, 2010, 429.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa, *El sistema español de responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo. El empresario como principal sujeto responsable*, N° 19, 2009, 209.
- MATTATALL TAPIA, Sebastián, *Nuevas tecnologías aplicadas a la docencia del Derecho*, N° 29, 2014, 693.
- MATURANA POZO, Bernardita Jesús, *Protección penal de la privacidad Artículos 161-A y 161-B del Código Penal*, N° 29, 2014, 567.
- MATURANA TOLEDO, Carlos, *Comentarios acerca del origen y competencia de los Tribunales Electorales Regionales*, N° 4, 2001, 149.
- MAZEAUD, Denis, *Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción en Francia*, Separata N° 16, 2007, 89.
- MEDINA JARA, Rodrigo, *De vuelta sobre los límites entre defraudaciones e incumplimientos civiles*, N° 16, 2007, 291.
- MEDINA JARA, Rodrigo, *Dos aspectos del delito de negociación incompatible*, N° 10, 2004, 223.
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones)*, N° 8, 2003, 273.
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A. y ODDÓ BEAS, Blanca, *Del transcurso de un plazo y el nacimiento de un acto administrativo presunto de aprobación*, N° 14, 2006, 161.
- MIHOVILOVIC BONARDI, Ariel, *Naturaleza jurídica de los derechos que se tienen respecto de una sepultura*, N° 19, 2009, 535.

- MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Reflexiones sobre la constitucionalidad de un eventual restablecimiento del examen de competencia ante la Corte Suprema para la obtención del título de abogado*, N° 16, 2007, 75.
- MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005*, N° 25, 2012, 237.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo, *Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, N° 10, 2004, 151.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena*, N° 9, 2004, 111.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *El justo y debido proceso en el derecho internacional*, N° 3, 2001, 87.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales*, N° 6, 2002, 147.
- MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Algunos aspectos de los recursos administrativos en la Ley N° 19.880, que establece bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado*, N° 9, 2004, 187.
- MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas*, N° 11, 2005, 231.
- MORALES GODOY, Misael, *La responsabilidad ante el Código Tributario*, N° 7, 2003, 173.
- MORENO VALENCIA, Fernando, *Subversión de los valores*, N° 10, 2004, 27.
- MORGADO M., Claudia, *La responsabilidad del pater por los delitos cometidos por sus dependientes*, N° 7, 2003, 83.
- MORONI BÁEZ, Paz, *Marco jurídico chileno sobre protección de variedades vegetales*, N° 30, 2014, 327.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual*, N° 6, 2002, 163.
- MUJICA ESCOBAR, Francisco Javier, *La protección de los consumidores no excluye la aplicación estricta de las reglas del Código Civil, Corte de Apelaciones de Santiago*, de 13 de enero de 2015, N° 32, 2015, 337. (CJ).
- MUJICA ESCOBAR, Francisco Javier, *No hay interpretación del artículo 206 del Código Civil que sea compatible con el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. Análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional que se han pronunciado respecto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil e incisos 3° y 4° del artículo 5° transitorio de la Ley 19.585, Tribunal Constitucional, varias sentencias*, N° 28, 2013, 531. (CJ).

- MUNITA MARAMBIO, Renzo, *Consideraciones sobre el efecto social de la innovación científica y algunas de sus consecuencias en la responsabilidad civil*, N° 29, 2014, 449.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo, *El impacto del riesgo derivado de avances científicos y tecnológicos en el derecho de la responsabilidad civil en Francia: evolución y algunas ilustraciones (antenas, conflictos de vecindad, hepatitis, etc.)*, N° 27, 2013, 387.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo, *La fuerza mayor y sus interrogantes conceptuales. Un análisis desde la perspectiva del derecho francés de la responsabilidad civil*, N° 30, 2014, 393.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo, *La pérdida de una chance. Nota desde una perspectiva comparada*, N° 28, 2013, 395.
- MUÑOZ, JUAN ÁNGEL, *Modernización y cambio en el poder judicial*, N° 15, 2007, 21.
- MUÑOZ ECHEVERRÍA, Cecilia, *Tribunal Constitucional y restricción vehicular*, N° 4, 2001, 423. (CJ).
- MUSSO GUERRERO, FERNANDO, *La Publicidad Comercial sobre soporte digital. Internet y otras tecnologías como plataformas de la Publicidad Comercial*, N° 29, 2014, 649.
- NAVARRETE PEÑA, Felipe, *Comentario al Mensaje Presidencial que "formula indicaciones al proyecto de ley sobre modificación del concepto de empresa"*, N° 30, 2014, 473.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Notas sobre su evolución histórica en Chile*, N° 22, 2010, 21.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Igualdad ante la ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, N° 26, 2012, 63.
- NOVOA ALDUNATE, Eduardo, *Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del ius puniendi estatal y la expansión del derecho penal*, N° 15, 2007, 191.
- NOVOA ZEGERS, Juan Pablo, *Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa*, N° 18, 2008, 431.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *"Derecho procesal penal chileno" de María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle*, N° 17, 2008, 587. (R).
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo*, N° 17, 2008, 29.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Apelación laboral*, N° 14, 2006, 91.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Aplicación de los artículos 48, 49 y 53 de Código de Procedimiento Civil (sic)*, Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de protección rol 356-2009, de 7 de septiembre de 2010, N° 23, 2011, 541. (CJ).
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Arqueología procesal*, N° 31, 2015, 213.

- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ausencia de notificación del auto de prueba, Corte de Apelaciones de Concepción*, Rol 1530-2011, 01 de diciembre de 2011, N° 26, 2012, 551. (CJ).
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Comentario de jurisprudencia*, N° 19, 2009, 697. (CJ).
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Comentario de jurisprudencia, Corte de Apelaciones de Concepción*, 10 de abril de 2013, Rol N° 50-2013, N° 28, 2013, 525. (CJ).
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia*, N° 13, 2006, 233.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El procedimiento monitorio civil*, N° 17, 2008, 49.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El proceso penal oral y el debido proceso*, N° 3, 2001, 69.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre Reforma Procesal Penal*, N° 2, 2000, 131.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Jurisprudencia, ¿sirve para algo?*, N° 21, 2010, 403.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La ajenidad del juez*, N° 19, 2009, 397.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil)*, N° 8, 2003, 165.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La involución del procedimiento de calificación de quiebra*, N° 9, 2004, 225.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ley de responsabilidad penal juvenil*, N° 15, 2007, 181.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral, de Julio Salas Vivaldi*, N° 3, 2001, 369. (R).
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Máximas de experiencia*, N° 10, 2004, 167.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Mejorar la justicia?*, N° 12, 2005, 25.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Nuevo procedimiento para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores*, N° 27, 2013, 317.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Obras pías. Capellanías y vinculaciones*, N° 29, 2014, 483.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Otra innovación en la protección de los derechos de los consumidores (SERNAC FINANCIERO)*, N° 26, 2012, 323.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Popurrí procesal*, N° 5, 2002, 99.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Privaciones y restricciones de libertad*, N° 11, 2005, 245.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Procedimiento electrónico?*, N° 25, 2012, 359.

- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Protección de datos de carácter personal*, N° 23, 2011, 375.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Proyecto de Código Procesal Civil, Prolegómeno*, N° 27, 2013, 101.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Son necesarias las reformas procesales?*, N° 6, 2002, 295.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Tras la paletada, nadie dijo nada... (art. 5° inc. 1° COT)*, N° 7, 2003, 317.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Un desastre procesal (Documento electrónico Arts. 342 N° 6 – 348 bis C.P.C.)*, N° 18, 2008, 239.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor y ROBLES MONTECINOS, Camila, *La exceptio pluris consortium*, N° 30, 2014, 497.
- OLAVARRÍA RODRÍGUEZ, Cristián, *El abuso de derechos constitucionales y de la personalidad jurídica en materia penal. Comentario a sentencia sobre el "Sindicato del Día Después". Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit N° S-50-2010, 30 de diciembre de 2010, N° 27, 2013, 503. (CJ).*
- OLIVARES GUZMÁN, Isabel, *Los proveedores frente al Estado a la luz de la Ley de Compras Públicas*, N° 25, 2012, 481.
- OÑATE VERA, Emilio A., *La importancia del control en la administración del Estado*, N° 25, 2012, 343.
- OÑATE VERA, Emilio A., *Las licencias de conducir profesionales y la implementación del sistema por puntos en la Ley de Tránsito*, N° 26, 2012, 459.
- OROZCO ARGOTE, Iris del Rocío, *Las denominaciones de origen en México*, N° 17, 2008, 385.
- ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil*, N° 5, 2002, 47.
- OTERO, Jorge Miguel y POHL I, Emilio, *Comentario sobre el impuesto al lujo*, N° 9, 2004, 425. (CJ).
- OTERO LATHROP, Miguel, *Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia*, N° 14, 2006, 25.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas*, N° 9, 2004, 371.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Comportamiento contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?*, N° 10, 2004, 287.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Daños por violencia intrafamiliar*, N° 14, 2006, 215.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Función judicial y Estado de Derecho*, N° 11, 2005, 47.



- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una aparente antinomia*, N° 11, 2005, 267.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuricidad*, N° 8, 2003, 309.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad contractual*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 10, 2004, 393. (R).
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho*, N° 7, 2003, 325.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Tendencias actuales en el Derecho de Contratos, 150 años del Código de Bello*, N° 12, 2005, 99.
- PACHECO QUEZADA, Jaime, *Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable*, Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de enero de 2006, N° 15, 2007, 313. (CJ).
- PACHECO QUEZADA, Jaime, *Distinción jurisprudencial entre autoría y complicidad en el delito de tráfico de drogas*, N° 25, 2012, 457.
- PACHECO QUEZADA, Jaime, *La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente como ley penal más favorable a contar de su plena vigencia*, N° 17, 2008, 273.
- PACHECO QUEZADA, Jaime, *La pluralidad de infracciones en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor en España y Chile*, N° 21, 2010, 493.
- PACHECO QUEZADA, Jaime, *La víctima en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor. Especial consideración de su derecho de participación y reparación*, N° 23, 2011, 313.
- PAIVA HANTKE, Gabriela, *Propiedad intelectual, marcas y conflictos sobre nombres de dominio en Internet*, N° 2, 2000, 265.
- PALACIOS MENA, Patricio, *Alcances sobre la responsabilidad objetiva*, N° 2003, 385.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *Efectos tributarios de la subcontratación y del suministro de trabajadores*, N° 18, 2008, 539.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios, un intento de precisar su fundamento y extensión*, N° 13, 2006, 245.
- PAUL DÍAZ, Álvaro y SOTO VELASCO, Sebastián, *Legislar con eficiencia: la importancia de evaluar las leyes*, N° 19, 2009, 585.
- PARADA GUZMÁN, César, *La imputabilidad: la objetivación de la responsabilidad, nuevos factores de atribución y ampliación del campo de legitimación activa y pasiva*, N° 2, 2000, 299.
- PECCHI CROCE, Carlos, *¡Adiós a un gran jurista y mejor amigo!*, N° 15, 2007, 39. (H).

- PECCHI CROCE, Carlos, *El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal*, N° 11, 2005, 119.
- PECCHI CROCE, Carlos y MATURANA MIQUEL, Cristian, *Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil*, N° 5, 2002, 25.
- PECCHI CROCE, Carlos y ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal*, N° 7, 2003, 47.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *¿Qué divorcio?*, N° 9, 2004, 25.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La reforma del Código Civil francés en derecho de obligaciones y el Código Civil chileno*, Separata N° 16, 2007, 113.
- PÉREZ DE ARCE IBIETA, Hermógenes, *Garantes de la institucionalidad*, N° 4, 2001, 233.
- PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves, contra ellas o con ellas: estado de la cuestión*, N° 4, 2001, 351.
- PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *España y el Segundo Conflicto del Golfo*, N° 8, 2003, 57.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre sobreseimiento del senador A. Pinochet*, N° 4, 2001, 429. (CJ).
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, N° 16, 2007, 247.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, N° 17, 2008, 315.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónimas*, N° 12, 2005, 145.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *A propósito de una sentencia sobre uso de información privilegiada*, Corte Suprema, 27 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 255. (CJ).
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Corte Suprema, Difusión de información falsa o tendenciosa e impacto en el mercado de valores. Nuevos criterios jurisprudenciales*, 07 de agosto de 2014, N° 31, 2015, 433. (CJ).
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del denominado Caso Cascadas*, N° 32, 2015, 207.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Nuevos deberes informativos y precisiones en torno al concepto de información privilegiada en el contexto de la ley que perfecciona el gobierno corporativo en empresas privadas*, N° 22, 2010, 181.

- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Regulación versus autorregulación. Un dilema crítico a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink*, N° 8, 2003, 249.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión?*, fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 31 de enero de 2008, N° 18, 2008, 577. (CJ).
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Una década de avances en la regulación legal de la actividad económica, especialmente en su vertiente financiera. Los desafíos pendientes*, N° 20, 2009, 297.
- PICASSO, Sebastián, *La teoría general del contrato en los proyectos de reforma del Código Civil argentino*, Separata N° 16, 2007, 73.
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La Reforma Procesal Penal: historia, estado actual y temas pendientes*, N° 2, 2000, 401.
- PIZARRO WILSON, Carlos, *El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: "El derecho de retracto"*, N° 11, 2005, 255.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto, *El valor de las sentencias condenatorias penales del nuevo derecho procesal penal en materia civil*, N° 18, 2008, 299.
- POBLETE ITURRATE, Orlando, *Consideraciones en torno a la vigencia del Código Procesal Penal*, N° 7, 2003, 61.
- POBLETE JIMÉNEZ, Carlos y PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La empresa frente a las pretensiones colectivas de trabajadores ajenos*, N° 20, 2009, 675.
- PRADO PUGA, Arturo, *Sobre la responsabilidad civil precontractual*, N° 32, 2015, 167.
- PUGA VIAL, Juan Esteban, *Comentarios sobre la nueva ley concursal sobre reorganizaciones y liquidaciones*, N° 27, 2013, 377.
- QUINTERO FUENTES, David, *Críticas y revisiones a la Teoría de la Justicia de John Rawls*, N° 18, 2008, 371.
- QUINTERO FUENTES, David, *La importancia de la "Teoría de la Justicia" de John Rawls para la solución de problemas de ética normativa*, N° 26, 2012, 339.
- RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Ltda. y Banco Internacional*, 11 de junio de 2003, N° 10, 2004, 305. (CJ).
- RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Correcta interpretación de los artículos 152, 430, 432, 469 y 687 del Código de Procedimiento Civil*, 6 de junio, 4 de julio y 13 de noviembre de 2007, N° 17, 2008, 489. (CJ).
- RABAT CELIS, Fernando José, *Procedencia del abandono del procedimiento en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión?*, N° 5, 2002, 109.

- RABAT CELIS, Fernando José, *Procedimiento aplicable a los juicios que versen sobre el cuidado personal de los hijos*, N° 6, 2002, 305.
- RABAT CELIS, Fernando José y MAURIZIANO CONCHA, Francesca, *Algunas reflexiones acerca de la acción de demarcación*, N° 24, 2011, 227.
- RABAT CELIS, Fernando José y MAURIZIANO CONCHA, Francesca, *Teoría de la posesión inscrita*, N° 26, 2012, 357.
- RAMÍREZ HERRERA, Rodrigo, *La distribución de la carga de la prueba en los procesos civiles sobre marca comunitaria en España, notas contextuales*, N° 21, 2010, 451.
- REYES GARCÍA-HUIDOBRO, Juan Pablo, *Espacio costero marino de pueblos originarios y la suspensión de las concesiones marítimas*, N° 26, 2012, 437.
- REYES RIVEROS, Jorge, *Comentarios respecto de la norma consagrada en el art. 8° bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, N° 3, 2001, 319.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El efecto declarativo de la partición y los patrimonios de la sociedad conyugal, Casación en el fondo*, 21 de julio de 2005, N° 18, 2008, 477. (CJ).
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El ejercicio de la servidumbre de tránsito: acción y excepción procedentes, Casación en el fondo*, 29 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 401. (CJ).
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La acción de precario respecto a un predio reservado de la mujer casada, Casación en el fondo*, 16 de marzo de 2000, N° 9, 2004, 413. (CJ).
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La boleta bancaria de garantía y la indemnización de perjuicios compensatoria, Casación en el fondo*, 26 de marzo de 2007, N° 20, 2009, 813. (CJ).
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *La reforma procesal civil en materia probatoria*, N° 21, 2010, 407.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 10, 2004, 295.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Gabriel, *Inauguración del año académico, Facultad de Derecho, (Sede Concepción)*, N° 23, 2011, 575. (VA).
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Gabriel, *Ley 19.983 regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura*, N° 12, 2005, 123.
- RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso año académico 2000 (Sede Concepción)*, N° 2, 2000, 395. (VA)
- RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso de Inauguración del Año Académico 2015, Sede Concepción*, N° 32, 2015, 379. (VA).

- RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso de Inauguración del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata N° 16, 2007, 13.
- RIQUELME GONZÁLEZ, José A., *La actual reforma tributaria es perjudicial para la juventud*, N° 30, 2014, 109.
- RIQUELME PALLAMAR, Paulina; MEDINA FUENTES, Paula y BUSTOS PEÑAILILLO, Daniela, *Nueva Institucionalidad Ambiental: Criterios de diseño para el desarrollo regulatorio*, N° 23, 2011, 229.
- RIVERA VILLALOBOS, Hugo, *Corte Suprema, Contradicción en sentencias sobre legítima defensa*, 28 de diciembre de 2000 y 3 de junio de 2002, N° 10, 2004, 317. (CJ).
- RODRÍGUEZ CÁCERES, Andrés, *Justicia distributiva: una aproximación a Rawls y otras doctrinas económico-filosóficas*, N° 17, 2008, 433.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abogados forenses*, N° 16, 2007, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abolición del recurso de casación*, N° 29, 2014, 15.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abuso circunstancial y laguna legal*, N° 19, 2009, 79.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *A la memoria de Ernesto Silva Bafalluy*, N° 25, 2012, 9. (H).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *A propósito de la excepción del contrato no cumplido*, N° 10, 2004, 299.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Acerca del artículo 1679 del Código Civil*, N° 12, 2005, 189.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Actualidad Jurídica cumple 5 años*, N° 10, 2004.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Constitucionalización del derecho*, N° 22, 2010, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Corte Suprema, Uso de información privilegiada*, 25 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 239. (CJ).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis de la Justicia?*, N° 12, 2005, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis moral o subversión de los valores?*, N° 10, 2004, 13.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Daño moral: un laberinto jurídico*, N° 25, 2012, 83.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Dependencia estructural*, N° 17, 2008, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Derecho y Justicia*, N° 5, 2002, 345.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Diez reformas a la administración de justicia*, N° 24, 2011, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de agradecimiento al libro de homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 589. (H).

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2004, Facultad de Derecho*, N° 10, 2004, 355. (VA).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2005, Facultad de Derecho*, N° 12, 2005, 237. (VA).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2007, Facultad de Derecho*, N° 16, 2007, 504. (VA).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2008, Facultad de Derecho*, N° 18, 2008, 626. (VA).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Inauguración Año Académico 2015, Sede Santiago*, N° 32, 2015, 373. (VA).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso del Decano de la Facultad en el acto de graduación de los nuevos licenciados*, N° 19, 2009, 787. (VA).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, N° 17, 2008, 545. (R).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro "Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su Homenaje"*, N° 17, 2008, 562. (R).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso Inaugural del año académico 2002*, N° 6, 2002, 334. (VA).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El contrato de tracto sucesivo: una tipología especial*, N° 26, 2012, 169.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El "debido proceso" a la luz de la ley chilena*, N° 3, 2001, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tema central*, N° 2, 2000, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley*, N° 1, 2000, 47.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estado de Derecho y crisis del sistema judicial*, N° 32, 2015, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estructura funcional del Derecho (prólogo del autor)*, N° 6, 2002, 367.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estudios Pendientes (Presentación)*, N° 4, 2001, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Existe el derecho internacional?*, N° 8, 2003, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Hacia el gobierno de los jueces?*, N° 14, 2006, 9.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Hacia una nueva concepción del contrato (Cinco ideas para su renovación)*, N° 27, 2013, 157.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Hacia un nuevo derecho de familia*, N° 13, 2006, 117.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Innovaciones en materia de Regímenes Patrimoniales*, N° 1, 2000, 193.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Interdependencia de las obligaciones generadas por el contrato*, N° 32, 2015, 155.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La Constitución de 1980, hija de su tiempo*, N° 4, 2001, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Las Obligaciones*, de René Abeliuk Manasevich, N° 19, 2009, 801. (R).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999*, N° 7, 2003, 219.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias*, N° 20, 2009, 365.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, de Enrique Alcalde Rodríguez, N° 8, 2003, 345. (R).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Matrimonio y divorcio vincular*, N° 9, 2004, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pacta sunt servanda*, N° 18, 2008, 107.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Abogados Forenses)*, N° 16, 2007, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil)*, N° 28, 2013, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Aspectos constitucionales del proyecto de reforma procesal civil)*, N° 27, 2013, 3.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema ¿Cabe al Poder judicial responsabilidad en la crisis del Estado de Derecho?)*, N° 32, 2015, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Crisis de la Justicia)*, N° 12, 2005, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Debilidades estructurales del Poder Judicial)*, N° 17, 2008, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema ¿Deterioro del "Estado de Derecho"?*, N° 31, 2015, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Efectos de la Jurisdicción Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Chileno)*, N° 22, 2010, 5.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema El divorcio vincular)*, N° 9, 2004, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Ética y Responsabilidad Profesional)*, N° 6, 2002, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Fallo del Tribunal Constitucional, sobre la llamada "píldora del día después")*, N° 18, 2008, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Grandes reformas pendientes en la Administración de Justicia)*, N° 24, 2011, 3.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Independencia del Poder Judicial)*, N° 11, 2005, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema La crisis del derecho internacional)*, N° 8, 2003, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema La reforma procesal penal)*, N° 7, 2003, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Las nuevas fuentes de responsabilidad civil)*, N° 21, 2010, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Modernización o estancamiento del Poder Judicial)*, N° 14, 2006, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema nueva constitución)*, N° 29, 2014, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema ¿Nuevas normas constitucionales sobre la educación? Los proyectos pendientes)*, N° 25, 2012, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Principales reformas jurídicas del decenio)*, N° 20, 2009, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Pugna Generacional)*, N° 15, 2007, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Pugna valórica y errores de la ley anti-discriminación)*, N° 26, 2012, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Reformas Constitucionales Ley N° 20.050)*, N° 13, 2006, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Reforma Tributaria: Luces y sombras)*, N° 30, 2014, 3.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Responsabilidad extracontractual del Estado)*, N° 23, 2011, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Responsabilidad profesional del abogado)*, N° 19, 2009, 5.



- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del Tercer Congreso Nacional de Ayudantes de Derecho)*, N° 29, 2014, 491.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Puede hablarse de un derecho del consumidor? (primera parte)*, N° 29, 2014, 169.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Puede hablarse de un derecho del consumidor? (segunda parte)*, N° 30, 2014, 125.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Puede hablarse de un derecho del consumidor? (tercera parte)*, N° 31, 2015, 57.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pugna Generacional*, N° 15, 2007, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma al sistema de integración de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema*, N° 20, 2009, 71.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil*, N° 5, 2002, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil, errores e inviabilidad*, N° 27, 2013, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Renovación de los estudios de Derecho*, N° 2, 2000, 117.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual colectiva*, N° 21, 2010, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad profesional*, N° 22, 2010, 103.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre discriminación arbitraria*, N° 28, 2013, 187.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 9, 2004, 121.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la responsabilidad profesional*, N° 19, 2009, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre un fallo del Tribunal Constitucional*, N° 18, 2008, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Subordinación del Poder Judicial*, N° 11, 2005, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Una reforma necesaria (presentación del tema: Reforma Procesal Civil)*, N° 5, 2002, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, FUENTES TORRIJO, Ximena, VALENZUELA V, Luis, *Controversia sobre los alcances del Fallo de los Lores*, N° 1, 2000, 11.
- RODRÍGUEZ PRIETO, María del Pilar, *El acceso a la información pública y su proceso online*, N° 29, 2014, 531.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Nuevo régimen de adopción*, N° 1, 2000, 283.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Responsabilidad civil individual del médico*, N° 3, 2001, 181.

- ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Ley, interpretación y exceso judicial*, N° 11, 2005, 39.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento*, N° 9, 2004, 175.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Algunas de las claves del nuevo proceso penal*, N° 7, 2003, 13.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Claves de la Reforma Procesal Civil*, N° 20, 2009, 143.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Corte Penal Internacional y Soberanía Universal*, N° 2, 2000, 9.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Corte Suprema, La casación en el fondo no es una trampa (fáctica) para el litigante que triunfa en alzada por motivo descaminado*, 03 de enero de 2012, N° 31, 2015, 397. (CJ).
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Desigualdad de trato jurídico en la reforma procesal penal*, N° 12, 2005, 47.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El poder de acusar y la preparación del juicio oral*, N° 9, 2004, 207.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdiccionalidad*, N° 1, 2000, 55.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal*, N° 6, 2002, 265.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil*, N° 22, 2010, 315.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *En defensa de la casación*, N° 29, 2014, 25.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *¿Igualdad jurídica en Chile?*, N° 4, 2001, 199.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La nulidad formal de la sentencia civil, estudio en homenaje a la memoria de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 41.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal*, N° 6, 2002, 227.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario y ROJAS SEPÚLVEDA, Eduardo, *Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas*, N° 5, 2002, 275.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario y TORRES DUFFAU, Marcelo, *Delito permanente, amnistía y prescripción*, N° 11, 2005, 87.
- ROMÁN CORDERO, Cristián, *Servicio Nacional del Consumidor y mediación colectiva*, N° 30, 2014, 481.
- ROMÁN DÍAZ, Fernando, *El nuevo recurso de unificación de jurisprudencia en la reforma al proceso laboral (un extraño recurso de nulidad con nombre de fantasía)*, N° 18, 2008, 535.

- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *El concepto de parte y de interviniente en la reforma al proceso civil chileno*, N° 20, 2009, 163.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La Corte Suprema y la reforma procesal civil*, N° 27, 2013, 63.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Reforma Procesal Civil y los trasplantes jurídicos*, N° 29, 2014, 55.
- ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Derechos y deberes en el acto médico*, N° 6, 2002, 45.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Alcances del legítimo contradictor en las acciones de filiación*, N° 13, 2006, 137.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado*, N° 5, 2002, 163.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca del Estatuto de la Filiación*, N° 1, 2000, 259.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual*, N° 2, 2000, 277.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos efectos prácticos relacionados con la aplicación de la Ley de Matrimonio Civil e instalación de los Tribunales de Familia*, N° 20, 2009, 195.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos principios que informan la teoría de la ley. (Título preliminar del Código Civil)*, N° 30, 2014, 175.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Discurso de presentación al libro de homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 577. (H).
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral*, N° 19, 2009, 703. (CJ).
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho como creación colectiva, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 1, 2000, 321. (R).
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿Es constitucional la norma del inciso 2° del artículo 182 del Código Civil chileno, que impide impugnar la filiación determinada del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida o reclamar una filiación distinta?*, N° 23, 2011, 161.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Estructura funcional del derecho, de Pablo Rodríguez Grez, discurso de presentación*, N° 5, 2002, 329. (R).
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La interpretación judicial de la ley*, N° 17, 2008, 89.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La naturaleza de las obligaciones de los médicos*, N° 9, 2004, 131.

- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La pugna valórica en la ley que establece medidas contra la discriminación arbitraria*, N° 26, 2012, 31.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La simulación y la jurisprudencia*, N° 11, 2005, 53.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevas normas reguladoras de los arrendamientos de predios urbanos*, N° 8, 2003, 171.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevo Derecho de Familia, diversas tendencias*, N° 17, 2008, 550. (R).
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevo enfoque de la ineficacia jurídica de derecho privado en el pensamiento del profesor Pablo Rodríguez Grez*, N° 21, 2010, 171.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Persona, Familia y Sociedad*, N° 1, 2000, 133.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Principios que rigen el Libro Primero del Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil y los regímenes matrimoniales y el Libro Segundo del Código Civil*, N° 31, 2015, 81.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Responsabilidad Contractual, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 10, 2004, 365. (R).
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello?*, N° 10, 2004, 55.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Una experiencia de examen de casos*, N° 22, 2010, 167.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo y ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *La participación ciudadana y el derecho de asociación en la ley N° 20.500 de 2011*, N° 24, 2011, 85.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo; RABAT CELIS, Fernando José y WARNIER READI, María Isabel, *Algunos alcances sobre la protección de los datos de carácter personal*, N° 28, 2013, 207.
- SAHLI CRUZ, Juan Carlos, *La empresa individual de responsabilidad limitada*, N° 8, 2003, 123.
- SALAS VIVALDI, Julio, *El debido proceso: tres instituciones procesales y una ausente. El ámbito constitucional*, N° 3, 2001, 51.
- SALAS VIVALDI, Julio, *La nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal*, N° 10, 2004, 133.
- SALDÍAS CÁRCAMO, Camila Odette, *Recurso de unificación de jurisprudencia desde el análisis comparado*, N° 27, 2013, 437.
- SAMITH VEGA, Gina, *El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana*, N° 9, 2004, 71.
- SÁNCHEZ ANDRADE, ANDRÉS, *La responsabilidad en los contratos de compraventa internacionales celebrados por Internet*, N° 7, 2003, 201.

- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Comentarios a la Ley N° 19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, N° 8, 2003, 143.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Contrato de outsourcing informático*, N° 10, 2004, 175.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Marcas comerciales y nombres de dominio*, N° 9, 2004, 235.
- SANTELICES RÍOS, Víctor, *Tratamiento de la evidencia contenida en soportes informáticos como prueba en el proceso penal*, N° 29, 2014, 539.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *Comentarios relativos al proyecto de ley que establece un régimen simplificado para la constitución y modificación de sociedades comerciales*, N° 24, 2011, 387.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *Derecho Internacional Privado de Aldo Monsálvez Müller*, N° 17, 2008, 601. (R).
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato de opción*, N° 17, 2008, 351.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato swap*, N° 18, 2008, 413.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *Las asociaciones gremiales*, N° 22, 2010, 155.
- SARROCA POBLETE, José Miguel, *Las sociedades por acciones SpA*, N° 21, 2010, 515.
- SCHMIDT HOTT, Claudia, *Inconstitucionalidad de la caducidad de la acción impugnatoria de filiación, con especial referencia a la filiación matrimonial en lo que respecta a la presunción simplemente legal de paternidad*, N° 20, 2009, 483.
- SCHMIDT HOTT, Claudia, *Procedencia de la compensación económica en juicio de divorcio por culpa y cese de convivencia por petición unilateral por más de tres años*, N° 24, 2011, 123.
- SERÓN MÖLLER, Natalia, *Implementación del permiso postnatal parental: ¿una solución?*, N° 25, 2012, 385.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2007*, N° 16, 2007, 497. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2007*, N° 17, 2008, 529. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2008*, N° 18, 2008, 619. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2008*, N° 19, 2009, 779. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2009*, N° 20, 2009, 847. (VA).

- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2009*, N° 21, 2010, 559. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2010*, N° 22, 2010, 535. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2010*, N° 23, 2011, 551. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2011*, N° 24, 2011, 427. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2011*, N° 25, 2012, 633. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2012*, N° 26, 2012, 591. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2012*, N° 27, 2013, 515. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Primer Semestre 2013*, N° 28, 2013, 593. (VA).
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago, Segundo Semestre 2013*, N° 29, 2014, 719. (VA).
- SILVA ABBOTT, Max, *Derecho, política y valores en Norberto Bobbio*, N° 12, 2005, 177.
- SILVA ABBOTT, Max, *Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público?*, N° 9, 2004, 83.
- SILVA ABBOTT, Max, *Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación*, N° 10, 2004, 83.
- SILVA MÉNDEZ, Ernesto, *Introducción a la Economía Política Constitucional*, N° 18, 2008, 189.
- SILVA PRADO, José Pedro, *Aspectos fundamentales del proyecto de Código Procesal Civil*, N° 27, 2013, 105.
- SILVA PRADO, José Pedro, *Recurso extraordinario y precedente*, N° 29, 2014, 43.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *"Acto u omisión ilegal" en el artículo 20, inciso 2°, de la Constitución: ¿una reforma inútil?*, N° 15, 2007, 161.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial*, N° 3, 2001, 303.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Sobre jurisprudencia*, N° 32, 2015, 29.
- SOTO LARREÁTEGUI, Josefina, *La responsabilidad del Estado-Municipalidad*, N° 7, 2003, 183.

- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *¿Hay una ética de los abogados?*, N° 6, 2002, 13.
- TAGLE MARTÍNEZ, Hugo, *La verdadera tercera vía*: N° 1, 2000, 161.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier, *El contrato y los derechos fundamentales. La constitucionalización del derecho*, N° 32, 2015, 65.
- TAPIA ELORZA, Eduardo, *Las cláusulas abusivas en el derecho del consumo y el crédito al consumo*, N° 4, 2001, 299.
- TAPIA WITTING, Enrique, *Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación*, N° 5, 2002, 53.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *El principio de facilidad de la prueba en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil para Chile: una propuesta de conciliación*, N° 27, 2013, 137.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La eliminación de la casación civil: marchando contra los tiempos. (Una propuesta de conciliación)*, N° 29, 2014, 83.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La incompatibilidad de causales en el recurso de nulidad y otras características de sus motivos de procedencia: importancia de la lógica en la fundamentación de los recursos*, N° 19, 2009, 127.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Retrospectiva y perspectivas de la reforma procesal penal*, N° 20, 2009, 127.
- TERNERA BARRIOS, Francisco, *Apuntes sobre la "conurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica*, Separata N° 16, 2007, 65.
- THAYER ARTEAGA, William, *El Nuevo procedimiento laboral, Proyecto antiguo y ley precipitada*, N° 18, 2008, 519.
- THAYER ARTEAGA, William, *Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena*, N° 4, 2001, 261.
- THOMAS, Vincent (Trad. de Carlos Hecker Padilla), *La entrada, contrato de acceso al estadio en el derecho francés*, N° 26, 2012, 479.
- UBILLA GRANDI, Luis, *El registro de accionistas. (En especial en las sociedades anónimas cerradas)*, N° 28, 2013, 383.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de los delitos e infracciones a la legislación tributaria*, N° 8, 2003, 227.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Reforma a la justicia tributaria*, N° 5, 2002, 129.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Corte Suprema, Sentencia que constituye una sanción a la creación de hechos gravados por la vía administrativa*, 29 de junio de 2000, N° 9, 2004, 417. (CJ).
- UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Plazos de prescripción en materia tributaria*, N° 18, 2008, 499.

- UGARTE GODOY, José Joaquín, *El matrimonio es por su naturaleza indisoluble*, N° 9, 2004, 37.
- UGOLINI TELLO, José Alonso, *Una nueva atribución de la Dirección del Trabajo: la calificación de las garantías que deben constituir las empresas de servicios transitorios*, N° 16, 2007, 479. (CJ).
- VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *La administración de la Sociedad por Acciones, o de cómo ha sido reivindicada la libertad contractual en la tipología societaria chilena*, N° 23, 2011, 139.
- VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *Los acuerdos de Producción Limpia: principios, naturaleza y política de producción limpia*, N° 21, 2010, 89.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil*, N° 9, 2004, 197.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El negocio jurídico como acto de lenguaje*, N° 7, 2003, 263.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Consideraciones sobre los desafíos que el Derecho Ambiental impone a la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, N° 24, 2011, 355.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Derecho ambiental como derecho público. Instrumentos de la política ambiental*, N° 22, 2010, 377.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Desarrollo sustentable, ¿un paradigma en crisis?*, N° 26, 2012, 497.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Evaluación ambiental estratégica: instrumento sustantivo de regionalización*, N° 26, 2012, 301.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Fundamentos de la relación entre ambiente y energía. Derecho Ambiental: el factor de equilibrio entre ambos*, N° 25, 2012, 513.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Gran reforma ambiental legislativa e institucional. Lo más relevante para las empresas*, N° 28, 2013, 513.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *La protección ambiental en el ámbito constitucional*, N° 27, 2013, 221.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Las fases esenciales de la responsabilidad ambiental: preventiva y correctiva, instituciones comparadas entre el derecho norteamericano y el chileno*, N° 21, 2010, 49.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Revisión de dos tratados ecológicos y su comparación*, N° 23, 2011, 281.
- VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *Carl Schmitt. La agonía del Ius Publicum Europaeum*, N° 13, 2006, 343.



- VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *I signori della pace (Los señores de la Paz), una crítica del globalismo giuridico, de Danilo Zolo, N° 1, 2000, 341. (R).*
- VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales, N° 9, 2004, 321.*
- VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Algunas reflexiones sobre la compensación económica, N° 13, 2006, 171.*
- VERA LAMA, Rodrigo, *Algunas tendencias jurisprudenciales sobre el recurso de apelación en materia penal, N° 32, 2015, 349. (CJ).*
- VERA LAMA, Rodrigo, *Investigación criminalística militar, N° 30, 2014, 373.*
- VERA LAMA, Rodrigo, *Porte de arma de fuego convencional por personal de instituciones armadas fuera del servicio, N° 29, 2014, 431.*
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el Derecho Civil chileno, N° 13, 2006, 189.*
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *El acceso a la profesión de abogado en España, N° 16, 2007, 51.*
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento, N° 15, 2007, 93.*
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio de derecho comparado sobre la promesa de matrimonio en las legislaciones alemana, austríaca y suiza, N° 20, 2009, 445.*
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio del derecho a la propia imagen desde una perspectiva jurisprudencial, veinticinco años después de la promulgación de la Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 de mayo, N° 16, 2007, 203.*
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Democratic Chile. The Politics and Policies of a Historic Coalition, 1990-2010, de Kirsten Sehnbruch y Peter M. Siavelis (editors), N° 31, 2015, 455. (R).*
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Derecho Público Iberoamericano de VV.AA Año 1, N° 2, N° 28, 2013, 619. (R).*
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional, N° 22, 2010, 55.*
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Inconstitucionalidad por omisión del legislador, N° 19, 2009, 373.*
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La Declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos, N° 18, 2008, 247.*

- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Las leyes orgánicas constitucionales en el régimen presidencial. Lo que el debate constituyente está olvidando*, N° 30, 2014, 273.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La objeción democrática a los límites materiales de la reforma constitucional*, N° 28, 2013, 299.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La resistencia de las Constituciones Nacionales*, de Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton, N° 25, 2012, 663. (R).
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La vida Privada de las figuras públicas. El interés público como argumento que legitima la intromisión en la vida privada*, de Ignacio Covarrubias Cuevas, N° 29, 2014, 769. (R).
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Problemas del plebiscito como instrumento democrático y como decisor de políticas públicas*, N° 25, 2012, 257.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales*, N° 20, 2009, 597.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, "Schools for Misrule. Legal Academia and Overlawyered America", de Walter Olson, N° 27, 2013, 557. (R).
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio y GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Radiografía al Instituto nacional de DD.HH.: entre la política y el derecho*, N° 26, 2012, 193.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio y GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos*, N° 25, 2012, 175.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio y OTTONE LAPOSTOL, Carla, *Revisitando el debate sobre los abogados integrantes y la independencia del Poder Judicial*, N° 27, 2013, 199.
- VERGARA BEZANILLA, José Pablo, *La mercantilización del daño moral*, N° 2, 2000, 177.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 441. (VA).
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2001*, N° 5, 2002, 325. (VA).
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 333. (VA).
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 455. (VA).
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 333. (VA).
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Despido abusivo y daño moral*, N° 8, 2003, 293.

- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez, N° 5, 2002, 349.*
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconvencción, N° 6, 2002, 327.*
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado, N° 19, 2009, 33.*
- VERGES, Etienne, *El derecho francés de la prueba civil: una carga compartida entre las partes y el juez, N° 27, 2013, 81.*
- VIAL DEL RÍO, Víctor, *Algunas reflexiones en torno a la excepción de contrato no cumplido, N° 32, 2015, 57.*
- VILLABLANCA CERDA, Lusitania, *Derecho y regulación en Francia. Derecho de la regulación, N° 22, 2010, 237.*
- VILLABLANCA CERDA, Lusitania, *Organización del regulador de los mercados financieros. Derecho Comparado, N° 24, 2011, 297.*
- VILLAGRÁN ABARZÚA, Marcelo, *La descentralización en Chile, N° 23, 2011, 383.*
- VV.AA. (Varios Autores), *Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre, N° 17, 2008, 544. (R).*
- VV.AA. (Varios Autores), *Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su homenaje, N° 17, 2008, 560. (R).*
- VV.AA. (Varios Autores), *Seminario Internacional: "Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno", N° 17, 2008, 549.*
- WARNIER READI, Isabel, *Documento electrónico, firma electrónica y formación del consentimiento por medios tecnológicos, N° 29, 2014, 613.*
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), N° 2, 2000, 371. (VA)*
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *China, el imperio de las mentiras, de Guy Sorman, N° 16, 2007, 515. (R).*
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El juez y el juicio en Tomás de Aquino, N° 3, 2001, 135.*
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El principio de probidad: análisis ético-político, N° 27, 2013, 327.*
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Introducción al Derecho, de Agustín Squella Narducci, N° 2, 2000, 437. (R).*

- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del Jurista*, N° 1, 2000, 307. (VA).
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La dignidad de la persona humana en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 31.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La mujer ante el derecho internacional público*, N° 11, 2005, 281.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Libre empresa, derecho, humanismo*, N° 1, 2000, 95.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Teoría del Gobierno, derecho chileno y comparado, de José Luis Cea Egaña*, N° 3, 2001, 359. (R).
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Verdad, valores, poder, piedras de toque de la sociedad pluralista, de Joseph Ratzinger*, N° 14, 2006, 313. (R).
- WINTER DEL RÍO, Federico, *La regulación sectorial de la energía geotérmica en Chile. Problemas y propuestas*, N° 25, 2012, 315.
- YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Comentario y Jurisprudencia del Código del Trabajo, de William Thayer Arteaga*, N° 22, 2010, 551. (R).
- YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguez*, N° 21, 2010, 599. (R).
- YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Las Facultades y Deberes del Juez en materia probatoria en el Proceso Laboral. Análisis Crítico, de Raúl Fernández Toledo*, N° 25, 2012, 673. (R).

ACTUALIDAD  
**JURIDICA**

**Formulario de Suscripción**

---

Nombre \_\_\_\_\_

Dirección \_\_\_\_\_

Dirección de despacho \_\_\_\_\_

Comuna \_\_\_\_\_

Ciudad \_\_\_\_\_ País \_\_\_\_\_

Teléfono \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_

Profesión/Carrera \_\_\_\_\_

Universidad/Instituto \_\_\_\_\_

Empresa/Institución \_\_\_\_\_

Giro \_\_\_\_\_

R.U.T. \_\_\_\_\_ E-mail \_\_\_\_\_

**Tipo de Suscripción**

Nueva          Renovación      1 Año    2 Años

Emitir cheque cruzado a nombre de

**“Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda.”**

por la suma de \$ por suscripción (es)

**Tipo de Documento**

Boleta          Factura

<b>SUSCRIPCION*</b>	<b>1 AÑO (2 Revistas)</b>	<b>2 AÑOS (4 Revistas)</b>
<b>Nacional</b>	\$ 22.000	\$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:

**EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Avda. La Plaza 700  
Santiago / Chile.  
Fono 56-2-299 92 71  
Fax: 56-2-299 92 71  
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456  
Concepción / Chile.  
Fono 56-41-268690  
Fax: 56-41-268669  
E-mail: cferrando@udd.cl

