

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año XVII, N° 34 – Julio 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

• Presentación	5
I. Tema Central: “Fallo del Tribunal Constitucional sobre la Reforma Laboral”	
• La titularidad sindical en la Reforma Laboral (C. Halpern M.).....	9
• El derecho de los sindicatos a requerir las remuneraciones de los trabajadores. Acerca de cómo una sentencia del Tribunal Constitucional puede terminar discriminando arbitrariamente (I. Covarrubias C.).....	29
• El fundamento jurídico que determinó el Tribunal Constitucional sobre la reforma laboral: el considerando 63° (H. Fábrega V.)	45
II. Ensayos y estudios	
• Hacia una Constitución artificial (H. Fábrega V.)	57
• Actuales desafíos del derecho (P. Rodríguez G.)	61
• Una clasificación de los actos administrativos (I. Aróstica M.)	85
• El populismo en Hispanoamérica: una lectura diferente (J. Alvear T.).....	95
• Farmacias populares (J.M. Díaz de V. J.).....	109
• Transparencia en el arbitraje de inversión extranjera: Amicus Curiae y publicidad (R. Campusano D. – A. Bolado P.).....	127
• Un nuevo procedimiento: ¡electrónico! Ley N° 20.886, 18-12-2015 (H. Oberg Y.).....	149
• La responsabilidad civil de los jueces: procedencia y régimen aplicable (P. Fuenzalida M.).....	161
• Elementos y principios necesarios para dar un nuevo aire a la regionalización chilena (N. Rodríguez R.).....	187
• Nuevo Impuesto a la plusvalía: el crear impuestos sin justificación alguna (J. A. Riquelme G.).....	231
• Aplicación de la pena sustitutiva de remisión condicional a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público (R. Vera L.).....	261
• Ius variandi y dirigentes sindicales. Revisión jurisprudencial del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo (J. Varela Ch.)	275

III. Análisis jurisprudencial

- **Colusión: Un análisis jurisprudencial (Tercera parte): Medios de prueba y aplicación de multas** M. F. Juppert E. 305

IV. Libros, resúmenes y reseñas

- **La unificación de la jurisprudencia laboral. Contexto teórico, análisis doctrinal y temático, de C. Halpern y H. Humeres** (R. Cerón R.)..... 331
- **Índice Revista de Derecho Público Iberoamericano, UDD, N° 8, abril de 2016** 335
- **Índice Ius Publicum N°36/2016** 337

Presentación

La presente edición de "Actualidad Jurídica" (N° 34) contiene, como tema central, diversos comentarios sobre la reforma laboral propuesta al Congreso Nacional por el Poder Ejecutivo el 29 de diciembre de 2014.

No cabe duda que el campo jurídico aparece hondamente conmovido por tres proyectos de ley que, razonablemente, han afectado lo que en derecho se denomina "certeza jurídica". Por un lado, se propone sustituir la actual Constitución por otra, nacida en un proceso inédito, que se ha pretendido caracterizar como esencialmente participativo, y que se halla en plena ejecución. A lo anterior habría que agregar una reforma educacional cuyos contornos esenciales siguen siendo todavía difusos, pero que, en todo caso, pone en peligro parte sustancial de los avances logrados especialmente en la enseñanza superior. No es extraño, entonces, que asistamos a un proceso de desconfianza e inestabilidad de las instituciones fundamentales, lo cual redundará en un retraimiento de los principales sectores de la actividad pública y privada.

Nos podemos olvidar lo que, sobre esta materia, sostenía Jorge Millas, el más insigne de nuestros filósofos del derecho, cuando destacaba que la "seguridad jurídica", esto es, la convicción de que nuestra conducta está sometida al mandato de las leyes y que éstas se cumplirán, representa el único valor propiamente jurídico y el aporte más significativo del derecho a la organización social. Un cúmulo de proyectos, frecuentemente modificados en las diversas etapas de formación de la ley, y que tocan aspectos medulares del ordenamiento constitucional y legal del país, no han podido menos que alterar severamente nuestra convivencia. Lo señalado se ve ratificado por la crisis que afecta a prácticamente a todos los partidos políticos, cuyas consecuencias resulta imposible de anticipar.

Pocas veces se ha visto a los hombres y mujeres de derecho más apremiados por las circunstancias, ante una ciudadanía desconcertada que legítimamente exige un mínimo de estabilidad para organizar sus emprendimientos y proyectos de vida. De aquí la necesidad de enfrentar esta problemática comenzando con las divergencias suscitadas con ocasión de la reforma laboral, la que no sin razón ha sido catalogada como "reforma sindical".

No podemos dejar de resaltar el rol que en este episodio ha correspondido al Tribunal Constitucional, el cual, luego de ser foco de destempladas críticas con cargado sesgo ideológico, dictó una sentencia que por su fundamentación, estudio y profundidad acalló todo cuestionamiento interesado, sin perjuicio,

por cierto, de los comentarios que ha suscitado esta materia y que recogen varios trabajos de esta misma publicación. La desprolija reacción del Gobierno ante la decisión del Tribunal Constitucional no es fruto de la incompetencia de sus personeros, sino de una cierta incoherencia en el tratamiento de aquellos temas de relevancia constitucional. Lo que señalamos justifica, a nuestros ojos, la pertinencia del tema central de nuestra Revista.

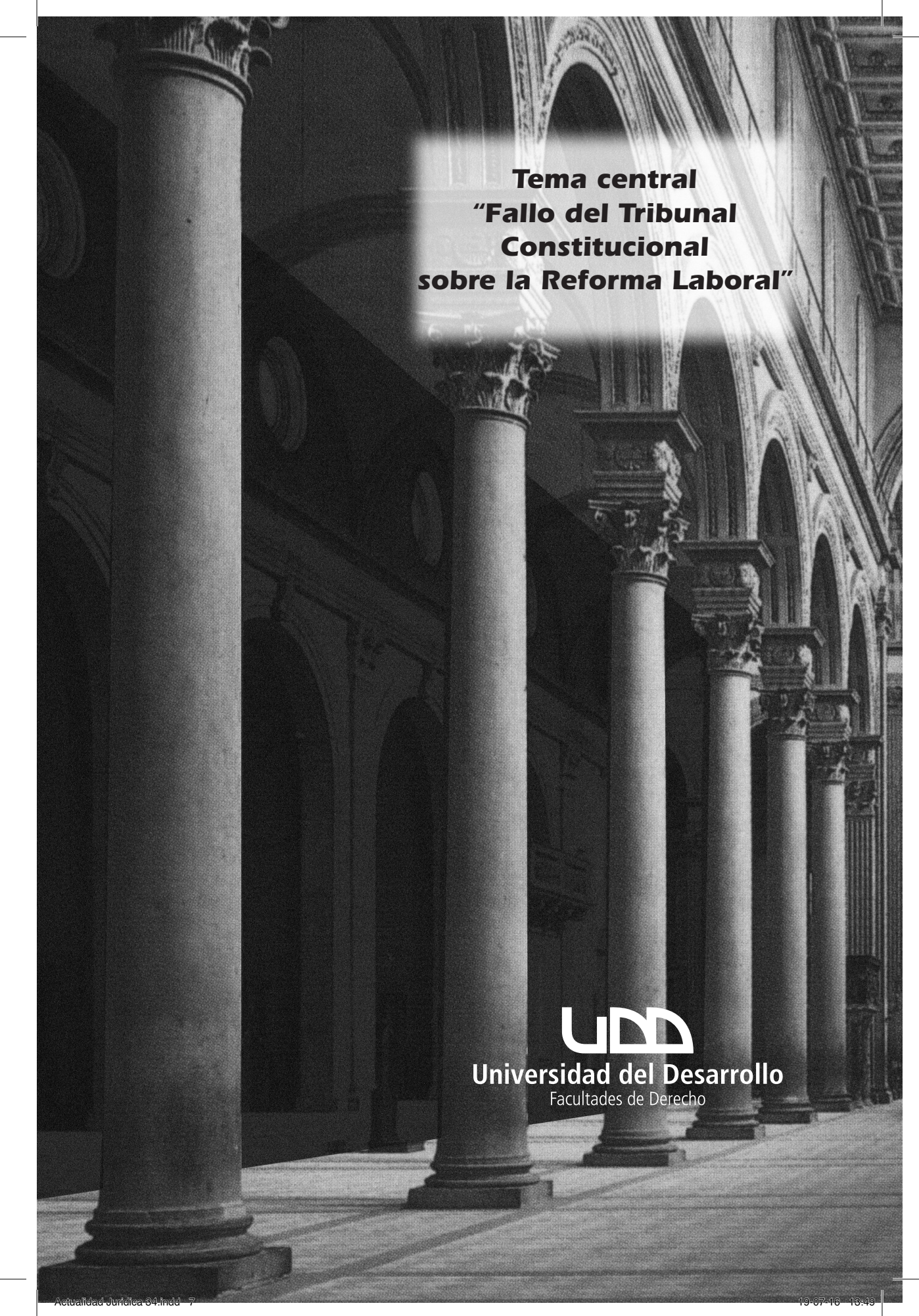
Asimismo, atendida la crisis que se cierne sobre el sistema legal chileno, nos pareció necesario abocarnos a aquellos aspectos que resultan más críticos y que merecen, por lo mismo, una reflexión especial. No pueden dejarse de lado, ante este panorama, a lo menos diez desafíos que gravitan poderosamente en el destino futuro de la juridicidad. Advertimos, con justificada preocupación, una cierta displicencia de las autoridades, ante eventos cuyos efectos irán profundizándose con el correr del tiempo en perjuicio de los imperados.

Nuestros lectores hallarán, además, en la presente edición, varios artículos sobre diversas cuestiones de interés jurídico. Destacamos, a este respecto, temas como "El populismo en Hispanoamérica"; "Las farmacias populares" (objeto de un controvertido dictamen de la Contraloría General de la República); "El nuevo procedimiento electrónico"; "Transparencia en el arbitraje de inversiones extranjeras y rol del *amicus curiae*"; "Nuevo Impuesto a la plusvalía"; etcétera.

Es incuestionable que nuestro sistema jurídico ha soportado una tensión intensa como consecuencia de la convocatoria de ciertos sectores políticos para la apertura de un "proceso constituyente" no contemplado en la Carta Magna y, particularmente, de los requerimientos al Tribunal Constitucional con ocasión del proyecto de reforma laboral y educacional. En general, los órganos superiores del Estado han reaccionado adecuadamente, dejando en evidencia que cumplen con su cometido. Dicho de otro modo, ha habido un resguardo efectivo del "Estado de Derecho", lo cual fortalece la convicción de que gozamos de una institucionalidad que debe preservarse.

"Actualidad Jurídica" seguirá abierta a las inquietudes de profesores, investigadores, abogados y estudiosos interesados en analizar y a dar conocer sus puntos de vista, siempre con altura de miras y respeto por todas las posiciones. Así entendemos cumplir los compromisos asumidos.

EL DIRECTOR



Tema central
“Fallo del Tribunal
Constitucional
sobre la Reforma Laboral”



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

La titularidad sindical en la Reforma Laboral

CECILY HALPERN MONTECINO

Profesora de Derecho del Trabajo

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: Este trabajo discurre acerca de consideraciones en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional, pronunciada con ocasión del requerimiento de inconstitucionalidad deducido respecto del proyecto de ley sobre reforma laboral que “moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo”, aprobado por el Congreso Nacional.

Analiza los principales contenidos del proyecto de ley y su respeto al principio de supremacía constitucional, contrastando el cuestionamiento parlamentario, la opinión de la autora y el pronunciamiento de la Magistratura Constitucional, así como el veto presidencial formulado respecto del proyecto objetado por dicho Tribunal.

* * *

I.- Propósito de este trabajo.

Estas líneas pretenden otorgar una resumida visión del pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto del proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo, en su continente de Derecho Colectivo del Trabajo, correspondiente al Boletín 9835-13.

Con este objetivo, se enunciarán, primeramente, algunos antecedentes de la tramitación y discusión parlamentaria, que tomó más de dos años. A continuación, se expondrán, resumidamente, las argumentaciones del capítulo primero del requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de senadores y diputados, referido a la titularidad sindical. Dicho requerimiento constó de otras tres secciones, que no serán objeto de este análisis. Asimismo, se incluirán las consideraciones que la suscrita tuvo oportunidad de plantear ante el Tribunal Constitucional, en la audiencia pública citada para estos efectos, referentes a dicho apartado. Acto seguido, se analizarán los argumentos pertinentes, contenidos en la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en éste trascendental capítulo. Finalmente, se comentará –brevemente– el contenido básico de las observaciones que la Presidenta de la República formuló al

proyecto de ley, remitidas a la Cámara de Diputados con fecha 7 de mayo de 2016, las que suprimieron normas no cuestionadas por la sentencia del TC. El indicado veto presidencial, a la fecha de la elaboración de esta monografía, se encuentra pendiente de discusión y votación en la Cámara de Diputados, por lo que, por ahora, desconocemos el destino que el mencionado trámite sufrirá.

Como se adelantó, nuestro análisis del Proyecto de Ley se centrará solo en aquellas disposiciones que dicen relación con la radicación exclusiva de la titularidad del derecho a la negociación colectiva en las organizaciones sindicales, impidiendo que los grupos negociadores sean sujetos titulares de este derecho (en aquellas empresas en que existan sindicatos,) reglas que, como se expuso, fueron objeto del primero de cuatro capítulos del requerimiento de inconstitucionalidad interpuesto por los parlamentarios.

Es necesario tener presente que la preceptiva contenida en el proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional sustituye la totalidad de las normas del libro IV del Código del Trabajo vigente, además de otras disposiciones conexas al tema sindical y a la negociación colectiva, del mismo ordenamiento legal.

II. Antecedentes de la tramitación parlamentaria.

Con fecha 29 de diciembre de 2014, el Ejecutivo remitió al Parlamento un proyecto de ley en cuyo Mensaje se establecía que su objeto era, principalmente, el de “modernizar las relaciones de trabajo” y “permitir el ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se encuentran las libertades sindicales con fines redistributivos”. Considera que la negociación colectiva es un instrumento clave para promover la no discriminación y la igualdad. Señala que “en nuestro país las relaciones laborales están caracterizadas por la falta de confianza y de colaboración, lo que implica –en cuanto a la negociación colectiva– múltiples trabas y dificultades para que se desarrolle de manera constructiva.” Además, apunta que “las normas que actualmente regulan la materia son extremadamente formales y rígidas, lo que se traduce en una baja participación sindical, alcanzando en el año 2013 un 8,1 % de afiliación en su modalidad reglada y solo un 2% en su modalidad no reglada.”

En este contexto, subraya que “el objetivo general es desarrollar relaciones laborales modernas, justas y equilibradas entre las partes, en las que predomine el diálogo y el acuerdo, combinando objetivos de equidad, eficiencia y productividad”.

El proyecto consta de cuatro artículos y seis disposiciones transitorias, los que modifican, sustituyen o derogan 34 disposiciones de los libros I, II y III del CT vigente y la totalidad del libro IV, sumando un total de 145 artículos afectados.

De lo anterior es posible observar que la iniciativa legal que comentamos se orienta, casi en su totalidad, a modificar el sistema de sindicalización y negociación colectiva existente en Chile. Entre sus cimientos esenciales se establece que los sindicatos son los sujetos principales de la negociación colectiva, reconociendo a los grupos negociadores solo para aquellos casos de empresas en las que no existen aquellas organizaciones. A su vez, amplía la obligación de informar que los empleadores deben a los trabajadores para el inicio del proceso y consagra el derecho a huelga impidiendo el reemplazo y la obligación de los sindicatos (en huelga) de cumplir con los servicios mínimos de la empresa, constituyéndose equipos de emergencia cuando la falta de operación de la empresa pudiere causar un daño actual e irreparable a los bienes materiales, instalaciones o infraestructura de la misma, o que causen grave daño al medio ambiente o a la salud. Por último, se introducen los conceptos de piso de la negociación, pactos sobre condiciones especiales de trabajo y horas de trabajo sindical.

En las oportunidades pertinentes se escuchó a diversos actores sociales y grupos de interés, además de organizaciones sindicales y gremiales, así como también se requirió informe a la Excm. Corte Suprema, la cual lo emitió con fecha 3 de febrero de 2015.

Durante la tramitación parlamentaria se introdujeron un número significativo de indicaciones al texto original, (más de 800) provenientes tanto de parlamentarios como del propio Ejecutivo. Asimismo, con fecha 23 de marzo de 2016, fue necesario constituir una comisión mixta de diputados y senadores para lograr consenso en importantes materias, que se estimaron fundamentales en el debate parlamentario.

Finalmente, con fecha 7 de abril de 2016, luego de una larga y entrampada discusión, el Presidente de la Cámara de Diputados (por haber sido ésta la Cámara de origen), remitió el proyecto de ley aprobado a la Presidenta de la República, para efectos de su promulgación y publicación o bien para que formule de observaciones, en su caso.

No obstante, varias de las disposiciones fueron objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad, formulado con fecha 6 de abril de 2016, por un grupo de senadores y diputados ante el Tribunal Constitucional, conforme lo dispone el artículo 93, inciso primero, N° 3° de la Constitución Política, por lo que el curso del trámite legislativo se detuvo a la espera del fallo constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, como es sabido, el artículo 44 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional contempla la posibilidad de que el tribunal escuche a organismos interesados, decisión que, en este caso, se tradujo

en la resolución de 19 de abril de 2016. Dicho dictamen determinó oír, en esta causa, a todas las instituciones representativas de los intereses involucrados. Ante ello, y en representación del área laboral del Departamento de Derecho de la Empresa de nuestra Facultad de Derecho, formulamos ciertas reflexiones.

A continuación se sintetizan, junto con un análisis de los argumentos esenciales del requerimiento y de los considerandos y decisiones pertinentes que se contienen en la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 9 de mayo de 2016.

Aprovecho esta publicación para agradecer a las autoridades de la Universidad del Desarrollo el llevar a cabo este cometido en representación de su Facultad de Derecho, y al Tribunal Constitucional, por concederme la oportunidad de aportar algunas ideas sobre la materia.

Para completar esta secuencia del trámite legal, debemos recordar que, con fecha 22 de abril de este año, la señora Presidenta de la República, doña Michelle Bachelet Jeria, formuló observaciones ante el TC respecto de los requerimientos, instando por su rechazo y señalando que la totalidad de las disposiciones impugnadas se encuentran ajustadas a la Constitución Política de la República.

III.- El requerimiento de inconstitucionalidad ante el TC

Una mirada sucinta del contenido del requerimiento nos permite visualizar cuatro objeciones. El primer capítulo trata de la titularidad para ejercer el derecho a la negociación colectiva (arts. 303, inciso 1°; 303 inciso 3° y 5°; 315; 321, incisos 2°, 3° y 4°; 328 y 6° inciso 3°. Se fundamenta la objeción de inconstitucionalidad en la infracción de los artículos 1°, 19 n° 2, n° 15°, n° 16 inciso 5° y 6°, n° 19 y n° 26 de la CPR. La segunda objeción constitucional, que trata el capítulo II, se refiere a la regulación de la extensión de beneficios y a la práctica desleal asociada a ella. Los artículos denunciados son el art. 323 incisos 1°, 2° y 3°; 289 letra h) y 322 n° 4. En este capítulo, además de las referencias a las normas constitucionales ya indicadas en el capítulo primero, se argumenta la vulneración a los arts. 19 n° 24 y n° 21 de la CPR. La tercera objeción constitucional, tratada en el capítulo III, se refiere al derecho de las organizaciones sindicales a solicitar información sobre la remuneración de los trabajadores. Allí se señala que los arts. 317 inciso 2° letra a) y los incisos 3° y 4° del Proyecto de Ley son inconstitucionales por ser contrarios al art. 19 n° 4 de la CPR. Finalmente, la cuarta objeción constitucional, que se contiene en el capítulo IV del requerimiento, se refiere a la obligatoriedad de la negociación colectiva con sindicatos inter-empresa. Se argumenta que la extensión obligatoria de la negociación colectiva fuera de la empresa, que plasma el artículo

365 del Proyecto, es contraria al art. 19 n° 2°, n° 16° inciso 5°, n° 22 y n° 21 inciso 1° de la Carta Fundamental.

IV.- El fallo del TC

La Magistratura Constitucional antes de decidir el tema se formula las siguientes interrogantes: ¿Puede prohibírsele a un trabajador agruparse y negociar colectivamente bajo alguna asociación distinta al sindicato? Y (2) No existiendo en la empresa organización sindical alguna, ¿pueden los trabajadores organizados bajo una forma asociativa distinta unirse para el solo efecto de negociar con su empleador bajo reglas desmejoradas en un grado tal que, por ejemplo, no contemplen ni el derecho de huelga ni el beneficio de fueros?

Luego de desarrolladas argumentaciones, que se extienden en un total de 325 páginas, el alto tribunal acogió en su totalidad el primer capítulo de impugnación (titularidad sindical), referido al artículo 1°, numeral 4°, del proyecto de ley, que reemplaza el inciso tercero del art. 6° del Código del Trabajo. También impugna el art. 1°, numeral 37, del Proyecto de Ley, que sustituye el libro IV del CT., en lo que respecta a la modificación a los artículos 303, inciso primero, tercero y quinto; 315; 321, incisos segundo, tercero y cuarto; y 328, todos del CT. Asimismo, acogió parcialmente el segundo capítulo (extensión de beneficios), solo en lo que respecta al art. 1°, numeral 37 del proyecto de ley, en cuanto modifica el inciso primero del artículo 323 del Código del Trabajo. Las restantes solicitudes de este capítulo fueron rechazadas. En lo concerniente al tercer capítulo de impugnación (acceso a planillas de remuneraciones), éste fue rechazado íntegramente por el tribunal, al igual que el planteamiento de inconstitucionalidad relativo a la negociación inter-empresa, contenido en el cuarto capítulo. Es menester dejar constancia que, tanto el segundo capítulo (en los aspectos no acogidos por el TC) y estos dos capítulos finales, fueron rechazados por empate de votos, con voto dirimente de su Ministro Presidente.

V.- Titularidad sindical del derecho a negociar colectivamente.

Considerando el alto interés público de la normativa aprobada, por cuanto se trata de disposiciones referentes a materias esenciales del ámbito del trabajo, que se aplicarán a la totalidad de los trabajadores dependientes de nuestro país, lo cual significa a una fuerza laboral activa que en la actualidad reúne a más de 6 millones de habitantes, nos motivamos a manifestar ciertas cuestiones de inconstitucionalidad que en nuestra opinión adolecía el proyecto referido, en la Audiencia Pública concedida, llevada a cabo el día 25 de abril de 2016.

Sin perjuicio de compartir todos los aspectos que se requirieron de inconstitucionalidad en los cuatro capítulos del documento presentado por los parlamentarios ante el TC, nuestra intervención en la Audiencia Pública solo se relacionó con las normas que se refieren a la titularidad sindical, esto es, al artículo n° 6, inciso 3°, al artículo n° 303 incisos 1°, 3° y 5°, al artículo n° 315, al artículo n° 321 y al artículo n° 328 del proyecto de ley sobre reforma laboral, los que en forma indirecta apuntan al fortalecimiento de los sindicatos, al concederles ciertas prerrogativas exclusivas respecto de la negociación colectiva.

Para contextualizar los argumentos que expondré a continuación, y a la luz del principio de realidad, el que según lo ha establecido la Corte Interamericana de Justicia, siguiendo a la Corte Europea de Derechos Humanos, debe –más allá de la apariencia– comprobarse cuál fue la situación real detrás de la situación denunciada. De lo señalado, se hace necesario tener presente ciertos datos de la realidad y del contexto actual en el ámbito laboral, sobre todo porque, en virtud del principio recién referido (de la realidad), es siempre útil complementar con sus efectos el examen de constitucionalidad de las normas, sobre todo si ellas recaen en el campo de la vigencia y ejercicio de los derechos fundamentales.

Modificaciones normativas:

Las leyes 19.069, de 1990, y 19.759, de 2001, ambas de numeroso articulado, modificaron sustancialmente la legislación vigente relativa al Derecho Colectivo, aprobada durante el régimen militar bajo la forma de Decretos Leyes, que en el ámbito laboral se conoció bajo el rótulo del “Plan Laboral”. El propósito de ambas normativas fue el de fomentar y facilitar la formación de organizaciones sindicales y los procesos de negociación colectiva.

Asimismo, es útil tener en consideración que, desde el año 1990 hasta lo que corre de este año (mayo 2016), se han aprobado cerca de 50 leyes que han introducido relevantes cambios normativos, lo que denota la permanente preocupación del legislador por establecer relaciones laborales más armónicas y equilibradas, pero con la consiguiente incerteza jurídica que introduce el permanente cambio legislativo en la contratación en el sector.

Por otra parte, cabe tener presente que los preceptos actualmente vigentes relativos a los quórum que se exigen para constituir sindicatos en empresas de más de 50 trabajadores es de 25 de ellos, que representen a lo menos al 10% de los trabajadores de la empresa y en aquellas de menos de 50 trabajadores es posible constituir con 8 trabajadores. El proyecto agrega que la representatividad debe ser a lo menos del 50% en este último caso.¹

¹ Código del Trabajo. Artículo 227. Código del Trabajo y art. 1° N°16 del Proyecto.

Según los datos de la última encuesta realizada por la Dirección del Trabajo, (año 2014), sólo un 15,3% de los trabajadores se encuentran sindicalizados, esto es, un total de 985.770, que pertenecen a 11.162 sindicatos activos. El número de asalariados es cerca de 6.100.000 (cifras del INE Dic. 2015/Feb 2016).

Asimismo, la última ENCLA da cuenta de los siguientes datos:²

INFORME DE RESULTADOS ENCLA 2014

8.1 Existencia de negociación colectiva GRAFICO 48

Porcentaje de empresas según existencia de negociación colectiva en los últimos 5 años (1), y existencia de sindicato para aquellas que han negociado colectivamente

Empresas que no han negociado colectivamente en los últimos 5 años, 83,1%

Empresas que han negociado colectivamente en los últimos 5 años, 16,9%

Sin sindicato, 11,6%

Con sindicato, 5,3%

Nota:

Cinco años anteriores a la aplicación de la encuesta

Fuente: Encla 2014, Dirigentes sindicales y Trabajadores

El gráfico indica que solo el 16,9 % del total de empresas ha efectuado negociación colectiva en el país en los últimos cinco años anteriores a la fecha de la encuesta y su desagregación por existencia de sindicato en la empresa muestra que la mayor parte del total de empresas con negociación procede de empresas que no cuentan con sindicato; más aún, estas más que doblan la proporción de empresas con sindicato que han efectuado negociación en el periodo mencionado (11,6% vs. 5,3%).

² ENCLA 2014. Dirección del Trabajo. Octava encuesta laboral. Publicación del Depto. De Estudios. Diciembre 2015. Pag. 182

VI.- Garantías constitucionales conculcadas por el proyecto aprobado, relacionadas con la titularidad sindical.

Las normas contenidas en los artículos n° 6 inciso 3°, artículo n° 303 incisos 1°, 3° y 5°, art. n° 315, artículo n° 321 y artículo n° 328 del proyecto de ley vulneran, en nuestra opinión, al menos, las siguientes garantías constitucionales:

- a.- la libertad de asociación,
- b.- el derecho a la libertad sindical,
- c.- el derecho a la libertad de trabajo y a la negociación colectiva,
- d.- el derecho a la igualdad ante la ley, y
- e.- la supragarantía del número 26 del artículo 19 de la C.P.R., también denominada la garantía de la esencia de los derechos fundamentales.

El pilar que sustenta la afirmación anterior es el reconocimiento de que los derechos fundamentales emanan siempre de la naturaleza humana, lo que implica que su titularidad es reconocida a toda persona, según lo prescriben los artículos 19 y 5° inciso 2° de la C.P.R. Por lo tanto, la adscripción de derechos fundamentales a entes asociativos debe su razón de ser al hecho de que ellos están constituidos por personas. Por lo mismo, dichos derechos están ligados a la naturaleza humana y son inviolables.

El enunciado del artículo 19 de nuestra Constitución Política sustenta, indiscutiblemente, el ámbito personal de validez universal, sobre todo en aquellas disposiciones cuya sintaxis permite vincularlas al enunciado de este artículo³. La restricción al reconocimiento de la titularidad universal de estos derechos es excepcional y por ello, en ausencia de disposición constitucional habilitante, debería analizarse la posible inconstitucionalidad que afecte a disposiciones que así lo establezcan.⁴

En consecuencia, la exclusión de la titularidad respecto de personas naturales es extraordinaria y debe señalarse en forma expresa por el texto constitucional. Ejemplo de lo que decimos se encuentra en las confesiones religiosas y las iglesias en el artículo 19 N° 6 inciso segundo; de los padres en el artículo 19 N° 10 inciso tercero y 11 inciso cuarto; de los trabajadores de la empresa en el caso de la negociación colectiva del artículo 19 N° 16 inciso quinto; de las organizaciones sindicales, según el artículo 19 en su inciso segundo. Sin perjuicio de ello, estas disposiciones excluyen la posibilidad de afirmar que la titularidad de todos los derechos constitucionales pueda predicarse, a su vez, respecto de todas las personas naturales.⁵

³ Eduardo Aldunate Lizana. *Derechos Fundamentales*. Págs. 149 y siguientes.

⁴ Ob. cit. Pág. 149.

⁵ Ob. cit. Pág. 151.

Asimismo, debe tenerse presente que el asociacionismo surge, históricamente, con la finalidad de mejorar las condiciones de trabajo individuales de los trabajadores asalariados a través de la acción colectiva, que asegure el equilibrio de las partes contratantes. En este sentido, el principio básico que anima el nacimiento histórico del sindicalismo no es otro que el de “compensar con la organización y la fuerza del número la debilidad del trabajador que solo posee fuerza/trabajo, frente al poder económico que detentan los medios de producción, permitiendo de este modo transponer las relaciones de trabajo del plano individual al colectivo donde se reconstruye el equilibrio de fuerzas.”⁶ Si bien hoy, la autonomía colectiva se ha convertido en objeto mismo de la regulación por parte del Estado, constituyendo una parte muy importante del Derecho del Trabajo y poseyendo identidad propia y específica, su función primordial sigue siendo la normativa. Pero además las relaciones colectivas laborales poseen una especificidad en la medida en que responden a intereses distintos de los de las relaciones individuales de trabajo, cual es el “interés colectivo.”⁷

a.- Libertad de asociación: (art. 19 N° 15°, incisos primero y tercero CPR)

Las disposiciones del art. 6° inciso 3°, del art. 303 incisos 1°, 3° y 5°, del art. 315, del art. 321 incisos 2°, 3°, 4°, y del art. 328 del proyecto, que radican en forma exclusiva en los sindicatos el derecho a la negociación colectiva, tanto al definir legalmente el proceso de Negociación Colectiva, al establecer la exclusividad de la titularidad sindical como al privar de este derecho a los grupos de trabajadores y restringir su derecho sólo a negociar por la vía “semirreglada,” conducente al instrumento colectivo denominado “acuerdo colectivo”, transgreden la disposición constitucional que establece que “nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación” (art. 19 N°15 CPR).

Lo anterior por cuanto condiciona el ejercicio de la negociación colectiva reglada, que es aquella que otorga los beneficios del fuero y de la huelga, a la obligada pertenencia a una asociación, en este caso el sindicato, lo cual vulnera expresamente el art. 19 N°15 inciso 3° de la CPR.

En la práctica, al obligar a los trabajadores a pertenecer a una determinada asociación para ejercer el derecho a la negociación colectiva, en aquellas empresas en que exista dicha entidad gremial, la norma denunciada transgrede la garantía constitucional referida. La titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas es una cuestión discutida (en este caso el sindicato), pero puede sostenerse que el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas tiene un carácter excepcional y requiere

⁶ Sala Franco, Tomás. *Derecho Sindical*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1992. Pág. 14.

⁷ Ob. Cit. Pág. 15.

de una justificación particular.⁸ Así puede afirmarse que el actuar de las personas jurídicas de derecho privado es proyección del actuar de los individuos, bajo formas complejas puestas a su disposición por el ordenamiento jurídico, pero, y en todo caso, como instrumento para el desarrollo de sus propios fines.

En conclusión, es importante reiterar que la estructura de la regulación ius fundamental en nuestra Carta no permite predicar la aplicación irrestricta del artículo 19 a las personas jurídicas.⁹

Los argumentos del requerimiento de inconstitucionalidad, respecto de este tema se pueden resumir en las siguientes ideas. Ni el gobierno ni la mayoría política pueden impulsar una concepción de la negociación colectiva que violente los derechos que la Constitución les atribuye a los trabajadores, cualesquiera que sean los motivos que la impulsa; ya sea, como en el caso, imponiendo una forma de organización sindical y obligando a sus integrantes a afiliarse o permanecer en ella o creando las condiciones adversas que hagan unívoca la decisión de ingresar a estas organizaciones. La consagración constitucional del derecho de los trabajadores a la negociación colectiva es justamente uno de los sentidos que tiene una expresión de la libertad que se le reconoce en el trabajo a las personas para configurar sus planes, adscribir a organizaciones "que los representen", salirse de ellas dependiendo de los fines que procuren alcanzar, etc.¹⁰ En otra de sus partes, el requerimiento indica que "el proyecto coacciona a los trabajadores para ingresar a un sindicato, les coacciona para mantenerse dentro de él o, por último, les coacciona para formar uno. Todo lo cual transgrede los derechos constitucionales reseñados."¹¹

El pronunciamiento del TC con respecto a la infracción a esta garantía sostiene, en lo fundamental, que "la inconstitucionalidad de las disposiciones del Proyecto que se impugnan se sustenta tanto en un análisis autónomo del artículo 19 N°16, inciso quinto, como en uno más global e integrado con los derechos y libertades consagrados en el artículo 19, n°s 15° y 19, lo cual refuerza aún más la conclusión a la que llega este Tribunal.¹² En efecto, tal como se explicará, se está en presencia de una afectación constitucional múltiple de derechos constitucionales, lo que no es inocuo para la evaluación de la tolerabilidad constitucional de la intervención legislativa. En el considerando 26° el fallo sostiene que el Proyecto de Ley infringe la esencia del derecho a asociarse sin permiso previo que la Constitución asegura a todas las personas (en este caso a los trabajadores) en el artículo 19 n° 15° de la Constitución¹³. Asimismo, el

⁸ Ob.cit. Pág. 156

⁹ Ob. cit. Pág. 158

¹⁰ Requerimiento de inconstitucionalidad, pág. 9

¹¹ Requerimiento de inconstitucionalidad, pág. 11

¹² Sentencia del TC, considerando 25°, pág. 60.

¹³ Sentencia del TC, pág. 60

TC establece que “esta Magistratura sostiene, en una interpretación expansiva de los derechos y libertades, que el reconocimiento expreso del derecho de sindicarse voluntariamente tiene un sentido de libertad y no de restricción.”¹⁴ En el considerando 29 dispone que “para este Tribunal, la agrupación voluntaria de trabajadores que se conforma para efectos de una negociación colectiva es reflejo del derecho de asociación”.

***b.- Libertad Sindical:
(artículo 19 N° 19, inciso segundo, de la CPR)***

En su concepto doctrinario, la libertad sindical se define como un derecho personal de los trabajadores para formar sindicato, sindicarse o no, así como también la potestad de asociación sindical, ya para autoorganizarse o actuar con independencia.¹⁵

El profesor español Tomás Sala Franco¹⁶ señala que “la libertad sindical es un concepto ambivalente. La libertad sindical se predica tanto de los trabajadores individualmente considerados, como de los sindicatos ya constituidos. En el primer caso se habla de libertad sindical individual y en el segundo de libertad sindical colectiva, o de autonomía sindical”.

El profesor de Derecho del Trabajo francés Jean Claude Javillier¹⁷ se refiere a la libertad sindical en los siguientes términos: “Ella constituye un elemento indispensable de todo sistema de relaciones profesionales entre empleadores y asalariados, y también de toda democracia política. Su estudio debe ser pues minucioso y sus diferentes elementos, individual (de adherir) y colectivo (de agruparse); positivo (ser miembro) y negativo (de no serlo) merecen una larga reflexión con el objeto de que sean articulados de la manera más pertinente.

Ahora bien, si la libertad sindical se entiende como un derecho subjetivo, no bastará con que un ordenamiento jurídico la establezca, sino que además será necesario protegerla contra quienes traten de no respetarla, es decir, habrá que asegurar su efectividad. La experiencia demuestra que los sujetos potencialmente atentadores del derecho a la libertad sindical individual son el Estado, los empresarios u organizaciones empresariales y los propios sindicatos.

¹⁴ Sentencia del TC, considerando 28°, pág. 60.

¹⁵ SANTOS AZUELA, HÉCTOR. *Estudios de Derecho Sindical y del Trabajo* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 1ª edición. 1987.

¹⁶ SALA FRANCO, TOMAS. *Derecho Sindical*. Editorial Lo Blanch, 1989, Valencia, Librairie Generalet de Jurisprudence. Paris. France, 1996, pág 40.

¹⁷ JAVILLIER, JEAN CLAUDE. *Droit du Travail*. Quinta edición. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. France, 1996, pág. 383.

Como se advierte, la disposición del art. 303 incisos 1° y 5° afecta directamente el derecho de asociación en la vertiente laboral, cual es la libertad sindical, en su expresión individual o sustantiva, que compromete los derechos de libertad de afiliación, de desafiliación y no afiliación. (art. 19 N° 19 inc. 1° de la CPR). En la referida norma, la Carta Magna establece que la afiliación sindical será siempre voluntaria, norma que, claramente, se vulnera en el proyecto, por las razones ya expuestas.

La manifestación individual de la libertad sindical es tan relevante como la manifestación colectiva (art. 19 N° 19 inc. 2° Y 3° de la CPR), puesto que emana de la libertad del hombre para decidir con dignidad su pertenencia a un determinado grupo gremial y otorga legitimidad al cauce colectivo de tal garantía, cuales son la autonomía, la autarquía y la libertad federativa y confederativa.

Ello está también refrendado en el artículo 2° del convenio 87 de la OIT, de 1948, norma que forma parte de nuestro ordenamiento constitucional desde el año 1999, al ratificarse y promulgarse dicho convenio, junto con el n° 98 de 1949, sobre "Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva".

En otro orden de ideas, es dable advertir que la ley laboral exige bajos quórum de trabajadores para constituir sindicatos, tanto en la mediana y gran empresa como en la pequeña y microempresa, lo cual es positivo. Sin embargo, esta circunstancia se transforma en un atentado a la libertad sindical en cuanto se atribuye la facultad excluyente de negociar a este sindicato, aun cuando esté conformado por un pequeño número de trabajadores, lo cual privará al resto de negociar por grupos coaligados y los forzarán a afiliarse al sindicato, consignando el monopolio de este derecho y la consiguiente vulneración de la garantía de la libertad sindical desde la perspectiva de su cauce individual.

Los argumentos del requerimiento de inconstitucionalidad, respecto de este tema, se pueden resumir en las siguientes ideas: "estos derechos cristalizan y fundan un orden social y político que reconoce la pluralidad de fines, expectativas, intereses, valores, etc. de las personas no solo descriptivamente, sino que valorativamente, para lo cual la libertad de formar asociaciones con otras personas para alcanzarlos y a no ser obligado a pertenecer a ellas, es central. Ambas disposiciones son además una manifestación y expresión del derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (artículo 1° inciso 5° CPR) y de la protección constitucional a los cuerpos intermedios (art. 1° inciso 3° CPR); artículos que configuran una rica y variada sociedad plural, libre, democrática y constitucional, respetuosa de la dignidad de las personas"¹⁸.

¹⁸ Requerimiento de inconstitucionalidad, pág. 8

La sentencia del TC sostuvo que “la libertad sindical debe concebirse como el ejercicio de un derecho individual (y voluntario) para crear un sindicato, el cual, a su vez, como colectivo, goza del derecho a desarrollarse, respetando siempre el derecho (también individual y voluntario) de quienes lo conforman.”¹⁹

Agrega que “el margen de libertad que tiene un trabajador para no afiliarse a una organización sindical se comprime en exceso, desnaturalizando un derecho constitucional consignado de manera muy específica y categórica. En consecuencia, las disposiciones impugnadas violan el art. 19 n° 19° inciso segundo de la Constitución.”²⁰

Concluyen los sentenciadores que, “así como se reconoce ampliamente que el derecho a sindicarse es una expresión particularizada del derecho de asociación de las personas, en este caso, de los trabajadores, no resulta en absoluto extraño que, junto con estimarse infringido dicho derecho de asociación (artículo 19 n° 15°) se constate también una violación del derecho a sindicarse. (Artículo 19 n° 19°)²¹.

***c.- El derecho a la negociación colectiva:
(art. 19 n° 16, inciso 5°).***

De acuerdo con la disposición constitucional (art. 19 n° 16, inciso 5°) los titulares del derecho a negociar colectivamente son los “trabajadores”. No obstante, el proyecto lo radica en el sindicato, esto es, en la organización ya constituida, lo que significa violentar claramente el texto constitucional, por las razones anotadas en el párrafo anterior, argumentos a los cuales me remito.

Resulta constitucionalmente inaceptable el concepto contenido en el art. 303 incisos 1°, 3° y 5°, así como el art. 311 y art. 314 del proyecto de ley, puesto que desconocen la titularidad que de esta garantía dispone la CPR, cuales son “todos los trabajadores” (titularidad universal dentro de la categoría de trabajadores).

Los argumentos del requerimiento de inconstitucionalidad, respecto de este tema se pueden resumir en las siguientes ideas. Primero, la CPR estableció una titularidad genérica para la mayoría de los derechos consagrados en el encabezado del art. 19. En gran parte de esos derechos, el titular es “la persona”. Segundo, la CPR atribuyó una titularidad específica para la negociación colectiva, atribuyéndosela expresamente a “los trabajadores”. Tercero, el intérprete no puede darle un sentido diverso a la voz “trabajadores”, en el sentido de

¹⁹ Sentencia del TC, considerando 34, pág. 64.

²⁰ Sentencia del TC., considerando 37, pág. 66.

²¹ Sentencia del TC., considerando 37, párrafo segundo, pág. 66.

que ella se pueda confundir con la voz “organizaciones sindicales”, pues la Constitución no confundió ambas titularidades. En efecto, cuando quiso hacer titulares a los trabajadores lo hizo expresamente (art. 19 n° 16 inciso 5°) y cuando quiso atribuir titularidad a las “organizaciones sindicales” también lo hizo expresamente (art. 19 n° 19 inciso 2°). De esta forma, para el constituyente no es lo mismo decir “trabajadores” que “organizaciones sindicales”.²²

El fallo del TC en sus considerandos 19° al 24° se explyta latamente, argumentando de qué modo entiende vulnerada la garantía del derecho a la negociación colectiva, en su titularidad. Señala que “se trata de un derecho fundamental cuya activación o determinación originaria para ejercerlo o no reside en los trabajadores individualmente considerados. Dicho de otra manera, se garantiza el derecho de cada trabajador de manifestarse de forma grupal para la consecución de un interés colectivo consistente en negociar con su empleador condiciones de trabajo, entre ellas la más importante, la retribución de su trabajo”²³.

Continúa señalando el tribunal que “cabe tener presente que los efectos de un instrumento colectivo recaen, fundamentalmente, y de manera directa, en los trabajadores individualmente considerados. Esta circunstancia está en armonía con la consideración de que la titularidad del derecho a negociar colectivamente recae, como se señaló, en todos y cada uno de los trabajadores. El proyecto implica una intervención legislativa extrema que afecta la esencia del derecho de los trabajadores a negociar colectivamente, a través de grupos negociadores no sindicalizados. En efecto, el Proyecto cambia el foco de la negociación. En vez de colocar el acento en quienes tienen el derecho de acuerdo a la norma constitucional ya citada, lo ponen en las organizaciones sindicales.”²⁴

Termina señalando que “el legislador está imponiendo a los trabajadores agrupados espontáneamente una condición ajena a su voluntad y de la cual depende el ejercicio del derecho a negociar colectivamente: la existencia de un sindicato de empresa. En conclusión, se está en presencia de una intervención legislativa que bajo la apariencia de establecer una “modalidad” del derecho constitucional de los trabajadores impone condiciones o requisitos que impiden su libre ejercicio (artículo 19, n° 26°)

d.- Grave vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la ley.

Las normas impugnadas (art. 6, inciso 3°, art. 303, incisos 1°, 3° y 5°, art. 311, art. 314, art. 315, art. 321 y art. 328) introducen una discriminación arbitraria, que restringe la posibilidad de ejercer la garantía constitucional

²² Requerimiento de inconstitucionalidad, pág. 7.

²³ Sentencia del TC, considerando 19, párrafos 1° y 2°, pág. 56

²⁴ Sentencia del TC, considerando 20, pág. 56.

de la negociación colectiva sólo a un determinado tipo de grupo laboral (el sindicato), privando de ese derecho a cualquier otro grupo de trabajadores, y específicamente a aquellos coligados circunstancial o transitoriamente para efectos laborales (no sindicalizados), en aquellas empresas en que existe un sindicato constituido.

De acuerdo a lo que nos indica hoy la realidad del país, no es ésta la gran mayoría. Por lo tanto, en la mayor parte de las empresas, los trabajadores deberán realizar la negociación colectiva por la vía "semirreglada" que conduce a un "acuerdo de grupo negociador". Esta vía semirreglada no otorga los resguardos del fuero y de la huelga durante el proceso de la negociación, por lo que los trabajadores se verán exigidos por la norma a constituir un sindicato, que sí goza de todas las garantías.

Si la finalidad de la nueva ley es *"el ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se encuentran las libertades sindicales, con fines redistributivos"* y la consecución de mejores condiciones de trabajo y empleo a través del fortalecimiento de la negociación colectiva, *"con el objeto de modernizar el sistema de relaciones laborales chileno, en pos de garantizar un adecuado equilibrio entre las partes"*²⁵ la distinción que realizan las normas entre los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, el sindicato y los grupos negociadores, infringen la garantía de la igualdad ante la ley, porque no es razonable sostener que sólo las entidades sindicales o los trabajadores sindicalizados pueden lograr dicho objetivo y no los grupos negociadores. La realidad chilena nos indica que una gran cantidad de trabajadores no sindicalizados han negociado colectivamente, tanto por la vía reglada como la no reglada, logrando beneficios laborales de relevancia.

El Mensaje presidencial estableció que *"la existencia y respeto de los derechos colectivos de los trabajadores permite una regulación institucional de las tensiones y conflictos que, naturalmente, se presentan en el ámbito laboral, encauzando su solución conforme a las reglas del derecho y con pleno reconocimiento de los derechos fundamentales de todas las partes."*²⁶

Como sabemos, la igualdad ante la ley debe ser entendida como la exigencia de un trato igual para quienes están en idénticas condiciones, y uno distinto para quienes están en diversas posiciones. Resulta legítimo al legislador establecer diferencias de trato, siempre que ellas no sean arbitrarias, para lo cual deben cumplir a lo menos con la exigencia o cartabón de la racionalidad. Para lo anterior, será necesario identificar la finalidad declarada por el legislador al crear la norma, la diferencia concreta de trato que establece y el criterio de

²⁵ Mensaje presidencial de 29 de diciembre de 2014.

²⁶ Mensaje presidencial de fecha 29 de diciembre de 2014.

diferenciación, vale decir, por qué el Estado beneficia, en el caso concreto analizado, al sindicato y le otorga el derecho a negociar colectivamente y lo limita respecto de los individuos que constituyen un grupo negociador. Ocurrido esto, podremos concluir que no existe en el caso de las normas denunciadas de este proyecto de ley, la debida racionalidad entre estos tres elementos.²⁷

De conformidad a las nuevas normas, la diferencia de trato es evidente: los grupos negociadores solo pueden negociar por la vía “semirreglada” y suscribir un instrumento colectivo que el proyecto denomina como “acuerdo de grupo negociador”, respecto del que no queda claro –en el proyecto– cuál es su valor jurídico y procesal, en caso de incumplimiento del empleador de las normas allí pactadas.

Es también evidente –en este caso– que la relación que existe entre las finalidades de la diferencia establecida por el legislador, y los criterios o factores de diferenciación que ha elegido no son razonables, puesto que se centran solo en la pertenencia o no a una entidad sindical, excluyendo a un porcentaje muy relevante de trabajadores, contradiciendo el objetivo de ampliar el ámbito de la negociación colectiva.

Resulta inentendible que si la finalidad declarada de la ley es mejorar las condiciones de remuneraciones y de empleo, se escoja para ello un medio o factor de distinción que tiene por objeto excluir aproximadamente al 85% de los sujetos que se pretende beneficiar.

Como es evidente, dicha elección no satisface la exigencia de racionalidad mínima y convierte a la diferencia establecida por el legislador en arbitraria.²⁸

Debe recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico, la igualdad de trato es un mandato constitucional que constituye la regla general, y por tanto, todo trato desigual debe justificarse debidamente, esto es, se requiere de elementos objetivos de juicio capaces de satisfacer la exigencia de racionalidad que excluye la arbitrariedad.

Por lo antes expuesto, sostenemos que las disposiciones denunciadas afectan, sin duda, la garantía del art. 19 n° 2, la igualdad ante la ley, concretado en la legislación laboral en el art. 2° del CT, (norma que también se modifica en este proyecto) el cual, expresamente prohíbe la discriminación por sindicación. En el presente caso estamos ante una ley que establece diferencias arbitrarias.

²⁷ Criterio sustentado en la Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2935-15, página 87.

²⁸ Criterio sustentado en la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2935-15, página 90.

Por su parte, el fallo del TC argumentó, en relación con la conculcación de esta garantía, en los considerandos 38 al 45, en síntesis, que “cabe concluir que no es razonable, ni menos indispensable, la utilización de criterios de diferenciación que, en sí mismo, transgredan derechos constitucionales o que, en cualquier caso, sean extremadamente gravosos, especialmente teniendo en consideración el objetivo buscado. En efecto, la coexistencia de sindicatos y grupos negociadores no constituye, en sí misma, un menoscabo a la actividad sindical. No permitirle, en cambio, constituye una medida extremadamente perjudicial para los grupos negociadores. Lo mismo ocurre con la denegación del derecho a huelga de los trabajadores no sindicalizados con ocasión de una negociación colectiva, cuando ello es posible.”²⁹

***e.- Garantía de la esencia de las garantías:
(n° 26 del art. 19 CPR)***

Las normas indicadas forzarán a los trabajadores no sindicalizados a incorporarse a un sindicato o a constituir una organización sindical como requisito para ejercer derechos fundamentales de carácter laboral, como son los de la contratación colectiva y de la libertad de contratación, afectando, de este modo, el ejercicio de estos derechos en su esencia.

En efecto, se impone la condición y el requisito de la sindicalización para ejercerlos, lo cual violenta la norma del número 26 del art. 19 de la CPR. Es evidente que la norma hace necesaria la pertenencia a una organización sindical para ejercer los derechos que emanan del inciso 5° del número 16° del art. 19 de la CPR, esto es, la garantía constitucional de la contratación colectiva, y ciertos aspectos de la libertad de contratación individual, a consecuencia de lo anterior.

La sentencia del TC, en su considerando 15°, al argumentar las razones generales por las que acoge el requerimiento respecto de las disposiciones impugnadas, sostiene que ellas vulneran, además de las garantías específicas ya desarrolladas en este trabajo, aquella del art. 19, n°26°, por cuanto los afecta a todos ellos en su esencia.

Asimismo, al realizar el análisis de la vulneración de cada una de las garantías específicas que entiende vulneradas, se exploya acerca de la forma en que los preceptos denunciados infringen la esencia de éstas.³⁰

²⁹ Sentencia del T.C., considerando 45, pág. 71.

³⁰ Sentencia del T.C., considerando 24, pág. 59.

VII.- El veto presidencial.

Con fecha 7 de mayo de 2016, mediante oficio N° 053-364, la Presidenta de la República remitió a la Cámara de Diputados las observaciones al Proyecto de Ley aprobado por el Parlamento, en uso de la facultad que le confiere el inciso primero del artículo 73 de la C.P.R. en concordancia con la Ley Orgánica del Congreso Nacional.

En dicho documento sostiene que la sentencia el Tribunal Constitucional, al acoger el requerimiento de inconstitucionalidad en lo referido a la titularidad sindical, base fundamental para el necesario fortalecimiento de la organización de los trabajadores y, por tanto, no incluirse en sus disposiciones dicho principio básico, las restantes normas del proyecto relacionadas con dicho principio deben ser revisadas en aras de garantizar la eficacia de las mismas y de reestablecer los equilibrios perdidos en el sistema de relaciones laborales y efectuar ajustes respecto de aquellas normas que no fueron objeto de reproche constitucional.

A base de dichas consideraciones, el veto suprime una serie de disposiciones, a saber: inciso cuarto del art. 303 (definición de negociación colectiva); arts. 376, 377 y 378 (pactos sobre condiciones especiales de trabajo) y la oración final del inciso primero del art. 341 (Impugnación de nómina, quórum y otras reclamaciones). Asimismo, se suprimen los artículos séptimo, octavo y décimo transitorios.

A modo de observación de la autora de este trabajo, la revisión de las disposiciones suprimidas por el veto da cuenta que ellas reconocen la exclusiva titularidad sindical para concordar los pactos de condiciones de trabajo con la empresa, por lo que el argumento para suprimirlos nos resulta incomprensible, de acuerdo al declarado principio básico perseguido por el Ejecutivo, cual es el empoderamiento sindical.

Conclusión

El Tribunal Constitucional sostiene que en esenciales disposiciones del Proyecto de Ley aprobado por el Congreso, requerido de inconstitucionalidad por un grupo de parlamentarios y acogido en parte importante por la magistratura, se está en presencia de una afectación constitucional múltiple de derechos constitucionales. Agrega que ello no es inocuo para la evaluación de la tolerabilidad constitucional de la intervención legislativa.³¹

³¹ Sentencia del T.C., considerando 25, pág. 60.

Dicho pronunciamiento, unido a la presentación del veto supresivo, deja, por el momento, al proyecto de ley en una situación compleja. Las consecuencias de la situación descrita son difíciles de dimensionar. Sin embargo, es fácilmente observable que se requiere de una pronta decisión en torno a la reforma laboral, lo más ampliamente consensuada posible, por la inestabilidad que provoca, tanto en el sistema de relaciones laborales como en la contratación individual y colectiva. Ello impacta, sin duda alguna en el crecimiento del país y en la paz social.

El derecho de los sindicatos a requerir las remuneraciones de los trabajadores. Acerca de cómo una sentencia del Tribunal Constitucional puede terminar discriminando arbitrariamente

Ignacio Covarrubias Cuevas

Doctor en Derecho,

Profesor de Derecho Constitucional

Investigador del Centro de Justicia Constitucional

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: Luego de efectuar una síntesis de la sentencia, la disidencia y algunas prevenciones sobre el tema, se efectúa un comentario crítico a algunos aspectos abordados por la Sentencia del Tribunal Constitucional (Roles 3016-3026/2016, acumulados) sobre Proyecto de Ley de Reforma Laboral. Se sostiene que la sentencia incurre en ciertas inconsistencias en el ámbito tratado y se advierte la discriminación arbitraria que el fallo genera en cuanto al derecho a conocer las remuneraciones de los trabajadores.

* * *

I. Las disposiciones legales objetadas en el Requerimiento

Las normas legales individualizadas en el Requerimiento como contrarias a la Carta Fundamental fueron las siguientes:

“Artículo 317.- Derecho de información específica para la negociación colectiva. La información relativa a la planilla de remuneraciones de los trabajadores involucrados en la negociación podrá ser solicitada por las organizaciones sindicales que hayan sido autorizadas expresamente en sus estatutos o cuando su entrega haya sido autorizada expresamente por cada trabajador.

Artículo 318.- Derecho de información por cargos o funciones de los trabajadores en las grandes y medianas empresas. Los sindicatos de empresa podrán una vez en cada año calendario solicitar a las grandes empresas, información sobre remuneraciones asignadas a trabajadores de los diversos cargos o funciones de la empresa que se encuentren contenidas en el registro a que se refiere el numeral 6)

del artículo 154 de este Código. La información deberá entregarse innominadamente, dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que haya sido requerida.

En el caso de las empresas medianas, sus sindicatos podrán hacer este requerimiento sólo como información previa a la negociación.

La información deberá ser entregada por la empresa siempre que cuente con cinco o más trabajadores en cada cargo o función, se asegure la reserva de la información individual de cada trabajador y no infrinja lo dispuesto en el artículo 154 bis de este Código”.

II. Argumentos esgrimidos por los requirentes sobre la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas

1. Respecto del artículo 317, inciso cuarto, los requirentes sostuvieron lo siguiente:

Que la norma impugnada crearía un derecho a favor de las organizaciones sindicales para que les sean proporcionadas las planillas de remuneraciones nominativas de los trabajadores sindicalizados, en empresas de todo tipo, a pesar de que esta importante información estaría protegida por el derecho a la vida privada.

En el entendido que las remuneraciones quedan comprendidas bajo el resguardo constitucional del derecho a la vida privada, el proyecto vulnera este derecho fundamental al no justificar de qué forma existiría un interés público que posibilite una intromisión o límite de gravedad como el que establece el proyecto, cuyo articulado posibilitaría que el titular pierda todo control sobre la información privada, la que, conforme la preceptiva aprobada, se torna incontrolablemente pública.

Al autorizar que la información personal deba ser entregada a las organizaciones sindicales y a los sindicatos interempresa (en caso de aprobarse éstos), se objeta que el legislador no haya previsto lo que sucede luego de que la información sea entregada a las organizaciones, no consignando un responsable de su almacenamiento para que no sea utilizada o divulgada por terceros, cuestión gravosa en extremo para el propio trabajador y su familia.

2. En relación al artículo 318, los requirentes afirman que esta norma es contraria a la Constitución, considerando lo siguiente:

Se afirma que la disposición legal no satisface un interés público, pues no es a la sociedad toda a la que le interesa conocer la remuneración de un trabajador

determinado, sino, más bien, ello opera sólo en favor del sindicato, a efectos de establecer una comparación odiosa de remuneraciones entre trabajadores y cargos directivos, cuestión que en nada ayudaría al éxito de la negociación colectiva. Al no justificarse un interés público, la intervención en el derecho fundamental sería desproporcionada y añade que tampoco es claro asegurar que, no obstante el calificativo de innominada con que debe ser entregada la información, no sea identificable el trabajador en cuestión.

En síntesis, los requirentes objetan especialmente el artículo 317, inciso cuarto, al estimar que dicha norma vulnera el derecho a la vida privada, pues, la remuneración es un tipo de información personal protegida por aquel derecho fundamental. Además, señalan que no se divisa un interés público que justifique una intromisión en el derecho. Por último, tal disposición legal permite que la información que fuese proporcionada por el sujeto emisor (el empleador) pueda ser difundida sin restricciones por el sujeto receptor (el sindicato).

III. La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la materia

1. El objeto del requerimiento en esta materia

Luego de señalar que la disposiciones objetadas, especialmente el artículo 317, inciso cuarto, se encuentran dentro de los deberes que han de cumplirse para los efectos de obtener la información específica y necesaria para que los sindicatos puedan preparar sus negociaciones colectivas, el Tribunal Constitucional (en adelante e indistintamente, "TC") afirma, en primer lugar, que en el requerimiento *"no se discute la información que pueda requerirse"*, que *"se refiere a la planilla de remuneraciones pagada a los trabajadores afiliados a la organización, desagregada por haberes y con detalle de ingreso a la empresa y cargo y función desempeñada"*¹. Agrega el fallo que *"[s]ólo se impugna la forma de autorización que se haga vía estatutos de la información de la planilla de remuneraciones de los trabajadores involucrados en la negociación, que pueden solicitar las organizaciones sindicales"*².

2. Criterio interpretativo empleado en esta materia: los deberes de información recíprocos entre contratantes de buena fe

En el entendido de que *"entre los contratantes debe existir comportamientos decentes y leales, que apunten a la cooperación, al respeto recíproco"*, existen *"deberes no reglados, construidos a partir de la buena fe"* en *"que la información que debe dar un contratante a otro, se funda, de un lado, en el desequilibrio de conocimientos*

¹ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo VI, II, c. 3, p. 141.

² Idem.

sobre los elementos del contrato que existe entre las partes. Ello obliga a quien tiene cierta información a entregarla a quien carece de ella. Por el otro, la información robustece el consentimiento, porque permite actuar con conciencia de la conveniencia de lo que está suscribiendo, del alcance de los derechos y obligaciones asumidos”³.

La sentencia reconoce que los derechos-deberes de información contractual no son absolutos *“porque existen deberes de autoinformación, porque hay materias que pueden ser reservadas, porque hay secreto profesional o comercial, etc. Sin embargo, los deberes de información priman si hay una asimetría estructural en la relación entre los contratantes, como la que existe entre el vendedor y el consumidor, el profesional y el cliente, el ingeniero y el operario; también si hay un perjuicio que pueda significar para el proceso de negociación, el ocultamiento y no transparencia de esa información”⁴.*

De conformidad a lo expuesto, la sentencia añade que el contrato de trabajo se estructura *“en base a una relación asimétrica entre el trabajador y el empleador”* que justifica que exista *“información que debe entregar el empleador de oficio o de otra que le puede ser requerida por el sindicato”*, con el fin de brindar *“protección del trabajo y del trabajador (artículo 19 N° 16, inciso primero)”⁵*. Concluye que una negociación equitativa exige que la ley establezca los procedimientos necesarios y adecuados que la negociación colectiva permita una solución justa. Esto es lo que pretende esta ley al *“definir los procedimientos para lograr la negociación colectiva (19 N° 16, inciso quinto y 65 inciso cuarto N° 5)”⁶*.

3. No hay vulneración a la vida privada

El sentenciador afirma que no se vulnera la vida privada. Lo funda en que la planilla de remuneraciones requerida *“es información “específica y necesaria” para preparar la negociación colectiva”* y se trata de información referida *“a los mismos trabajadores de la organización requirente”*, por lo tanto *“no es ajena”⁷*. En segundo término, dentro de la autonomía que la Constitución le reconoce al sindicato, éste puede *“establecer todos los derechos y obligaciones de sus miembros”*, entre las cuales el estatuto puede contemplar *“una autorización legítima, dentro de dicha autonomía, para entregar la autorización al sindicato para recabar esa información”⁸*.

En tercer lugar, *“si la información remuneratoria fuera considerada hipotéticamente dato sensible”* dice que ello no corresponde calificarlo al TC en esta ocasión

³ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo VI, II, c. 8, p. 143.

⁴ Idem.

⁵ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo VI, II, c. 8, p. 144.

⁶ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo VI, II, c. 9, pp. 144-145.

⁷ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo VI, II, c. 10, p. 145.

⁸ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo VI, II, c. 11, pp. 145-146.

“por ser propio de un control concreto” y añade que en tal hipótesis, “lo que la ley exige es el consentimiento para el tratamiento de los datos” conforme a la Ley N° 19.628, y tal consentimiento para almacenar datos y su posible comunicación al público “se da de dos maneras: se da por cada trabajador o se da en el estatuto del sindicato. Lo que los requirentes impugnan es que dicha autorización se dé en el estatuto. Sin embargo, el estándar es que haya autorización y que sea informada. Y eso se cumple en este caso”⁹.

En cuarto lugar, respecto del *“peligro que exista que el sindicato pueda transferir esa información a terceros”, señala “que el propio proyecto califica como práctica desleal divulgar a terceros ajenos a la negociación los documentos o la información recibida por el empleador y que tenga el carácter de confidencial o reservado (artículo 407, letra c)). Si las planillas de remuneraciones no fueran consideradas como reservadas, hay reglas de buena fe que también se sancionan como práctica desleal (artículo 407, letra a)).”*. En cualquier caso, agrega que *“las hipótesis de eventual mal uso de la información no pueden solamente ser de cargo del sindicato, sino también del empleador”* y un resguardo lo constituye *“el artículo 154 bis del Código del Trabajo [que] obliga al empleador a mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”¹⁰.*

Por último, en cuanto a la objeción de que las remuneraciones serían datos privados, resguardados por el artículo 19 N° 4 de la Constitución, el sentenciador afirma que *“en un contrato de seguro de vida, las personas deben revelar una serie de informaciones sensibles. Sería bastante difícil ese contrato sin esa información o se generaría un incremento de las primas por riesgo indeterminado. Pero ningún asegurado podría sostener que revelar esa información afecta su vida privada, porque está buscando con la entrega de ella, un propósito mayor, que es la cobertura del riesgo correspondiente. Lo mismo sucede en la negociación colectiva”¹¹.*

IV. La disidencia de cinco ministros sobre la materia

La mitad (5) de los ministros del TC estuvieron por acoger el requerimiento respecto del inciso cuarto del nuevo artículo 317 del Código del Trabajo, en la frase *“que hayan sido autorizadas expresamente en sus estatutos o”*, por las razones que se expresan a continuación:

En primer lugar, los ministros disidentes concuerdan con los requirentes quienes afirman que con esta modificación legal la frase arriba aludida es inconstitucional, pues *“las organizaciones sindicales fijarán en estatutos la renuncia anticipada*

⁹ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo vi, II, c. 12, p. 146.

¹⁰ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo vi, II, c. 15, p. 147.

¹¹ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo vi, II, c. 16, p. 148.

de sus afiliados a protección que les brinda la constitución (sic) privacidad de ciertos datos y aspectos de su vida privada (lo que es claramente inconstitucional) o a que se incorpore vía reforma de estatutos en las vigentes.” (Fojas 54 del Rol N° 3016 y fojas 53 del Rol N° 3026).”. Esto lleva a que *“el titular de la información pierda todo control sobre la información que pertenece al ámbito de su privacidad, tornándola pública”*¹².

La respuesta de la Presidenta de la República al requerimiento sobre este punto señala que *“la solicitud y conocimiento de la información cuestionada son manifestaciones del interés colectivo y de la buena fe inherentes a todo proceso de negociación colectiva que deben ser considerados por los empleadores y los trabajadores de la empresa en el marco del desarrollo de sus relaciones laborales”*, añadiendo que para este fin *“los trabajadores afiliados a un sindicato han prestado su consentimiento previo y expreso para que dicha organización solicite y conozca su información personal cuando los respectivos estatutos así los permitan”*¹³.

En tercer lugar, la respuesta del Ejecutivo asume que se trata de información que involucra *“datos personales”*, pues señala que el acceso a su información debe regirse por la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada *“con todas las consecuencias que esto tiene”*. Para justificar este aserto, indica que *“es la ley quien (sic) está otorgando la facultad al propio sindicato para tratar datos personales”*. Termina afirmando que el sindicato es el responsable *“como ente que trata los datos”* (Fojas 1457 del Rol N° 2016)¹⁴.

Los disidentes sostienen, luego de referencias jurisprudenciales y doctrinales sobre el alcance del derecho a la vida privada (que no es del caso replicar ahora), que las remuneraciones forman parte del contenido constitucionalmente resguardado de dicho derecho fundamental. Al tenor de un fallo del TC que se pronunció sobre el derecho de acceso a la información sobre la remuneración de los ejecutivos de TVN (roles 1800 y 1732, acumulados) los disidentes afirman que *“las remuneraciones que no pertenezcan a funcionarios de la Administración Pública (en relación con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado) o de quienes laboran en las empresas públicas, no revisten el carácter de públicas, pues no se verifica el requisito de que se relacionen con un interés público atendidos los recursos comprometidos para satisfacer su pago. Por el contrario, pertenecen al ámbito de una relación contractual que, por esencia, es de naturaleza privada”*¹⁵.

¹² Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo vi. II.11, c. 3, pp. 150-151.

¹³ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo vi. II.11, c. 3, pp. 151-152.

¹⁴ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo vi. II.11, c. 4, p. 152.

¹⁵ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo vi. II.11, c. 17, p. 159.

En cuarto lugar, afirman que de conformidad con el artículo 2 de la Ley 19.628, sobre Protección de Datos de Carácter Personal, *“debe convenirse que las remuneraciones pactadas en un contrato individual de trabajo son datos de carácter personal en cuanto constituyen una información concerniente a personas naturales (los trabajadores), identificadas o identificables, de conformidad con el mismo contrato. Pero, como se ha expresado, no se trata de ‘cualquier’ información, sino que de aquélla que da cuenta de la fuente de sustento de quien vive del producto de su trabajo”*¹⁶.

Previene los cinco ministros disidentes que de acuerdo al artículo 154 del Código del Trabajo, *“[e]l empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.”* Esta norma, señalan, *“se relaciona estrechamente con lo prescrito en el artículo 5º, inciso primero, del Código del Trabajo, que establece que: ‘El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos’”*¹⁷.

En quinto lugar, señalan que la existencia de un fin social o colectivo, subyacente en los objetivos de la negociación colectiva, *“no siempre es un justificativo suficiente para que el titular de un derecho fundamental acepte su sacrificio. Este propio Tribunal ha sostenido que, en materia de privacidad, la ley puede imponer limitaciones en vista de la necesidad de proteger un bien jurídico superior, como se ha recordado en el considerando 10º de este voto. Pero, también, ha precisado que tales limitaciones (por mucho que obedezcan a un fin social o colectivo) deben respetar estándares vinculados a la necesidad, objetividad, precisión y determinación de las mismas. Lo anterior para no vulnerar lo dispuesto en el artículo 19 N° 26º de la Carta Fundamental”*¹⁸.

Para resguardar los datos personales frente a la invocación de fines públicos *“es que la Ley N° 19.628 señala que ‘El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta en ello.’* Agrega que la autorización del titular debe constar por escrito debiendo ser debidamente informado del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público (artículo 4º, incisos primero, segundo y tercero)”¹⁹.

Si bien es cierto que esta ley *“permite el tratamiento de datos personales, sin autorización, que realicen las personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo,*

¹⁶ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo VI, II, c. 22, p. 162.

¹⁷ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo VI, II, c. 19, pp. 160-161.

¹⁸ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo VI, II, c. 24, pp. 163-164.

¹⁹ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo VI, II, c. 25, p. 165.

*de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación 'u otros de beneficio general de aquellos.' (Artículo 4° , inciso final)", "ya se ha indicado que la primacía del interés general como justificativo del sacrificio de un derecho individual (...) debe fluir de la propia Constitución Política y no sólo de la ley. Y es que (...) no hay forma de asegurar que, efectivamente, el aludido 'beneficio general' comprenda el beneficio de todos y cada uno de los trabajadores afiliados a un sindicato. Por lo demás, en nuestro caso, no existe ninguna disposición constitucional que asegure la primacía del interés general que perseguirían los sindicatos en un proceso de negociación colectiva por sobre la protección irrestricta que ellos y el propio empleador deben observar respecto de un dato personal que pertenece al ámbito de la privacidad de sus afiliados"*²⁰.

Por último, debe desecharse el "argumento de S.E. la Presidenta de la República de que 'es la ley quien (sic) está otorgando la facultad al propio sindicato para tratar datos personales' estableciendo una formalidad adicional cuando la información es solicitada por las organizaciones sindicales consistente en que tal facultad debe incorporarse en el respectivo estatuto debe ser desechado, porque, como se ha dicho, el legislador no puede delegar en un cuerpo normativo diferente, de menor rango, el tratamiento de datos personales como son las remuneraciones de los trabajadores que suscriben contratos individuales de trabajo"²¹.

V. Algunos comentarios

Por motivos de espacio y tiempo, no nos referiremos a todos y cada uno de los aspectos expuestos en las distintas partes del fallo del TC. Primero nos haremos cargo de algunas falencias de la sentencia en lo que se refiere al resguardo al derecho a la vida privada. Luego, exhibiremos la inconsistencia que se produce al estimarse constitucional el derecho a requerir las remuneraciones de los trabajadores, al punto que el fallo termina por establecer una diferencia arbitraria entre los trabajadores sindicalizados y los no sindicalizados sobre este punto.

1. El fallo admite que la remuneración es un dato personal-privado pero luego niega que esté protegido por el derecho a la vida privada

El fallo reconoce explícitamente que la remuneración es un dato personal y que debe ser tratado como tal. Sin embargo, a renglón seguido, en respuesta a la objeción de los requirentes sobre la falta de resguardo en la reserva de esta información, la sentencia invoca el artículo 154 del Código del Trabajo que "obliga al empleador a mantener reserva de toda la **información y datos privados** del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral".

²⁰ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo vi. II.11, c. 26, pp. 165-166.

²¹ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo vi. II.11, c. 27, pp. 167-168.

En respuesta a la misma objeción el sentenciador esgrime “*que el propio proyecto califica como práctica desleal divulgar a terceros ajenos a la negociación los documentos o la información recibida por el empleador y que tenga el carácter de confidencial o reservado (artículo 407, letra c)*”²².

La sentencia podría haber desarrollado la idea de que no todo dato **personal** necesariamente debe por esa sola constatación configurar un dato **privado** (distinción que no creo aplica a las remuneraciones, pero sí podría alcanzar el nombre) –labor que el fallo no acomete– pero admitir que la remuneración es un dato personal, añadir que éste constituye una especie de “*información y datos privados del trabajador*” y que poseen un “**carácter confidencial**” para enseguida desentenderse de la afirmación comprometida con anterioridad.

¿Cómo se entiende el reconocimiento de que las remuneraciones de los trabajadores constituyen información “personal”, “datos privados” (respecto de los cuales el empleador debe guardar reserva) que poseen un “carácter confidencial” con la afirmación que desconoce “que las remuneraciones son datos privados, protegidas por el 19 N° 4” de la Constitución? Esta parte de la sentencia no brinda explicación alguna a la interrogante formulada.

2. Reducir la entrega forzosa de datos personales a una cuestión de legalidad trae aparejado efectos de hondo calado para los datos no sensibles

Atendido que la sentencia evita discernir acerca de si un dato personal, como las remuneraciones, se encuentra o no resguardado por el derecho fundamental a la vida privada, procura despejar el tema de la entrega de remuneraciones como si se tratara de un caso de tratamiento de datos personales, conforme al artículo 4º, inciso primero, de la Ley N° 19.628 –sobre Protección de la Vida Privada– que autoriza a tratar y transferir datos personales únicamente “*cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consiente expresamente en ello*”.

Más allá de que discutiblemente se cumple con los requisitos legales de la Ley N° 19.628 –cuestión que excede el análisis de este comentario– el peligro que se cerniría sobre los datos personales de adoptarse esta hipótesis sería de hondo calado, pues ello contribuiría a diluir los criterios que el mismo Tribunal Constitucional y el legislador (bajo el influjo de aquél) han ido sentando en casos análogos sobre el resguardo de la información financiera, bancaria o comercial. Tales estándares han orbitado en torno a dos resguardos que se exigen copulativa o disyuntivamente según sea el caso.

²² Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo vi, II, c. 15, p. 147 (las negritas son nuestras).

El primero consiste en que existiendo un interés público de gran peso –tales como el debido cumplimiento de fines de la justicia– es justificable dar amplio acceso a información personal-privada siempre a través de la intermediación de un tribunal. El segundo estándar se refiere a situaciones de menor impacto público en las que, por diversos motivos plausibles, una persona se encuentra obligada a entregar información personal a terceros, a condición de imponer sobre éstos un estricto deber de reserva, cuya infracción trae aparejada sanciones penales, incluso tratándose de terceros particulares sobre quienes recae el deber de reserva (Secreto bancario).

De admitirse el baremo consignado en esta sentencia no adolecería de inconstitucionalidad una ley que permitiera el tratamiento y comunicación de los datos personales-patrimoniales “positivos”²³ de ciertas personas particulares, tales como sus ingresos, ahorros e inversiones, sin ninguno de los resguardos precedentemente expuestos. En efecto, al tratarse de datos personales no sensibles, se entendería que su resguardo es de mera reserva legal (sin protección del derecho fundamental a la vida privada), por lo que bastaría una ley que autorizara la comunicación de la aludida información y que en el mejor de los casos iría acompañado con un deber general de reserva, sin sanción efectiva aparejada en el evento de infringirse tal obligación.

Ya se ha podido constatar (v.gr. las disposiciones de reserva del Ministerio Público que han contribuido a las denominadas “filtraciones”) cuán poco eficaces han sido aquellas normas jurídicas que proclaman deberes de reserva o secreto sin especificar ellas mismas una sanción ejemplar (pena o multa) en caso de contravención.

3. El mundo al revés: se reconoce a los particulares potestades de invasión más intensas que las otorgadas a autoridades públicas y con menores resguardos que frente a éstas.

Cuando el ordenamiento jurídico ha dispuesto que determinadas autoridades se encuentren premunidas de la sensible aunque indispensable facultad de investigar la intimidad de las personas (v. gr., Ministerio Público) o algunos específicos aspectos de su esfera privada (v. gr., Servicio de Impuestos Internos) lo ha previsto con todos los resguardos para que lo lleven a cabo con las justas garantías del caso.

Así como el Ministerio Público requiere de autorización del juez de garantía para investigar la comisión de un delito en cuya pesquisa a través de medios

²³ Parte de la doctrina y el derecho comparado suele acudir a la distinción entre información financiera o patrimonial positiva (resguardada por el derecho a la vida privada) versus la información negativa (obligaciones impagas, morosidad, etc.) puesto que éstas y no la primeras tendrían un interés público que justifica su entrega.

tecnológicos intrusivos puedan producirse injerencias en los derechos de las personas, entre ellos la intimidad²⁴, la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, por su parte, está obligada a solicitar similar autorización judicial para levantar el secreto que protege a determinadas operaciones de naturaleza bancaria²⁵. Existen ejemplos similares de potestades de fiscalización en la vida privada por parte de ciertos organismos (v. gr., Tribunal de Defensa de la Libre Competencia) que deben solicitar autorización judicial previo a su ejercicio²⁶.

En cualquier caso, dichas potestades públicas se encuentran expresamente otorgadas e invisten de modo singularizado a una autoridad (o categoría determinable de éstas) para ejecutarlas, de conformidad con el procedimiento que la misma ley ha contemplado, y en caso de no atenerse a estas garantías, la potestad deviene en ilícita (art. 7° de la Carta Fundamental) sin perjuicio de las sanciones previstas en caso de incumplimiento, siendo una de ellas en materia procesal penal, la exclusión de la prueba que se haya obtenido con infracción a los derechos fundamentales. La jurisprudencia del TC ha sido ilustrativa acerca de los estándares señalados²⁷.

²⁴ El art. 226 del Código Procesal Penal, a propósito de los instrumentos tecnológicos de investigación, dispone que *“cuando el procedimiento tuviere por objeto la investigación de un hecho punible que mereciere pena de crimen, el juez de garantía podrá ordenar, a petición del Ministerio Público, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos”*.

²⁵ La Ley 20.406 (2009) amplió a la Dirección Nacional del ente fiscalizador en materia tributaria, la facultad para acceder, previa autorización del Juez de Garantía, a la información bancaria protegida con secreto o reserva de conformidad al artículo 154 del D.F.L. N°3 de 1997, sobre Ley General de Bancos.

²⁶ El artículo 39, inciso 2°, letra f) del texto refundido (2009) del D.L. 211, exige al Fiscal Nacional Económico autorización ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia cuando quiera imponerse *“de antecedentes se encuentren calificados como secretos o reservados, de conformidad a la legislación vigente”*. Del mismo modo, la letra n) exige *“petición fundada”, previamente aprobada por el TDLC, y con “autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones”,* para la adopción de una serie de medidas, entre ellas, la facilitación de *“copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas”* por una empresa de comunicaciones. Por su parte, la Ley 19.913 (2003), que creó la Unidad de Análisis Financiero, obliga, en su artículo segundo, inciso 2° de la letra b), a este organismo a solicitar de la autorización de un ministro de la Corte de Santiago para requerir de los antecedentes *“amparados por el secreto o reserva”* o cuando *“deban requerirse a una persona no contemplada por el artículo 3° de esta Ley”*.

²⁷ A modo meramente ilustrativo, las siguientes sentencias del TC: Rol 521/2006, c. 22: *“al disponer el proyecto de ley en examen que tratándose de la autorización previa de un ministro de Corte de Apelaciones de Santiago para que la Unidad de Análisis Financiero requiera antecedentes amparados por el secreto o reserva, o que provengan de personas no contempladas en el artículo 3° de la Ley N° 19.913, ‘El ministro resolverá de inmediato’, se configura una situación que se opone a la dedicación y reflexión indispensables que un asunto de naturaleza tan delicada y compleja, como es autorizar una excepción a la reserva o al secreto de determinados antecedentes, amerita por parte del órgano que ha de cumplir el control heterónomo fundamental para asegurar el debido resguardo de los derechos involucrados”*; Rol 417/2004, c. 28: *“la normativa en estudio impone al Magistrado correspondiente la obligación de pronunciarse, otorgando o no la autorización pedida, dentro de un plazo de 24 horas y que es fatal, lapso que, evidentemente, no le permite examinar los antecedentes que le han sido suministrados, con la dedicación indispensable para dictar la resolución razonada en un asunto tan grave y complejo, como tampoco, ordenar que se le presenten informaciones adicionales con las cuales, y tras la apreciación que se requiere para obrar con sujeción al proceso justo, le sea realmente posible pronunciarse con rigor y objetividad”*. Rol 433, c. 33: *“Que, sería posible argumentar para justificar la norma que se propone, que se trata de la práctica de diligencias cuya dilación podría acarrear graves consecuencias. Sin embargo, en la situación que se analiza ello no ocurre, porque los registros y antecedentes de una cuenta corriente bancaria, depósitos u otras operaciones como las que indica el precepto ‘se mantienen en el tiempo, bajo custodia y responsabilidad de un tercero que es,*

Las garantías exigidas a organismos como los precedentemente individualizados nuestro ordenamiento jurídico también los hace extensibles a aquellas situaciones en las que un particular es obligado forzosamente a entregar a otro particular su información financiera o patrimonial, dando por descontado que en estas situaciones concurren altos fines de bien público, casos en los cuales el levantamiento de la reserva se produce, ya sea por medio de intervención judicial, ya sea a través de un acceso restringido a personas respecto de quienes pesa un estricto deber de reserva (o bien exigiéndose ambos requisitos).

Claro ejemplo de un intenso deber de reserva que recae sobre funcionarios públicos pero también sobre particulares es el Secreto Bancario, en virtud del cual la Ley de Bancos prohíbe *“a todo empleado, delegado, agente o persona que a cualquier título preste servicios en la Superintendencia, revelar cualquier detalle de los informes que haya emitido, o dar a personas extrañas a ella noticia alguna acerca de cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo. En el caso de infringir esta prohibición, incurrirá en la pena señalada en los artículos 246 y 247 del Código Penal.”* (Artículo 7° de la Ley General de Bancos).

Es curioso, por decir lo menos, que de conformidad a la sentencia en cuestión, un particular pueda exigir a otro particular la entrega no consentida de antecedentes personales similares a aquellos que pueden ser requeridos por ciertos funcionarios públicos expresamente facultados para ello, pero ello se autoriza en esta sentencia sin los resguardos que habitualmente el ordenamiento jurídico brinda en aquellas hipótesis en que un órgano que no es judicial pueda, en virtud de sus potestades, acceder a información personal.

El derecho de acceso a las remuneraciones de ciertos particulares que trabajan en empresas públicas (v.gr., TVN) aunque puede parecer una salvedad en cuanto a los estándares aplicables, en verdad constituye una excepción aparente puesto que fue justificado por el TC, atendido *“el carácter público de la empresa”, “no en tanto sujetos particulares corrientes”* y por *“Responde[r] a un fin lícito amparado por el principio de publicidad”* y *“acceso a la información”*²⁸.

La redundancia es afirmar que la información requerida se justifica en pos de un interés público

Si fuese cierto que el derecho de requerir las remuneraciones de los trabajadores sindicalizados no constituye una vulneración al derecho a la vida privada de

a su vez, fiscalizado por la autoridad’ como tuvo ocasión de señalarlo este Tribunal en un caso semejante, en sentencia de 30 de abril de 2002, Rol 349 (cons. 37o)“.

²⁸ Rol 1800/2010, c. 50 y 33 a 35. Asimismo, c. 65.

éstos, como se desprende de la sentencia, no tiene sentido la argumentación –esgrimida especialmente por el Presidente de la República en respuesta a los requirentes– en cuanto a esgrimir que el interés público o social perseguido por la negociación colectiva justificaría entregar dicha información. Si no hay infracción a la vida privada, parece redundante invocar causales que justifican interferir un derecho que no ha sido vulnerado.

Asumiendo, por el contrario, que hubiera un interés público que justifica acceder a las remuneraciones, estimo pertinentes los siguientes considerandos de dos magistrados disidentes que afirman que si el interés público recayera únicamente en el sindicato dicho interés ha dejado de poseer tal entidad. Afirman la ministra Brahm y el ministro Aróstica que *“[e]s cuestionable que exista un interés legítimo para abonar la disposición reprochada, toda vez que aquella se incardina en la tendencia del proyecto de entregar el monopolio de articulación de las relaciones colectivas entre la empresa y los trabajadores a un único intermediario –el sindicato–, lo que sacrifica ciertamente a los otros grupos de trabajadores no sindicalizados que constitucionalmente tienen reconocido el derecho constitucional a negociar colectivamente (Artículo 19 N° 16, inciso 5°, de la Constitución)”*.

Prosiguen señalando los disidentes que *“puesto en duda que con la entrega no consentida del dato de que se trata (remuneración), se persiga la consecución de un fin legítimo, aquello ciertamente tampoco persigue dar satisfacción a un fin de interés público, pues no es a la sociedad toda a la que importa el conocimiento de la información que se ordena revelar, sino que sólo a los sindicatos. En relación a lo anterior, la disposición tolera un supuesto en que ni siquiera parece existir interés actual o futuro, que vaya más allá de la mera obtención del dato por parte de los sindicatos, pues permite que en ciertos casos la información se solicite sin vinculación o correlato alguno con un proceso de negociación colectiva, de modo que tampoco parece posible esgrimir que la finalidad del proyecto en esta parte pase por dar mayor eficacia a la garantía que el artículo 19 N° 16, inciso 5° de la Constitución, en el sentido de amparar ‘negociaciones justas y pacíficas’ o bien reparar una ‘asimetría de información que sufren los trabajadores en la negociación colectiva’ (como se dice, por ejemplo, a fojas 1453 y 1454, respectivamente). Se trata de un supuesto donde se habilita a los sindicatos para conocer remuneración de ciertos trabajadores, sólo para conocerla. De este modo, no existe fin legítimo, ni interés público en que estos datos reservados se tornen accesibles, por efecto de la disposición legal reprochada”*.²⁹

²⁹ Roles 3016-3026/2016 (acumulados), Capítulo III. ACCESO A INFORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES, c. 13 y 14.

4. Al extenderse la titularidad de la negociación colectiva a los grupos no sindicalizados el fallo discrimina arbitrariamente al negarles el acceso a las remuneraciones

La mayoría sostuvo que es contrario a la Constitución que la titularidad de la negociación colectiva recaiga exclusivamente en los sindicatos, por lo que reconoce que el fin de mejorar las condiciones de trabajo también puede ser alcanzado a través de grupos negociadores que no estén constituidos como sindicatos. Si esto es efectivo, la sentencia –seguramente sin hacerlo deliberadamente– establece una discriminación del todo injustificada que vulnera el artículo 19 N° 2, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Veamos cómo esta infracción constitucional se produce, para lo cual partiremos por reconocer tres afirmaciones incontestadas:

- A) La sentencia sostiene que no vulnera la Constitución el derecho del sindicato a requerir las remuneraciones de los trabajadores afiliados como un medio que contribuye a lograr los fines de la negociación colectiva.
- B) El fallo establece que el derecho a negociar colectivamente no es exclusivo de los sindicatos, sino que también se extiende a los grupos de trabajadores que no estén constituidos como tal.
- C) La sentencia contiene, por tanto, la siguiente diferencia objetiva: reconoce el derecho de los sindicatos a requerir las remuneraciones de sus trabajadores, mientras que paralelamente desconoce el mismo derecho a los grupos negociadores no constituidos como sindicato.

La sentencia incurre, sin advertirlo, en una gruesa arbitrariedad, pues no hay explicación racional que sustente negarles a un grupo de trabajadores un medio de negociación que reconoce a otros grupo de trabajadores en circunstancias que ambos gozan del mismo derecho a negociar colectivamente. Para sostener nuestra afirmación emplearemos el estándar de igualdad a que ha acudido el TC en esta sentencia, el cual busca discernir si el impacto generado por una diferencia o exclusión efectuada por la ley es razonable a la luz de los fines que persigue la regulación y si los medios de diferenciación se justifican a la luz de tales objetivos.

Si el fallo de 5 ministros (mayoría con voto dirimente) estima que es razonablemente necesario que el sindicato pueda acceder a las remuneraciones de los trabajadores afiliados, como instrumento necesario (comprendido dentro de “los antecedentes indispensables para preparar el proyecto de contrato colectivo”) para lograr una mejor negociación colectiva, no se divisa motivo

plausible para excluir de dicho medio a los trabajadores no sindicalizados que gozan del mismo derecho a negociar colectivamente que los sindicatos.

Pues bien, si había algún motivo plausible de diferenciación, aquel ya no existe desde el momento en que tanto trabajadores sindicalizados y no sindicalizados poseen el mismo derecho a la negociación colectiva, por lo que gozando unos y otros de igual derecho a lograr el mismo **fin** es razonable que estén premunidos de los mismos **medios** para propender a dicho objetivo, por lo que es arbitrario que la ley permita, sin justificación racional, que los grupos de trabajadores no sindicalizados estén en desventajas respecto de los sindicatos al no poder requerir la remuneración de sus trabajadores como antecedente indispensable para la negociación.

5. Una infracción constitucional produce otra: la diferencia arbitraria estorba el ejercicio del derecho a negociar colectivamente

Como lo hemos señalado, la exclusión del derecho a requerir información de las remuneraciones a los grupos de trabajadores no sindicalizados genera una discriminación arbitraria que vulnera el artículo 19 N° 2, inciso segundo, de la Constitución. Pero esta infracción al principio constitucional de igualdad produce el efecto de afectar el derecho fundamental de los trabajadores a negociar colectivamente.

En efecto, los trabajadores –tanto sindicalizados como no sindicalizados– tienen el derecho a negociar colectivamente, por lo que éste debe ser ejercido en igualdad de condiciones. A no existir igualdad de condiciones en los medios para desplegar el aludido derecho fundamental, sin que la discriminación esté justificada, esta infracción produce un estorbo en el ejercicio legítimo de los trabajadores no sindicalizados para negociar colectivamente de conformidad al artículo 19 N° 6, inciso quinto, de la Carta Fundamental. Así, a la infracción al principio constitucional de igualdad se sigue la infracción a un derecho fundamental distinto.

El fundamento jurídico que determinó el Tribunal Constitucional sobre la reforma laboral: el considerando 63°.

HUGO FÁBREGA VEGA

Abogado

Miembro del Colegio de Abogados de Chile A.G.

Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Miembro del Centro Chileno de Estudios de Derecho del Trabajo A.G.

Miembro de la Agrupación de Abogados Laboralistas
de la Unión Europea e Iberoamérica

RESUMEN: el presente artículo pone brevemente en relieve un considerando del fallo del Tribunal Constitucional sobre la reforma laboral que resulta demoledor para cualquier aspiración de programática política relacionada con lo que se consideró inconstitucional.

* * *

“SEXAGÉSIMO TERCERO: Que, asimismo, las constataciones de inconstitucionalidad a las que este Tribunal ha llegado son incompatibles con cualquier disposición transitoria o accesoria a las normas impugnadas en este requerimiento y que han sido declaradas inconstitucionales”.

1. Fuerte y claro determinó el alcance de su imperio el Tribunal Constitucional. Lo anterior, tras un breve pero motivante ejercicio de potestades en nuestro Estado de Derecho vigente; ¿quien podría, a estas alturas, cuestionar la trascendencia de la eficacia vinculante de la Constitución? A mi entender, sólo aquellos que no consideran que la vía de la juridicidad sea la posible en un sistema de organización social que conjugue democracia y derecho, cuestión que, por exceder el ámbito de este breve análisis, deseo detentar como premisa.

2. No obstante tan pertinente advertencia, creo necesario que sobre el proyecto de ley en cuestión se hagan las siguientes consideraciones para posteriormente coronar (o clausurar a estas alturas) su análisis. En efecto, el programa de gobierno de la actual Administración toma como eje 3 puntos centrales denominados “Reformas de Fondo” (reforma educacional, reforma tributaria y nueva Constitución), actualmente en discusión parlamentaria salvo la relativa a la nueva Constitución. De maneras subsidiarias y/o complementarias a las

centrales, convergen otras propuestas que contempla el programa de gobierno, siendo, entre otras fuentes de preocupación de la agenda, ubicadas en la sección "Protección y Oportunidades" aquellas relativas al orden laboral.

Recordemos que en lo tocante al plano laboral en análisis (la Negociación Colectiva y Fortalecimiento de la Actividad Sindical), se propuso que *"Para reducir la desigualdad es necesario superar las diferencias que existen en las relaciones entre trabajadores y empresarios. Para aumentar los ingresos de los trabajadores es necesario aumentar la productividad, para lo cual el presente programa considera un conjunto amplio de materias y medidas, entre las que destaca la reforma educacional y las transformaciones al sistema de capacitación y formación para el trabajo. Sin embargo, para aumentar los ingresos de los trabajadores también es necesario aumentar su poder de negociación al interior de la empresa. Debemos fortalecer los sindicatos y realizar un conjunto de modificaciones a la negociación colectiva que permita ampliar la cobertura de trabajadores que pueden ejercer este derecho. Como primer paso terminaremos a la brevedad con el uso artificioso del multirut o razones sociales para efectos laborales, lo que se ha traducido en limitaciones al ejercicio de derechos laborales básicos de los trabajadores como los de sindicalización y de negociación colectiva. Enviaremos una indicación al actual proyecto que se encuentra en el Congreso. A pesar de tener RUTs distintos, debe considerarse como una empresa a las firmas cuando tengan un mismo controlador, se presten los mismos servicios o se hagan productos similares y se tenga una dirección laboral común. Es necesario fortalecer el sindicato como sujeto de la negociación colectiva. Vamos a impulsar una negociación colectiva con titularidad sindical. Adicionalmente, se extenderán los beneficios, de manera automática, al trabajador que se afilie al sindicato que negoció el contrato colectivo"*.

Asimismo, *"Para impulsar y fortalecer los procesos de negociación colectiva debemos antes informar a las trabajadoras y trabajadores cuáles son sus derechos y deberes. Por este motivo implementaremos acciones de formación ciudadana sobre el ejercicio de los derechos individuales y colectivos en el ámbito laboral, así como de los deberes, en particular el de exigir un contrato formal. Adicionalmente, para contar con una negociación colectiva más técnica e informada es necesario establecer la normativa que permita que el sindicato cuente con información oportuna sobre la situación económica de la empresa, en particular la información sobre el Estado de Resultados y Balance General, que el empleador deberá entregar de manera obligatoria. También entendemos que para fomentar la negociación colectiva debemos impulsar las organizaciones de trabajadoras y trabajadores potenciando el programa de formación sindical que existe en el Ministerio del Trabajo. Estableceremos mecanismos de promoción sindical con financiamiento público permanente y fondos concursables, que permitan a las organizaciones y líderes sindicales tener acceso a fondos de desarrollo y gestión sindical. Se debiera poner especial énfasis en la sindicalización femenina, los sindicalistas noveles o*

jóvenes, como asimismo en programas de acercamiento de sindicatos a organizaciones de la sociedad civil. El actual Código del Trabajo establece un proceso de negociación colectiva engorroso y complejo, que no favorece ni facilita el acuerdo entre las partes. Modificaremos estas normativas para introducir mejoramientos y simplificaciones al proceso de negociación colectiva reglada, otorgando capacidad y autonomía a las partes durante el proceso de negociación. El año 2000, entró en vigencia el Convenio OIT N° 87 sobre Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicalización, ratificado por el Congreso Nacional. El país ha sido notificado en distintas oportunidades tanto por la OIT (2008 y 2012) como por Naciones Unidas (2004) en cuanto a que la norma laboral de los reemplazos durante la huelga constituyen un incumplimiento de este convenio y de la libertad sindical. Avanzaremos en el respeto a la libertad sindical conforme a las normas y convenios que Chile ha ratificado en materia laboral. Otra de las materias debatidas en el proceso de negociación colectiva tiene relación con los beneficios obtenidos en negociaciones anteriores. Avanzaremos para regular que, considerando la situación económica de la empresa, la negociación tenga como base las condiciones de la negociación colectiva anterior. No podremos potenciar las organizaciones sindicales si no somos capaces de hacerlas más atractivas. Más participación en los sindicatos debe ser sinónimo de mejores condiciones para los trabajadores y mayores niveles de productividad. Modernizaremos nuestra ley laboral para permitir la ampliación de las materias que se puedan acordar en una negociación colectiva con el empleador, cuando esto sea por acuerdo de las partes, teniendo los resguardos para asegurar la representatividad de los sindicatos”.

3. Respecto de la protección a la libertad sindical, la Nueva Mayoría prometió que *“Debemos fomentar y facilitar la actividad de estas organizaciones, para lo cual una de las áreas a estudiar es que los permisos sindicales deberían ser ampliados y de cargo de la empresa, en particular los que se utilizan para labores de educación y capacitación sindical y otras actividades propias de la labor sindical. Tenemos que ser conscientes que, aunque tengamos implementadas las medidas anteriores, todavía existirá un grupo importante de trabajadores, en particular los menos calificados que laboran en empresas más precarias, que no accederán a negociaciones en igualdad de condiciones. Por ello los ingresos del trabajo, salario más políticas pro empleo deben converger a un monto que permita superar la pobreza. Impulsaremos consultas a las organizacionales nacionales de empleadores y trabajadores, junto con la creación de una instancia técnica de carácter tripartita e integrada además por especialistas, que asesore al Gobierno en el reajuste del salario mínimo. Esta comisión deberá presentar un informe público que analice el mercado del trabajo. Durante la transición, dentro de los márgenes del crecimiento previsto, el reajuste al ingreso mínimo debe alcanzar los \$250.000 a mediados del próximo período presidencial”*¹.

¹ Programa de Gobierno de Michelle Bachelet/Nueva Mayoría (2014-2018). Disponible en: <http://michellebachelet.cl/programa/>

4. Es así como con fecha 29 de diciembre de 2014, el Poder Ejecutivo, en uso de sus facultades constitucionales, envía el mensaje presidencial al Congreso Nacional para su tramitación (iniciativa correspondiente a la Presidenta de la República de manera exclusiva y excluyente) intitulado "PROYECTO DE LEY QUE MODERNIZA EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES, INTRODUCIENDO MODIFICACIONES AL CÓDIGO DEL TRABAJO"².

La idea fuerza del proyecto de ley subyace en la siguiente frase del capítulo que lo fundamenta al punto de resumirlo y también objetivarlo: *"Este proyecto constituye una oportunidad para generar una cultura de diálogo y colaboración estratégica entre los actores. Las relaciones laborales modernas se basan en el respeto mutuo, el reconocimiento de la contraparte como un interlocutor legítimo que debe ser respetado en su dignidad y derechos. El diálogo permanente, la colaboración, la buena fe, más allá de las legítimas diferencias, todo ello con miras a la búsqueda conjunta de mejores condiciones laborales y productividad, es una lógica constructiva y de mutuo beneficio, que es la que esperamos, que con este proyecto, logre permear nuestra institucionalidad, introduciendo una efectiva modernización del sistema de relaciones laborales para nuestro país"*.

Asimismo, establece como antecedentes la baja cobertura de negociación colectiva (*"...en el año 2013 alcanzó apenas el 8.1% de los asalariados del sector privado bajo la modalidad reglada, y un 2% bajo la modalidad no reglada"*), y las observaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), formuladas por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) relativas a los Convenios N°s 87 y 98 relativas a: 1) Legislación que limita el derecho a la negociación colectiva (entre otras, a los artículos 305 y 82 del Código del Trabajo, en cuanto excluyen de la negociación colectiva a los trabajadores afectos a contrato a aprendizaje o contratados para una obra o faena transitoria o de temporada, el artículo 1° del Código del Trabajo que por vía de exclusión en la aplicación de sus normas, impide el ejercicio de los derechos de negociación colectiva); 2) Legislación que limita el ejercicio de los derechos de libertad sindical en lo relativo a los sindicatos y a la negociación colectiva (artículos 314 bis, 315 y 320 del Código del Trabajo, que facultan a grupos de trabajadores para negociar colectivamente, pues ello sólo ha podido hacerse en conformidad a los convenios, en ausencia de las organizaciones sindicales; y a los artículos 334 y 334 bis, en cuanto exigen diversas formalidades y el previo acuerdo del empleador para negociar colectivamente); y 3) Legislación que limita el ejercicio del derecho de huelga (artículos 372 y 373 del Código del Trabajo, que disponen que la huelga debe acordarse por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa involucrados en la

² Mensaje N°1055-362/, que al Congreso Nacional ingresa como "PROYECTO DE LEY QUE MODERNIZA EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES, INTRODUCIENDO MODIFICACIONES AL CÓDIGO DEL TRABAJO", bajo el Boletín N° 9.835-13.

negociación; al artículo 374 del mismo Código que dispone que si no se hace efectiva dentro de tercero día la votación de huelga, se entiende aceptada la última oferta del empleador; al artículo 379 de ese cuerpo legal, que dispone la votación de censura de la comisión negociadora de los trabajadores; al artículo 381 que contempla la posibilidad de reemplazo de trabajadores bajo ciertas condiciones que debe contener la última oferta del empleador y al artículo 384 del Código que prohíbe la huelga en las actividades e instituciones que indica).

5. Mención aparte (y alerta latente) advirtió la doctrina del laboralismo. Y como quizás nunca antes se vio, en un concierto casi amónico contra la reforma propuesta por el gobierno.

En efecto, tanto del mundo de las organizaciones de trabajadores como del mundo empresarial, las críticas no fueron moderadas, precisamente; pero sin embargo compartieron un hilo conductor común en su mayoría: su rechazo al proyecto.

En efecto, y augurando la desazón que provoca la actual legislación laboral vigente, en que ésta se debería reformular al punto de al parecer derogarla y reemplazarla por otra completamente distinta, algunos profesores y especialistas en Derecho del Trabajo redactaron, en conjunto con la Fundación Sol, un documento denominado “Manifiesto Laboral”³ durante abril de 2013, basados, como foco primario de sus posturas que *“con el golpe militar de 1973 se adoptó en Chile una estrategia de desarrollo basada en el dogma del libre mercado, instaurando uno de los sistemas más radicales del mundo dentro de ese paradigma, consistente en el establecimiento de un Estado subsidiario, una gran desregulación normativa y la apertura externa”*, prosiguiendo con que *“La acción de la dictadura, entonces, provocó una violenta redistribución del poder entre sectores sociales, favoreciendo los grandes intereses económicos. Posteriormente, los gobiernos de la Concertación no modificaron sustantivamente esta situación, apoyando argumentos y políticas en las que primaban los equilibrios macroeconómicos más que la democracia y la calidad de vida de los trabajadores y las trabajadoras. Bajo esa óptica, los derechos laborales siguieron siendo percibidos como obstáculos y rigideces para la actividad económica y no como un elemento sustantivo que debe ser resguardado por la sociedad”*.

Esta óptica, al parecer, no bastaba con un espacio mínimo al cual corresponder, ya que uno de los profesores firmantes de dicho “Manifiesto Laboral”, al referirse sobre el actual proyecto de ley dijo que *“Pero el único problema es que el proyecto es antisindical. Escuchó bien, es pro empleador y no moderniza nada, al contrario, refuerza relaciones jerarquizadas y sin participación en el mundo del*

³ Disponible en www.fundacionsol.cl

trabajo”, concluyendo que “Los enemigos de la libertad sindical deben estar felices y tranquilos con este proyecto. El gobierno está a punto de darle un tiro de gracia al ya débil sindicalismo chileno”⁴, óptica poco feliz o esperanzadora (por decir lo menos) que comparte otro de los firmantes del famoso manifiesto y que ahora opina sobre la reforma “El día de la presentación de esta agenda muchos dirigentes sindicales celebraron alborozados y exultantes. Obvio, nadie había leído ni una coma del proyecto. Eran como esos invitados a una tarde de té que, como en el mejor cuento de Allan Poe, no sabían que la inocente torta tenía su dosis de maldad”, rematando su análisis con que “La agenda laboral que sólo pretende abarcar a menos de la mitad de los trabajadores quedará inevitablemente atrapada por la sospecha del tutelaje empresarial y por venir, con bombos y platillos, a consolidar, ahora en democracia, el Plan laboral de esa dupla inolvidable: Pinochet/Piñera”⁵.

Desde la vereda del sindicalismo, y en tono más moderado, la presidenta de la Central Unitaria de Trabajadores de Chile (CUT), entidad que posee el más alto número de participación voluntaria a nivel de sindicalizados, ha mantenido una opinión proclive al diálogo confiada en los méritos de la reforma, quizás no en su composición fundamental, pero al menos en las ideas que son vinculantes con las propuestas del programa político de la actual Administración: *“Nuestra máxima es y sigue siendo que, al hablar de las relaciones laborales, nos estamos pronunciando sobre la real voluntad de superar la desigualdad y avanzar hacia un Chile con mayor equidad, toda vez que el poder sindical significa mejores condiciones para hacer efectiva la justa retribución a los trabajadores, sindicalizados o no, por su aporte físico o intelectual, al proceso productivo y de desarrollo del país”⁶.*

Ahora bien, desde las entidades gremiales y personeros que representan a los empleadores, todos, en alguna medida, han alzado la voz criticando el proyecto: *“No me parece la forma en que se ha desarrollado la reforma. Sólo se le ha hecho caso a los sindicatos. A los empresarios se les ha recibido, pero de ahí no pasamos. A la gran mayoría de los trabajadores chilenos que no están sindicalizados, 85%, ni siquiera se les ha pedido su opinión. Esto ha sido, desde el punto de vista de los empresarios, un diálogo de sordos”⁷; “El proyecto de ley de Reforma Laboral responde a desafíos del siglo XX, pero no del siglo XXI”⁸; “Si con los cambios legales no aumenta el número de trabajadores sindicalizados (...) los sindicatos*

⁴ Gamonal, Sergio: *“La reforma laboral: el miedo a la libertad sindical”*, en la sección Artículos del Diario Constitucional del día 2 de Febrero de 2015. Disponible en www.diarioconstitucional.cl

⁵ Ugarte, José: *“Agenda Laboral: no es lugar para la mayoría”*, en la sección Blogs&Opinión del día 26 de marzo de 2015. Disponible en <http://www.elmostrador.cl/opinion/2015/03/26/agenda-laboral-no-es-lugar-para-la-mayoria/>

⁶ Figueroa, Bárbara: *“¿Qué discute Chile con la Reforma Laboral?”*, en la sección Blogs&Opinión del día 19 de marzo de 2015. Disponible en <http://www.elmostrador.cl/opinion/2015/03/19/que-discute-chile-con-la-reforma-laboral/>

⁷ Villarino, Joaquín, Presidente ejecutivo del Consejo Minero, en entrevista al periódico La Tercera de 18 de abril de 2015.

⁸ Hill, Peter, Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago, en entrevista a la Revista Comercio de marzo de 2015.

ya no tendrán a quien culpar"⁹; comentarios que también comparten, desde esta óptica, otros profesores y especialistas en Derecho del Trabajo: "Tengo la impresión que el proyecto de ley por esta vía lo que está haciendo es propiciar que todos los trabajadores tengan como única opción el estar sindicalizados. Me parece complejo porque nuestro sistema jurídico reconoce la libertad de afiliación"¹⁰; "...la Negociación Colectiva podría "desnaturalizarse" dado la fuerte injerencia que ha pasado a ocupar la Dirección del Trabajo"¹¹; "Entonces, la experiencia enseña que el proyecto de ley que "moderniza el sistema de relaciones laborales" introduciendo cambios a las normas de negociación colectiva es un retroceso de 85 años que pretende implantar un sistema de negociación colectiva caduca y que no produjo ni desarrolló ni riqueza en Chile y que en otras partes del mundo occidental, como ocurrirá en nuestro país, desprotege a quienes se encuentran desempleados"¹².

En síntesis, el proyecto de ley, como parte del programa de gobierno, no había sido fiel a una de las premisas de su planteamiento: la ausencia de un diálogo ha privado al debate generando desconfianza... y con pésimos resultados dadas las contraposiciones y disonancias que se exponen por todos los actores sociales posibles¹³.

6. Aun así, el Congreso Nacional decide (*adecuaciones más, adecuaciones menos*) aprobar el texto del proyecto, cuestión que por vía requerimiento por inconstitucionalidad es impugnado para ante el Tribunal Constitucional en virtud del artículo 93 N° 3 de la Carta Fundamental por parte de algunos parlamentarios en cumplimiento con la formalidad de la impugnación, requerimiento que es declarado admisible para, posteriormente, acogerlo con declaración y alcances en algunas de sus partes.

Quizás lo más vistoso del fallo es la declaración de incompatibilidad con la juridicidad vigente de aquella parte del proyecto que versa sobre la "titularidad sindical", la verdadera "alma" del proyecto del gobierno de la administración Bachelet y que, además, constituía uno de sus ejes programáticos, como lo vimos anteriormente, situación que (*adecuaciones más, adecuaciones menos*)

⁹ Laurie, Michel, Senior Manager Servicios Laborales de PricewaterhouseCoopers (PWC), en columna "La gran deuda de los sindicatos", publicada el 2 de enero de 2015 en el periódico La Tercera.

¹⁰ Lizama, Luis, abogado laboralista de Lizama y Cía. y académico de la Universidad de Chile, en reportaje de 2 de enero de 2015 publicado en el periódico La Tercera.

¹¹ Humeres, Héctor, abogado laboralista de Arthur, Humeres, Mejía & Toloza, miembro de la Comisión Laboral de la Cámara de la Producción y el Gobierno y académico de la Universidad de Chile, en reportaje de 2 de enero de 2015 publicado en el periódico El Mercurio de Santiago.

¹² Uribe, Enrique, abogado laboralista de Uribe, Hübner & Canales, Presidente del Centro Chileno de Estudios de Derecho del Trabajo A.G., en editorial "Reforma laboral ¿modernización y equilibrio?", publicada en el periódico El Mercurio de Santiago el 21 de marzo de 2015.

¹³ Análisis, conclusiones, seguimiento y citas tomadas de mi trabajo intitolado "El fortalecimiento a la libertad sindical: un tema jurídico y de fuentes. (Una breve mirada a la situación en Francia)", en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 6 (12) (2015), pp. 162-174. Recuperado de <http://www.revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/38220/41711>

se ha pretendido resistir con un veto y con propuestas de iniciativas legales, "agenda corta", u otras soluciones más complejas como derechamente una reforma constitucional sobre la materia.

7. Este duro revés lo es quizás más aún si se examina la tajante advertencia del Tribunal Constitucional en su considerando 63°: **"SEXAGÉSIMO TERCERO: Que, asimismo, las constataciones de inconstitucionalidad a las que este Tribunal ha llegado son incompatibles con cualquier disposición transitoria o accesorio a las normas impugnadas en este requerimiento y que han sido declaradas inconstitucionales"**; luego, a buen entendedor, pocas palabras: las alternativas a lo que se pueda decidir al respecto (y por los motivos que allí se explicitan) se ven clausuradas toda vez que ninguna iniciativa de dominio legal, ni ejercicio reglamentario, podría contemplar torcer la voluntad del efecto que proclama el fallo.

Lo anterior, se considera como una clara valencia del efecto vinculante previsto en armonía de los artículos 6° y 7° de la Constitución vigente... por lo que ¿quién, como advertí, podría válidamente disentir de esta hermenéutica? Claro que podrían existir voces o pareceres, pero siempre la voluntad del derecho debería ser consigna del respeto por la institucionalidad vigente¹⁴.

8. Es absolutamente incompatible, por lo tanto, insistir, en criterios que el propio Tribunal Constitucional tuvo a su interpretación y conocimiento y decidió de manera tan precisa. Sin embargo, la clausura aludida sobre materia legislativa y reglamentaria ¿se podría aplicar en materia de interpretación judicial? Creo que necesariamente es igualmente aplicable y vinculante, ya que dentro de la competencia reglada que poseen (en este caso, los Juzgados de Letras del Trabajo dependientes del Poder Judicial) por aplicación del artículo 420 del Código del Trabajo en relación con el artículo 76 de la Constitución Política de la República, igualmente parten del supuesto de lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución, so pena de nulidad y la consecuente pretensión de responsabilidad de sus actos.

9. En conclusión, si resulta contradictorio la génesis de un proyecto de ley en el cual no se escucha a la materialidad jurídica para articular un contenido dinámico y eficaz, el resultado de un análisis más fino y contundente (en los hechos y el derecho) obviamente no va a permitir que se pasen a llevar, vía pretexto, los derechos de las personas. Esa es la respuesta que normalmente relega el derecho a las aspiraciones programáticas que pugnan con aquel.

¹⁴ A estas alturas, ni siquiera los profesores Ugarte y Marzi (críticos de la reforma) son de la opinión de insistir en resistir este fallo y van más allá, incluso, que la reflexión-respuesta acerca de que habría que cambiar la Constitución: <http://www.theclinic.cl/2016/06/07/columna-el-mito-de-la-titularidad-sindical/>

Mal paso, por lo tanto, de una programática política mal encauzada. Buen paso, por ende, para el brillo del Estado de Derecho.

Bibliografía

BACHELET JERIA, Michelle (2015): "Programa de Gobierno de Michelle Bachelet/Nueva Mayoría (2014-2018)" Disponible en: <http://michellebachelet.cl/programa/>

BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL (2015): "Proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo" Disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10248

EMOL (2015): Asesor de CPC y reforma laboral: Rol de la DT podría "desnaturalizar" la negociación colectiva Disponible en <http://www.emol.com/noticias/economia/2015/01/02/697180/asesor-de-la-cpc-y-reformalaboral-rol-de-la-dt-podria-desnaturalizar-la-negociacion-colectiva.html>

FABREGA, HUGO "El fortalecimiento a la libertad sindical: un tema jurídico y de fuentes. (Una breve mirada a la situación en Francia)", en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 6 (12) (2015), pp. 162-174. Recuperado de <http://www.revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/38220/41711>

FIGUEROA, Bárbara (2015): "¿Qué discute Chile con la Reforma Laboral?" Disponible en <http://www.elmostrador.cl/opinion/2015/03/19/que-discute-chile-con-la-reformalaboral/>

FUNDACIÓN SOL (2015): "Manifiesto laboral: Por un nuevo Modelo de Relaciones Laborales" Disponible en < <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2013/10/Manifiesto-porun-Nuevo-Modelo-de-Relaciones-Laborales.pdf> >

GAMONAL, SERGIO, "La reforma laboral: el miedo a la libertad sindical", en la sección Artículos del Diario Constitucional del día 2 de febrero de 2015. Disponible en www.diarioconstitucional.cl

HILL, PETER, Entrevista a la Revista Comercio de marzo de 2015, p. 41.

HUMERES, HECTOR, Reportaje de 2 de enero de 2015 publicado en el periódico El Mercurio de Santiago, pp. D1.

LAURIE, MICHEL, Columna "La gran deuda de los sindicatos", publicada el 2 de enero de 2015 en el periódico La Tercera, p. 37.

LIZAMA, LUIS, reportaje de 2 de enero de 2015 publicado en el periódico La Tercera, p. 2.

UGARTE, JOSÉ, "Agenda Laboral: no es lugar para la mayoría", en la sección Blogs&Opinión del día 26 de marzo de 2015. Disponible en <http://www.elmostrador.cl/opinion/2015/03/26/agenda-laboral-no-es-lugar-para-la-mayoria/>

UGARTE, JOSÉ Y MARZI, DANIELA: El mito de la titularidad sindical. Columna de opinión en <http://www.theclinic.cl/2016/06/07/columna-el-mito-de-la-titularidad-sindical/>

URIBE, ENRIQUE, Editorial "Reforma laboral ¿modernización y equilibrio?", publicada en el periódico El Mercurio de Santiago el 21 de marzo de 2015, p. A2.

VILLARINO, JOAQUÍN, Entrevista al periódico La Tercera de 18 de abril de 2015, p. 56.



Ensayos y estudios



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Hacia una Constitución artificial

HUGO FÁBREGA VEGA
Editor de Publicaciones
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El actual Gobierno ha convocado al país, bajo la consigna de una participación ciudadana enriquecida, a un proceso constituyente que tiene su génesis en el arbitrio soberano de las autoridades que integran el Poder Ejecutivo. No se ha reparado en el hecho de que con ello se promueve una contienda que debería hallarse regulada en la propia Constitución y que, por su naturaleza y contenido, provocará agitación y conflicto. Entre los comentarios que ha generado esta medida nos interesa dejar testimonio del siguiente planteamiento, contenido en un discurso del Decano de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad, don Pablo Rodríguez Grez, pronunciado el día 28 de abril pasado, al inaugurarse el año académico:

*“Quiero referirme, en esta oportunidad, con la mayor libertad, propia de la atmósfera universitaria, al debate que se ha suscitado en el país sobre el **proyecto de sustituir la actual Constitución Política de la República**, por otra Carta Magna que recoja con mayor amplitud y generosidad – se dice – las aspiraciones que subyacen en la base social. Se afirma que la Constitución de 1980 no responde a los anhelos predominantes y que la mayoría ciudadana aspira reemplazarla, incluso, restableciendo, pura y simplemente, la Constitución de 1925, como si el tiempo pudiera retroceder.*

*“Con esta argumentación, creemos nosotros, **se intenta forzar nuestra evolución política** y dar a los días que vivimos una connotación que no tienen, presentándola como una formidable e irreparable ruptura con el pasado reciente. No advierten los inspiradores de esta estrategia, que la **escenificación artificial del acontecer ciudadano**, desata peligrosas tensiones y amenazas, porque la dirección que tome el país puede proyectarse en cualquier sentido.*

*“En otras palabras, una minoría audaz arrastra a la Nación a un proceso creado **artificialmente** para justificar efectos que solo pueden darse frente a hechos reales y no simulados. Nos hallamos, por consiguiente, ante una **construcción cuidadosamente preparada** que atiza las críticas al modelo económico y estimula el antagonismo social, con el avieso propósito de desencadenar una reacción política desintegradora.... Como no recordar, en tales circunstancias, el **“tinglado de la antigua farsa**,” que evoca Jacinto Benavente en el prólogo de los “Intereses Crea-*

dos”, aquella que “reunió en posadas aldeanas el cansancio de los trajinantes, la que embobó en las plazas de humildes lugares a los simples villanos”, solicitando la atención de los transeúntes..... Pero el destino institucional de una Nación, más allá del encanto literario, no puede ser obra de un **teatro prefabricado**, como se pretende, sino de las auténticas tendencias que se plasman y manifiestan en el seno de los cuerpos intermedios, y que responden a los verdaderos intereses del ciudadano común.

“He sostenido con calor que el pueblo chileno se caracteriza, entre muchos otros rasgos, por su **respeto irrestricto a la legalidad** – lo que llamamos hoy “Estado de Derecho”. No olvidemos que el carácter del chileno se forjó en la fragua de tres guerras victoriosas que todavía pesan en el honroso bagaje de su historia. Quizás esto explique que todas las **fracturas institucionales** que a través de los años hemos debido soportar, no fueron sino una reacción frente al atropello de la legalidad por parte de quienes ejercían el poder o fruto de conflictos entonces insuperables desde una perspectiva jurídica.

“La **Constitución de 1833** surge y se consolida como consecuencia de la Batalla de Lircay, definición que permitió el establecimiento de la República en forma, a la cabeza de la cual emerge el genio político de Diego Portales, asesinado en medio de un complejo panorama internacional que concluyó con la guerra contra la Confederación Perú Boliviana. La victoria de los “pelucones” selló el destino de Chile por más de medio siglo, transformándonos en un país ordenado, respetuoso de las instituciones fundamentales y evitando la anarquía que sobreviene en todas las Colonias luego de su independencia.

“**Otra experiencia vivimos el año 1891**, cuando la Escuadra Nacional, aliada a la mayoría parlamentaria, se alzó contra el Presidente Balmaceda, no sin antes firmarse un acta de deposición, lo cual indujo al Almirante Jorge Montt a iniciar el movimiento, en el entendido que se defendía el orden jurídico establecido. Si bien aquella cruenta revolución demandaba con urgencia una nueva Constitución – desde el momento que se sustituyó el “presidencialismo” por el “parlamentarismo” bajo el mismo marco constitucional -, su ausencia fue reemplazada por una muy pobre interpretación de la normativa en vigor. La práctica de un parlamentarismo casi “espontáneo” retardó nuestra evolución política y nos precipitó a la convulsión y la decadencia.

“**El año 1924**, experimentamos otra fractura, consecuencia de una endémica debilidad institucional y una reacción militar frente a la crisis que desató una parálisis legislativa, intencionalmente provocada, que obstruía la dictación de leyes que toda la ciudadanía exigía con fervor y que había votado al elegir Presidente de la República a don Arturo Alessandri Palma el año 1920. **De aquí nace la Constitución de 1925, en un período de tensiones y trastornos que costó años superar.**

*“Finalmente, **en 1973 el derrocamiento del Gobierno se produce por el atropello flagrante a la legalidad**, previa declaración de la Corte Suprema, la Cámara de Diputados, la Contraloría General de la República, varios partidos políticos y numerosos cuerpos intermedios, todos los cuales daban cuenta de haberse sobrepasado la legitimidad de origen del Gobierno depuesto y arrastrado al país a un enfrentamiento fratricida. **De aquella dolorosa experiencia nace la Constitución de 1980**, bajo un procedimiento que se impugna – ahora - al cabo de más de 35 años, tiempo en el cual Chile ha progresado como nunca antes en su historia.*

*“**¿Qué se rescata de todo esto?***

*“A nuestro juicio, cabe desprender una conclusión altamente positiva: **la única fuente de legitimidad política en Chile, emana del respeto a la ley, de la sumisión al mandato de la autoridad siempre que aquella obre en el marco de su competencia, del cumplimiento leal de la Constitución vigente, y del acatamiento a la juridicidad**. Lo que destaco constituye un activo valioso porque permite predecir que el imperio de la norma jurídica garantiza la convivencia pacífica y eleva una barrera infranqueable frente a aventuras descabelladas o liberticidas.”*

Lo comentado tiene una enorme trascendencia, porque es posible que el país se dé una Constitución ajena a su evolución histórica y a su bien asentada institucionalidad. No es alarmista predecir que, en tal caso, el escenario político se distorsionará todavía más, quedando el país expuesto a tensiones y convulsiones que la mayoría silenciosa de la ciudadanía no quiere repetir. No puede perderse de vista, creemos nosotros, que las grandes crisis vividas a lo largo de nuestra vida independiente, obedecen a quebrantos económicos o carencia de representación. Una Constitución artificiosa puede llegar a ser un factor que nos precipite a una nueva crisis política.

Actuales desafíos del derecho.

PABLO RODRÍGUEZ GREZ

Decano

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto describir diez capítulos que corresponden al momento histórico que vive nuestro derecho. Se trata de cuestiones vinculadas a los cambios que plantea el notable desarrollo científico tecnológico que seguirá modificando el ámbito de nuestra actividad, y numerosos otros problemas que han aparecido a medida que se masifica la actividad jurídica. Viejos y nuevos desafíos que deben encararse a la brevedad si queremos evitar un colapso del sistema. Especialmente preocupante resulta la multiplicidad de “tribunales especiales”, que va restando la plena jurisdicción a los Tribunales Ordinarios de Justicia, unida a la “descodificación del derecho privado”, y la “especialidad” en la formación y el ejercicio profesional. Súmese a ello, el aumento desmesurado de abogados y la necesidad de resguardar el cumplimiento de normas éticas que informan su conducta, especialmente en el área forense. Se requiere, más que nunca, de una reflexión serena que permita formarse un juicio objetivo sobre cómo enfrentar esta etapa en la vida del Derecho. Nada será más dañino para el buen funcionamiento del sistema jurídico que la inmovilidad, la cual, lamentablemente, se arrastra desde hace muchos años. Conocer y profundizar esta problemática ayudará a resolverla.

* * *

El sistema jurídico vigente sufre, como nunca antes, enormes desafíos, cuya insatisfacción pone en grave entredicho la fe de la población en el “Estado de Derecho”. Existe un peligroso descontento con la tarea de los tribunales de justicia y la interpretación de las leyes, sea porque, con muy sofisticados pretextos, o no se aplican o se aplican mal.¹ Todas las encuestas colocan a los jueces entre las autoridades menos confiables de la sociedad. Por otra parte, la cultura jurídica de la población es mínima y acusa un desconocimiento abismante de las instituciones fundamentales que no se aviene con la adecuada participación de la ciudadanía en los organismos llamados a representarla.² A

¹ Sobre la crisis del “Estado de Derecho” y la responsabilidad que en ello cabe al Poder Judicial, véase “Actualidad Jurídica” N°32 correspondiente a julio de 2015, págs. 11 y ss.

² A este respecto la última encuesta de la Serie Estudios de Opinión Pública de Actualidad Jurídica, separata N°16, correspondiente al año 2015, pone de relieve el alto grado de desconocimiento e

lo anterior debe agregarse, aún, el trabajo deficiente del Congreso Nacional y del Poder Ejecutivo (órganos colegisladores), en lo relativo, particularmente, a la elaboración de las leyes. La representación parlamentaria (dominada absolutamente por los partidos políticos) constituye el instrumento mediante el cual se articulan los intereses en juego. Es allí donde se consagran las pretensiones que prevalecen y las que se postergan o rechazan. Por ende, es el centro en que se “cocinan” –como dijo un senador– los proyectos de ley que dirimen las aspiraciones de cada sector.

Predomina en el país una sensación, más o menos generalizada, en orden a que el sistema legislativo funciona mal y se aleja, cada vez más, de las necesidades ciudadanas. El Congreso no genera confianza en los imperados, entre otras razones porque la tramitación de las leyes se extiende exageradamente, durante varios años, desatendiendo requerimientos urgentes de la comunidad, sin perjuicio de la mediocre calidad (a veces pésima) de la legislación aprobada. Probablemente sea ésta una de las razones que impulsan a quienes son partidarios de reemplazar la Carta Política Fundamental. Estos rasgos parecen reflejarse en las nuevas leyes, muchas de las cuales han sido bautizadas y se conocen con el nombre de las personas que sufrieron el problema que provocó la moción o el mensaje (Ley Ricarte Soto, Ley Zamudio, Ley Emilia, etcétera). De la misma manera, tan pronto surge un escándalo, sea este de carácter financiero, deportivo, económico o cultural, se anuncia la presentación de un proyecto de ley, el cual, por lo general, queda abandonado apenas decae el ánimo informativo de los medios de comunicación, cuyo aprovechamiento parece ser lo único que persiguen los parlamentarios. Hoy por hoy, la política se hace a través de los medios de comunicación, única forma de llegar a millones de electores y simpatizantes, el acceso a ellos reporta ventajas inalcanzables. No es exagerado decir que la legislación dictada en los últimos años es “oportunista” y, en cierta medida, “casuística”, lo cual desvaloriza considerablemente su importancia y los principios en que se inspira.

Paradójicamente, al menos en una parte de la población, subsiste la idea de que las leyes resuelven todas las insuficiencias y conflictos, lo cual acarrea, como es natural, otra causa de callada insatisfacción. Para muchos chilenos la ley es la vía para solucionar cualquier problema, razón por la cual sus representantes (parlamentarios) promueven iniciativas legislativas, a sabiendas que los proyectos ni siquiera serán discutidos, cosechando frustración y desengaño. Incluso, diputados y senadores compiten por el número de “mociones” presentadas, aun cuando muchas de ellas no sean más que la reproducción de proposiciones que se extraen de wikipedia.

ignorancia cívica de la población. De aquí la urgente necesidad de promover la difusión de las instituciones fundamentales y los elementos que integran un sistema jurídico. No se divisa de qué manera puede la ciudadanía realizar un aporte valioso al proceso constituyente que ha abierto el actual Gobierno, mientras no se extienda el conocimiento en materias elementales de carácter jurídico.

De lo dicho se infiere que el modelo constitucional, en lo relativo a la gestación de la ley, ha dado malos resultados y debería modernizarse para adecuarlo al tiempo que vivimos. Sentado lo anterior, resumiremos, brevemente, los desafíos que enfrenta la juridicidad, los cuales, de ignorarse, irán erosionando la adhesión mínima que requiere la institucionalidad para dar estabilidad y solidez al régimen democrático establecido. Se intenta, por lo mismo, un diagnóstico objetivo para descubrir aquello que mayores peligros representa para el derecho en la etapa histórica que ha abierto el siglo XXI. De no abordarse los vacíos y reformas que se proponen, además del peligro ya indicado, seguirá profundizándose un abismo entre **“Estado de Derecho”** y **“Democracia”**, puesto que el primero constituye una condición del sistema político. **Sin Estado de Derecho no hay Democracia, porque aquél ha pasado a ser requisito esencial de ésta, en cuanto sistema de organización y convivencia social.**

I.- Incapacidad de los mecanismos jurídicos para adaptarse a los avances científicos y tecnológicos y descodificación del derecho.

A.- Sobre la revolución científico-tecnológica y su recepción en la generación de la ley.

Es un hecho indiscutible que los avances científicos y tecnológicos no han sido recepcionados por el derecho común, generándose una especie de legislación paralela e independiente. Desde luego, la ley mantiene errores científicos (como ocurre, por ejemplo, al establecerse la época de la concepción mediante una presunción de derecho en el artículo 76 del Código Civil), que se han ido esquivando con disposiciones disgregadas en textos especiales. Desde otra perspectiva, la ley no contempla regulaciones necesarias y cada día más urgentes en la experiencia diaria (como el tratamiento a los embriones implantatorios, preservados o precoces). El llamado bioderecho ha cobrado en el último tiempo una importancia trascendental en todo lo que se relaciona con la persona humana, su protección y seguridad. Las investigaciones jurídicas han avanzado enormemente en este campo, pero la normativa no opera con la velocidad que se requiere.³ Basta con examinar la Ley N°20.120 de 22 de septiembre de 2006 “Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana”, para constatar que más parece un estatuto penal que una regulación jurídica biomédica. No deja de ser curioso –por decirlo suavemente– que el legislador, en el artículo 1° de la mencionada Ley N°20.120, declare expresamente, enunciando el principio rector en la materia,

³ Nuestra Facultad fundó hace cuatro años un Observatorio de Bioética, junto a la Facultad de Medicina de la misma Universidad. Sus trabajos han sido comentados y adoptados por varios centros científicos y desarrollado un programa nacional e internacional de notable importancia.

que **“Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”**. Ciertamente, no se aviene este “principio” con una legislación posterior propuesta que, por razones de carácter estrictamente social, autorizan de modo indirecto el aborto cuando el nasciturus es perfectamente viable y no existe peligro para la vida de la madre o del hijo (caso de violación). Nótese que la ley alude al “ser humano” y lo califica como tal “desde el momento de la concepción”. Así las cosas, mientras una ley ampara la vida desde la concepción, otra autorizaría, hasta bien avanzada la gestación, su eliminación.

¿Es legítimo entre nosotros la preservación de los embriones?

¿Pueden ellos conservarse y utilizarse, incluso, después de la vida de sus titulares?

¿A quién corresponde determinar su destino final?

¿Es lícito el arrendamiento de vientre para el desarrollo del proceso de gestación?

Cuando una criatura se desarrolla en un vientre alquilado, ¿quién es la madre, aquella que la cría o aquel que aporta el óvulo?

Una sucesión de preguntas, tan elementales como las enunciadas, exigen una respuesta inmediata. Nada de lo cual se encuentra resuelto en la ley. A lo anterior debe agregarse, todavía, la existencia de estatutos jurídicos aislados, como la citada Ley N°20.120 sobre el genoma humano y la prohibición de clonación, la Ley N°20.584 sobre derechos y deberes del paciente, la Ley N°19.451 que establece normas sobre trasplante y donación de órganos. Se trata, entonces, de un derecho disgregado, disperso, que debería constituir un todo orgánico, coherente y unitario.

Reconocemos que no es fácil instaurar un sistema más fluido para legislar. Las nuevas normas demandan un contenido científico tecnológico cada día más exigente y extendido, y un lenguaje propio de los especialistas. En consecuencia, la tarea de normar las nuevas situaciones creadas por el avance de que damos cuenta se hace cada vez más difícil.

A nuestro juicio, la insuficiencia legislativa, atendidas sus causas, puede superarse por diversos medios. Desde luego, fortaleciendo la asesoría técnica especializada de que gozan los personeros que ejercen la potestad legislativa, obligándolos a incorporar o al menos considerar, al adoptarse las respectivas decisiones, dichas opiniones y dictámenes. Lo que no puede volver a ocurrir es que un represen-

tante del pueblo, titular de parte del ejercicio de la soberanía, se pronuncie sobre un proyecto de ley sin haber siquiera leído el mensaje o la moción y los informes y antecedentes recogidos por las comisiones.⁴ Un observador imparcial debería reconocer que las “comisiones legislativas”, que tuvieron a su cargo preparar las leyes dictadas por el Gobierno Militar, operaron adecuadamente al introducir cambios e innovaciones que afectaron, prácticamente, a toda la estructura jurídica del Estado, privilegiando la intervención de expertos en cada una de las áreas afectadas.

Otra solución podría consistir en la revisión forzosa de los aspectos técnicos especializados del texto en discusión, por un órgano paralelo que entrara a conocer de él una vez propuesto o aprobado el proyecto de ley. La sola circunstancia de que se denuncie una falencia de esta naturaleza, retraería a los parlamentarios, muy probablemente, de insistir en errores que se conocen y evidencian en el proceso legislativo. Claro está, que tal alternativa se juzgaría, sin la menor duda, como una verdadera usurpación de las facultades de los parlamentarios.

Por último, nada obsta crear una instancia técnico-legislativa que ponga atajo a todo proyecto de ley en que se deslicen u observen errores de importancia en lo que concierne a sus disposiciones científicas y/o tecnológicas. No se intenta con ello desplazar las funciones que corresponden a los parlamentarios, sino evitar que las leyes recojan yerros que, en definitiva, paga el tribunal llamado a aplicar la ley o el imperado.

Lo que proponemos no resulta fácil porque los poderes públicos son celosos, a la hora de ejercer sus funciones. Pero una legislación exenta de errores implica un provecho manifiesto para la ciudadanía y, en general, para todos los llamados a aplicarla.

B.- Sobre el proceso de descodificación.

De igual manera, debe ponerse fin al proceso de descodificación que estamos viviendo, incorporando a la legislación común las leyes especiales que versan sobre materias que desde siempre se han comprendido en los códigos tradicionales. Esta tarea modernizaría el derecho común, actualizaría instituciones que siguen funcionando, a pesar de sus vacíos y falencias, y daría una visión renovada a las principales ramas del derecho. Basta con imaginar, por vía de ejemplo, lo que ganaría la dogmática jurídica si a la regulación del dominio se incorporaran las normas y principios sustantivos del derecho ambiental (Ley

⁴ No hace mucho un parlamentario reconoció públicamente haber votado un proyecto de ley que no había leído, desconociendo, por consiguiente, su contenido y trascendencia. Esta situación, según comentaristas autorizados, es frecuente en el ejercicio de la función legislativa.

N°19.300), o al mutuo las normas que regulan las operaciones de crédito (Ley N°18.010), o al efecto de las obligaciones algunos preceptos sobre cláusulas abusivas de la ley sobre protección del consumidor (Ley N°19.496).

No se pretende, al plantear estas ideas, modificar la ley, sino integrarla ordenadamente a un cuerpo común, simplificando lo que se ha transformado en una selva de disposiciones, no pocas veces contradictorias. Lo que señalamos ahorraría al país la elaboración de nuevos códigos y dotaría a los actuales de rasgos modernos en aquellas materias que hoy día se emplean con mayor intensidad en el tráfico jurídico. Nótese que la mayor parte de las actividades más frecuentes y trascendentes para la economía, la organización de la familia, la defensa de los consumidores, el cumplimiento de las obligaciones, etcétera, se regulan en estatutos especiales ajenos a la legislación común, que sigue, sin embargo, inspirando la mayor parte de las instituciones fundamentales.

El proceso de descodificación de que damos cuenta es fruto de la incapacidad de nuestros órganos legislativos para asimilar las nuevas regulaciones al derecho común, lo que supone un trabajo más complejo y un conocimiento jurídico que los parlamentarios no tienen y que suplen con asesorías ocasionales o institucionales. De la manera señalada, se ha ido formando un derecho **“paralelo”**, desligado de las instituciones que inspiran la legislación tradicional, perdiéndose parte fundamental de la capacidad pedagógica de que está dotado el cumplimiento de la ley. Hay que comprender que el derecho va moldeando las costumbres, corrigiendo hábitos defectuosos, imponiendo soluciones que dejan huellas en la conciencia de la comunidad civil. Todo este trasfondo se pierde por efecto de una descodificación, fruto de la torpeza y la falta de visión, y no necesariamente de una concepción filosófica diferente. Como hemos sostenido en varias otras publicaciones, el derecho que estudiamos se va **“internalizando”** en cada uno de los imperados, afectando, inclusive, su sentido de la equidad.⁵ En la medida que los grandes principios se vayan diluyendo en una normativa dispersa y difusa, indudablemente el derecho pierde una de sus más calificadas virtudes como instrumento de convivencia.

El proceso de descodificación, en consecuencia, no solo afecta la vetustez de los códigos tradicionales, sino que, de igual manera, incide directamente en la enseñanza jurídica y el ejercicio de la jurisdicción, cuestiones ambas que deberían estar implicadas en beneficio de los imperados.

No sin razón varios comentaristas, incluyendo entre ellos autoridades judiciales de alto rango, han manifestado una legítima preocupación por la ignorancia

⁵ Véase a este respecto nuestro libro *Teoría de la interpretación jurídica* (Editorial Jurídica de Chile. Edición de 1995), en el cual se analiza la equidad natural y la manera en que ella opera en el proceso de aplicación de la ley.

de los justiciables respecto de la terminología que se emplea en las sentencias judiciales. Lo anterior redundaría en la falta de comprensión, lo cual se traduce, finalmente, en un distanciamiento entre la población y los tribunales de justicia. Entendemos que este diagnóstico se profundiza gracias a los efectos de la descodificación. No nos cabe duda, que la desintegración de los principios fundamentales impide que opere, con la debida intensidad, lo que hemos llamado **"internalización"** del derecho, restándonos el mejor recurso para aproximar el mandato normativo a la valorización de la justicia y la equidad al momento de resolver un conflicto en el orden temporal.⁶ Ciertamente este fenómeno es de mayor entidad, puesto que no se limita a la dispersión de los principios generales de derecho, sino a su vigencia y anemia valórica. Pero es igualmente cierto que la descodificación contribuye a que dichos principios se perciban en un estrecho marco regulatorio y, por lo mismo, de menor trascendencia.

En suma, el ordenamiento jurídico carece de instrumentos idóneos para incorporar con fluidez y oportunamente los adelantos científicos y tecnológicos que caracterizan nuestro tiempo. Lo manifestado, con el agravante de que el actual desarrollo científico y tecnológico difiere de otras experiencias (particularmente de la revolución industrial), por cuanto ahora se trata de un proceso continuo, permanente y constante, y no de uno o varios descubrimientos o creaciones debidamente acotados. Igualmente, la nueva realidad ha provocado la dispersión y segregación de los grandes principios jurídicos, consagrados originalmente en la legislación común, en los cuales se asienta toda una tradición de larga data.

Tanto la incapacidad para acoger el acelerado desarrollo científico-tecnológico que experimentamos día a día, como la descodificación del derecho patrio, que se expresa en una sucesión de leyes especiales que abordan las más disímiles materias, constituyen, en el día de hoy, un factor de retroceso y decaimiento del derecho como consecuencia de la obsolescencia de sus normas y debilitamiento de sus principios fundamentales.

II.- Globalización.

La llamada "globalización" es producto, principalmente, de la transformación experimentada por los medios de comunicación. La aspiración de muchas naciones por incorporarse al "club" de las economías desarrolladas, ha intensificado el tráfico comercial y de personas, integrando poblaciones y grandes

⁶ Especial mención merece el hecho de que algunas leyes especiales (como la de protección de los derechos del consumidor), han atentado contra principios tan caros como el *pacta sunt servanda* o la "cosa juzgada" o la "relatividad de las sentencias judiciales", etcétera. De la manera indicada, se han puesto en grave entredicho soluciones pragmáticas con principios jurídicos fundamentales. Sobre esta materia véase nuestro libro *Derechos del Consumidor. Estudio crítico*. Colección Monografías. Thomson Reuters. Año 2015.

áreas geográficas, a través, especialmente, de tratados de libre comercio y cooperación económica. Si algo condiciona las relaciones entre países es precisamente el intercambio comercial y los diversos instrumentos de integración a que ello da lugar. Muchas de las disputas internacionales se resuelven, en el día de hoy, no por medio de la fuerza, como ocurría con frecuencia antaño, sino por entendimientos de tipo financiero y ventajas en el intercambio.

Surge, entonces, un nuevo derecho, esta vez conformado por tratados, convenios, protocolos, acuerdos y otros instrumentos similares, destinados a regular las operaciones de intercambio y de cooperación entre las diversas naciones, no tan solo en el área económica, sino cultural, científica, social, jurisdiccional, etcétera. Europa, desde hace ya varios años, ha logrado crear una comunidad que, con altos y bajos, ha regulado la mayor parte de las actividades comerciales y de intercambio, incluyendo un Banco Central de la comunidad europea, una moneda común y un Parlamento con representación de los diversos países.

¿Contempla el ordenamiento jurídico nacional la manera en que debe asimilarse cada uno de estos instrumentos al derecho interno? ¿Existen reglas claras que deban cumplirse para armonizar los diversos sistemas jurídicos de manera que puedan los interesados conocer con antelación las normas que regulan sus actos? ¿Pueden las empresas y las personas asociarse bajo una regulación cierta y conocida? ¿Existe una jurisdicción eficiente que facilite la solución de los conflictos entre nacionales de diversos Estados?

Si bien es cierto que los instrumentos mencionados, por lo general, aluden a varias de las cuestiones planteadas, ello ocurre inorgánicamente, muchas veces en pugna con normas de derecho interno, y sin seguir un procedimiento de integración confiable y cierto. Es indiscutible que el derecho nacional establece la forma en que un tratado se integra al ordenamiento jurídico interno (cuestión incluso regulada en la Constitución). Pero dicha regulación es insuficiente ante la avalancha de acuerdos, convenios, protocolos, convenciones, etcétera, que se suscriben y celebran entre las diversas naciones como consecuencia del fenómeno de la globalización.

Como puede deducirse, aparece aquí un nuevo factor de debilitamiento del derecho común, esta vez por efecto de una legislación (internacional) paralela, ajena a la legislación interna y que cada día, justo es reconocerlo, adquiere mayor importancia.

La cuestión que planteamos se ve magnificada por el hecho de que los sistemas jurídicos de las diversas naciones afectadas por el fenómeno de la globalización tienen raíces muy distintas (p.ej. derecho anglosajón, derecho asiático o musulmán). No se trata solo de formular la distinción, es necesario, además,

encontrar mecanismos o procedimientos para armonizar los principios y preceptos de una y otra normativa.

Así las cosas, se advierte claramente que el derecho común, que debería ser el sostén de los grandes principios del ordenamiento jurídico y de su aplicación, se ve, en cierta medida, cercado por un proceso de descodificación y por el surgimiento cada vez más abundante de normas internacionales, todo lo cual va minando su importancia y apartándose de la misión que le corresponde.

De aquí nuestra conclusión en orden a que lo señalado en lo precedente representa un desafío que no podrá esquivarse, y que pone en un duro aprieto la estructura misma de la institucionalidad vigente.

III.- Tres reformas legislativas urgentes.

Un análisis de la legislación común –particularmente del Código Civil– lleva a la convicción que existen tres materias que demandan una modificación urgente que no debería postergarse sin perjuicio de otras de más largo aliento.

A.- El Libro Primero del Código Civil: "De las Personas".

Las disposiciones sobre "principio y fin de la existencia de las personas" (Título II), ha dado lugar a debates interminables, precisamente por la indefinición de cuestiones que en este momento deben dilucidarse y que científicamente han suscitado debate y desencuentro. Lo peor que puede sucedernos es mantener esta ambigüedad y evitar definiciones que la comunidad demanda cada día. Desde el debate sobre la "píldora del día después", que llegó, incluso, al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, pasando por el controvertido proyecto sobre la "despenalización del aborto", ha quedado de manifiesto la necesidad de introducir reformas porque el derecho no puede callar. No menos necesario es definir el fin de la existencia natural (la muerte), concepto que hoy se extrae de una interpretación analógica gracias a lo regulado a propósito del trasplante de órganos y tejido orgánico.

Otro tanto debería hacerse con el Título VII sobre "La Filiación". Creemos que esta materia (relativa a la organización de la familia como núcleo fundamental de la sociedad de acuerdo a la Constitución) requiere de una mejor sistematización, despejando varias dudas interpretativas que han dado lugar a la declaración de normas inaplicables por contravenir la Carta Fundamental y sentencias judiciales contradictorias. Algunos precedentes parecen excesivos, como, por ejemplo, la posibilidad de reclamar la filiación de hijo después de la muerte del progenitor, interponiéndose la demanda respectiva contra la suce-

sión. Lo propio podría decirse del Título VIII sobre “Las Acciones de Filiación”, que derivan de los principios enunciados en el Título precedente.

La filiación tiene gran importancia, especialmente atendido el hecho de que nuestra ley consagra un sistema de asignaciones hereditarias forzosas que, sin duda, es la causa principal para deducir pretensiones de esta índole.

Conviene preguntarse si no habrá llegado la hora de elaborar un Código de Familia, habida consideración de que estas relaciones han sido profusamente reglamentadas en ciertas áreas (violencia intrafamiliar, nueva ley de matrimonio civil, acuerdo de unión civil, sanción penal al “femicidio”, etcétera). No hay duda de que una reglamentación unitaria, coherente y sistemática, permitiría una aplicación más razonable y justa.

Finalmente, convendría reformar el Título IX sobre “Los derechos y obligaciones entre padres e hijos”. Como es sabido el rol de los adolescentes ha cambiado radicalmente en los últimos tiempos, lo cual exige una nueva regulación, especialmente sobre la responsabilidad de los padres en su control, formación y educación. La exaltación de los “derechos humanos” ha permitido poner énfasis en las prerrogativas y protección de la juventud, dejando de lado otros aspectos que requieren un máximo cuidado. El incremento de la delincuencia juvenil es provocado, en medida no menor, por estas falencias y por una tolerancia que, unida al flagelo de la droga, destruye el destino de nuestros menores. De aquí la urgencia en introducir estas modificaciones.

B.- Régimen de bienes en el matrimonio y la unión civil.

Las normas contenidas en el Libro IV, Título XXII del Código Civil, relativo a “las convenciones matrimoniales y la sociedad conyugal” son, para el momento que vivimos, demasiado engorrosas y escapan a la comprensión del hombre medio. Cabe destacar que, en general, existe una clara preferencia por este régimen patrimonial entre las personas que contraen matrimonio, cuestión que se explica por la larga tradición de los chilenos sobre la materia y la circunstancia de que se trate de un régimen de comunidad de bienes. Sobre la base de mantener este modelo, que es, sin duda, el que mejor se adapta a nuestros hábitos y costumbres, parece indispensable simplificar dicha normativa, sin alterar sus rasgos esenciales, pero abriendo espacio a una comprensión cabal de parte de los contrayentes sobre su significado, funcionamiento y destino.

A nuestro juicio, la dictación de la Ley N°20.830 sobre “unión civil” constituye un retroceso en esta materia. Lo que hemos calificado como **submatrimo-**

nio, no hace más que confundir las cosas al establecerse una “comunidad de bienes pactada” y remitirse en su reglamentación al respectivo cuasicontrato de comunidad.⁷ Habida consideración de que la dictación de esta ley no ha dado satisfacción a quienes postulan derechamente el “matrimonio” entre personas del mismo sexo, sería altamente conveniente sustituir este estatuto legal y abordar el desafío de dar una adecuada regulación jurídica a este tipo de uniones, pero sin confundirla con el matrimonio que por naturaleza constituye la unión estable entre un hombre y una mujer, con fines previamente definidos en la ley.

C.- Derogación del régimen patrimonial de participación en los gananciales.

El régimen patrimonial de “participación en los gananciales”, consagrado en el Título XXII-A del Libro IV del Código Civil, artículo 1792 con 26 numerales, no ha encontrado arraigo alguno en nuestra sociedad. Demasiado engorroso, lleno de exigencias contables, ha hecho decir a más de un abogado que para preferirlo se debe ser contador o vivir asistido por un contador.

La introducción de este régimen, en el año 1994, se basó en el derecho comparado, copiando experiencias extranjeras sin mayor arraigo entre nosotros. Es el destino que aguarda a este tipo de influencias que suelen presentarse como expresión de un progreso legislativo de importancia, cosa que lamentablemente no ocurre. Con el propósito, como se dijo, de simplificar esta normativa, convendría derogar dichas disposiciones, facultando, a quienes han optado por él, para escoger entre la separación total de bienes o la sociedad conyugal.

No podríamos concluir estas reflexiones sin dejar sentado que la preferencia de la población por el régimen de bienes en el matrimonio implica un reconocimiento a la comunidad de bienes y que ello está bien resguardado, en el día de hoy, en el Código Civil.

Hasta aquí las reformas que visualizamos como aquellas de mayor importancia para el perfeccionamiento de nuestro sistema legal.

⁷ El “acuerdo de unión civil”, introducido en la Ley N°20.830 de 21 de abril de 2015, ha sido analizado por el autor de este trabajo en Actualidad Jurídica N°33 correspondiente al mes de enero de 2016, Sección “Monografías”, págs. 63 y ss. En dicho comentario se analiza el régimen de bienes y los reparos e inconvenientes que presenta, en lo fundamental a causa de la precariedad de las relaciones que reglamenta y la inestabilidad del vínculo creado. Cabe observar que esta legislación revela la falta de creatividad e imaginación de nuestros legisladores, que se limitaron a instituir una “especie de matrimonio”, superficialmente regulado y en que predomina la inestabilidad de la relación, sea entre personas heterosexuales u homosexuales.

IV.- Nuevas regulaciones jurídicas en el área contractual.

Desde hace varios años está pendiente la regulación legal de nuevas figuras contractuales, nacidas al calor de las renovadas bases de nuestro sistema productivo. Es un hecho vastamente conocido que nuestro país abrió su economía, estimulando el intercambio e incorporándose de lleno al mercado mundial. Mientras el país estaba sujeto a una política de sustitución de importaciones, las nuevas formas de contratación no tenían la importancia que cobraron posteriormente. A partir de la década del 80 en el siglo pasado, una serie de contratos pasaron a constituir elementos recurrentes para empresas y productores en general. Ninguno de dichos contratos estaba reconocido en nuestra legislación. El año 1991 Alvaro Puelma Accorsi se refería en una de sus obras a la "Representación Comercial, Agencia, Concesiones Mercantiles, al Franchising o Contrato Sobre Franquicias, al Contrato de Suministro, al Leasing, a los Contratos sobre Traspaso de Tecnología (contratos de licencia o royalty, contrato de licencia, contratos de know how), al contrato de apertura de Crédito, al Fideicomiso anglosajón (trust), al Contrato estimatorio, al Underwriting, al Factoring, al Forfaiting, etcétera".⁸ Más adelante, el año 2003, Ricardo Sandoval López, analiza varios otros contratos (Engineering, franquicia comercial, mediación o corretaje comercial, distribución, concesión mercantil, franquicia comercial, merchandising, joint venture, de hosting, outsourcing, etcétera).⁹

Como puede advertirse estamos ante una tendencia contractual distinta, propia de economías que intervienen en el comercio mundial, que requiere una incorporación especial y cuidadosa a nuestra legislación. Se trata de admitir figuras contractuales modernas que de manera alguna afectan los contratos típicos reconocidos en nuestro Código Civil y Comercial, ya que ninguno de ellos contraviene la reglamentación que rige en el exterior. Hasta este momento la insuficiencia que advertimos ha sido sustituida por la interpretación –tanto legal como contractual–, pero no es ello una solución óptima en la que debemos perseverar.

En síntesis, la nueva contratación que, a nuestro juicio, ha nacido como consecuencia de la integración de Chile al mercado mundial (globalización), requiere de un reconocimiento y reglamentación local y de su incorporación a la legislación nacional, no a través de leyes o reglas especiales, sino de una reforma de nuestros códigos. No nos cabe la menor duda de que en los próximos años operará un proceso de integración en todo orden de cosas, particularmente en el área comercial. Dicho proceso demandará un esfuerzo adicional del derecho interno con miras a hallar una necesaria concordancia y armonía legislativa en las diversas áreas del quehacer jurídico. Por ende, debemos prepararnos para

⁸ Alvaro Puelma Accorsi *Contratación Comercial Moderna*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1991.

⁹ Ricardo Sandoval López. *Contratos Mercantiles*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Año 2003.

salir al encuentro de este desafío que bien puede calificarse como el mayor imperativo de nuestro tiempo.

V.- El peligro del activismo judicial.

Definimos el “activismo judicial” como la actitud que adopta un tribunal, llamado a aplicar la ley para resolver la contienda de que conoce, superponiendo los valores éticos y el sentido de la equidad al mandato normativo que lo obliga.

En otras palabras, el ejercicio de la jurisdicción deja de estar fundado en la aplicación de la ley y pasa a ser de dominio del respectivo funcionario judicial. Como es obvio, el mandato objetivo de la norma es substituido por un imperativo de conciencia moral del respectivo magistrado.

Lo más lamentable, al constatarse esta disfunción, es que, por lo general, este propósito se encubre con razonamientos o consideraciones especiosas, para justificar una conducta indudablemente torcida. No puede negarse que algunos jueces, haciendo ostentación de ilustración y pirotecnia jurídica, construyen una argumentación, casi siempre artificiosa, que justifica formalmente la decisión. De esta manera, se aparenta el cumplimiento de la ley sobre la base, generalmente, de una abusiva interpretación.

Para comprender el problema en su raíz, debemos comenzar constatando que los conflictos temporales que son sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia persiguen que se reconozca e imponga, mediante la declaración de un juez, la solución contemplada en la ley. Por consiguiente, el conflicto planteado se resuelve indirectamente por los poderes colegisladores, vale decir, en ejercicio de la soberanía nacional. De aquí que, si se esquiva o se burda la ley, se infiere un agravio a la potestad legislativa. Si no hay ley que resuelva la contienda, en cumplimiento del principio de “inexcusabilidad” (artículo 76 de la Constitución), el juez deberá llenar el vacío legal (integración de la laguna legal), extrayendo del sistema en su totalidad los principios de equidad que le sirvan para fallar la causa (artículo 170 del Código de Procedimiento Civil). Para estos efectos se opera inductivamente, de modo que los principios generales de derecho resultan develados en el análisis del sistema como un todo.

Para alcanzar sus objetivos, el “activismo judicial” se vale aparentemente de las normas y los elementos dispuestos en la misma ley para “interpretarla”. Conviene recordar que la llamada “interpretación de la ley” (Título Preliminar. Párrafo 4° del Código Civil) es el mecanismo que debe seguirse (por mandato legal) para aplicar la norma a los casos particulares y concretos que deben ser resueltos.

De lo dicho se desprende que al fallar prescindiendo de lo que ordena la ley, se vulneran, no solo las facultades que corresponden a uno de los Poderes del Estado, sino también el funcionamiento del sistema judicial en su totalidad.

No puede negarse que los jueces viven y están inmersos en la sociedad civil y, por lo mismo, sometidos a las presiones e influencias que afectan a todos sus integrantes. Pero al desligarse de sus deberes, quebrantan el compromiso primordial que los distingue de los demás: aplicar lealmente la ley aun cuando no compartan ni adhieran a su contenido. Peor aún, creemos que los jueces que conscientemente incurrir en estos hechos (sin perjuicio de la comisión de un delito), generan actos nulos y de ningún valor, a pesar de que en la práctica sea difícil, sino imposible, obtener que ello se reconozca y se sancione.

En el último tiempo ha aumentado esta tendencia, especialmente en causas penales contra los uniformados por presuntas infracciones de todo orden, y en materia laboral. Ello ha provocado el desconcierto de la ciudadanía y un creciente debilitamiento de los tribunales ordinarios de justicia. Lamentablemente no ha habido una reacción de quien corresponde, lo cual compromete su rol histórico en un período de normalidad institucional.

Como hemos sostenido en numerosas oportunidades, el juez es creador de derecho. A él le asiste la tarea de singularizar el mandato normativo, lo cual equivale a llenar un cuadro incompleto (contenido en la ley que, a su vez, es una creación política de quien, por voluntad del electorado, es llamado a legislar). Como la ley no contiene (en la inmensa mayoría de los casos), todos los elementos que componen la solución que debe darse al conflicto, es el juez el llamado a hacerlo, pero sin contrariar, por cierto, ni los elementos de la norma superior que da validez a la inferior (Constitución), ni los contenidos normativos de la ley que se invoca.¹⁰

Lo anterior explica que el juez sea un creador de derecho, pero enmarcado en los límites impuestos en la ley, siempre en el marco que el sistema le asigna. Dicho de otro modo, la ley es una "creación incompleta", correspondiéndole al juez, al momento de aplicarla a un caso concreto y particular, la delicada tarea de integrar todos sus elementos.

Se ha señalado muchas veces que la grandeza del juez radica en su voluntad de aplicar la ley, aun cuando con ello contraría sus concepciones políticas, éticas o ideológicas. De no ser así, viviríamos en un medio de constante incertidumbre e inseguridad, entregados a la determinación de una persona cuyas valoracio-

¹⁰ Esta materia está latamente tratada en nuestro libro *Teoría de la Interpretación jurídica*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1994. Además en el libro *El derecho como creación colectiva*. Ediciones Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Año 1999.

nes internas, por respetables que sean, no pueden imponerse al margen del mandato legal.

No cuesta demasiado descubrir, entonces, el peligro que para el buen funcionamiento del Estado de Derecho, representa el "activismo judicial", y la manera que él afecta el prestigio del sistema normativo y sobre todo la "certeza jurídica". Sería largo, y no es el objeto de este trabajo, examinar los numerosos casos en que este fenómeno negativo ha operado en el último tiempo. Ello puede encontrarse en varias publicaciones y comentarios jurisprudenciales.¹¹ Sin perjuicio de lo anterior, y aunque esto se calle por temor o conveniencia, no es lo mismo aplicar el derecho en una época de turbulencia política interna que hacerlo en una época de normalidad institucional. Esto no requiere de mayores explicaciones. No es justo, por ende, condenar a los tribunales de justicia por lo obrado en el pasado y celebrar lo que hacen en el día de hoy. Sobre este tema, la historia tendrá mucho que decir más adelante...

VI.- Control de la actividad forense.

Entre los problemas que mayor gravitación tendrán en el futuro se halla el aumento exponencial del número de abogados que, titulados en los más disímiles programas de licenciatura, ejercerán en un mercado saturado de profesionales. Se calcula que en corto tiempo (en un lapso no superior de cinco años) el contingente de abogados superará los 40 mil. Para medir la importancia de este antecedente basta con considerar que hace 50 años el número de abogados no superaba los 5 mil.

El hecho que comentamos generará a corto plazo, principalmente, dos tipos de problemas.

Por un lado, la competencia desatada en el mercado jurídico erosionará gravemente la ética profesional, cuestión que se verá incrementada por la circunstancia de que la colegiatura seguirá siendo voluntaria y, con ello, voluntaria también la pertenencia al Colegio de Abogados, encargado de velar por el recto comportamiento de estos profesionales, a través del Código de Ética Profesional. Muchos de los nuevos abogados rehusa formar parte del Colegio de la Orden con el fin de esquivar el cumplimiento de las obligaciones éticas que éste impone y el obrar de sus órganos disciplinarios (aun cuando las sanciones son extraordinariamente benignas). Se dirá, seguramente, que ante la inconducta del abogado queda expedita la vía judicial (disposición vigésima

¹¹ Entre los libros relativos al "activismo judicial" debemos citar *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia un Gobierno de los Jueces?*, de José Francisco García y Sergio Verdugo. Ediciones LYD. Año 2013. Véase, además, "Proceso contra los militares: ¿un problema sin solución?", de Adolfo Paúl Latorre y "Miguel Krassnoff prisionero por servir a Chile", de Gisela Silva Encina.

transitoria de la Constitución), pero no puede perderse de vista que un cliente que entra en conflicto con su abogado no se halla predispuesto a ahondar sus dificultades, extendiendo sus pretensiones, esta vez, además, contra quien fue su defensor. Probablemente esto explique el escaso uso que de esta facultad hacen los interesados.

Por otro lado, no puede perderse de vista que el abogado, en nuestro sistema legal, es un **“colaborador de la justicia”**. Lo que señalamos implica que este profesional interviene activamente en el ejercicio de una potestad pública: la jurisdicción. Por consiguiente, su actividad desborda el carácter meramente particular de su relación con el sistema. De lo señalado se sigue que los órganos del Estado deben supervisar sus actividades y controlar la participación que le cabe al abogado en el desarrollo del quehacer jurisdiccional. Así, por lo demás, está previsto en el Código Orgánico de Tribunales (Título XV), que reserva a la Corte Suprema la prerrogativa de otorgar el título de abogado, confiriéndole atribuciones bastante amplias. De lo señalado se desprende que un comportamiento ético inadecuado del abogado no solo lesiona intereses particulares, sino intereses públicos, confiados, en cuanto a su realización, a la Corte Suprema primordialmente.

¿Cómo encarar estos problemas?

Lo primero problema puede corregirse dando cumplimiento al mandato contenido en el artículo 19 N°16 inciso 4° de la Constitución Política de la República, que ordena, para sancionar a los profesionales no colegiados infractores de sus deberes éticos, ser sometidos a tribunales especiales: *“Los profesionales no asociados (a los colegios profesionales) serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley”*.

Por lo tanto, bastaría con dictar la ley que ordena la Constitución para disponer, al menos, de tribunales especiales encargados de aplicar sanciones a quienes infrinjan sus deberes profesionales. En todo caso, las sanciones deben ser proporcionales al carácter y gravedad de la infracción que haya promovido la reclamación. Si bien es cierto que esta medida, por sí sola, no solucionará el problema planteado, al menos atenuará sus nefastas consecuencias para el prestigio de la Orden.

El segundo problema tiene ribetes más delicados. Creemos que la Corte Suprema, en ejercicio de sus facultades económicas, debería limitar la participación en juicio (de cualquier índole) solo a aquellos abogados que demuestren poseer una formación académica compatible con las responsabilidades que se asumen al conferírseles patrocinio y/o mandato en una contienda judicial. No se trata, como lo han sostenido los detractores de esta idea, que deba la Corte Suprema *“examinar a los postulantes”*, tarea dilatada e imposible de imponer al Tribunal

Supremo. Pero debería ella delegar esta función en una entidad especial, o en una comisión integrada por catedráticos de su confianza, o en personeros de reconocida solvencia, siempre bajo su supervisión, para ejercer este control, cada día más necesario. Es frecuente escuchar críticas al Poder Judicial y, más específicamente, a la calidad y preparación de los jueces. Sobre esta materia habría mucho que decir, pero no es este el objeto del presente trabajo. Sin embargo, poco o nada se repara en la mala calidad de los abogados que, lejos de aportar una efectiva contribución al Tribunal, dilatan, entorpecen y obstruyendo la tarea jurisdiccional. Una selección de los abogados litigantes, contribuiría, de manera automática, al mejoramiento paralelo de la calidad de la Justicia. No está de más recordar que en la mayor parte de las naciones occidentales existen controles de la más diversa naturaleza, precisamente para asegurarse de que los abogados cumplirán su cometido como corresponde y está previsto en la ley.¹² Todavía más, en otras profesiones (especialmente medicina y pedagogía) se han incorporado varios tipos de controles, precisamente para asegurarse de la calidad de los servicios.

No faltarán los que reclamen que se coarta a los abogados la ejecución de una de las actividades más importantes de la profesión. No es así. La inmensa mayoría de estos profesionales no ejerce en el área forense, sino en el área corporativa (diplomacia, carrera judicial, funciones públicas, asesoramiento a empresas, actividades docentes, etcétera). Por lo mismo, la restricción no es importante cuantitativamente (en su número), sino en la naturaleza de la actividad a que no referimos.

Finalmente, no puede ignorarse que el enfoque dado en la ley (Código Orgánico de Tribunales) a la profesión de abogado corresponde al del litigante. Basta para ello atender al artículo 520, que dice: *“Los abogados son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes”*. Asimismo, la enseñanza del derecho puso acento en la litigación, dejando de lado otros recursos que, con el correr del tiempo, fueron adquiriendo mayor relevancia. De la manera indicada, el abogado, hasta hace medio siglo, se caracterizó, en lo fundamental, por su calidad de litigante. A este carácter debe ponerse fin entre otras medidas, mediante la restricción del ejercicio profesional en el área forense.

¹² Sobre este punto consultar el trabajo de José Manuel Díaz de Valdés, titulado “Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado”. Revista Actualidad Jurídica. Edición N°16 correspondiente al mes de Julio de 2007. Pág. 23. En este trabajo se analiza la situación en Inglaterra, Francia, Estados Unidos, España, Alemania, Italia y Suiza. A la luz de estos antecedentes, no resulta explicable la actitud pasiva de nuestras autoridades, tanto más cuanto que lo que proponemos redundaría en ventajas significativas para la práctica de la profesión, la calidad de la función judicial y el interés público comprometido en ello.

VII.- La especialización.

Para examinar con rigor lo que consideramos constituyen las insuficiencias de mayor importancia en nuestro sistema jurídico debemos referirnos a la “especialización”.

Comencemos por destacar el hecho de que la especialización en una cierta rama de las ciencias jurídicas supone la existencia previa de un núcleo de conocimientos esenciales sin los cuales resulta imposible dotar al abogado de “criterio jurídico”. Este calificativo lo empleamos en el sentido de estar “capacitado para conocer un problema jurídico, insertarlo en el ordenamiento normativo, aplicar las disposiciones que conciernen a él y ofrecer una solución fundada en los parámetros y principios que inspiran la juridicidad.” Como puede comprobarse, el “criterio jurídico” es la máxima expresión de conocimientos y capacidad reflexiva de que puede estar dotado un abogado. La especialización, entonces, la concebimos como la actualización y profundización de los conocimientos en una determinada área del derecho, luego de una sólida formación general, lo cual permite integrar los nuevos conocimientos en el marco general de la teoría jurídica.

Es un hecho indiscutible que el sistema jurídico se ha ido fraccionando (algo semejante a lo que sucede en el área de la medicina), a medida que se extienden y consolidan los conocimientos en las diversas ramas de las ciencias del derecho. A este incremento de conocimientos debe agregarse un fraccionamiento paralelo de carácter jurisdiccional (creación de tribunales especiales). Este hecho ha ido delimitando la plenitud de la jurisdicción, la misma que hasta hace algunos años se depositaba en los Tribunales Ordinarios de Justicia. El indicado fenómeno ha alcanzado incluso a la Corte Suprema, que ha perdido, por ejemplo, su competencia para conocer de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, materia que hasta 2005 correspondía al Tribunal Pleno.

Así las cosas, los abogados, en razón de interés u otras circunstancias, se han incorporado a la especialización, sea a través de cursos de educación continua, magister, doctorados u otras alternativas especialmente ofrecidas por universidades nacionales o extranjeras. Este hecho puede tener consecuencias nefastas si los especialistas carecen de una sólida formación general (matriz), porque ninguna solución jurídica puede concebirse al margen de sistema en su totalidad. Velar por la coherencia, unidad e integridad del derecho es condición primordial para la consecución de una recta receta jurídica, adecuada y consistente.

De lo dicho se infiere que la especialidad representa un avance significativo para las ciencias jurídicas (puesto que se basa en la profundización de los conocimientos), pero, de la misma manera, un peligro, si ella no va unida a una sólida formación general.

Deducimos, por lo tanto, que para contrarrestar los peligros de la “especialización”, particularmente en relación al ejercicio de jurisdicciones especiales, es de vital importancia mantener una “revisión jurisdiccional” de cada decisión (como sucede en materia de libre competencia, tribunales ambientales, justicia arbitral, etcétera). De esa manera, sin desconocerse las nuevas fronteras del conocimiento, se vela por la preservación de las bases generales del derecho.

Otro tanto deberíamos decir del legislador, en cuanto a que la regulación de cada rama especializada del derecho debe insertarse en la teoría general del sistema y no pretender una autarquía opuesta a lo que conforma uno de los rasgos esenciales de toda construcción jurídica.¹³ Con todo, bien vale reconocer que la “especialización” se instaló definitivamente, tanto en el estudio como en el ejercicio del derecho, y que, bien o mal, ella subsistirá cualquiera que sea el rumbo que sigan las ciencias sociales en el futuro.

Finalmente, debemos reconocer que la especialización a través de grados y títulos obtenidos en universidades extranjeras no tiene para los hombres de derecho la misma importancia que para otras disciplinas. Lo indicado no importa un comentario despectivo o peyorativo, ni mucho menos. Lo que sucede es que entre nosotros prevalece el sistema normativo por sobre teorías, a veces extravagantes, cuando ellas proceden, por ejemplo, de un sistema consuetudinario. Lo que puede desmerecer en el área profesional, se enriquece en el área académica en que estos estudios cobran una importancia muy especial. Dígase lo que se quiera, pero lo cierto es que nuestros tribunales no se hallan preparados para absorber doctrinas foráneas, aduciendo razones jurídicas y filosóficas propias de la cátedra o el foro universitario. Por lo mismo, y en buena hora, hay que reconocer que en materias propias del ejercicio profesional, la doctrina, en cuanto tropiece con la letra de la ley, quedará subordinada por esta última. Lo que advertimos no impide reconocer la importancia del “derecho comparado”, el cual gravita cada día con más fuerza en el campo legislativo, no así en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Muchas leyes importantes (yo diría la mayor parte) o están inspiradas o plagiadas de sistemas jurídicos afines. En el campo del “derecho económico”, por vía de ejemplo, son numerosísimas las normas cuyo antecedente se halla en la legislación extranjera (particularmente anglosajona). Lo propio ocurre con la legislación civil en relación a España. Es interesante delimitar el campo de influencia del derecho comparado, ya que, como queda explicado, éste no gravita de la misma manera en el trabajo legislativo que en el ejercicio de la jurisdicción.

¹³ De aquí nuestra acerva crítica al mal llamado “derecho del consumidor”, consagrado en la Ley N°19.496. Muchas de las disposiciones allí contenidas, sobrepasan criterios y principios jurídicos de muy larga data. Sobre esta materia puede consultarse nuestro libro *Derecho del Consumidor. Estudio Crítico*. Editorial Thomson Reuters. Monografías. Año 2015.

VIII.- Traspaso a los tribunales de decisiones de orden político.

No podríamos concluir estas reflexiones sin referirnos a uno de los fenómenos institucionales que mayores consecuencias negativas pueden causar a nuestro país. Nos referimos a la constante transferencia de cuestiones políticas a la esfera judicial. Muchos acontecimientos de este carácter –políticos– son eludidos por la autoridad llamada a resolverlos, en una actitud que bien podríamos calificar de “escapista”.

Como se dijo en lo precedente, es en el ejercicio de la potestad legislativa en donde se articulan los intereses que se entrelazan y entran en conflicto en la comunidad civil. Mediante las leyes se asignan y privilegian ciertos intereses en desmedro de otros. Como es obvio y no requiere de mayores explicaciones, ello afecta expectativas y prospecciones electorales (los votos son a la política lo que el dinero es al mercado). De aquí la tendencia a traspasar el problema a la esfera jurisdiccional, transformándolo, aun cuando aparentemente, en una “cuestión técnica” de carácter jurídico.

De este modo, el conflicto, en lugar de alojarse en el órgano que corresponde se desplaza a una instancia diferente sin “costo político” para nadie.

Un ejemplo bastaría para comprender, en toda su magnitud, lo que aseveramos. La falta de una legislación sobre el reajuste anual de los planes de salud de las instituciones privadas (Isapres), implica la tramitación judicial de más de 100 mil recursos de protección, todos los cuales deben fallarse como si fuera el único, incurriéndose en elevadísimos costos. Solo se requiere de una simple ley para evitar este derroche escandaloso. Los ejemplos podrían multiplicarse indefinidamente. A tal extremo se ha llegado en esta materia, que en la tramitación del proyecto de ley sobre reforma laboral, por expresa voluntad de los legisladores, se han dejado vacíos destinados a que sean resueltos por los tribunales. Nada tiene de extraño, entonces, que se acuse a la Corte Suprema de legislar a pretexto de ejercer jurisdicción.

Si a lo anterior agregamos el hecho de que contencioso administrativo ha quedado radicado en los tribunales ordinarios de justicia (artículo 38 inciso 2° de la Constitución), se podrá dimensionar en toda su extensión la transferencia que opera en nuestro sistema.

Por ende, debe buscarse un mecanismo para evitar que persista este traspaso que, ciertamente, es otro factor que distorsiona el funcionamiento del sistema institucional. En cierta medida, no cabe reclamar contra la politización de los jueces si los otros poderes del Estado ponen en sus manos decisiones que no les conciernen o que asumen ante la ausencia de una regulación indispensable. Al final de cuentas,

el Poder Judicial va acumulando responsabilidades que en un eficiente de sistema institucional deben ser asumidas por otros personeros (políticos).

Para quienes piensen que exagero, otro botón de muestra. ¿A quién corresponde la pacificación de la Araucanía? ¿Es suficiente con una querrela criminal dirigida contra “quienes resulten responsables” en cada ataque terrorista? La respuesta, creemos nosotros, está de más. Suele sostenerse que la actividad jurisdiccional puede desbordarse dando lugar a la “dictadura de los jueces.” Ello sería consecuencia del activismo judicial unido a la transferencia de funciones político-administrativas a los tribunales de justicia. Ambos fenómenos están acusando su presencia en Chile sin que hasta la fecha se observe una conducta rectificadora. Como puede apreciarse, los peligros de una “deformación institucional” de envergadura son una amenaza cierta que debería encararse a la brevedad.

IX.- El influjo de los medios de comunicación social.

Los medios de comunicación social –especialmente la televisión– han cobrado un influjo determinante en el destino de los procedimientos judiciales. Tan pronto surge un juicio que compromete a personas o instituciones de importancia, sean ellas políticas, financieras, públicas, privadas, nacionales, extranjeras o de cualquier identidad, casi automáticamente los medios de comunicación absuelven o condenan, como si se tratara de una sentencia fundada en el escarnio público.

No me excedo si digo que existen juicios cuyo destino está sellado de antemano, por efecto de la repulsa ciudadana creada por quienes controlan la comunicación social. Como hemos manifestado reiteradamente, no puede hacerse justicia en una atmósfera enrarecida por la propaganda, el prejuicio y, por qué no decirlo, el odio que ciertos sectores cultivan cuidadosamente para alcanzar una revancha histórica de carácter político. Lamentablemente, es lo que ocurre con los uniformados comprometidos con el Gobierno Militar. En estos procesos no se ha aplicado la ley como tradicionalmente ocurrió en el pasado, sino que se ha buscado la manera de esquivarla con los más diversos argumentos (desde ficciones, torcidas interpretaciones, desconocimiento de instituciones fundamentales, etcétera), eludiendo, de esta manera, una decisión pronunciada en estricto derecho.

Pero no se crea que lo anterior ocurre solo en el campo penal y respecto de las personas referidas. El problema se extiende a toda clase de procesos, incluso, sin una connotación política especial. Se ha ido abriendo camino una especie de repulsa hacia los empresarios, las instituciones financieras, las organizaciones empresariales, el mercado y la libertad económica. Este ambiente aparece estimulado por las “redes sociales”, en donde, valiéndose del anonimato, se

descarga una odiosidad que, salvo resentimientos sociales de muy larga data, no tiene una explicación clara. Ciertamente, todo esto gravita poderosamente, al extremo de hacer imposible imponer la justicia en un ámbito contaminado por una multiplicidad de factores que son la negación misma de la recta aplicación de la ley.

Encarar este problema es difícil. Quienquiera que lo intente pondrá en entredicho la libertad de expresión y la transparencia, derechos ambos que prestan un servicio invaluable a la sociedad, en tanto custodios de una sociedad libre. Con todo, debemos hallar, si no una solución, al menos algunas medidas destinadas a morigerar un mal tan profundo que pone en duda la existencia de un "Estado de Derecho". Cualquier medida sobre esta materia pasa por el control, preparación y ejercicio de la judicatura. Todo el andamiaje comunicacional está destinado, en definitiva, a los jueces, pues son ellos quienes tienen la última palabra.

Desgraciadamente nada se ha hecho a este respecto. Es más, lo obrado por los tribunales superiores de justicia o ignoran el problema o indirectamente lo estimulan con su tolerancia. Los jueces (principalmente los fiscales, aun cuando ellos no dependen de la estructura judicial) son sensibles y hasta aficionados a toda suerte de publicidad. Se atribuye a algunos un afán desmedido por aparecer en los medios de comunicación o exaltar sus investigaciones, punto menos que compitiendo con los agentes políticos. Esta realidad ha impulsado a reclamar sanciones penalmente para aquellos fiscales que filtren antecedentes o diligencias durante una investigación, lo cual da una medida de la magnitud del problema. Claro está que dicha preocupación ha surgido de la "clase política", que se ha visto severamente cuestionada como consecuencia de los procesos abiertos en relación al financiamiento de la actividad política y su arista electoral. Como quiera que sea, el problema excede lo tolerable y demanda una reacción congruente de parte de los legisladores y de la Corte Suprema, como órgano superior del Poder Judicial. De lo contrario, la justicia agregará otro factor negativo para medir la confianza que proyecta en el ámbito público, y dejará abierta la puerta para que estas lacras se sigan profundizando en un medio ya saturado de influencias indebidas.

X.- Independencia judicial.

No podríamos cerrar estas reflexiones sin antes referirnos, aun cuando muy brevemente, a la independencia del Poder Judicial (uno de los grandes desafíos de la judicatura), tema recurrente desde hace varios años. No reiteraremos lo que hemos manifestado tantas veces, sin conmovir el ambiente judicial y profesional, pero, al menos, enumeraremos los factores que mayor gravitación tienen en la subordinación de la judicatura al poder político.

Reclamamos, desde luego, la reglamentación de la institución de los “abogados integrantes”. No se trata de eliminarlos, puesto que prestan un servicio valioso, sino de darles un estatuto que les asegure su absoluta prescindencia de las influencias ejercidas por los diversos gobiernos que se suceden en el mando de la Nación. Su designación (anualmente en las Cortes de Apelaciones y cada tres años en la Corte Suprema) los transforma en funcionarios transitorios, dependientes de quien los nombra y al servicio de la autoridad ejecutiva. A esta altura parece increíble que no se haya adoptado una decisión sobre la materia y que todos los proyectos que se refieren a este problema “duerman” en las comisiones parlamentarias.

Otro tanto debemos decir a propósito de las organizaciones gremiales que agrupan a los jueces, ministros y relatores de los tribunales superiores de justicia. La dinámica que ha tomado este proceso hace necesaria la regulación de dicha actividad, fijándole las limitaciones, objetivos y propósitos a que puede abocarse este tipo de organismos. No debe esperarse que una materia de esta importancia se desborde sin anticiparse a posibles nefastas contingencias.

Finalmente –materia que debe discutirse y analizarse sin premura, pero sin retardo–, se hace cada día más urgente buscar los medios y procedimientos para que la generación de la judicatura no pase “por coladores políticos”, que en mayor o menor medida, comprometen la independencia de los jueces y el contenido de sus decisiones. Insistamos que ello contraviene la tarea judicial, proyecta una imagen de sometimiento de los magistrados a quien detenta el poder político y estimula la desconfianza en la tarea de los tribunales.

Resulta inútil e innecesario reproducir los argumentos que avalan estas inquietudes, pero no pueden dejar de mencionarse como un desafío pendiente en el día de hoy.

Hasta aquí nuestras inquietudes más urgentes.

No es malo que, de tiempo en tiempo, se practique un ejercicio crítico, sea que éste proceda dentro o fuera del “sistema”. Solo de esta manera es posible diagnosticar males susceptibles de corregirse. Debemos pensar que en este momento vivimos grandes transformaciones, que no son fruto de una revolución ideológica, sino de un avance científico tecnológico que no se detendrá. Por consiguiente, o nos sumamos a él o vegetaremos a la sombra de una nefasta inmovilidad. Si efectivamente aspiramos a ser un país desarrollado debemos asumir los retos y desafíos que nos impone el futuro en todas y cada una de las áreas del saber y, muy principalmente, en el campo jurídico.

Una clasificación de los actos administrativos

IVÁN ARÓSTICA MALDONADO

Profesor de Derecho Administrativo

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: El presente artículo realiza una triple categorización respecto de los actos administrativos. La distinción se efectúa en vista de su forma de emanación, caso en el cual serán expresos o presuntos; de acuerdo a sus destinatarios, pudiendo ser singulares o generales, y en cuanto su contenido, denominándose éstos de “conocimiento”, “razonamiento”, o “decisorios”.

Si bien los actos administrativos pueden clasificarse desde ángulos diversos y comparativos, habiendo tantos criterios como autores, tres tipologías nos parecen útiles para ilustrar cómo concibe y recoge dichos actos la legislación chilena.

* * *

Según la forma de manifestarse

Sabemos que los meros “hechos” de la Administración constituyen nada más que una actuación física o material de ésta, y que, en cambio, tratándose de su actividad jurídica, los “actos administrativos” se manifiestan a través de declaraciones y se exteriorizan formalmente como tales. Vale decir, mientras los hechos u operaciones meramente materiales simplemente se realizan, los actos jurídicos que las autoridades dotadas de potestades administrativas llevan a cabo en uso de esa potestad, se deben revestir de ciertas formas, sin las cuales carecerían de validez y no tendrían expresión externa¹.

En el caso *Salas Núñez* (1982), la Corte Suprema bien pudo afirmar que “la Administración Pública actúa por medio de actos administrativos; y que para que éstos alcancen su real efecto y proyección, necesario es que tales actos emanen de autoridad responsable, que se concreten en un contenido bien determinado, y

¹ Este artículo forma parte de las publicaciones derivadas del proyecto “Acerca del acto administrativo, una delimitación conceptual”, en el marco del concurso de fondos de investigación de la Universidad del Desarrollo, del año 2015.

Dictámenes 40.966 de 1956 y 27.951 de 1993, de Contraloría General de la República.

que se les dé a conocer debidamente, pues sólo así resultarían ser obligatorios, con manifestaciones precisas y concretas que permitirán ser cumplidos y acatados”².

Ahora bien, por su forma de emanación, los actos administrativos podrán ser expresos o presuntos.

1. Son expresos: cuando la declaración unilateral que sancionan se manifiesta a través de un documento firmado (decretos, resoluciones, oficios, certificados, etc.), u oralmente, con palabras (ciertas órdenes internas de servicio o algunos actos de la función policial) o, incluso, por medios mecánicos (p. ej. un semáforo) o mediante meros gestos (p. ej. las señales de policía).

Según la jurisprudencia administrativa, la regla general en nuestro país es la forma escrita, comoquiera que aquellas otras formas de expresión material del acto administrativo, que por razones especialísimas ha creado el legislador, son absolutamente excepcionales³. La doctrina contralora añade que constituye un principio básico de procedimiento administrativo el que los actos de los servicios públicos y demás autoridades son esencialmente solemnes y de carácter escrito, ya sea por razones de buena técnica administrativa o como una mejor garantía de protección y amparo a los derechos de los administrados y, en definitiva, de un fiel y exacto cumplimiento de la ley⁴.

Por su parte, la jurisprudencia judicial desde hace décadas viene diciendo que en el derecho público, al contrario de lo que sucede en el derecho privado, los actos son por lo general solemnes, por lo que si se ha faltado a alguna formalidad legal el acto es nulo⁵. La Ley 19.880, asimismo, al enunciar las bases de los procedimientos administrativos, alude al llamado “principio de escrituración” (art. 4°), para añadir enseguida (art. 5°) que: “El procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen, se expresarán por escrito o por medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia”.

Verba volant scripta manent: las palabras se las lleva el viento, sólo lo escrito permanece, decían los latinos (adagio que Edison –por cierto– echaría por tierra con la invención del fonógrafo).

² Corte Suprema 14.12.1982 (considerando 4°), en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 79 (1982) 2.5, pp. 191-194.

³ Dictamen 66.193 de 1972. Obviamente, esas otras formas de emanación caben cuando se trata de actos fugaces en el tiempo o con un contenido muy sencillo, como se ilustra con los ejemplos dados.

⁴ Dictámenes 38.764 y 55.466, de 1968; 39.905 de 1971, y 35.366 de 1995 (cita Dictámenes 52.678 de 1971 y 26.074 de 1984); 51.818 de 2013 y 61.623 de 2015. Exigencia que se proyecta hasta los contratos administrativos (Dictámenes 75.327 de 2013 y 32.143 de 2015), negándose la validez a las “cláusulas tácitas”, puesto que las mismas no configuran una expresión formal de voluntad por parte de las autoridades administrativas (Dictamen 55.344 de 2006).

⁵ RDJ 56 (1959) 2.2, 114-128.

Respecto de los “decretos” y “resoluciones”, recuérdese lo siguiente:

- a) No hay que confundir los actos administrativos con los documentos que los sancionan y expresan, esto es, que les sirven de recipiente, porque no es lo mismo el contenido que el continente⁶. La sustancia (el contenido o acto mismo) no se confunde con la forma (el papel, cobertura o recipiente). Así, un decreto supremo sirve tanto para recoger los actos administrativos del Jefe del Estado⁷, como también sus actos de naturaleza legislativa (p. ej. promulgación de una ley).
- b) Son documentos públicos, pero no instrumentos públicos en los términos del art. 1699 del Código Civil, puesto que no dan fe respecto de actos otorgados por particulares (por excepción hacen plena fe, cuando la ley lo indica; la regla general es que para sus destinatarios y para los tribunales, los actos administrativos no gozan de una presunción de legalidad, ni en cuanto a sus motivos ni en cuanto a su objeto)⁸.
- c) Deben expresarse en decretos o resoluciones sólo los actos administrativos que innovan respecto a situaciones jurídicas subjetivas o el ordenamiento jurídico objetivo (usualmente llamados “actos decisorios”)⁹. Los actos de conocimiento se manifestarán en certificados o registros, y los actos de razonamiento en dictámenes o meros oficios.

La ley 19.880 (art. 3), siguiendo este mismo criterio formal, señala que las decisiones o declaraciones de voluntad deben tomar la forma de decretos o resoluciones, según corresponda, y que –sin perjuicio de regular el procedimiento de elaboración sólo respecto a éstos– constituyen también actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, así como los actos de constancia o conocimiento.

- d) Si bien alguna vez se entendió que, en derecho público, la voluntad declarada formalmente prima sobre la voluntad real de las autoridades administrativas cuando entre una y otra hubiere oposición (Dictamen 80.772 de 1964), ello no impide un escrutinio a fondo acerca de su verdadera naturaleza y contenido. Tal como procedió el Tribunal Constitucional, por ejemplo, al entender que, aunque un acto administrativo haya sido caratulado como resolución exenta de toma de razón, en

⁶ STC 1849-2010 (considerando 4°), 2253-2012 (considerando 17°) y 2793-2015 (considerando 14°). Por lo mismo que un mismo documento, decreto por ejemplo, podría contener varios actos administrativos distintos: Dictámenes 34.005 de 1996, 69.448 de 2009.

⁷ STC 1849-2011 (considerando 4°).

⁸ Habiéndose entendido que, en juicio, se acompañan con citación: RDJ 93 N° 3 (1996) 2.1, 113-118.

⁹ De allí que los actos negativos deben expresarse por escrito, aunque no es necesario que se traduzcan en un decreto o resolución, salvo que la ley lo exija: Dictámenes 66.037 de 1960, 951 de 1983.

verdad envuelve un decreto consagradorio de un reglamento supremo, si así lo indica el principio de primacía de la realidad (STC 591-2007, considerandos 1° y 23°-36°).

- e) Los decretos supremos son expedidos por el Presidente de la República, con más la rúbrica del o los Ministros correspondientes, “y no serán obedecidos sin este esencial requisito” (art. 35 inc. 1° CPR), exigencia que viene desde la Constitución de O’Higgins de 1822 (art. 132) para evitar el arbitrio presidencial. El autor del acto es el Presidente de la República; el Ministro sólo firma el documento.
- f) Los decretos supremos pueden dictarse también con la sola firma del Ministro respectivo, bajo la fórmula “por orden del Presidente de la República” (art. 35 inc. 2° CPR), conforme a las leyes (v.gr. Ley 16.436). Por su origen (Ley 2.206 de 1909), estas delegaciones son sólo para la firma, esto es quien toma la decisión es el Presidente de la República y el Ministro únicamente rubrica el documento. Aunque se ha entendido que esta delegación no cabe cuando se trata de decretos reglamentarios¹⁰.
- g) Las resoluciones emanan de los intendentes, gobernadores, alcaldes, demás jefes de servicios centralizados o descentralizados, u otros órganos con competencia decisoria. Los Ministros dictarán resoluciones cuando un texto legal establece que la atribución de que se trata se dispondrá por “el Ministro” respectivo¹¹.
- h) Las resoluciones contienen decisiones de dichas jefaturas en ejercicio de potestades propias. Pero a veces son meros instrumentos de ejecución de actos administrativos de otros órganos, cuando en una misma corporación de derecho público existe pluralidad de competencias decisorias, radicadas en un órgano deliberante (consejo, claustro universitario, directorio) y otro órgano ejecutivo (vicepresidente, rector, director, alcalde, intendente, etcétera).
- i) Como los órganos colegiados o pluripersonales producen sus “acuerdos” en forma verbal, enseguida estos actos decisorios o de voluntad deben hacerse constar en un acta levantada por el secretario o ministro de fe del ente y aprobada por el colegio¹². Así, el acuerdo nace desde que se adopta con los quórum pertinentes, pero para que produzca

¹⁰ STC 153-1993. Igualmente, Dictamen 25.752 de 2006. Sobre indelegabilidad de la potestad reglamentaria presidencial: Dictámenes 9691 de 1983, 25.927 de 1987, y 30.558 de 1996.

¹¹ Dictámenes 199 de 1983 y 27.068 de 1989.

¹² Acta que sirve a título de certificación, testimonio o constancia oficial del hecho: Dictamen 19.904 de 1997. Sobre responsabilidad en la adopción y posterior ejecución de estos acuerdos: art. 65 LOC 10.336.

sus efectos requiere que sea ejecutado, y esa ejecución debe realizarse por el órgano unipersonal por medio de una resolución¹³.

El objeto de estas resoluciones es hacer efectiva la decisión de esos cuerpos pluripersonales en los mismos términos en que se adoptó, ya que éstos no cuentan con facultades ejecutivas¹⁴.

2. Son presuntos: cuando el legislador le atribuye determinadas consecuencias jurídicas al silencio de la Administración¹⁵.

En ciertos casos, la ley entiende que transcurrido un plazo preestablecido sin que la Administración se pronuncie expresamente, se presume que la petición del particular o de otro órgano administrativo ha sido acogida (silencio positivo) o, a la inversa, que ha sido denegada (silencio negativo).

Ejemplo del primero: en la Ley General de Educación¹⁶, el Ministerio del ramo debe dictar el decreto de reconocimiento oficial o de rechazo de un nuevo instituto profesional, y si así no lo hiciera dentro del plazo máximo de 30 días contado desde la recepción de los antecedentes requeridos por la ley, “se entenderá que el instituto se encuentra reconocido oficialmente” (art. 73). La misma técnica se emplea para el reconocimiento oficial por el Estado en favor de los establecimientos de enseñanza básica y media (art. 47) y centros de formación técnica (art. 80)¹⁷.

Ejemplo del segundo: en la Ley 18.695¹⁸, cuando regula el contencioso municipal (art. 151), que faculta a los particulares para reclamar ante el alcalde contra sus resoluciones u omisiones o la de sus funcionarios, que estimen ilegales. Este recurso administrativo –de reposición o jerárquico, según corresponda– “se considerará rechazado... si el alcalde no se pronunciare dentro del término de 15 días, contado desde la fecha de su recepción en la municipalidad” (letra

¹³ Dictámenes 40.966 de 1956, 25.562 de 1966, y 39.905 de 1971.

¹⁴ Dictámenes 17.866 de 1988, 8.109 de 1990, y 32.076 de 1996. Sin embargo, se ha entendido que los acuerdos municipales no requieren promulgación alcaldía, por no ser procedente exigir más formalidades que las requeridas por la ley (art. 8 inc. 2° LOC 18575), de modo que producen sus efectos desde su adopción en sala legalmente constituida: Dictámenes 19.975 de 1990 y 20.555 de 1999.

¹⁵ El Tribunal Constitucional ha dicho, sin embargo, que la ley será inconstitucional cuando la propia Carta Fundamental exige un pronunciamiento expreso del órgano pertinente: STC 42-1987 (considerando 11°), 155-1999 (considerando 10°) y 284-1999 (considerando 5°).

¹⁶ Según texto consolidado por DFL (Educación) N° 2 (2010).

¹⁷ La Ley 19.800 sobre medio ambiente, provee otro ejemplo de silencio positivo, pero que no opera por el solo ministerio de la ley, al remitirse a los trámites que exige la Ley 19.880: si la autoridad no rechaza la un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental dentro de los plazos que indica, dicha declaración o estudio “se entenderá aprobado”, pero una vez “cumplidos los requisitos del artículo 64 de la ley N° 19.880” (art. 19 bis).

¹⁸ Según texto consolidado por DFL (Interior) N° 1 (2006).

c), en cuyo caso le nace al particular la posibilidad de derivar su reclamo ante la corte de apelaciones respectiva (letra d)¹⁹.

Sin perjuicio de este tipo de disposiciones, que consagran casos especiales donde rige el silencio administrativo, la Ley 19.880 contiene una regulación general de dicha figura. El art. 64 dispone que el silencio positivo opera cuando la autoridad no se ha pronunciado acerca de una solicitud dentro del plazo legal, en cuyo caso el interesado podrá denunciar el incumplimiento de dicho plazo y requerirle una decisión en la materia, de modo que si esa autoridad no resuelve en el nuevo plazo de 5 días contado desde la recepción de esta denuncia, "la solicitud del interesado se entenderá aceptada".

El art. 65 indica los casos en que se aplica el silencio negativo:

"Se entenderá rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro del plazo legal cuando ella afecte el patrimonio fiscal. Lo mismo se aplicará en los casos en que la Administración actúe de oficio, cuando deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos o cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución Política".

Según la determinación de sus destinatarios

Desde el punto de vista de la determinación de los sujetos receptores, habrá actos administrativos singulares o generales.

- 1.** Son singulares, individuales o particulares, aquellos que tienen un destinatario concreto e individualizado, que puede ser un único sujeto o bien referirse a una pluralidad individualizada o determinada de sujetos (en una nómina).
- 2.** Son generales, cuando el sujeto receptor es una generalidad abstracta, una pluralidad indeterminada de destinatarios. Tales, los reglamentos, las instrucciones, las ordenanzas, las convocatorias de oposiciones, planes y políticas ministeriales si afectan indeterminadamente a terceros²⁰, etcétera.

La diferencia adquiere relevancia para precisar el régimen de publicidad al que deben ajustarse: deben "publicarse" en el Diario Oficial aquellos decretos y resoluciones que afectan indeterminadamente a los particulares, de acuerdo con el DS de Interior 2.710 de 1942 (v.gr. instrucciones generales, circulares,

¹⁹ Otros casos análogos: Ley 19.175 (art. 108 letra c) y DL 3538 de 1980 (art. 45, modificado por Ley 18.876).

²⁰ Dictamen 3.128 de 1999.

planes, etc.), como asimismo los decretos reglamentarios o reglamentos, en atención a que constituyen normas de general aplicación. Deben “notificarse” personalmente o por carta certificada los actos de efectos particulares o individuales (oficio 61.403 de 1961 de Contraloría General de la República y abundante jurisprudencia judicial y administrativa).

La ley sobre procedimientos administrativos N° 19.880, del año 2003, dispone otro tanto, al decir que deben notificarse los actos administrativos de efectos individuales (art. 45), y que deben publicarse en el Diario Oficial los siguientes actos administrativos (art. 48):

- a) Los que contengan normas de general aplicación o que miren al interés general;
- b) Los que interesen a un número indeterminado de personas;
- c) Los que afectaren a personas cuyo paradero fuere ignorado, de conformidad a lo establecido en el artículo 45;
- d) Los que ordenare publicar el Presidente de la República; y
- e) Los actos respecto de los cuales la ley ordenare especialmente este trámite.

Los “reglamentos”

Como se puede apreciar, no todos los actos generales son propiamente “reglamentos”²¹.

Recordemos que los reglamentos pueden emanar tanto del Jefe de Estado (art. 32 N° 8 CPR) como de autoridades inferiores facultadas expresamente por la ley para estos efectos. De suerte que se formalizan en decretos, si emanan del Presidente de la República, o en resoluciones, si se disponen por otras jefaturas.

Son actos administrativos destinados a regular relaciones jurídicas de manera general y abstracta, emitidos en forma imperativa y sin plazo de vigencia. Es decir, poseen tres características: generalidad, obligatoriedad y permanencia²².

²¹ Contienen actos generales, pero no reglamentos, por ejemplo los decretos tarifarios, los decretos sobre cambio de hora oficial, las resoluciones delegatorias que interesan a terceros, etcétera.

La diferencia la formula nítidamente la Ley 10.336, cuando dispone que Contraloría General de la República debe recopilar, además de las leyes, tanto los “reglamentos” como los “decretos de interés general y permanente” (art. 43 letra h). Para la importancia de determinar qué es un “reglamento”, precisamente, atendido que su infracción implica sanciones penales y administrativa, v. STC 2716-14.

²² Dictámenes 74.554 de 1977 y 21.259 de 2001.

Son actos administrativos generales no solamente porque sus destinatarios se identifican con una fórmula abstracta, más o menos amplia y de concreción múltiple, sino también por su contenido u objeto. Don Jorge Huneeus fue quien primero acertó a precisar que "Cuando el decreto es una colección ordenada de reglas o preceptos que el Presidente de la República dicta para la ejecución de una Ley, ó para el régimen interior de establecimientos ú oficinas, ó para el arreglo de servicios, ó de empleados públicos, toma el nombre específico de *Reglamento*"²³.

Son actos administrativos obligatorios o constitutivos de normas vinculantes, a las cuales deben someterse los actos administrativos de efectos particulares, acorde con el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos o principio de la interdicción de la arbitrariedad, que emana del art. 19 N° 2 inc. 2 CPR²⁴.

Las "instrucciones"

También emanan de órganos administrativos, pero siempre son de carácter interno y para dictarlas no se requiere de atribuciones expresas²⁵.

Son actos administrativos cuyo objeto propio es precisar el alcance de las normas jurídicas en vigor con miras a prevenir su incumplimiento, por lo que presentan un carácter interno, en cuanto afectan solamente a quienes están sujetos al poder jerárquico o a la fiscalización del órgano que las emite²⁶. Son recomendaciones de buen servicio²⁷ u órdenes internas relativas al cumplimiento de las obligaciones que deben observar los funcionarios²⁸. Por lo mismo, no son decisiones que establezcan derechos u obligaciones para los destinatarios, ni cabe fijar en ellas normas generales y obligatorias, propias de la función legislativa y de la potestad reglamentaria²⁹.

Según el contenido de las declaraciones

Atendiendo a su contenido, existen actos administrativos "de conocimiento", que expresan un proceso intelectual de cognición y que se traducen en una

²³ *La Constitución ante el Congreso* (tomo II) Imprenta Cervantes (Santiago) 2ª. Ed. (1891) pág. 48.

²⁴ Dictámenes 56.913 de 1955, 65.723 de 1956, 44.201 de 1957, 38.820 de 1966, 28.226 de 1971, 76.879 de 1974, 43.386 de 1979, 18.904 de 1982, 24.468 de 1984, 22.321 de 2008, 60.691 de 2014, etc.

Para un ejercicio práctico en la materia, v. el caso Toro Correa, Corte de Santiago 15.5.1984, CS (confirma) 7.6.1984 en RDJ 81 N° 2 (19874) 2.5, 138-142.

²⁵ Dictamen 74.554 de 1977.

²⁶ Dictamen 1.813 de 1990.

²⁷ Dictamen 2.886 de 1969.

²⁸ Dictámenes 26.941 de 1973, 5.787 de 1985, 26.068 de 1989, 1.813 de 1990, y 45.522 de 1998, 43.664 de 2010.

²⁹ Dictámenes 75.895, 77.713 y 42.491, de 2014; 84.158 de 2015, y 16.246 de 2016.

atestación o certificado; actos administrativos “de razonamiento”, que expresan una opinión o juicio sobre una determinada materia o que interpretan normas jurídicas, fijando su sentido y alcance, y actos administrativos “decisorios”.

Nos ocuparemos de estos últimos.

Los actos administrativos decisorios son los que “innovan”: en el ordenamiento jurídico objetivo (por medio de actos reglamentarios) o en las situaciones jurídicas subjetivas de sus destinatarios (por medio de actos singulares o de efectos particulares)³⁰.

La importancia de esta primera precisión radica en que los actos administrativos decisorios (en la práctica llamados también “determinaciones”), para su validez, deben materializarse en la forma de decretos o resoluciones, según corresponda³¹.

Los actos administrativos decisorios singulares, en cuanto implican una relación jurídica nueva, pueden dividirse –según el modo de afectar las esferas jurídicas– en actos administrativos desfavorables y en actos favorables.

1. Los actos administrativos de efectos desfavorables restringen o disminuyen la esfera jurídica de su receptor, ya que, bajo fuentes de superior valor legal, imponen gravámenes, cargas o prohibiciones; obligaciones de dar, hacer o no hacer. Es el caso de las expropiaciones, sanciones, órdenes, requisas, revocaciones de actos administrativos favorables cuyo título legal es precario, etcétera.

2. Los actos administrativos de efectos favorables ensanchan, significan una ampliación del patrimonio jurídico de la persona a quien van dirigidos, otorgándole o reconociéndole un derecho, una facultad o liberándole de una limitación, de un deber o un gravamen. Tales, las concesiones, autorizaciones, permisos, licencias, dispensas, admisiones, aprobaciones, subvenciones, premios, pensiones, galardones, etcétera.

Los actos administrativos de efectos favorables pueden subclasificarse en: actos administrativos constitutivos de derechos, actos administrativos declarativos de derechos, y actos administrativos permisivos.

2.1) El acto administrativo de concesión es el que crea, transfiere o concede un derecho, una situación subjetiva nueva, que antes no tenía su destinatario (como la concesión de un premio nacional). Debe entenderse que existe “de-

³⁰ Lo que no quita que algunos actos generales produzcan efectos -favorables o desfavorables- por sí mismos, directa e inmediatamente, sin que sea necesaria la mediación de actos singulares.

³¹ Dictámenes 72.197 de 1968; 2.886 y 63.312 de 1969; 70.970 de 1970; 39.905 de 1971; 951 de 1983; 33.006 de 1984; 9.763 de 1985; 99.715 de 2014; 21.529 y 24.138 de 2015.

recho adquirido” para el beneficiario a contar de la total tramitación de dicho acto administrativo desde que queda afinado, esto es desde su notificación (Dictamen 13.310 de 1992).

2.2) El acto administrativo meramente declarativo es el que se limita sólo a reconocer un derecho preexistente, que tiene su fuente en la ley, en una sentencia o en un reglamento anterior (un tal acto administrativo declarativo se justifica por razones de certeza, para marcar con nitidez la titularidad del derecho y para facilitar el cumplimiento de la obligación que pesa sobre la Administración). A menos que la ley o el reglamento diga otra cosa, debe entenderse que el derecho se incorpora al patrimonio del interesado desde que éste cumplió los requisitos y condiciones previstas en dicha ley o reglamento.

2.3) El acto administrativo de permiso, sinónimo de autorización, es el que permite a su titular el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Este acto administrativo sólo remueve un obstáculo, un impedimento, un embarazo o prohibición, para el ejercicio de un derecho³², como es el caso p. ej. de los permisos de obra nueva que otorgan las municipalidades (direcciones de obras), que permiten el ejercicio del derecho a edificar.

³² Dictamen 13.520 de 1992.

El populismo en Hispanoamérica: una lectura diferente

JULIO ALVEAR TÉLLEZ

Doctor en Derecho

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Director de Investigación

Profesor de Derecho Político y Derecho Constitucional.

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: El artículo examina las características singulares del populismo hispanoamericano. Defiende la tesis de que las instituciones políticas generadas en la Europa napoleónica y racionalista nunca terminaron de adaptarse a los pueblos latinoamericanos. La recurrencia al populismo es síntoma de tan gravoso destino. Pero la alternativa que abre este fenómeno empeora el panorama político.

* * *

Es conocida la tesis de Jaime Eyzaguirre sobre la orfandad política de los pueblos hispanoamericanos. El populismo, tan recurrente desde los inicios de la Independencia, puede leerse como un síntoma, pero también una alternativa a tan oneroso destino. Alternativa que, sin embargo, no constituye una real salida al problema, sino un cierre fatal a la agravada vida institucional de nuestras naciones.

Detengámonos en algunos detalles. Sobre el origen de la orfandad política, anota Eyzaguirre en su "Hispanoamérica del dolor": "La independencia de Hispanoamérica cortó los vínculos políticos de nuestros pueblos y los precipitó en la desintegración, cuando no en la lucha a muerte de unos contra otros".

Es una tesis provocativa, pero a nivel descriptivo fue comprobada una y otra vez durante el siglo XIX en la llamada por Portales "anarquía hispanoamericana".

El mismo Bolívar lamentaba el año 1929: "Hemos ensayado todos los sistemas y ninguno resultó eficaz. México cayó. Guatemala está destruida, hay nuevas revoluciones en Chile. En Buenos Aires mataron al presidente. Bolivia ha tenido tres presidentes en cinco días y dos de ellos fueron asesinados ... Todo se aleja cada vez más de esta tierra condenada a destruirse a sí misma"¹.

¹ Citado por Bernardino BRAVO LIRA, *Una historia jamás contada. Chile 1811-2011. Cómo salió dos veces adelante* (Santiago, Origo Ediciones, 2016) p. 65.

Pero en las primeras décadas del siglo XIX no solo hay disgregación de la antigua "Patria grande", el extenso, mestizo y cordial territorio de las Españas americanas. Continúa Eyzaguirre: "a la desarticulación del cuerpo siguió el rechazo de la antigua alma colectiva y la búsqueda afanosa de la razón de vivir en fuentes exóticas. Con orgullo infantil el hispanoamericano dio de espaldas a una historia que estimó en definitiva agotada y sin discernimiento no supo diferenciar lo que podía haber de circunstancial y pasajero, de aquello que era realmente eterno y vital en la propia cultura"².

La dispersión de la unidad sobresaliente fue acompañada por un evanecer de la propia identidad cultural. Un vuelco de espalda a la propia génesis, un aparentar recomenzar de cero, una infeliz copia de regímenes ajenos. Al respecto, Octavio Paz afirma que la historia hispanoamericana es "la del hombre que busca su filiación, su origen ... cruza ... como un cometa de jade, que de vez en cuando relampaguea. En su excéntrica carrera ¿qué persigue? Va tras su catástrofe: quiere volver a ser sol, volver al centro de la vida de donde un día -¿en la Conquista o en la Independencia?- fue desprendido. Nuestra soledad tiene las mismas raíces que el sentimiento religioso. Es una orfandad, una oscura conciencia de que hemos sido arrancados del Todo y una ardiente búsqueda: una fuga y un regreso, tentativa por restablecer los lazos que nos unían a la creación"³.

Orfandad política. Orfandad cultural en lo relativo a la propia identidad, al respeto por el propio origen. Ello explica los duros términos utilizados por Vasconcelos: "nuestras naciones surgirán a la vida independiente como los restos de un naufragio, no como la obra de la virilidad y la madurez. Cada nación iberoamericana, si se exceptúa Brasil, aparece como un aborto más bien que como un fruto. La madre enferma que era España no tuvo poder para arrojar de tierras y mares a los agentes ingleses que nos urgían a la discordia, y salimos a la vida obligado por los fórceps de la tierra extranjera, antes que el pellejo adquiriese consistencia"⁴.

Las consecuencias político-jurídicas no se dejaron esperar. Bravo Lira sostiene que el Estado de derecho, como fenómeno histórico de sujeción del poder político al derecho, entra entonces en una honda crisis que perdura hasta los días de hoy. Sus síntomas son del todo conocidos: la inestabilidad de los gobiernos latinoamericanos y la indefensión de los gobernados⁵.

² Jaime EYZAGUIRRE, *Hispanoamérica del dolor* (Santiago, Editorial Universitaria, 1969, sexta edición), p. 36.

³ Octavio PAZ, *El laberinto de la soledad* (México, FCE, 1998, 2ª Reimp.), p. 6.

⁴ José VASCONCELOS, *Breve Historia de México* (México, Editorial Continental, 1978, 22ª reimp.), p. 204

⁵ Bernardino BRAVO LIRA, *El Estado de derecho en la Historia de Chile* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996), p. 19. Vasconcelos precisa el contrapunto: "Fuimos (México) la nación más culta del nuevo mundo ... la destrucción deliberada y sistemática del sistema colonial es, sin duda, el mayor daño que hemos hecho a la patria, instigados siempre por la perfidia del plan extranjero ... A

A juicio de Eyzaguirre, no podrían ser otros los resultados, si se parte de la base que el desarrollo político en Hispanoamérica a partir del siglo XIX –el republicanismo en forma– no se dio como un continuo de crecimiento y evolución, sino como una semilla de implantación artificial: “en lugar de saciarse en la raíz de los viejos fueros y de los altivos Consejos castellanos, abolidos por el absolutismo, y que eran las más antiguas y más grandes manifestaciones de libertad en Occidente, (Hispanoamérica) se echó en brazos franceses e ingleses, para calcar sobre estos modelos su vida política”⁶. Más aún. La servil imitación de lo extranjero operó dos mundos: el oficial de las instituciones políticas y el real de la vida popular, colocando todas las esperanzas en el desarrollo del primero: “Nuestra estúpida América de la apostasía vio en el federalismo yanqui, el jacobinismo francés y el parlamentarismo británico, otros tantos talismanes que la sacarían sin esfuerzo de su notoria ruindad. Y apenas logró robar la burda costra exterior sin llegar al alma de esos pueblos que mientras tanto seguían fieles a su propia y legítima evolución”⁷.

Carlos Pereyra, en su monumental *Historia de la América Española*, siguió análoga línea. Y sostuvo, en definitiva, que “la historia es presencia de almas, no solamente rememoración externa de hechos materiales”. Por lo que era necesario destacar “la grandeza ignorada o negada” del pasado hispanoamericano, impresionante movimiento de expansión que quedó truncado⁸.

El problema de Hispanoamérica no radicó sólo en dar la espalda al propio pasado y en imitar servilmente los modelos extraños, con la sabida problemática de la pérdida de identidad y la falta de enraizamiento de las instituciones políticas. Existió algo más grave en todo esto. Y es que dichos modelos pertenecieron a los ideales políticos del racionalismo europeo, muy difícil de armonizar con el imaginario y la forma de vida barroca, propias de la mentalidad hispánica⁹. De ahí la transformación del pueblo en “electorado anónimo” y el carrusel de constituciones escritas que nunca terminaron de afianzarse, porque en un tiempo u otro no acertaron a expresar la propia constitución histórica¹⁰.

En el declinar de la modernidad racionalista¹¹, hay quienes opinan que el defecto puede convertirse en ventaja¹². Sobre todo si se tiene en cuenta que

fin del siglo XVIII se cantaban en México óperas cuando apenas si había teatro en Nueva York”. José VASCONCELOS, *Breve Historia de México* (México, Editorial Continental, 1978, 22ª reimp.), pp. 205 y 207.

⁶ Jaime EYZAGUIRRE, *Hispanoamérica del dolor* (Santiago, Editorial Universitaria, 1969, sexta edición), p. 38.

⁷ Jaime EYZAGUIRRE, *Hispanoamérica del dolor* (Santiago, Editorial Universitaria, 1969, sexta edición), p. 39.

⁸ Carlos PEREYRA, *Historia de la América Española* (Madrid, Saturnino Calleja, 1920) Tomo I, p. 13.

⁹ Jorge Luis MARZO, *La memoria administrada. El barroco y lo hispano* (Buenos Aires, Katz, 2010), pp. 225-227.

¹⁰ Bernardino BRAVO LIRA, *Una historia jamás contada. Chile 1811-2011. Como salió dos veces adelante* (Santiago, Origo Ediciones, 2016) p. 20.

¹¹ El declinar alcanza al sistema político democrático, tal como fue diseñado por los teóricos modernos, Guy HERMET, *L'hiver de la démocratie ou le nouveau régime* (Paris, Colin, 2007), pp. 12-155.

¹² Bernardino BRAVO LIRA, “Construcción y desconstrucción: El sino del racionalismo moderno de la Ilustración a la postmodernidad”, en *Revista de Historia del Derecho*, 37, 2009, pp. 1-42. También en Bernardino BRAVO LIRA, “América y la Modernidad: de la Modernidad barroca e ilustrada a la Postmodernidad”, en *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas = Anuario de Historia de América Latina*, 30, 1993, pp. 409-433.

las instituciones políticas modernas fueron “sucedáneos más o menos bien intencionados, pero más o menos impotentes” para sujetar el poder político a un derecho anterior y superior al Estado¹³.

Chile constituyó, sin embargo, una excepción. Al menos desde la interpretación histórica que seguimos. Nuestro país representaría una singularidad en el contexto hispanoamericano en razón de su multiseccular estabilidad política. La tesis es que dicha estabilidad “no se debe ni a los constitucionalistas ni menos a la imitación extranjera. Tiene raíces más antiguas y más hondas en sus instituciones propias”, que han encarnado el ideal del poder sujeto al derecho desde la época indiana¹⁴. Es lo que Edwards llamó el “ideal jurídico de Estado”, que pervivió a la Independencia¹⁵, y que de modo acertado plasmaron hombres como Bello y Portales. Chile sería la única república -junto al Brasil imperial- que logró reconstituirse de un modo más o menos permanente¹⁶.

Este es el eje en el que debe pensarse el populismo en Hispanoamérica. Constituye, como dijimos, una respuesta a la artificialidad del racionalismo político implantado en América y un síntoma de su falta de arraigo. Vamos a examinar el populismo en general, para luego esbozar muy brevemente su perspectiva de desenvolvimiento en Chile.

El populismo parece hoy un fenómeno recurrente que por oleadas invade y se retira del espacio político latinoamericano cada vez que se percibe una crisis institucional. Como tales crisis son muy frecuentes, no se ha podido definir si el populismo hace parte de ellas, o es una respuesta distinta que incoa a su vez otro tipo de crisis, con sus singulares características antiinstitucionales.

En el ámbito de las ciencias jurídicas y políticas, dos aproximaciones han contaminado el estudio del populismo: la neomarxista y la liberal. Ambas son reduccionistas.

Las aproximaciones de corte neomarxistas –grosso modo, las que dependen o son condicionadas por este tipo de metodologías– ven en el populismo un fenómeno característico de pueblos por definición oprimidos por estructuras político-sociales por definición alienantes. En tal contexto, el populismo se interpreta unívocamente como parte de un proceso de liberalización o emancipación. Dicho proceso emerge cuando las naciones latinoamericanas toman conciencia de la corrupción y la desigualdad que impone la democracia liberal y capitalista.

¹³ Bernardino BRAVO LIRA, *El Estado de derecho en la Historia de Chile* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996), pp. 16-17.

¹⁴ Bernardino BRAVO LIRA, *El Estado de derecho en la Historia de Chile* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996), p. 10.

¹⁵ Alberto EDWARDS, *La fronda aristocrática* (Santiago, 1945, 6ª edición), p. 217.

¹⁶ Bernardino BRAVO LIRA, *Una historia jamás contada. Chile 1811-2011. Como salió dos veces adelante* (Santiago, Origo Ediciones, 2016) p. 18.

La aproximación neomarxista reduce el populismo a una simple fórmula de clases y a una política de redistribución de las riquezas¹⁷. El problema es que el fenómeno es mucho más complejo. Hay populismos que no se anclan en la desafiliación social, ni tienen mucho que ver con los preconceptos que siguen el paradigma de una masa alienada por el trabajo asalariado. De hecho, el desarrollo del capitalismo en Hispanoamérica ha permitido en las últimas décadas el ascenso de una amplia clase media, consolidada en el estilo de vida del consumo y del ascenso económico. El neopopulismo de retórica “neoliberal” (Collor de Melo, Menem, Fujimori, Bucaram, etc.) corre por cuerda separada sin que la interpretación neomarxista pueda dar una explicación coherente de su realidad. Tampoco puede hacerlo con el llamado neopopulismo de retórica “radical” (Chávez, Morales, Kirchner, Correa, Lugo, etc.), más vinculado al caudillismo de personalidades locales que a la planificación ideológica y al internacionalismo revolucionario¹⁸.

La aproximación liberal cae en el defecto opuesto. El considerar el populismo como un epifenómeno siempre marginal, anormal, ajeno al papel que le corresponde al pueblo en el marco de la democracia representativa. El problema aquí no es el populismo, sino el asumir sin cuestionamientos la teoría democrático-liberal. Pues, entonces, la ciencia política se vuelve guardiana del sistema sin ser capaz de alcanzar sus defectos y explicar sus puntos negros.

Y es así como gran parte de la ciencia política durante el siglo xx no ha sabido explicar el fenómeno del populismo. Habiendo desarrollado sus estructuras conceptuales y metodológicas en torno a las instituciones de la democracia liberal, sus estudios se dirigen a mantener la institucionalidad política existente¹⁹, por lo que cualquier movilización de masas que amenace dicha institucionalidad le parece algo ajeno, sin lógica, irracional, demagógico, autoritario, o simplemente “reñido con la democracia”, como sostiene ingenuamente el norteamericano Weyland²⁰.

Ante el populismo, la aproximación liberal clama como el llanto de las antiguas plañideras. Son más bien quejas por una institucionalidad herida que descripciones más o menos objetivas de la realidad. Los liberales aún creen que los partidos políticos tradicionales deben tener la capacidad de monopolizar los mecanismos de representación política. Todavía piensan que las reglas y procedimientos impersonales de institucionalización del poder han eliminado el ansia de autoridad carismática. Lo contrario les parece una herejía.

¹⁷ Torcuato DI TELLA, “Populismo”, en EL MISMO y otros, *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas* (Buenos Aires, Emecé, 2001).

¹⁸ Sobre el neopopulismo “neoliberal” y el “radical”, un ensayo de caracterización en Carlos DE LA TORRE, *Populist seduction in Latin America* (Ohio University, 2010, 2ª ed.).

¹⁹ La observación es de María Esperanza CASULLO, “¿En el nombre del pueblo? Por qué estudiar el populismo hoy”, en *Postdata* 19 n°2, 2015, pp. 279-281

²⁰ Kurt WEYLAND, “The Threat from the Populist Left” en *Journal of Democracy* 24 n° 3 (2013), p. 20.

El populismo es, en realidad, un fenómeno multiforme que primero conviene describir y posteriormente valorar.

Casullo trae diversos marcos conceptuales a partir de los cuales puede comprenderse el populismo. Los referimos a continuación²¹:

- i. Definición *económica*: entiende el populismo como “una cierta fórmula de política pública basada en la redistribución excesiva de recursos (ya sean monetarios o en forma de bienes públicos), aun sabiendo que esta política no es sustentable en el mediano plazo”. Para esta visión, el populismo es un peligro en la medida en que constituye un obstáculo para el desarrollo económico de los países emergentes, y concluye habitualmente con una mala gestión en la administración del Estado²².
- ii. Definición *social*: el populismo se lee como un movimiento de base obrera industrial, liderado por un personaje carismático proveniente de las clases altas o medias altas, que lucha contra la proletarización y la desafectación social, resultado de la modernización económica del primer capitalismo²³.
- iii. Definición *política*: el populismo no tiene necesariamente una determinada composición de clases. Los hay distribucionistas y estatistas, pero también privatistas y neoliberales. Los hay, en fin, sin clasificación determinada. En el fondo, el populismo es una estrategia política, “una manera específica de competir y ejercer el poder”. Es un fenómeno que se mueve en la esfera de la dominación del poder, no de la distribución de los recursos. Toda la retórica antielite, o, según los casos, las políticas socio-económicas estatistas (o no), son instrumentos para alcanzar dicho poder²⁴. El populismo equivale, en definitiva, a un modo tramposo de utilizar los mecanismos democráticos, a una estrategia política caracterizada por la manipulación y la demagogia, o en lo mínimo, una táctica electoral de líderes carismáticos y ambiciosos²⁵.
- iv. Definición *discursiva*: el populismo, según Ernesto Laclau, es una práctica democrática tan válida como las restantes. Se caracteriza por articular “un tipo de discurso político preformativo que tiene como objetivo

²¹ La nominación de las distintas definiciones es nuestra.

²² María Esperanza CASULLO, “¿En el nombre del pueblo? Por qué estudiar el populismo hoy”, en *Postdata* 19 n° 2, 2015, p. 281.

²³ María Esperanza CASULLO, “¿En el nombre del pueblo? Por qué estudiar el populismo hoy”, en *Postdata* 19 n° 2, 2015, p. 282.

²⁴ Kurt WEYLAND, “Clarifying Contested Concept: Populism in the Study of Latin American Politics”, en *Comparative Politics* 34 n° 1, p. 11

²⁵ Sobre este último punto, María Esperanza CASULLO, “¿En el nombre del pueblo? Por qué estudiar el populismo hoy”, en *Postdata* 19 n° 2, 2015, pp. 283 y 284.

la formación de identidades políticas mediante la dicotomización discursiva del campo político entre un *nosotros* y un *ellos*". La dimensión político-discursiva prima sobre cualquier otro anclaje, incluso sobre las dimensiones sociológicas y económicas. El populismo se presenta como un tipo de movilización antisistema²⁶.

- v. Definición *ideológica*: De acuerdo con Cas Mudde, el populismo es una forma de ideología. Una "ideología no densa que considera que la sociedad se divide en dos campos homogéneos y antagonistas: el *pueblo puro* y la *elite corrupta*, y que sostiene que la política debe ser la expresión de la *volunté generale*". Rovira Kaltwasser agrega que "tanto pueblo como elite no son entidades esenciales sino *comunidades imaginadas* que se construyen de manera muy diferente según de qué experiencia populista se trate, en espacio y lugar determinados"²⁷. Es decir, estaríamos frente a una ideología formal, más que de fondo, caracterizada por un maniqueísmo retórico, como medio para alcanzar el poder. Lo esencial aquí, según Casullo, es el discurso antagonista y dicotomizante²⁸.
- vi. Definición *cultural*: El populismo es visto como un fenómeno de cultura política. De acuerdo a Pierre Ostiguy se identificaría con "aquellas formas que apelan a *lo bajo* en política, es decir, aquellas que involucran la utilización en política de modos de sociabilidad y modos estéticos de las clases populares". El populismo no se define, entonces, por emplear políticas públicas específicas, o por basarse en uniones de clases, sino por la "activación política de aquellas marcas que segregan culturalmente, en un contexto concreto y geográficamente situado, a las clases populares". El populismo sería entonces, en lo fundamental, una forma de activación política de la cultura popular²⁹.
- vii. Definición *funcional*: El populismo adopta, en parte, todas las características anteriores, según los tiempos y lugares, por lo que no puede definirse en exclusiva por ninguna de ellas. Incorpora, en efecto, estrategias electorales propias de liderazgos ambiciosos y carismáticos, incluso maquiavélicos; profesa cierto discurso antagonista y dicotomizante; se presenta, en diverso grado, como movimiento antisistema; activa políticamente la cultura popular en sus reacciones menos reflexivas. Todos

²⁶ María Esperanza CASULLO, "¿En el nombre del pueblo? Por qué estudiar el populismo hoy", en *Postdata* 19 n° 2, 2015, pp. 283 y 284.

²⁷ María Esperanza CASULLO, "¿En el nombre del pueblo? Por qué estudiar el populismo hoy", en *Postdata* 19 n° 2, 2015, p. 283.

²⁸ María Esperanza CASULLO, "¿En el nombre del pueblo? Por qué estudiar el populismo hoy", en *Postdata* 19 n° 2, 2015, p. 284.

²⁹ María Esperanza CASULLO, "¿En el nombre del pueblo? Por qué estudiar el populismo hoy", en *Postdata* 19 n° 2, 2015, pp. 283-284.

estos elementos permiten caracterizar el populismo como un tipo de práctica política que combina tres denominadores comunes, según la propuesta de Casullo: "a) un pueblo, es decir, un público movilizado, que coalesce como tal alrededor del liderazgo personal de un b) líder carismático, y que se involucra activamente en c) prácticas de acción colectiva movilizantes y antagonistas"³⁰.

Hay una interacción entre estos tres elementos de tal manera que no existe uno sin el otro. De ahí la importancia, deducimos nosotros, de un discurso y de un imaginario dispuestos a crear un "líder", un "pueblo" en función de él, y una acción movilizante que los una y los nutra.

El populismo no sería, de acuerdo con esta perspectiva, "un fenómeno híbrido o residual, sino un fenómeno específico de la democracia"³¹.

En este plano, Kitschelt caracteriza el discurso populista con las notas de personalista, emocional, inclusivo, movilizante, antielite e inestable. Se diferencia así, nítidamente, del discurso democrático típico, que es programático, institucional, estable e ideológico³².

Ambos serían variables de la práctica democrática. Si la ciencia política contemporánea no lo ha visto así, al extremo de considerar el populismo como un atavismo premoderno o una amenaza a la democracia, es porque aquella "se encuentra comprometida normativamente con el proyecto político de la democracia pluralista, de manera un tanto similar a como la economía moderna se encuentra normativamente comprometida con el proyecto del libre mercado ... No busca entender la política en sí, sino hacerlo con el objetivo normativo de defender la democracia liberal de partidos".

De ahí que la ciencia política contemporánea mire reductivamente la realidad a través del "par conceptual dicotómico democracia-autoritarismo, suponiendo que todos los regímenes políticos existentes deben poder subsumirse en una u otra de estas categorías excluyentes"³³. Es claro. Si democracia es equivalente a régimen de partidos políticos, y de partidos políticos a la usanza clásica, no hay más alternativa que excluir el populismo de cualquier variante o fenómeno democrático.

³⁰ María Esperanza CASULLO, "¿En el nombre del pueblo? Por qué estudiar el populismo hoy", en *Postdata* 19 n°2, 2015, p. 284.

³¹ María Esperanza CASULLO, "¿En el nombre del pueblo? Por qué estudiar el populismo hoy", en *Postdata* 19 n°2, 2015, p. 285.

³² Herbert KITSCHELT, "Linkages between citizens and politicians in Democratic Politics", en *Political Studies* 33 n°6/7 (2000).

³³ María Esperanza CASULLO, "¿En el nombre del pueblo? Por qué estudiar el populismo hoy", en *Postdata* 19 n°2, 2015, pp. 285 y 286.

Frente a la democracia en forma, el populismo representa la más fatal de las distopías.

Superando estos condicionamientos, Casullo hace notar que el populismo entremezcla elementos liberales con antiliberales, por lo que, salvo que se identifique democracia con liberalismo, no se puede decir, de plano, que el populismo sea antidemocrático.

Afirma la autora que “el problema es que el populismo en tanto fenómeno político desafía cualquier intento de clasificación dicotómica. Por una parte, los regímenes populistas a menudo comparten características profundamente democráticas (expansión del voto, expansión de derechos, énfasis en democracia directa) con otras características autoritarias (énfasis en la autoridad personalista, tendencia a privilegiar la voluntad de la mayoría por sobre las libertades de las minorías) ... En la gran mayoría de los regímenes populistas se mantienen los aspectos de la democracia formal, tales como elecciones libres y el funcionamiento de los parlamentos, mientras que ... tienen una relación tirante con libertades políticas como la libertad de prensa”³⁴.

Pero, aun con estos defectos, para Casullo el populismo es un producto de la lógica democrática, dado que la “movilización populista obtiene su impulso de la propia promesa democrática de participación y soberanía universal sobre lo público; ... una promesa de actualización del poder soberano de la mayoría ya siempre presente en nuestras democracias”³⁵.

VIII. Definición *histórica*: es la que proponemos nosotros, a partir del marco teórico enunciado al inicio de este artículo. Nuestra tesis es que el populismo emerge como réplica, respuesta o alternativa a la crisis institucional de la democracia de partidos. Y como dicha crisis es habitual en Latinoamérica, el populismo hace parte del panorama generado por dicho régimen. El populismo es, dice Torres, “parte constitutiva de la democracia”³⁶.

Discutir si el fenómeno encaja o no con la teoría liberal de partidos, a fin de otorgarle la credencial de “democrática”, es algo banal. La democracia como

³⁴ María Esperanza CASULLO, “¿En el nombre del pueblo? Por qué estudiar el populismo hoy”, en *Postdata* 19 n°2, 2015, p. 287.

³⁵ María Esperanza CASULLO, “¿En el nombre del pueblo? Por qué estudiar el populismo hoy”, en *Postdata* 19 n°2, 2015, p. 289. Una disputa en torno al punto en Margaret CANOVAN, “Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy”, en *Political Studies* 47 n°1 (1999); Benjamín ARDITI, “El populismo como espectro de la democracia: una respuesta a Canovan”, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 47 n° 191 (2004).

³⁶ Carlos DE LA TORRE, “Masa, pueblo y democracia: un balance crítico de los debates sobre el nuevo populismo”, en *Revista de Ciencia Política* XXIII, 1 (2003), p. 78.

encarnación de la filosofía política de la modernidad no exige, en rigor, el funcionamiento de todas y cada una de las instituciones de la racionalidad liberal. La lógica de la democracia es la lógica de la soberanía popular, de la ampliación de la participación ciudadana en las decisiones colectivas, metas que el populismo parece satisfacer –al menos en un primer momento– de manera mucho más eficaz que el régimen de partidos.

Régimen que, por lo demás, ha sido ultrapasado, desnaturalizado o se encuentra en estado de caducidad dentro del propio sistema clásico, en la medida en que ni el Congreso, ni los partidos tradicionales, ni el sistema representativo, cumplen hoy, a cabalidad, la función que la teoría democrática les había asignado. La democracia de partidos se parece más a un régimen oligárquico donde grupos de ciudadanos se transfieren el poder unos a otros, a nombre del pueblo. A tal régimen mejor le conviene el nombre de “partitocracia”, de acuerdo al conocido estudio de Fernández de la Mora³⁷.

Podríamos seguir por las vías del escepticismo democrático y afirmar que este sistema, tal como fue acuñado por la modernidad racionalista, nunca pudo realizarse. Es lo que opina el mismo filósofo español: “En una sentencia famosa, Lincoln definió la democracia como el gobierno por el pueblo. Tal modelo no ha existido y no existirá nunca. No es la descripción de algo real, ni la formulación de un ideal posible; es pura retórica. Los grupos humanos, tanto más cuanto más numerosos, solo pueden ser gobernados por unos pocos”³⁸. Ni siquiera en el lenguaje se puede llegar a un acuerdo fundamental, según hace ver Ortega y Gasset: “La palabra democracia ha quedado prostituida, porque ha recibido sobre sí los nombres más diferentes”³⁹. Y Bergson remata con notable ironía: “la verdadera democracia es la comunidad de obediencia, libremente consentida, a la superioridad de la inteligencia y de la virtud”⁴⁰.

Si aceptáramos esta postura escéptica, tanto daría la democracia de partidos como el populismo: ambos no lograrían realizar el principio del gobierno del pueblo. Pero habría que aceptar, al contrario de lo que afirma la ciencia política liberal, que el populismo se haya más cerca de lograrlo, en cuanto su resurgencia supone, al menos al inicio del proceso, el acercamiento de los mecanismos representativos a las masas y la movilización popular hacia el espacio público. Pero hay que notar asimismo que el proceso populista se encuentra tarado de rasgos verticalistas.

³⁷ Gonzalo FERNÁNDEZ DE LA MORA, *La Partitocracia* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977). Un estudio del fenómeno en Chile, Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *El mito de la democracia en Chile (1833-1973). De la autocracia a la democracia formal* (Santiago, Eves ediciones), pp. 33-304.

³⁸ Gonzalo FERNÁNDEZ DE LA MORA, “Contradicciones de la Partitocracia”, en *Verbo* 291-292 (1991), p. 55

³⁹ José ORTEGA Y GASSET, *Meditaciones de Europa* (Madrid, Revista de Occidente, 1966, 2ª ed.), p. 23.

⁴⁰ Henri BERGSON, *Mélanges* (Paris, 1972), p. 1283.

Bien puede definirse el populismo de un modo funcional, tomando prestado el modelo de Casullo. Hay populismo donde encontramos una masa movilizadora alrededor de un liderazgo personal carismático, capaz de generar políticas de acción colectiva movilizadoras y antagonistas.

Sin embargo, la discusión central en torno al populismo no gira, como cree Casullo, en torno a la aptitud democrática del fenómeno. Parece evidente que el populismo es “democrático”, que hace parte del sistema, pero en un sentido y en una forma muy distintos a lo comúnmente planteado.

El populismo profundiza la lógica totalitaria de la democracia moderna de origen rousseauiano, en cuanto supone o concibe la utilización de la soberanía popular de un modo absoluto. En el ejercicio de apelar al pueblo no hay contrapesos conductuales ni contrapesos institucionales. La democracia populista puede “comerse” a la democracia liberal de partidos sin ningún remordimiento. Es la antropofagia del pueblo respecto de sí mismo. Porque es el pueblo en marcha el que se presenta como soberano a través de un conjunto de actos de voluntad desnudos de limitaciones previas. De ahí el uso del poder constituyente como poder demiúrgico a través de asambleas “populares”, convocadas por el caudillo de turno. La Venezuela de Chávez es el más nítido ejemplo.

Si tras las Constituciones escritas existieran realmente Constituciones históricas indiscutidas, el populismo no podría ser ni antropofágico ni demiúrgico. Pero en Latinoamérica no existen dichas Constituciones históricas. La orfandad política que derrumbó la “patria grande” en los procesos de independencia nunca logró ser resuelta. Importamos, copiamos y nos nutrimos de la modernidad política racionalista, pero nunca la digerimos del todo. Dos siglos de ensayos de estabilidad constitucional y en eso quedamos. Tras los ensayos, la reacción populista.

Y es que el populismo, tal como dijimos al principio, es una respuesta a la artificialidad del racionalismo político implantado en América y un síntoma de su falta de arraigo. Un poco de calor humano a tanta abstracción.

Pero ese calor humano en realidad incendia. Con las dimensiones antropofágica y demiúrgica, el populismo latinoamericano quema lo torcido de los regímenes de partidos, pero también lo bueno de la relativa estabilidad institucional y de la (a veces escasa) racionalidad política y económica.

Lo que vulgarmente se denomina “demagogia” populista –como técnica de captar y controlar las adhesiones más allá de los marcos de la racionalidad– en realidad debe ser analizado dentro de un género más amplio: el abuso y la degradación del lenguaje político.

El populismo latinoamericano, particularmente el llamado “neopopulismo” a partir de la década de los noventa, se ha caracterizado por aislar la palabra respecto del objeto. El lenguaje político deja de tener como finalidad la comunicación y se transforma en puro instrumento de dominio. El viejo recurso a la retórica antagonista y dicotomizante ahora no admite la controversia, ni siquiera la argumentación. El contrapunto es el mal absoluto.

Chile no ha conocido estas características del populismo. Aun en los gobiernos calificados en su época como “demagógicos” –el de Alessandri Palma, por ejemplo– nunca se renunció al “ideal jurídico de Estado”, aun cuando se vio entrampado sucesivamente por la democracia caudillesca, en el decir de Cóngora, y posteriormente por los gobiernos planificadores⁴¹. En las últimas décadas, el país ha sido considerado una excepción por su continuidad política y su tranquilo desenvolvimiento económico.

Sin embargo, y a modo de conclusión, las notas características del populismo latinoamericano –antropofagia, designio demiúrgico, degradación y abuso del lenguaje– comienzan a permeare el escenario chileno. Es lo que se ha notado en la ejecutoria del gobierno de la Nueva Mayoría, particularmente en materia constitucional. Un análisis de fondo se impone en este campo. Pero aún no es tiempo de hacerlo.

Bibliografía

ARDITI, Benjamín, “El populismo como espectro de la democracia: una respuesta a Canovan”, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 47 n° 191 (2004).

BERGSON, Henri, *Mélanges* (Paris, 1972).

BRAVO LIRA, Bernardino, *Una historia jamás contada. Chile 1811-2011. Como salió dos veces adelante* (Santiago, Origo Ediciones, 2016).

BRAVO LIRA, Bernardino, *El Estado de derecho en la Historia de Chile* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996).

BRAVO LIRA, Bernardino, “Construcción y desconstrucción: El sino del racionalismo moderno de la ilustración a la postmodernidad”, en *Revista de Historia del Derecho*, 37, 2009, pp. 1-42.

BRAVO LIRA, Bernardino, “América y la Modernidad: de la Modernidad barroca e ilustrada a la Posmodernidad”, en *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas = Anuario de Historia de América Latina*, 30, 1993, pp. 409-433.

CANOVAN, Margaret, “Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy”, en *Political Studies* 47 n°1 (1999).

⁴¹ Mario GÓNGORA, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX* (Santiago, Ediciones Universitarias, 1986).

CASULLO, María Esperanza, "¿En el nombre del pueblo? Por qué estudiar el populismo hoy", en *Postdata* 19 n°2, 2015, pp. 277-313.

DE LA TORRE, Carlos, "Masa, pueblo y democracia: un balance crítico de los debates sobre el nuevo populismo", en *Revista de Ciencia Política* XXIII, 1 (2003).

DE LA TORRE, Carlos, *Populist seduction in Latin America* (Ohio University, 2010, 2ª ed.).

DI TELLA, Torcuato, "Populismo", en EL MISMO y otros, *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas* (Buenos Aires, Emecé, 2001).

EDWARDS, Alberto, *La fronda aristocrática* (Santiago, 1945, 6ª edición).

EYZAGUIRRE, Jaime, *Hispanoamérica del dolor* (Santiago, Editorial Universitaria, 1969, sexta edición).

FERNÁNDEZ DE LA MORA, Gonzalo, *La Partitocracia* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977).

FERNÁNDEZ DE LA MORA, Gonzalo, "Contradicciones de la Partitocracia", en *Verbo* 291-292 (1991).

GÓNGORA, Mario, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX* (Santiago, Ediciones Universitarias, 1986).

HERMET, Guy, *L'hiver de la démocratie ou le nouveau régime* (Paris, Colin, 2007).

KITSCHELT, Herbert, "Linkages between citizens and politicians in Democratic Politics", en *Political Studies* 33 n°6/7 (2000).

MARZO, Jorge Luis, *La memoria administrada. El barroco y lo hispano* (Buenos Aires, Katz, 2010).

ORTEGA Y GASSET, José, *Meditaciones de Europa* (Madrid, Revista de Occidente, 1966, 2ª ed.), p. 23.

PAZ, Octavio, *El laberinto de la soledad* (México, FCE, 1998, 2ª Reimp.)

PEREYRA, Carlos, *Historia de la América Española* (Madrid, Saturnino Calleja, 1920) Tomo I.

VASCONCELOS, José, *Breve Historia de México* (México, Editorial Continental, 1978, 22ª reimp.).

WEYLAND, Kurt, "Clarifying Contested Concept: Populism in the Study of Latin American Politics", en *Comparative Politics* 34 n°1 (2001).

WEYLAND, Kurt, "The Threat from the Populist Left" en *Journal of Democracy* 24 n°3 (2013).

Farmacias populares

JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS J.

Doctor en Derecho

UNIVERSIDAD DE OXFORD

Magíster en Derecho

UNIVERSIDADES DE HARVARD, CAMBRIDGE Y PUC

Director del Centro de Justicia Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Profesor de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO Y PUC.

RESUMEN: Se analiza críticamente el dictamen de la Contraloría General de la República sobre las farmacias populares, afirmando que las normas legales invocadas para legitimarlas son insuficientes, y que se debería haber optado por una interpretación finalista que priorizara los principios constitucionales de libertad económica y subsidiariedad. A continuación se examinan los requisitos impuestos por la Contraloría a las farmacias populares, destacando la exclusión de fines comerciales, término que pareciera referirse al lucro. Se termina presentando brevemente el dictamen que rechazó la creación de supermercados populares.

* * *

I. Introducción

En noviembre del año 2015, la Municipalidad de Recoleta dio inicio a un proyecto de “farmacia popular”, que en su esencia consistía en la venta directa de medicamentos al público, a precio de costo. Esta experiencia fue rápidamente emulada por la Municipalidad de Viña del Mar, y luego por muchas otras, al punto que hoy suman varias decenas las comunas que han comprometido el funcionamiento de farmacias populares o comunales.

Más allá de los atractivos y evidentes réditos políticos de esta experiencia, lo cierto es que lo que comenzó como una situación marginal y casi anecdótica, hoy se ha convertido en un fenómeno de creciente presencia nacional.

Desde la perspectiva jurídica, la situación en comento genera dudas. En efecto, pareciera que el Estado, a través de las municipalidades, estaría burlando las limitaciones impuestas por la Constitución Política de la República (la “Constitución”) a su actividad empresarial, cuales son autorización expresa y precisa

por ley de quórum calificado. Adicionalmente, resulta dudosa la competencia de las municipalidades para realizar actividades como las señaladas.

Frente a la incertidumbre jurídica antes descrita, la Municipalidad de Panguipulli decidió recabar la opinión vinculante de la Contraloría General de la República (la "Contraloría"). La consulta de esta municipalidad no se redactó "en abstracto", sino que se presentaron a la Contraloría las características precisas del proyecto que estaba barajando, cuestión que de algún modo podría limitar el alcance de lo resuelto por la Contraloría.

Con fecha 19 de febrero de 2016 la Contraloría emitió su dictamen N°13.636 de 2016 (el "Dictamen"), el cual respaldaría la legalidad de las farmacias populares o comunales. Dicha jurisprudencia administrativa sería posteriormente ratificada, en lo medular, por los dictámenes N°24.159 de 2016 y N°24.933 de 2016.

El presente comentario comenzará sintetizando el Dictamen, para luego analizar críticamente sus contenidos. Posteriormente, revisaremos lo sucedido después de su dictación, para finalizar con las conclusiones de rigor.

II. El Dictamen

La Municipalidad de Panguipulli (la "Municipalidad") solicitó a la Contraloría que se pronunciara sobre *"la procedencia jurídica de que los municipios expendan medicamentos a la ciudadanía a través de farmacias administradas por ellos, ya sea directamente o en virtud de su participación en corporaciones municipales"*.

La Contraloría comienza su respuesta destacando algunas características del programa "Farmacia Popular", según le informara la Municipalidad, tales como:

- i) Su objeto sería la venta de medicamentos distintos a los que se entregan gratuitamente en los consultorios *"y en general aquellos medicamentos de difícil obtención por los particulares, altos costos en relación al ingreso mensual del beneficiario, y de los cuales no exista alguna política pública para su obtención"*.
- ii) Los medicamentos se entregarían a cambio del pago de un derecho municipal (establecido previamente en una ordenanza comunal), el cual reflejaría el precio de costo para la Municipalidad, al que se agregaría *"posiblemente un porcentaje de los gastos operacionales"*.
- iii) Los beneficiarios serían vecinos que contasen con ficha de protección social, inscripción en el consultorio municipal, declaración jurada de ingreso mensual y receta médica con un máximo de antigüedad.

- iv) El programa se concretaría a través de una farmacia –posiblemente la del consultorio municipal– sujeta a la normativa propia de este tipo de establecimientos.
- v) La adquisición municipal de los medicamentos se realizaría a través de un convenio con la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional del Servicio de Salud (“CENABAST”).

El cuerpo del Dictamen se estructura en torno a la respuesta a tres preguntas, según revisaremos a continuación.

1. ¿Poseen las municipalidades facultades suficientes para desarrollar esta actividad?

La respuesta de la Contraloría es positiva, y la sostiene sobre un conjunto de normas jurídicas interrelacionadas. En primer término, el artículo 19 N°9, en cuanto al deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud.

En segundo lugar, el artículo 118 de la Constitución –reproducido a su vez por el artículo 1° de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades (“LOC de Municipalidades”)– que dispone que las municipalidades tiene como finalidad *“satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”*.

En tercer término, invoca el artículo 4 b) de la LOC de Municipalidades para recordar que estas *“pueden desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración, funciones relacionadas con la salud pública”*.

En cuarto lugar, se hace referencia a las normas que permitieron a las municipalidades hacerse cargo de la administración de servicios de atención primaria de salud¹, las que incluían la autorización para entregar la administración y operación de los mismos a personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, constituidas por las municipalidades en conjunto con terceros.

En quinto término, el artículo 56 de la Ley N°19.378 sobre Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal (“Ley de Atención Primaria Municipal”) señalaría que los establecimientos comunales que brinden este tipo de atención *“sin necesidad de autorización alguna, podrán extender, a costo municipal o mediante cobro al usuario, la atención de salud a otras prestaciones”*. Según el Dictamen, dichas prestaciones incluirían el *“expendio de medicamentos a través de sus farmacias,*

¹ Decreto Ley N° 3.063 de 1979 y DFL N° 1-3.063 de 1980 del Ministerio del Interior.

en la medida que esa actividad se desarrolle con una finalidad de salud pública, como lo es la de facilitar el acceso a dichos productos por parte de la población."

En sexto lugar, el artículo 129 D del Código Sanitario permite que los establecimientos asistenciales de salud cuenten con farmacias, lo que incluiría a los establecimientos municipales de atención primaria.

En razón de todo lo anterior, la Contraloría concluye que se pueden vender medicamentos en farmacias de establecimientos municipales de atención primaria de salud, con fines de salud pública, excluyendo expresamente los fines comerciales. Lo que no estaría permitido, sin embargo, sería expedir medicamentos a través de un medio distinto a los mencionados establecimientos (lo que descartaría la venta a través de corporaciones u otras personas jurídicas de creación municipal).

Finalmente, la Contraloría señala que no se vulnerarían los artículos 19 N° 21 de la Constitución y 11 de la LOC de Municipalidades, los cuales exigen que las municipalidades cuenten con una autorización por ley de quórum calificado para desarrollar actividades empresariales.

2. ¿Se pueden cobrar estos medicamentos?

La Contraloría responde afirmativamente. Invoca el artículo 56 de la Ley de Atención Primaria Municipal, el que permitiría *"el otorgamiento de otras prestaciones distintas a las previstas en las normas técnicas, planes y programas impartidos por el Ministerio de Salud, las cuales pueden extenderse a costo municipal o 'mediante cobro al usuario'"*. Agrega la Contraloría que el arancel máximo a cobrar debe ser aprobado por los Ministerios de Salud y Hacienda, a propuesta del Fondo Nacional de Salud², y su aplicación debe ajustarse a la resolución N°50 del 2009 del Ministerio de Salud.

3. ¿Puede CENABAST servir de intermediario?

La Contraloría también responde en forma positiva a esta pregunta. Invoca el artículo 68 del DFL N°1 del 2005 del Ministerio de Salud para recordar que la función de CENABAST es precisamente *"proveer de medicamentos a las entidades que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, lo que acontece con los establecimientos de atención primaria de salud municipal"*.

Agrega la Contraloría que si bien las municipalidades no están obligadas a adquirir los medicamentos a través de CENABAST, siempre deben cumplir con

² Invoca los artículos 146 y 159 del DFL N°1 de 2005 del Ministerio de Salud.

lo dispuesto en la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

4. Conclusión

El Dictamen autoriza a la Municipalidad a vender medicamentos, pero bajo ciertos requisitos:

- i) Debe hacerse a través de la farmacia del consultorio municipal.
- ii) Sólo a los beneficiarios inscritos en el consultorio.
- iii) El propósito debe ser facilitar el acceso a tales medicamentos.
- iv) No puede hacerse con fines comerciales.
- v) A cambio de un arancel sujeto a las normas legales pertinentes.

III. Comentario

El Dictamen es de gran importancia toda vez que viene a cumplir dos funciones en relación al fenómeno de las farmacias populares o comunales. En primer lugar, las legitima, declarando su compatibilidad con el ordenamiento jurídico vigente. En segundo lugar, las regula, estableciendo un conjunto de requisitos o limitaciones tendientes a mantener este fenómeno dentro de lo jurídicamente permisible.

1. Juridicidad de las farmacias populares

En relación a la legitimidad de las farmacias populares, nos parece que el foco adoptado por la Contraloría no es el más adecuado. En efecto, un examen cabal de juridicidad exige comenzar por examinar la compatibilidad de lo evaluado con la Constitución, para luego incorporar al análisis las demás normas dictadas de acuerdo a aquella (artículo 6° de la Constitución). En otras palabras, cuando es evidente que el principal vicio a discutir es de carácter constitucional, resulta necesario abordar primera y derechamente el punto, sin perjuicio de referirse adicionalmente a normas y criterios de simple legalidad. No queremos referirnos aquí a la discusión sobre si la Contraloría, en virtud de una interpretación literalista y reduccionista del artículo 98 de la Constitución (la Contraloría *“ejercerá el control de legalidad de los actos de la Administración”*, el subrayado es nuestro), debe limitarse a un control de legalidad y sólo excepcionalmente realizar una evaluación de naturaleza constitucional. Dicha discusión, si bien relevante, creemos que no se hace presente en este Dictamen, toda vez que

el mismo declara expresamente que *“debe descartarse una infracción a [al]los artículos 19, N° 21, de la Constitución”*. Es claro, por tanto, que la Contraloría sí efectuó un examen de constitucionalidad, y en consecuencia, la discusión anterior no constituye el problema en comento.

La dificultad en esta ocasión es, insistimos, el foco del Dictamen. En efecto, si bien la Contraloría comienza invocando el artículo 19 N°9 de la Constitución, aquella norma no se refería al núcleo fundamental del problema, y tampoco establecía una norma competencial expresa y específica para la intervención de las municipalidades. A nuestro juicio, resulta evidente que el fondo de la cuestión debatida decía relación con determinar si la Municipalidad de Panguipulli realizaría o no una actividad empresarial, cuestión directamente tratada por la Constitución en el artículo 19 N° 21. No se trata sólo de que la Carta imponga requisitos al Estado Empresario, los cuales son vinculantes para las municipalidades. El asunto va más allá: la norma del artículo constitucional mencionado refleja principios y finalidades del constituyente que deben ser considerados como parte integrante de todo examen de constitucionalidad, ya que permiten una interpretación finalista o teleológica del texto constitucional.

En efecto, el artículo 19 N°21 reconoce, en su inciso primero, el derecho a la libre iniciativa económica, y en su inciso segundo complementa lo anterior señalando que:

“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.”

Una primera reflexión a este respecto es que este artículo constitucional es la concreción de principios fundamentales de nuestro orden constitucional. Por una parte, consagra la libertad económica, *“concebida por el constituyente como una derivación del principio antropológico de la libertad del hombre y de su primacía sobre el Estado”*³. Por otra parte, responde a una iteración particular del principio de subsidiariedad⁴. Así lo ha reconocido la propia Contraloría al declarar que *“Como es sabido, esta disposición apunta a dejar establecido el carácter subsidiario del Estado en el campo económico”*⁵.

³ ALVEAR (2015) p. 321.

⁴ COVARRUBIAS (2004); BERTELSEN (1987) pp. 119-123. Véase también las Actas de la Sesión N°388 de la Comisión de Estudios Nueva Constitución, de 27 de junio de 1978, así como Tribunal Constitucional (1993) Rol N°167, considerandos 9-10, y Tribunal Constitucional (1992) Rol N°146 de 1992, considerando 8; Corte Suprema (1998) Rol N°4.068-98. Contrastar con VALLEJO (2008) pp. 137 y ss.

⁵ Contraloría General de la República (2003): Dictamen N° 47.681.

En virtud de lo anterior, la norma en cuestión debe interpretarse de forma de maximizar la libertad económica de las personas y el carácter subsidiario del Estado⁶. Ello no significa, como erróneamente suele suponerse, defender a ultranza la no intervención estatal en la economía. Como hemos explicado en otro trabajo⁷, el principio de subsidiariedad originario, propio de la Doctrina Social de la Iglesia, no es sólo “negativo” sino también “positivo”, exigiendo la intervención del Estado en ayuda, subsidio o socorro de los particulares, cuando ello sea necesario para el Bien Común⁸. Es por ello que la propia norma constitucional en estudio autoriza al Estado a realizar actividades empresariales, siempre y cuanto cuente con autorización otorgada por ley de quórum calificado.

La dificultad se produce, sin embargo, cuando existiendo algunos indicios de habilitación legal, aquellos no son suficientemente expresos o específicos en torno a lo que puede realizar el Estado. Y es ahí cuando los elementos teleológicos en juego se hacen fundamentales⁹. Esto es lo que precisamente se echa en falta en el presente Dictamen. En efecto, este declara que las municipalidades contarían con habilitación legal suficiente para desarrollar la actividad en estudio, para lo cual cita cuatro cuerpos normativos principales.

En primer término, se invoca el artículo 118 de la Constitución (reproducido por el artículo 1° de la LOC de Municipalidades), en el que se declara que las municipalidades tienen como finalidad “satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”. Como resulta evidente, esta norma no constituye una norma competencial específica. Es cierto que, al fijar la finalidad, se establece un marco para la acción de las municipalidades, pero dicha finalidad no es en sí fuente de potestades públicas, entendidas como un “poder-deber, poder jurídico finalizado, con que los órganos del Estado son atribuidos por la Constitución y las leyes, para promover el bien común”¹⁰. La interpretación debiera ser otra: para que las municipalidades actúen válidamente, no sólo deben contar con potestades atribuidas por ley, sino que aquellas deben ejercerse en el cumplimiento de la finalidad establecida por la Constitución. En otras palabras, se trata de requisitos copulativos. Esta interpretación se refuerza por el propio texto constitucional, el que en el inciso inmediatamente siguiente a la norma antes transcrita dispone que una “ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades”. Vale decir, la Constitución les fija su finalidad a las muni-

⁶ Contrastar con BASSA (2012) pp. 665-667.

⁷ DÍAZ DE VALDÉS (2014) pp. 91-127.

⁸ PÍO XI (1931); JUAN XXIII (1961). Este último señala expresamente (53) que “Esta acción del Estado, que fomenta, estimula, ordena, suple y completa, está fundamentada en el principio de la función subsidiaria”. Véase también LOO (2009); COVARRUBIAS (2004); QUINTANA (2014) pp. 126-127.

⁹ Cfr. COVARRUBIAS (2004).

¹⁰ SOTO KLOSS (1996) p. 159.

cipalidades, y luego delega en la ley la fijación de sus potestades específicas para cumplir con esa finalidad.

En segundo término, el Dictamen hace referencia al artículo 4 b) de la LOC de Municipalidades, el que les permite “*desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración, funciones relacionadas con la salud pública*”. Nos encontramos aquí frente a una norma genérica, que si bien es útil en cuanto aclara que las municipalidades pueden actuar en el ámbito de la salud, tampoco consiste en una norma competencial específica que otorgue potestades públicas *strictu sensu*. Ella no basta, por tanto, para dar por establecida la facultad de abrir farmacias comunales del tipo propuesto por la Municipalidad de Panguipulli. Suponer lo contrario resulta absurdo dada la extrema indeterminación de la norma en comento, ya que bajo esa misma lógica las municipalidades podrían sentirse competentes “*para fundar y administrar clínicas, instituciones de salud previsional, crear seguros de salud*”¹¹, etcétera.

En tercer lugar, se invoca el artículo 56 de la Ley de Atención Primaria Municipal, el que permitiría a los establecimientos municipales de atención primaria de salud extender la “atención de salud” a otras prestaciones, cobrando o no al usuario, todo ello sin necesidad de autorización. Aun tratándose de una ley aprobada con quórum calificado, nos parece que aquella no es suficiente para sostener la juridicidad de las farmacias comunales. Por una parte, si se revisa el artículo en su conjunto, se descubre que lo que está diciendo es que los establecimientos en cuestión están obligados a cumplir con los programas impartidos por el Ministerio de Salud. En ese contexto, esta norma les permite ir más allá de tales programas, pero siempre en el marco de la naturaleza de esa atención primaria de salud. Así, por ejemplo, el Ministerio de Salud podría exigir la realización de controles preventivos de diabetes a todas las personas mayores de 65 años, y el consultorio municipal extenderlo a los mayores de 50 años, sin que para ello requiriese autorización. Algo muy distinto es que la Municipalidad pudiera invocar el artículo 56 en comento como una patente de curso para realizar cualquier actividad relacionada a la salud. Nuevamente, volvemos al problema señalado más arriba: la norma es tan genérica y amplia, que las municipalidades podrían invocarla para explotar negocios tales como clínicas e Isapres. A este respecto, insistimos en la necesidad de que la potestad pública se conceda en forma específica y no genérica. Esta exigencia, propia del Principio de Juridicidad (artículos 6° y 7° de la Constitución)¹², cobra aún mayor relevancia si consideramos a las farmacias en comento como una actividad empresarial del Estado. En tal caso, es imprescindible que la autorización legal

¹¹ FERMANDOIS (2006) p. 243.

¹² E.g., ENTEICHE (2014) p. 152; Véase también los dictámenes de la Contraloría General de la República N°s 40.989 de 2004 y 20.151 de 2005.

respectiva exigida por el artículo 19 N°21 sea expresa, concreta y específica¹³. Más aún, siendo la actividad empresarial del Estado una excepción a la regla general¹⁴, debiera interpretarse restrictivamente, o al menos en forma estricta¹⁵.

Finalmente, el Dictamen recurre al artículo 129 D del Código Sanitario, el cual autorizaría la existencia de farmacias en establecimientos municipales de atención primaria. Nos parece que esta norma también debe analizarse en su contexto. En efecto, el título de la ley en que se inserta este artículo se refiere a los establecimientos farmacéuticos en general, tratando acerca de la instalación de farmacias, botiquines, laboratorios, etc. El propósito del artículo en comento es autorizar a cualquier establecimiento asistencial o ambulatorio que posea "*salas de procedimientos o pabellones de cirugía menor*", a contar con farmacias o botiquines con "*los medicamentos necesarios para el ejercicio de las acciones de salud que se lleven a efecto dentro del establecimiento*". Dos observaciones. Primero, el propósito de esta ley no es autorizar algo como la farmacia popular propuesta por la Municipalidad de Panguipulli, ni mucho menos permitir una actividad empresarial del Estado a este respecto, sino simplemente regular dónde se pueden expedir medicamentos, tal y como queda meridianamente claro al leer el inciso final del artículo 129 D¹⁶. Segundo, el texto del artículo señala que no se trata de cualquier medicamento, sino sólo de los necesarios para las acciones de salud que ocurran ahí mismo, en el consultorio municipal respectivo. Así, por ejemplo, la remoción de un lunar que ocurre en el pabellón del consultorio puede acompañarse del expendio de antibióticos, calmantes, etc. que sean directamente atingentes a dicha remoción. Pero ello no incluye la venta de remedios para los cálculos biliares.

En definitiva, nos parece que las bases legales a que hace referencia el Dictamen para decretar la legitimidad o juridicidad de las farmacias populares o comunales, son insuficientes. En este contexto, consideramos que debió haber primado una interpretación finalista del artículo 19 N°21 de la Constitución, la cual, invocando principios de libertad económica y subsidiariedad, obligaba a una aproximación a lo menos restrictiva y exigente de las autorizaciones legales que permiten la actividad empresarial estatal.

¹³ Cfr. ARÓSTICA (1998) p. 5; BERTELSEN (1987) p. 123; FERMANDOIS (1999) pp. 194-195 y FERMANDOIS (2006) pp. 228 y ss. Contrastar con VALLEJO (2008) pp. 144 y ss. Véase también Dictámenes de la Contraloría General de la República N°38.432 de 2007, N°22.540 de 2008 y N°3.672 de 2003.

¹⁴ E.g., Contraloría General de la República (2001): Dictamen N° 17.509: "*el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, entre las materias del orden público económico, consagra el principio de que solamente en forma excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la regla general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares. De allí que para poner en movimiento esa excepción sea necesario una ley de quórum calificado*".

¹⁵ NAVARRO (2001) p. 42.

¹⁶ Este inciso dispone lo siguiente: "*Ninguna de las normas establecidas en esta ley podrá ser interpretada en el sentido de que se autoriza el expendio de medicamentos en lugares o recintos distintos de los señalados expresamente en ella ni a la venta directa en estanterías u otros espacios de acceso directo al público.*" Véase también el interesante dictamen Contraloría General de la República (2014): dictamen N° 43.443, sobre el "Programa Piloto sobre entrega automática de medicamentos e insumos en Atención Primaria".

2. Limitaciones a las farmacias populares

El Dictamen estableció una serie de limitaciones o regulaciones a esta nueva actividad municipal. La primera es que el expendio debe hacerse a través de la farmacia existente en el consultorio municipal respectivo. Esta exigencia es una consecuencia necesaria de haberse invocado por parte del Dictamen, para validar las farmacias populares, justamente las normas del Código Sanitario que obligan a expedir medicamentos a través de farmacias o similares.

La segunda limitación es que sólo se podrán vender medicamentos a personas inscritas en el consultorio. Si bien no hay mayor explicación en el Dictamen para justificar esta exigencia, nos parece que se podría desprender de la competencia territorial de las municipalidades, así como de la aplicación de políticas de gestión y control. El requisito, sin embargo, no es demasiado preciso, particularmente si lo que se pretendía era beneficiar sólo a los residentes de la respectiva comuna. En efecto, existen servicios municipales que se prestan a habitantes de otras comunas (e.g., educacionales). Más aún, que residentes en otras comunas pueden inscribirse en los consultorios municipales (e.g., trabajadores que realizan sus labores en una comuna distinta a su lugar de residencia).

Cabe destacar que, con posterioridad a la emisión del Dictamen, la Municipalidad de Chillán solicitó una aclaración del mismo en el sentido de exigir sólo domicilio en la comuna más no inscripción en el consultorio. La Contraloría, mediante dictamen N°24.933 de 2016, decidió prescindir del requisito de inscripción. A la vez, permitió a cada municipalidad limitar el beneficio a ciertos grupos de personas, siempre y cuando se utilizase para ello un *"criterio objetivo y no discriminatorio de exclusión"*. Este último aspecto es relevante, toda vez que han surgido ácidas discusiones en torno a ciertos requisitos establecidos por algunas municipalidades para optar a los remedios ofrecidos en las farmacias populares (e.g., determinado nivel socio-económico, no pertenencia a una Isapre, etc.). Frente a esta realidad, la Contraloría es clara en señalar que el beneficio no tiene por qué ser "universal", pudiendo acotarse a ciertos grupos de la población, siempre y cuando se cumpla con el mandato constitucional de prohibición de la discriminación arbitraria (artículo 19 N°2 de la Constitución).

La tercera limitación es la más sorprendente, cual es que el propósito de esta nueva actividad comunal sea facilitar el acceso a los medicamentos. Dicho requisito aparece mencionado por primera vez cuando se invoca el artículo 56 de la Ley de Atención Primaria Municipal, el que permitiría a las municipalidades extender la atención de salud a otras prestaciones sin autorización, lo que incluiría, según la Contraloría, *"el expendio de medicamentos a través de sus farmacias, en la medida que esa actividad se desarrolle con una finalidad de salud pública, como lo es la de facilitar el acceso a dichos productos por parte de la población."* No obstante lo razonable que pudiera parecer esta exigencia, la

verdad es que tal finalidad no aparece mencionada en ninguna parte de la ley que supuestamente se está interpretando y aplicando. Más aún, nos encontramos frente a una suerte de causalidad o asociación laxa, cuya proposición exigía una mayor argumentación por parte del Dictamen.

La cuarta limitación es quizás la más relevante, y consiste en la prohibición de “fines comerciales”. Ahora bien, revisando la jurisprudencia de la Contraloría, no hemos encontrado dictamen alguno que nos permita definir este término con precisión. Una alternativa es igualarlo al lucro, vale decir, se prohibiría a las municipalidades obtener beneficios económicos a través de las farmacias populares, las que, consecuentemente, deberían vender los medicamentos al costo, y a lo sumo agregando los costos operacionales correspondientes. Otra posibilidad, más estricta, consistiría en seguir el texto del artículo 129 D del Código Sanitario, y restringir el expendio sólo a los medicamentos necesarios para las acciones o procedimientos de salud que se lleven a cabo en el consultorio municipal respectivo. Esta interpretación limitaría severamente el abanico de remedios a vender, y obligaría a un expendio personalizado, ya que cada individuo sólo podría comprar aquellos medicamentos que necesita para la acción de salud respectiva.

Ahora bien, suponiendo que la alternativa correcta es la primera –prohibición del lucro–, podría señalarse que lo que se está impidiendo precisamente es el desarrollo de una actividad empresarial, lo que despejaría el problema de la compatibilidad de esta actividad con el artículo 19 N°21 de la Constitución. En otras palabras, al no ser una actividad lucrativa, no sería empresarial, y por tanto no le sería aplicable el artículo en cuestión. Algo así pareciera deducirse del párrafo conclusivo de la respuesta a la primera pregunta abordada por el Dictamen, el cual señala:

“en la medida que el expendio de medicamentos se haga a través de las farmacias pertenecientes a los establecimientos municipales de atención primaria de salud y con fines de salud pública –mas no comerciales–, esa acción se enmarcará, según se explicó, dentro del ámbito de acciones en el que pueden intervenir los municipios, por lo que, en esas condiciones, debe descartarse una infracción a los artículos 19, N° 21, de la Constitución, y 11 de la ley N° 18.695, que exigen que las municipalidades cuenten con una autorización otorgada por ley de quórum calificado para el desarrollo de actividades empresariales (aplica criterio del dictamen N° 19.294, de 2013).”

Ahora bien, el problema de esta interpretación es que la identificación del lucro con la actividad empresarial es una cuestión debatida, y que se vincula a otro tópico: la relación entre actividad económica y actividad empresarial. En principio, la relación entre ellas sería de género-especie¹⁷, y el lucro sería el

¹⁷ FERNANDOIS (2006) pp. 134-137. Véase también las Actas de la Sesión N°388 de la Comisión de Estudios Nueva Constitución, de 27 de junio de 1978. Cfr. ALVEAR (2015) pp. 347-350.

aspecto propio de la segunda¹⁸. Ambas tesis, sin embargo, son controversiales¹⁹. En efecto, existe jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que ha señalado que la ausencia de lucro implicaría que no exista siquiera actividad económica²⁰. Por otro lado, también se ha señalado que lo necesario para la actividad empresarial no sería la existencia de lucro en sí, sino la búsqueda de una utilidad²¹, o incluso la mera potencialidad de obtener una retribución por la prestación correspondiente²². Por su parte, hay doctrina que ha afirmado que lo fundamental para una actividad empresarial no es el fin de lucro, sino la existencia de una utilidad²³. Otros han apuntado a una visión más funcional, por ejemplo, la producción o comercialización de bienes y servicios en forma habitual para ser colocados en los mercados²⁴. También existe doctrina y jurisprudencia²⁵ que exige criterios más de fondo para reconocer la presencia de una empresa, y por tanto de una actividad empresarial. Aquella supondría un complejo conjunto de relaciones, tales como la coordinación de *“las actividades necesarias para obtener trabajo, capital y materias primas, con el fin de comercializar productos y servicios en un determinado ámbito de negocios”*.²⁶ Una visión aún más sustantiva nos provee Alvear:

“Lo que singulariza la actividad empresarial es que se trata de una actividad productiva de bienes y servicios de carácter continua –no puramente ocasional, organizada (planificación racional de los factores de producción en términos económicos, técnicos y jurídicos), desarrollada en nombre propio (lo que la diferencia de la actividad asalariada), y dirigida al mercado (lo que deja fuera la producción para el consumo personal o familiar)”²⁷.

Como puede observarse, para este autor el lucro no sería esencial para la existencia de actividad empresarial, cuestión que refuerza recordando el sector *non-profit* existente en toda economía (ONGs, fundaciones, etc.)²⁸.

¹⁸ Cf. FERMANDOIS (2006) p. 136. Véase también Corte Suprema (1995) Rol N°4.379-2000. Cf. VALLEJO (2008) p. 128.

¹⁹ Véase ALVEAR (2015) pp. 349 y ss.

²⁰ Véase el caso *Universidad Mariscal Sucre con Consejo Superior de Educación*, Corte Suprema (1997). Véase también Corte Suprema (1998), Rol N°1.360-98, donde la ausencia de lucro parece haber sido fundamental para que los Tribunales excluyeran la presencia de una actividad empresarial (aunque no queda claro si fue el único elemento considerado para llegar a esa conclusión).

²¹ Corte Suprema (1995) Rol N°2.798-95.

²² FERMANDOIS (1999) p. 198.

²³ FERMANDOIS (2006) p. 225.

²⁴ Véase BERTELSEN (1987) p. 124.

²⁵ Cfr. Corte Suprema (2000) Rol N°248-2000, donde se define “colaboración empresarial” como “la cooperación entre unidades económicas, como sería el caso si una de las partes contribuye o facilita un bien que haga viable económicamente el negocio”.

²⁶ VALLEJO (2008) p. 148. Cfr. Actas de la Sesión N°388 de la Comisión de Estudios Nueva Constitución, de 27 de junio de 1978. Véase también ZUÑIGA (2001) p. 356.

²⁷ ALVEAR (2015) p. 347.

²⁸ ALVEAR (2015) p. 350.

Para mayor complejidad, lo anterior se relaciona a una interesante discusión acerca de cómo se podría distinguir la actividad empresarial del Estado de aquella que consiste en un servicio público²⁹, cuestión importante en lo conceptual y también en lo práctico (recordemos que sólo la primera requiere ley de quórum calificado, mientras que el segundo sólo precisa de una ley simple). En dicha discusión, el lucro o búsqueda de utilidades vuelve a ser relevante como posible elemento diferenciador³⁰, tesis que refuerza la noción de que toda actividad empresarial requiere esencialmente una orientación lucrativa.

En definitiva, nos encontramos en una zona conceptual bastante confusa, por decir lo menos. Si aplicamos las reflexiones anteriores al caso en comento, nos parece claro, al menos, que la comercialización de bienes –que es precisamente la actividad que realizarán las farmacias populares en relación al expendio de medicamentos– es una actividad económica del Estado. Por lo mismo, requiere de una autorización legal, de acuerdo al artículo 6° y 7°. Dicha autorización debe ser explícita, cuestión que como hemos señalado es en este caso dudosa. La pregunta siguiente es si se trata de una actividad empresarial. Si seguimos la doctrina del lucro, como parece hacer el Dictamen, no se trataría de una actividad empresarial y el artículo 19 N°21 inciso 2° no vendría a comento. Sin embargo, si optamos por otros criterios más sustanciales, como los ofrecidos arriba (actividad continua, que coordina recursos humanos y materiales, que no se hace por cuenta ajena, que se dirige a un mercado, que es habitual, que incluye actividades tales como la extracción, la producción, la comercialización y el transporte³¹, etc.), es posible subsumir a las farmacias populares dentro de la actividad empresarial estatal, y por tanto aplicar el artículo 19 N°21.

Frente a esta disyuntiva, nos parece que lo más apropiado habría sido recurrir a una interpretación finalista. En términos simples, dado que el artículo constitucional en cuestión se fundamenta en los principios de libertad económica y subsidiariedad, se podría haber adoptado la postura más protectora de ellos. Es cierto que tal análisis hubiese requerido que la Contraloría adoptara una posición extraordinariamente intrusiva, o de control sumamente intenso, del acto en cuestión. En efecto, debiera haberse preguntado, por ejemplo, si el mercado de las farmacias estaba cumpliendo adecuadamente con las exigencias del bien común, de forma de determinar si la intervención estatal en la materia era requerida por el principio de subsidiariedad. Estamos conscientes, sin embargo, que este tipo de análisis es más propio de los Tribunales de Justicia que de la Contraloría, y que por tanto, no parece del todo justo recriminar a la

²⁹ VALLEJO (2008) pp. 141-143; BERTELSEN (1987) p. 124.

³⁰ VALLEJO (2008) p. 142.

³¹ Véase opinión del comisionado Guzmán en las Actas de la Sesión N° 388 de la CENC, que pareciera reflejar el parecer de toda la Comisión.

Contraloría el haber recurrido al resorte de la exclusión del lucro como criterio central para solucionar el problema sometido a su conocimiento.

La última limitación impuesta por la Contraloría a las farmacias populares es que el precio de los remedios esté sujeto a las normas legales pertinentes, lo que pareciera significar, en esencia, la aprobación de los aranceles máximos por parte de los Ministerios de Salud y Hacienda, y la sujeción al complejo sistema normativo establecido en la mencionada Resolución N°50 del 2009 del Ministerio de Salud, la cual establece las Normas Técnico Administrativas para la Aplicación del Arancel del Régimen de Prestaciones de Salud del Libro II del DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, en la Modalidad Atención Institucional.

IV. Epílogo: Supermercados

La Municipalidad de Tocopilla decidió no sólo emular la experiencia de las farmacias populares, sino que extenderla a la creación de un “Supermercado Popular”, operado por una persona jurídica especialmente creada para estos efectos, denominada Fundación para el Desarrollo y la Alimentación de Tocopilla. La Municipalidad licitó y adjudicó la construcción y habilitación del proyecto, el que se ubicaría dentro del hall principal de la misma.

La Contraloría emitió el dictamen N° 24.159 de 2016, en el que rechazó la legalidad de este proyecto. Para ello, recordó que la autonomía constitucionalmente reconocida a las municipalidades no es absoluta, sino que se sujeta al principio de juridicidad (artículos 6° y 7° de la Constitución)³². Por lo mismo, las municipalidades requerirían de una disposición legal que las autorice para implementar un supermercado. Según la Contraloría, aquella no existiría, y la actividad en cuestión tampoco se *“encuadrar[ía] en ninguna de las funciones que la ley ha entregado a las entidades edilicias”*.

Agrega este dictamen que si bien las municipalidades pueden crear personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro para ciertos objetos, estos sólo se refieren al arte, la cultura, el deporte y el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo. Ello según expresa disposición del artículo 19 de la LOC de Municipalidades (que en realidad viene a ser una repetición del artículo 118 de la Constitución, que en estricto rigor es la norma relevante en esta materia). Evidentemente, tanto el supermercado como la farmacia quedan fuera de los fines anteriores, y por tanto la Contraloría resuelve que no podría crearse la fundación propuesta por la Municipalidad de Tocopilla.

³² Cabe agregar que la autonomía constitucional de las municipalidades no puede interpretarse como una autorización para realizar actividades empresariales. Cuando la Constitución ha querido otorgar dichas autorizaciones, lo ha hecho en forma expresa. Véase NAVARRO (2001) p. 43.

Cabe tener presente que este dictamen menciona el artículo 19 N°21 de la Constitución (así como el similar artículo 11 de la LOC de Municipalidades), pero de una forma más bien referencial, sin explicitar su aplicación al caso en análisis. No obstante esta falta de precisión, consideramos que su sola invocación denota que, para la Contraloría, estaríamos en presencia de una actividad de naturaleza empresarial.

Finalmente, es importante destacar que esta nueva opinión de la Contraloría aprovecha de reafirmar el Dictamen, recordando que los establecimientos de salud municipal podrán expedir remedios a través de farmacias *"en la medida que esa actividad se desarrolle con una finalidad de salud pública, como lo es la de facilitar el acceso a dichos productos por parte de la población"*.

En definitiva, este nuevo dictamen nos parece sumamente importante, toda vez que el surgimiento de las farmacias populares o comunales ha producido incertidumbre respecto de qué otras actividades podrían realizar las municipalidades. Todo ello en el contexto de un año de elecciones municipales, particular incentivo para la inventiva criolla. Frente a esta delicada situación, la Contraloría se apresura en emitir una señal clara y contundente: la situación de las farmacias populares es especial, en cuanto goza de cierta base normativa, pero ello no es extrapolable a otras situaciones, tales como los supermercados. No habrá, por tanto, permisividad al respecto. Adicionalmente, este dictamen aprovecha la oportunidad de consolidar la doctrina de la Contraloría acerca de las farmacias populares, consagrando la ya comentada visión más bien legalista y poco finalista en la interpretación de las normas constitucionales.

V. Conclusiones

1. La Contraloría General de la República declaró la juridicidad de las farmacias populares, estableciendo ciertas limitaciones o requisitos a su funcionamiento. Aquellas podrán cobrar por los remedios que vendan, y, si así lo desean, recurrir a CENABAST para proveerse de los mismos.
2. Las farmacias populares no deben tener fines comerciales –lo que probablemente se refiere a la exclusión del lucro, no del cobro–, deben hallarse en los consultorios y ser administradas directamente por la Municipalidad, la que puede limitar el beneficio a ciertos grupos de personas en la medida que ello obedezca a un criterio objetivo y no discriminatorio.
3. Las normas legales invocadas por el Dictamen para dar sustento jurídico a las farmacias populares nos parecen insuficientes. Más aún, el análisis de la Contraloría debió comenzar por el artículo 19 N°21 de la Cons-

titución, y por sus principios de libertad económica y subsidiariedad, cuya interpretación finalista podría haber redundado en la declaración de antijuridicidad de tales farmacias.

4. Un elemento crucial en el razonamiento de la Contraloría parece haber sido la exclusión del lucro, cuestión que para parte importante de la jurisprudencia y la doctrina implica ausencia de actividad empresarial.
5. Aun si las farmacias populares no se consideran un actividad empresarial, excluyendo de esa forma la exigencia de autorización mediante ley de quórum calificado (artículo 19 N°21 de la Constitución), no existen normas competenciales suficientemente precisas y expresas que permitan a las municipalidades desarrollar tales proyectos, tal y como lo exige el Principio de Juridicidad (artículos 6° y 7° de la Constitución).
6. La creación de supermercados populares ha sido rechazada por la Contraloría, quien distinguió claramente dicha situación de la referida a las farmacias populares.

Bibliografía

ALVEAR, Julio (2015): "Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica: un paradigma a desarrollar", en *Estudios Constitucionales*, Año 13, N° 1, pp. 321- 372.

BASSA, Jaime y VIERA, Christian (2012): "Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. xxxviii, pp. 661-683.

BERTELSEN, Raúl (1987): "El Estado empresario en la constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 14, N° 1, pp. 115-125.

COVARRUBIAS, Ignacio (2004): "Subsidiariedad y Estado empresario (Análisis crítico de la jurisprudencia más relevante)", *Revista de derecho público*, Vol. 66, pp. 251-272.

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2014): "Bases de la Institucionalidad: Una revisión propositiva", en GARCÍA, José Francisco (Coordinador): *¿Nueva Constitución o reforma?* (Santiago, Legal Publishing) pp. 91-127.

ENTEICHE, Nicolás (2014): "La Excepcional Autotutela Ejecutiva de los Actos Administrativos en Chile", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios*, Año 21, N° 2, 2014 pp. 137-182.

FERMANDOIS, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico* (Santiago, Universidad Católica de Chile, 2° Edición) Tomo I.

FERMANDOIS, Arturo (1999): "Municipalidades, Corporaciones sin fines de lucro y Estado empresario", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, pp. 193-201.

JUAN XXIII (1961): *Mater et Magistra*. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/en/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html. (Fecha de consulta: 6 de junio de 2016).

LOO, Martín (2009): "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. xxxiii, pp. 391-426.

NAVARRO, Enrique (2001): "El estado empresario a la luz de la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho Público*, Vol. 62, pp. 32- 47.

PIO XI (1931): *Quadragesimo Anno*. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html (Fecha de consulta: 6 de junio de 2016).

QUINTANA, Augusto (2014): "El principio de subsidiariedad", en *Revista de derecho público*, número especial, pp. 125-136.

SOTO KLOSS (1996): *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing). Tomo II.

VALLEJO, Rodrigo y PARDOW, Diego (2008): "Derribando mitos sobre el Estado empresario", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 1, pp. 135-156.

ZUÑIGA, Francisco (2001): "Constitución Económica y Estado Empresario", *Revista de Derecho Público*, N° 63, pp 339-374.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (1993): Rol 167-93, de 6 de mayo de 1993.

Tribunal Constitucional (1992): Rol 146-92, de 19 de marzo de 1992.

Corte Suprema (1998): Rol 4.068-98, de 16 de diciembre de 1998.

Corte Suprema (1995): Rol N°2.798-95, de 23 de noviembre de 1995.

Corte Suprema (1995): Rol N°4379-2000, de 4 de julio de 1995.

Corte Suprema (2000): Rol 248-2000, 31 de enero de 2000.

Corte Suprema (1998): Rol 1360-98, 7 de mayo de 1998.

Corte Suprema (1997): *Universidad Mariscal Sucre con Consejo Superior de Educación*, 17 de noviembre de 1997.

Corte de Apelaciones (1998): Rol 3817-98, de 27 de noviembre de 1998.

Contraloría General de la República (2016): Dictamen N°13.636/16, de 19 de febrero de 2016. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016]

Contraloría General de la República (2016): Dictamen N°24.933/16, de 4 de abril de 2016 [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2016): Dictamen N°24.159/16, de 31 de marzo de 2016. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2014): Dictamen N°43.443/14, de 13 de junio de 2014. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2013): Dictamen N°19.294/13, de 1 de abril de 2013. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2008): Dictamen N°22.540/08, de 14 de mayo de 2008. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2007): Dictamen N°38.432/07, de 24 de agosto de 2007. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2005): Dictamen N°20.151/05, de 29 de abril de 2005. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2004): Dictamen N°40.989/04, de 12 de agosto de 2004. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2003): Dictamen N°47.681/03, de 23 de octubre de 2003. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2003): Dictamen N°3.672/03, de 29 de enero de 2003. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2001): Dictamen N°17.509/01, de 10 de mayo de 2001. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Otras Fuentes

Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, de 5 de diciembre de 1986.

Decreto Ley N° 3.063, Normas sobre rentas municipales, de 29 de diciembre de 1979.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1-3.063, Reglamenta Aplicación inciso 2° del Art. 38 del DL n° 3.063 DE 1979, de 13 de junio de 1980.

Decreto con Fuerza de Ley N°1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley n° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, de 23 de septiembre de 2005.

Comisión de Estudios Nueva Constitución (1978): Actas de la Sesión N°388, de 27 de junio de 1978.

ARÓSTICA, Iván (1998): Informe Constitucional N° 1905, Acción de Amparo Económico (Serie Informe Constitucional, Santiago).

Transparencia en el arbitraje de inversión extranjera: *Amicus Curiae* y publicidad

RAÚL F. CAMPUSANO DROGUETT

Abogado

UNIVERSIDAD DE CHILE

Master en Derecho

UNIVERSIDAD DE LEIDEN,

Master of Arts,

UNIVERSIDAD DE NOTRE DAME

Profesor de Derecho Internacional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

ÁLVARO A. BOLADO PIZZI

Abogado

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: El concepto de transparencia es uno de los aspectos difíciles de tratar en materia de arbitrajes de inversión extranjera. Las dificultades para abordar este tema han causado problemas para uniformar la jurisprudencia, lograr mayor equidad en los laudos arbitrales y permitir a los Estados adoptar medidas conducentes a la solución de conflictos que favorezca la inversión foránea a nivel global. Procede entonces examinar la normativa del Convenio de Washington, la principal jurisprudencia en materias que se refieran a la transparencia y las instituciones existentes a la fecha cuyo fin es fomentar su publicidad.

* * *

1. Introducción

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Inversión (CIADI) ha pasado a ser uno de los principales pilares para la adecuada resolución de conflictos en materia de inversión. Este organismo arbitral, pese a haber sido creado en el año 1965 por el Convenio de Washington, tuvo su mayor impacto en Chile y los demás países latinoamericanos a partir de la década de los 90. Este fue un cambio bien venido durante los años 60 y 70, debido a la falta evidente de conciencia sobre la necesidad de establecer relaciones de negocios a nivel internacional, producto del creciente fenómeno de la globalización.

Chile se ha caracterizado por ser un país que ha favorecido la recepción de la inversión extranjera, principalmente por la vía del Decreto Ley 600, Estatuto de la ley extranjera, y el Capítulo XIV del compendio de normas del Banco Central. Es así como el convenio de Washington durante los años 90 en adelante se convirtió en uno de los principales (sino el principal) método de resolución de conflictos en materias de inversión foránea. Ello ocurre a pesar de los métodos de solución que proveen los ordenamientos jurídicos internos los cuales están presentes en nuestro marco normativo, a través de figuras como el recurso de protección, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o el recurso de amparo económico, entre otros.

A pesar de ello, se estima que estas acciones consagradas en nuestras leyes no son tan efectivas como sí lo son los arbitrajes en materia de inversión extranjera. A este respecto se señala: *"La vertiginosidad que caracteriza al mundo jurídico económico actual, sin prescindir de aquellas acciones, necesarias para las certezas de fondo, exige a menudo hacer frente a la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y detener sus cuantiosos perjuicios con presteza"*¹. Sobre este análisis, los autores Morales y Polanco en su obra *"Jurisdicción nacional versus jurisdicción internacional"*, estiman que *"aun cuando el sistema internacional implica costos elevados, creemos que su efectividad, conveniencia y rentabilidad frente al sistema interno lo hace más atractivo para el gran inversionista extranjero. Debemos recordar que un gran inversionista extranjero puede perfectamente desarrollar "lobby" en el resto de las estructuras del Banco Mundial, de la cual es parte el CIADI, a fin de generar situaciones de presión para el Estado receptor de la inversión y eventualmente contraparte en caso de litigio"*². Sobre este mismo punto los autores antes citados señalan que adicionalmente una ventaja no menor del arbitraje se refiere a la flexibilidad que este ofrece, ya que permite una mayor interpretación jurídica y que a la vez facilita la interacción del Derecho Internacional y el Derecho Interno. Esto a su vez presenta ventajas otorgando mayor equidad en la controversia que entrará en conocimiento de este organismo arbitral. Esto en virtud de los intereses existentes en la controversia entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de dicha inversión, en cuanto ambas partes se encuentran en posiciones diferentes, teniendo el Estado una posición de poder a través de la cual se puede ver favorecido. Esta es una razón de peso que busca otorgar seguridad a los inversionistas extranjeros de que no serán tratados de manera injusta y que el conflicto que se busca solucionar será estudiado y conocido por terceros con un carácter imparcial. Esto a la larga genera un efecto positivo además para el mismo Estado receptor de la inversión extranjera, ya que promueve la seguridad de sus inversionistas con intereses en el extranjero y fomenta la inversión en el país receptor del negocio, incentivándose así su economía, generando mayor empleo y por lo tanto crecimiento.

¹ FERMANDOIS, ob. cit. p. 81.

² Polanco, R. (2005). "Amicus Curiae: El Rol de Terceros en el Arbitraje Internacional de Inversiones (Amicus Curiae: The Role of Third Parties in International Investment Arbitration)."

Sin embargo es del caso señalar que el Convenio de Washington data del año 1965, y ha buscado constantemente el establecer y perfeccionar el procedimiento a través del cual se resolverán estos conflictos.

1.1 Posibles mejoras para el arbitraje del CIADI.

El año 2004, CIADI publica un documento de trabajo titulado "*Possible improvements of the framework for ICSID arbitration*" el cual proponía distintas formas de regular el arbitraje ante este organismo. Dentro de las propuestas destinadas a mejorar los procesos arbitrales destacaron medidas destinadas a promover la publicidad y el acceso de terceros interesados en los conflictos entre inversionistas y Estados. De igual modo se propusieron materias como el incluir una instancia de apelación a los procedimientos arbitrales y establecer procedimientos preliminares que faciliten de manera rápida y eficaz la resolución de un conflicto.

Sobre el tema de la transparencia y acceso de terceros interesados al conflicto se criticaba al momento de la publicación de este artículo la falta de publicidad sobre los fallos objeto de arbitraje, en cuanto el Convenio de Washington solo permitía que los laudos fuesen de público conocimiento cuando ambas partes otorgaran su consentimiento expreso para así autorizar la divulgación de los extractos de los laudos arbitrales. Esto resulta perjudicial al CIADI, ya que no permite establecer claramente jurisprudencia sobre la cual se pueda actuar para efectos de resolver las controversias de negocios internacionales. En este aspecto se ha analizado en profundidad por autores la necesidad de publicar de manera completa los fallos y no solo de los extractos de los laudos CIADI como una medida obligatoria en cuanto se estima que esto "*restará eficacia a la publicación, ya que generalmente es muy difícil entender el contenido de una decisión legal si no se conocen los hechos en los que se ha basado la decisión*"³.

En cuanto a la participación de terceros interesados también se ha buscado fomentar e instaurar esta posibilidad dentro de los arbitrajes del CIADI, como otro modo de fomentar la publicidad en los arbitrajes de inversión. Esto principalmente a través de la figura del *Amicus Curiae* (del latín amigo de la corte), la cual ha ido tomando fuerza en los Tratados de Libre Comercio (TLC) celebrados por países como Estados Unidos, Singapur y Chile. Es así como el TLC entre Chile y Estados Unidos señala en su artículo 10.20.3:

"El tribunal estará facultado para aceptar y considerar comunicaciones *amicus curiae* que provengan de una persona o entidad que no sea una parte contendiente. Cada comunicación deberá identificar su titular y cualquier

³ Salaverry, F. C. (2015). El CIADI: los cambios producidos y que deben producirse para hacer más transparente la práctica del arbitraje sobre inversiones. *Ius et Veritas*, 18(36), 146-155.

persona u organización que ha proveído o proveerá cualquier asistencia financiera o de otro tipo en la preparación de la comunicación.”⁴

Sobre este respecto cabe preguntarse cuáles son los efectos de la cláusula *Amicus Curiae*, y determinar de qué forma contribuye a la publicidad de los procedimientos arbitrales. Todo ello sin por supuesto dejar de lado cuáles son los pormenores de la excesiva publicidad de las audiencias y los problemas en la resolución de conflictos que puede traer aparejada la incorporación de terceros en un procedimiento, siendo que estos velen por el interés público o por un intereses de particulares. Es por ello que resulta relevante analizar los casos de resolución de conflictos en materias de inversión extranjera en que se hayan incorporado terceros al conflicto por la vía de esta cláusula.

2. Convenio de Washington y la transparencia.

2.1. La publicidad de los laudos en el Convenio de Washington.

Una vez que se hizo público el documento de trabajo citado, se optó por incorporarle diversas modificaciones, especialmente en materias relacionadas con la transparencia ante el arbitraje del CIADI. Estas modificaciones se sumaron al Convenio de Washington en el año 2006.

Sobre la publicación de los laudos arbitrales podemos apreciar ciertas modificaciones en este respecto al artículo 48 número 5 del Convenio de Washington que señala: *“El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes”*⁵. Esta disposición por sí sola no altera de manera relevante la política anterior del CIADI en lo que a publicación de fallos se refiere, sin embargo existen autores que sostienen la facultad de publicar los extractos de las sentencias dictadas por este organismo arbitral. Esto sobre la base de lo señalado en el artículo 48 número 4 de las normas sobre el arbitraje del CIADI, este artículo reza lo siguiente: *“Los árbitros podrán formular un voto particular, estén o no de acuerdo con la mayoría, o manifestar su voto contrario si disienten de ella”*⁶. En este respecto el mismo autor hace énfasis en la necesidad de publicar los laudos arbitrales ya que tanto el Derecho Internacional y el Derecho de Inversión son áreas de estudio que están en constante cambio en las cuales la jurisprudencia juega un rol fundamental para el completo desarrollo de estas áreas del Derecho⁷. A pesar de lo establecido en los artículos del tratado multilateral de Washington, cabe destacar el interés y proactividad del sistema de arbitraje

⁴ TLC Estados Unidos de América-Chile.

⁵ Convenio de Washington, 1965.

⁶ Convenio de Washington, Artículo 44.

⁷ Salaverry, F. C. (2015). El CIADI: los cambios producidos y que deben producirse para hacer más transparente la práctica del arbitraje sobre inversiones. *Ius et Veritas*, 18(36), 146-155.

CIADI en promover la transparencia en sus procedimiento instando a las partes a permitir las audiencias públicas y la publicación de los laudos dictaminados por este organismo.

Para efectos de subsanar o atenuar el efecto que produce la falta de publicidad de los laudos arbitrales, podemos apreciar que el CIADI recurre mucho a la referencia de jurisprudencia externa, es decir, recurre al estudio y criterios de otros organismos de carácter internacional, para efectos de lograr mayor uniformidad en el derecho internacional, ya que de esta forma se detectan líneas de argumentación y la aplicación de reglas necesarias en la resolución de conflictos. En el sistema del CIADI, referencias hacia la jurisprudencia externa han sido efectuadas con mucha mayor frecuencia, sobre todo tratándose de la mención de casos sometidos al conocimiento de la Corte Internacional de Justicia⁸. “Pero hay otras situaciones en las cuales se ha insistido en recalcar el carácter soberano y autónomo que detenta cada decisión particular, sin importar si ello implica apartarse de interpretaciones sostenidas incluso por la Corte internacional de Justicia. En el caso *Amco v. Indonesia*, el Comité ad hoc constituido para conocer el recurso de nulidad del laudo inicialmente pronunciado dictaminó: “Ni la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso del Laudo del rey de España ni la decisión del Comité ad hoc en *Klöckner* son obligatorias para este Comité ad hoc”⁹. Esto sin embargo genera una dualidad en el sistema aplicado por el CIADI, toda vez que la aplicación de jurisprudencia ha sido inconsistente, por lo tanto al no seguirse un criterio relativamente determinado resulta difícil decir que existe una jurisprudencia del CIADI, a tal punto de que existen autores que señalan que hablar de una jurisprudencia del CIADI sería “audaz”¹⁰.

2.2. La omisión del *Amicus Curiae* en las disposiciones del CIADI.

Lamentablemente un aspecto que elude a las disposiciones del Convenio de Washington es precisamente la incorporación de reglas que se refieran a la intervención de terceros dentro de los procedimientos arbitrales. Esto, a la vez constituye un peligro ya que la incorporación de sujetos que no son partes de un procedimiento arbitral queda únicamente a la discreción de las partes en virtud de un acuerdo que haya sido suscrito por estas previamente o bien que estos sean integrados dentro del procedimiento por la decisión de los árbitros nombrados para conocer del asunto¹¹. Es del caso señalar que otros organismos

⁸ Tagle, C. B. (2014). La influencia de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la práctica de los tribunales arbitrales del CIADI. *Revista Tribuna Internacional*, 3(6), 35-53.

⁹ Tagle, C. B. (2014). La influencia de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la práctica de los tribunales arbitrales del CIADI. *Revista Tribuna Internacional*, 3(6), 35-53.

¹⁰ Tagle, C. B. (2014). La influencia de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la práctica de los tribunales arbitrales del CIADI. *Revista Tribuna Internacional*, 3(6), 35-53.

¹¹ Polanco, R. (2010). Transparencia y Derechos en Arbitrajes Internacionales Sobre Inversión Extranjera (Rights of Transparency in Foreign Investment International Arbitration). *Revista de Derecho Económico*, 48(75), 97-158.

de arbitraje en materia de inversiones como CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) tampoco poseen disposiciones que contemplen la incorporación de terceros en los procedimientos arbitrales. Esto además puede ser de utilidad al sistema CIADI de resolución de conflictos en cuanto puede hacer que un tratado multilateral sea más atractivo que su contraparte de las Naciones Unidas, logrando así la suscripción de más países al Convenio de Washington.

Asimismo, es importante mencionar que el Convenio de Washington no prohíbe expresamente la participación del *Amicus Curiae* en los arbitrajes del CIADI, esto de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 44 del Tratado Multilateral, el cual reza:

“Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal”¹².

Esta disposición es importante en lo que a la admisión de terceros al procedimiento se refiere, puesto que deja la puerta abierta para que el Amigo de la Corte pueda intervenir en el procedimiento, dado que solo queda en decisión del tribunal el admitir a terceros de acuerdo a cada caso en particular. Sin embargo la desventaja de este artículo en lo relativo al *Amicus Curiae* es precisamente, el hecho de que la decisión de permitir la intervención de este recae únicamente sobre la decisión de los árbitros, lo cual es un riesgo en cuanto podrían negarse a la introducción de estos sujetos procesales al conflicto de inversión.

3. ¿Qué es el *Amicus Curiae*?

3.1 El *Amicus Curiae* en Estados Unidos.

El *Amicus Curiae* corresponde a una figura que es frecuentemente empleada en los países del *Common Law* y en algunas jurisdicciones del Derecho Civil. Esta institución ha tomado fuerza en espectro del Derecho Internacional y es definido por el *Black's Law Dictionary* como “una persona con un fuerte interés u opinión sobre el asunto objeto de la acción, quien puede solicitar al tribunal permiso para radicar un memorial, evidentemente a nombre de una parte, pero realmente para sugerir una razón fundamental consistente con sus puntos de vista. Tales memo-

¹² Convenio de Washington.

*riales del Amicus Curiae son normalmente radicados en apelaciones relacionadas con asuntos de amplio interés público; por ejemplo casos de Derechos civiles*¹³.

3.2. El Amicus Curiae en Inglaterra.

El *Oxford Dictionary of Law* define al Amicus Curiae como: “Un consejero que asiste a la corte exponiendo argumentos en defensa de un interés que probablemente no se haya visto adecuadamente representado por las partes en un procedimiento (como por ejemplo el interés público) o bien intercediendo en favor de interesados cuyos intereses no se vean debidamente representados en el conflicto. En la práctica moderna cuando una corte o tribunal requiere de la asistencia de un Amicus Curiae es costumbre invitar al Fiscal General (Attorney General) para que concurra en defensa del interés público sea personalmente o representado, incluso permitiéndosele actuar como amigo de la corte en representación de órganos profesionales de la ley”¹⁴.

3.3. La figura del Amicus Curiae y el Derecho chileno.

Esta corresponde a una institución que no está contemplada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico y que además no goza de una regulación idéntica en todas las legislaciones de Derecho comparado que la contemplan. Es por esta razón que resulta difícil de explicar en nuestra legislación, sin embargo no podemos dejar de prestar atención a esta institución, sobre todo en materias de conflictos entre inversionistas extranjeros-Estado, ya que solo por el hecho de que el Estado esté involucrado en la contienda, esto implica que podría proceder esta figura sobre la base del interés que se genere por involucrar bienes fiscales y el ente encargado de la administración y representación de nuestro país. Sobre este respecto es del caso señalar que existen autores que además establecen la dificultad de aplicar esta institución en la esfera de la institucionalidad chilena debido a la falta de cultura cívica en nuestro país, pero que a pesar de eso podría ser procedente en nuestro ordenamiento interno, solo hace falta tratarlo con mayor claridad¹⁵.

Es del caso mencionar que en la legislación chilena existen figuras respecto de las cuales sería posible hacer una analogía para obtener mayor entendimiento sobre la institución en cuestión. En nuestro país existe en el ámbito del Derecho Civil la posibilidad de los terceros de intervenir en el procedimiento, los cuales pueden ser Coadyuvantes, Independientes o Excluyentes. Esto dependiendo de

¹³ Mourre, A. (2006). ¿Los amici curiae son la respuesta apropiada al interés público en la transparencia del arbitraje de inversión? *Revista Brasileira de Arbitragem*, 3(12), 60-73.

¹⁴ (2003) *Oxford Dictionary of Law*, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press.

¹⁵ Vargas, L. (2011), “El concepto del Amicus Curiae en nuestra legislación”, columna de Derecho Público, www.lexweb.cl

las pretensiones que dichos terceros deseen hacer dentro del procedimiento, haciendo una analogía el caso del *Amicus Curiae* es equiparable al escenario del Tercero Independiente, sin embargo es necesario señalar que estos últimos son tratados con formas y requisitos distintos para su procedencia e inclusión en el procedimiento. Es así como los Tratados Internacionales contemplan la procedencia de los reportes de los *Amicus Curiae* (Amicus Briefs) para determinar la procedencia de su intervención.

4. La figura del *Amicus Curiae* en los Tratados de Libre Comercio.

4.1. Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Chile.

En los países de la órbita del Derecho Civil no está contemplada esta institución, sin embargo el *Amicus Curiae* ha tomado mucha fuerza en el campo del Derecho Internacional, por lo cual no es de extrañar que ya se comience con la incorporación de esta particular figura propia del *Common Law*. De esta manera podemos ver algunos casos en los cuales se ha fomentado la participación de los "Amigos de la Corte" (*Amicus Curiae*), siendo el primero de estos el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Estados Unidos y Singapur, y quizás más importante, el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos¹⁶. Sobre este respecto el TLC entre Chile y EEUU señala en su artículo 10.19.3: "*el tribunal estará facultado para aceptar y considerar informes amicus curiae que provengan de una persona o entidad que no sea parte contendiente*"¹⁷. Es importante tener en cuenta esta sección del TLC en cuanto hace perfectamente aplicable el Amigo de la Corte a casos de conflictos de inversión presentados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materias de Inversión, puesto que el procedimiento y las normas bajo las cuales se acogerán los árbitros designados por el Convenio de Washington, serán las correspondientes a los TLC, los Acuerdos Promotores, Protectores de la Inversión (APPI) y los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI). Adicionalmente, el TLC entre Chile y EEUU también establece los requisitos necesarios para poder materializar la intervención del amigo de la corte o *Amicus Curiae*¹⁸. El Tratado sobre esto señala "*que dichos informes deberán hacerse en español e inglés y deberán identificar al titular del informe y cualquier Parte u otro gobierno, persona u organización, aparte del titular del informe, que ha proveído o proveerá cualquier asistencia financiera o de otro tipo en la preparación del informe*"¹⁹.

¹⁶ Polanco, R. (2005). *Amicus Curiae: El Rol de Terceros en el Arbitraje Internacional de Inversiones (Amicus Curiae: The Role of Third Parties in International Investment Arbitration)*. *Revista del Abogado*, 35, 42-45.

¹⁷ Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos.

¹⁸ Polanco, R. (2005). *Amicus Curiae: El Rol de Terceros en el Arbitraje Internacional de Inversiones (Amicus Curiae: The Role of Third Parties in International Investment Arbitration)*. *Revista del Abogado*, 35, 42-45.

¹⁹ Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos.

4.2. TLC entre Estados Unidos y Singapur.

Otro TLC, que resalta en este aspecto es el suscrito entre Singapur y Estados Unidos que también sigue la estructura establecida por el TLCAN, permitiéndose así la intervención de los *Amicus* por medio de sus reportes o *briefs*, lo cual a la larga permite una mejor decisión por parte de los tribunales encargados de resolver el conflicto, ya que la participación de terceros en procesos de disputas por inversiones posibilita la instancia de transparencia en cuanto a las posiciones abordadas por la partes y como los abordajes sobre mismos hechos y aplicación del derecho nacional e internacional pueden ser valorados por los tribunales para una mejor resolución de la disputa²⁰.

5. Casos en que se ha aceptado la intervención de terceros en los arbitrajes CIADI.

El *Amicus Curiae* es una institución que se ha ido ampliando en el ámbito del conflicto de solución de controversias en materia de inversión. Esto ha ocurrido tanto en el ámbito del CIADI como en la esfera de competencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). La razón de ser de esta tendencia se debe al hecho de que gradualmente se ha ido consagrando la existencia del tercero no parte en los TLC, esto ha permitido a los jueces admitir posturas o puntos de vista distintos en la tramitación de los procedimientos.

Es así como en el ámbito del CIADI podemos identificar algunos conflictos en los que se ha permitido la intervención de terceros:

5.1. Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. (Aguas Provinciales de Santa Fe) contra República Argentina²¹.

Este conflicto fue sometido al conocimiento del CIADI en el año 2003. La solicitud se refería a las inversiones de las Demandantes en una concesión de servicios de distribución de agua y tratamiento de aguas servidas en la ciudad de Buenos Aires y algunos municipios de los alrededores, y a una serie de supuestos actos y omisiones cometidos por Argentina, incluida la supuesta omisión o negativa de Argentina de aplicar ajustes previamente acordados en los mecanismos de cálculo y ajuste de tarifas²². Posteriormente dentro del mismo año se presentó

²⁰ LEVINE, Eugenia. "Amicus curiae in International Investment Arbitration: The implications of an increase in third-party participation", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 29, 1, 2011, pp. 200-224.

²¹ Sommer, C. G. (2011). Los alcances del *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inversiones. *Revista de la Facultad de Derecho*, 2(2).

²² CIADI. "Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. (Aguas Provinciales de Santa Fe) c. República Argentina" Caso CIADI ARB/03/17.

otro requerimiento ante el CIADI referido a las inversiones realizadas por las demandantes en una concesión de servicios de distribución de agua y tratamiento de aguas servidas en la provincia argentina de Santa Fe, y a una serie de supuestos actos y omisiones incurridos por Argentina de la misma naturaleza que los requerimientos presentados por otras multinacionales en el caso anterior. Las partes en este procedimiento correspondían a compañías multinacionales de origen inglés, español, francés y argentino. Este conflicto se generó debido a la crisis sufrida por la economía argentina en el año 1989, que a juicio del gobierno de la época requirió de la privatización de los servicios públicos de la Argentina. Estas privatizaciones implicaron inversiones millonarias por parte de las multinacionales que obtuvieron concesiones para preparar y poder prestar un servicio adecuado. Sin embargo la situación económica en la Argentina continuó decayendo hasta el año 2001, en donde la República de Argentina se vio presa de una nueva crisis que llevo a la adopción de medidas como el denominado "corralito", que devaluó fuertemente el valor del peso argentino. Esto trajo como consecuencia que las obligaciones adquiridas por dichas multinacionales se tornaran extremadamente onerosas, por lo cual buscaron obtener ante el gobierno local una modificación de las tarifas a cobrar en lo que a servicio de distribución y desecho de aguas se refería. Esta solicitud se fundaba en el hecho de que las medidas adoptadas por el presidente argentino Fernando de la Rúa atentaban en contra de las utilidades que eran generadas por las concesiones obtenidas años atrás. Esta solicitud fue denegada y las ideas que implicaban la renacionalización de dichos servicios comenzaron a tomar fuerza. En razón de la pérdida de las utilidades, las compañías trataron de vender sus acciones al gobierno argentino sin éxito hasta el año 2006 en que el gobierno de Santa Fe dio por terminado el contrato de concesión anunciando que no se le pagaría compensación alguna a los accionistas de las empresas y que además el gobierno se dirigiría en contra de estos, ya que se habían incumplido los términos de la concesión²³.

La normativa aplicable para la resolución de este conflicto se basó en los Tratados de Inversión suscritos de Argentina con España y de Argentina con Francia, durante la década de los 90. Sobre este conflicto, el CIADI estimó en su laudo arbitral que las medidas adoptadas por el gobierno argentino no habían configurado una expropiación a las compañías extranjeras y que no había otorgado completa protección a las inversiones en el país. Sin embargo si destacó la falta de un trato justo y equitativo en el manejo de las inversiones de ambas empresas. Lo que destaca además de este conflicto es la intervención del *Amicus Curiae* en este procedimiento, la cual se vio materializada a través de una Organización No Gubernamental (ONG) llamada "Fundación para el

²³ CIADI. "Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. (Aguas Provinciales de Santa Fe) c. República Argentina" Caso CIADI ARB/03/17. Decisión de respuesta del 19 de mayo de 2006.

Desarrollo Sustentable". El argumento detrás de la admisión de esta organización al procedimiento se basaba en el interés público existente en este conflicto en particular, ya que los servicios prestados por las concesionarias repercutían con gran impacto en gran parte de las zonas metropolitanas. Además de esto el tribunal determinó que los beneficios de incluir a esta clase de terceros en el procedimiento puede plantear una amplia gama de materias de Derecho Público, Derecho Internacional así como también de derechos humanos. El tribunal arbitrador también hizo especial alcance en otro beneficio aparejado al permitir los Amicus Briefs dentro del procedimiento en cuanto esto le daría mayor transparencia al procedimiento de arbitraje entre inversionistas y Estados²⁴.

Importante también parece señalar cuál es la extensión de la participación de los *Amicus Curiae* en los procedimientos arbitrales, ya que en el presente caso de estudio estos habían solicitado su intervención no solo para manifestar su opinión jurídica frente al conflicto en cuestión, sino que además pretendían participar activamente en el procedimiento a través de las audiencias. A pesar de ello esto no pudo ser posible, ya que de acuerdo a lo dispuesto por el Convenio de Washington solo las partes pueden autorizar este tipo de participaciones²⁵, a través de lo contemplado en el artículo 32 inciso 2° del tratado multilateral.

5.2. Caso Methanex Corp. contra Estados Unidos de América²⁶.

Este conflicto fue presentado ante el conocimiento de los tribunales arbitrales regidos por las normas del CNUDMI, encuadrado en las normas del TLCAN. Methanex, una compañía de combustible de nacionalidad canadiense, ejerciendo sus actividades en el estado de California interpuso una demanda ante el tribunal arbitrador ya que en este estado se prohibió la comercialización y uso de un aditivo esencial en el procesamiento de la gasolina, razón por la cual esta empresa optó por demandar para obtener la reparación de los daños sufridos por dicha prohibición. El fundamento de esta prohibición estaba basado en la peligrosidad, el impacto ambiental y la implicancia en la salud de las personas que podía generar éste producto.

El fundamento de Methanex Corporation se basaba en un incumplimiento por parte de Estado Unidos del artículo 1105 número 1, el cual establece: "*Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo,*

²⁴ Sommer, C. G. (2011). Los alcances del amicus curiae en el arbitraje internacional de inversiones. *Revista de la Facultad de Derecho*, 2(2).

²⁵ Sommer, C. G. (2011). Los alcances del amicus curiae en el arbitraje internacional de inversiones. *Revista de la Facultad de Derecho*, 2(2).

²⁶ UNCITRAL. "Methanex Corporation c. United States of America", (NAFTA), Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as Amici Curiae, dated 15 January 2001.

*así como protección y seguridad plenas*²⁷. **Y artículo 1110 número 1, del cual reza:** “Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6²⁸”. El tribunal en este caso admitió la intervención de tres ONG, el International Institute for Sustainable Development (IISD), Communities for a Better Environment y el Earth Island Institute. El argumento para admitir dicha intervención se fundó en el TLCAN, que facultaba al órgano arbitrador determinar discrecionalmente la participación de estos terceros en el conflicto, y sobre este punto ninguna de las partes objetó su intervención en el procedimiento. El interés público comprometido en este caso en particular correspondió en defensa del medio ambiente y la salud pública.

6. Fundamentos de rechazo a la intervención del Amicus Curiae.

La intervención de los amigos de la corte es una materia que está sujeta a la autorización del órgano arbitrador y las partes, es por lo mismo que es posible que no en todas las causas sea posible para el tribunal el admitir la institución de los amigos de la corte, ya que se pueden configurar escenarios en los cuales no esté comprometido mayormente el interés público o derechamente decidir que no es procedente o necesario. Vale decir no solo por el hecho de que el Estado esté involucrado en el conflicto significa que exista un interés público comprometido.

6.1. Caso Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation contra la República del Ecuador²⁹.

Este conflicto se generó debido a que Texaco (hoy parte de Chevron) empezó a explorar los campos de petróleo en el norte del Oriente de Ecuador (alrededor de la ciudad Lago Agrio) a partir de 1964. Entre 1972 y 1992 la empresa extrajo 1.5 mil millones de barriles de petróleo de Ecuador; durante el proceso intencionadamente vertió 19 mil millones galones de residuos en la región y derramó 17 millones de galones de petróleo. Esto generó el quiebre de la relación contractual entre Texaco, Chevron y la República de Ecuador, ya que

²⁷ UNCITRAL. “Methanex Corporation c. United States of America”.

²⁸ UNCITRAL. “Methanex Corporation c. United States of America”.

²⁹ CIADI. “Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. c. República de Ecuador”. Caso ARB/ 2009-23. Decisión del 18 de abril de 2011.

además se afectó gravemente a una población de aborígenes que habitaban en el Amazonas en la Zona de Lago Agrio. Durante el transcurso de este conflicto, se presentaron dos solicitudes por parte de Organizaciones no Gubernamentales de intervenir en el conflicto. Estas entidades eran Fundación Pachamama y el International Institute for Sustainable Development (IISD), quienes fundamentaban su participación en el procedimiento como terceros no partes en el interés público del caso así como también el perjuicio directo al medioambiente y a los aborígenes generado por las compañías norteamericanas. Ante esta solicitud el tribunal arbitral optó por rechazar la intervención de estos terceros. El fundamento de dicha decisión se basó en la determinación de que estos no podían proveer al tribunal con mayores antecedentes que iluminaran al órgano arbitrador en el conocimiento de la causa³⁰. Otro aspecto de suprema importancia para marginar la participación de Pachamama e IISD del conflicto, fue el hecho que de acuerdo a Texaco y Chevron, no se constituiría la figura del "amigo de la corte", ya que de acuerdo a estas petroleras norteamericanas, ambas organizaciones tendrían un largo registro de demandas infundadas en contra de las petroleras estadounidenses, razón por la cual se optó por denegar la participación de estas personas jurídicas en el procedimiento.

6.1.2 Confidencialidad en protección de las partes.

Por último, cabe rescatar igualmente el criterio del juez arbitrador en denegar la participación de ambas organizaciones en calidad de *Amicus Curiae* en cuanto se respeta la información privada de las compañías señalando que el conflicto a pesar de envolver el interés público no implica que se pueda revelar o conceder acceso a la totalidad de la información a terceros no partes del conflicto. En este respecto es entendible la posición del CIADI frente a determinar la posibilidad de rechazar la participación de los *Amicus Curiae* en el procedimiento arbitral. Ya que esta es una garantía que busca proteger a aquellos que se pueden ver perjudicados por la liberación de cierta información restringida o confidencial, lo cual puede afectar gravemente la posición de las entidades privadas que formen parte del conflicto y en algunos casos incluso pueden perjudicar al Estado parte en el conflicto de inversión, pero sin embargo no resulta posible soslayar los eventuales beneficios que pueda tener la inclusión de terceros en la etapa de decisiones sobre la jurisdicción, ya que la inclusión de estos puede arrojar luz sobre la opinión de la sociedad en el presente conflicto, plantear temas importantes a resolver por la jurisdicción del CIADI, y además contribuiría a establecer criterios claros en la resolución de conflictos en materia de inversión.

³⁰ CIADI. "Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. c. República de Ecuador". Caso ARB/ 2009-23. Decisión del 18 de abril de 2011.

6.2. Caso Aguas del Tunarí SA contra República de Bolivia.

Esta disputa presentada a la decisión del CIADI se generó a raíz de la privatización de los servicios de agua potable por parte del gobierno boliviano en la ciudad de Cochabamba. El demandante en este conflicto se vio gravemente afectado, puesto que una vez firmado el contrato de concesión, el inversionista extranjero comenzó con las obras de infraestructura necesarias para prestar su servicio y el cobro de los servicios prestados por concepto de suministro de agua potable y alcantarillado en virtud de lo pactado con el gobierno de Bolivia. Al par de meses, la población de la ciudad de Cochabamba inició movimientos de oposición a través de fuertes y violentas protestas por el cobro de este servicio, el cual era considerado como un servicio esencial por el cual se cobraban precios extremadamente altos. En razón de estos hechos, Aguas del Tunarí SA se vio obligada a rescindir el contrato y a abandonar las obras en curso, posterior a esto esta compañía presentó una demanda al CIADI por violación del Tratado Bilateral de Inversión entre Bolivia y los Países Bajos³¹.

En este conflicto, se presentó una solicitud en calidad de *amici curiae* por parte de una ONG, velando principalmente por el impacto de estas obras en el medio ambiente. Sin embargo cabe señalar que el CIADI en virtud de lo dispuesto por el tratado antes mencionado el tribunal rechazó la solicitud de la ONG fundado en la inexistencia de esta figura en el tratado entre Holanda y Bolivia, y además por el hecho de que según el criterio de los árbitros que conocían la causa, no era necesario contar con los alcances presentados por estos terceros no partes en esta etapa procesal³².

7. Ventajas y desventajas de una mayor transparencia.

7.1. En cuanto a la publicidad de los laudos.

7.1.1 La publicidad y la certidumbre.

La publicación de los laudos en los procedimientos arbitrales relativos a materias de inversión puede tener efectos importantes. No solo en los procedimientos arbitrales como tales sino que además puede afectar el tratamiento que los Estados tienen frente a la inversión foránea adoptando medidas que tengan por objeto el salvaguardar el interés público, además contribuye a la estabilidad y mejoramiento continuo del sistema de arbitraje que pretende solucionar este

³¹ Sommer, C. G. (2011). Los alcances del *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inversiones. *Revista de la Facultad de Derecho*, 2(2).

³² CIADI. "Aguas del Tunari, SA v República de Bolivia". Caso. ARB/02/3.

tipo de controversias³³. Esto es importante, puesto que con la gran influencia del Derecho Anglosajón o Common Law en el Derecho Internacional, existe un gran número de causas conocidas por el CIADI que pueden tener gran relevancia o influencia en conflictos futuros. Sobre este punto es necesario profundizar en atención a la relación atípica que existe de las partes en este conflicto, ya que una de las partes corresponde a una entidad particular que en este tipo de conflictos irá variando, mientras que la otra parte corresponde a un Estado que podría verse beneficiado por tener información acerca de criterios de la corte o fundamentación de los árbitros en conflictos de igual naturaleza con otros inversionistas que hayan buscado internar capital en el territorio de dicho estado.

7.1.2 El peligro de una absoluta transparencia.

No debemos olvidar sin embargo que existen aspectos perniciosos en cuanto a la revelación de cierta información, como se señaló en uno de los fallos antes expuestos, esta representa una de las mayores preocupaciones de la comunidad empresarial, la cual no es infundada puesto que en el modelo competitivo de mercado existente, la información es uno de los activos más importantes que permiten adoptar decisiones que permitan el crecimiento de sus patrimonios y tomar las decisiones necesarias para llevar a cabo este cometido. Es más, la liberación de información privilegiada o confidencial podría ser utilizada para alterar el propósito de los arbitrajes en materia de inversión, el cual no busca disuadir esta actividad, sino por el contrario resaltarla e incentivarla, lo cual solo puede ser logrado a través de un arbitraje que provea la información necesaria para la resolución del conflicto sin perjudicar a ninguna de las partes, ya que para motivar la inversión los conflictos deben ser resueltos de manera justa y con equidad para ambas partes³⁴.

7.2. En cuanto a la participación de terceros.

La participación de terceros en el procedimiento arbitral, así como su intervención en dicho conflicto tienen ciertas ventajas y desventajas. Una de las virtudes de dicha intervención se puede ver reflejada en el conflicto de Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. (Aguas Provinciales de Santa Fe) contra la República Argentina expuesto anteriormente, en virtud del cual el CIADI valoró los nuevos puntos de vista sobre el conflicto al órgano arbitrador. Sobre este punto la OCDE

³³ OECD (2005), "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures", OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/524613550768>

³⁴ OECD (2005), "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures", OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/524613550768>

(Organización para la Cooperación y el Desarrollo) recalca la importancia de prevenir el abuso de la institución del *Amicus Curiae* instancia en virtud de la cual se logre sustanciar el interés legítimo en su solicitud de participar en el arbitraje de inversiones, de tal forma de asegurar la mayor efectividad de estas intervenciones y así evitar que estos amigos de la corte busquen apoyar a alguna de las partes intervinientes en el procedimiento y promover la introducción de argumentos y puntos de vista que permitan una mayor justicia a la hora de solucionar el conflicto³⁵.

7.2.1 El "Enemicus Curiae"

Debemos recordar que la figura del amigo de la corte tiene como propósito "el ayudar neutralmente al órgano jurisdiccional y proporcionarle información en torno a cuestiones esencialmente jurídicas que sean útiles para dirimir fallos de un cierto grado de complejidad"³⁶. Sin embargo existen autores que dudan del proceder de este tercero y que afirman que se ha perdido su característica primigenia de imparcialidad, convirtiéndose en lo que se conoce como un verdadero tercero coadyuvante que interviene de manera claramente interesada en el procedimiento y con un interés comprometido.³⁷ Esto claramente resulta un peligro notable al procedimiento de arbitraje así como además a la eficacia del sistema de arbitraje o resolución de conflicto al cual pretenda ser aplicado. De esta forma se generan inmediatamente reservas ante la aplicación de esta institución, pues resulta necesario llevar a cabo todas las medidas necesarias para asegurar la imparcialidad del amigo de la corte. La desventaja de un control riguroso del amigo de la corte es que impide a cabalidad el ejercicio de la democracia dentro del arbitraje, toda vez que a mayor control, más complejo es aportar información de manera neutral al tribunal a cargo del arbitraje.

La evolución de esta institución tiende a inclinarse hacia el aspecto analizado en el párrafo anterior, llegando a tal punto que ya existen legislaciones en que se contempla esta institución como un equivalente a lo que en nuestro ordenamiento jurídico se conoce como un tercero coadyuvante. De esta forma por ejemplo, las reglas de la Suprema Corte de Estados Unidos de América contemplan la intervención del amigo de la corte como una figura destinada a actuar en favor de una de las partes. Estas reglas informan como la solicitud de un informe del "Amicus Curiae" debe ser presentado si es que este ha de actuar apoyando la postura de alguna de las partes, aunque igualmente con-

³⁵ OECD (2005), "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures", OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing.

³⁶ Bazan, V (2003) , "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.

³⁷ Oberg Yañez, H (2016), "Amicus Curiae", Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo N°33, Enero del 2016

templan la intervención de externos de carácter neutral. Admitir el informe del amigo de la corte de manera expresa en la normativa del mayor tribunal norteamericano da cuenta de la tendencia que ha ido adoptando esta figura, lo que resulta ser un aspecto de gran importancia a analizar a la hora de contemplar la incorporación de esta institución en la normativa interna de Chile o de los tratados internacionales que este celebre, toda vez que podría resultar inoficioso o redundante hacerlo en cuanto ya se contempla una figura de similar propósito.

7.2.2 El alcance del *Amicus Curiae* en el procedimiento.

Sobre la intervención de terceros en el procedimiento arbitral, es menester tener en cuenta la importancia del rol de estos terceros en el procedimiento, teniendo en consideración que a pesar del hecho de que el interés público se vea comprometido o afectado en el conflicto a resolver, las partes no son los amigos de la corte, sino que corresponden al Estado receptor de la inversión extranjera y al inversionista foráneo respectivamente, razón por la cual estos son los únicos que pueden afectar substancialmente el proceso y realizar actuaciones que tengan por objeto afectar directamente a la sentencia dictada por el CIADI u otro órgano arbitrador en materia de inversión extranjera. Es por esto que la intervención de los terceros no partes del conflicto de inversión no debe extenderse a actuaciones que deban corresponderles a las partes. En atención a esto es que parece ser lógico lo expuesto anteriormente por el Convenio de Washington en que es necesario permitirle a las partes el manifestar su consentimiento acerca de permitir a otras entidades participar en el procedimiento.

8. Conclusiones.

Sin duda el conflicto entre una mayor transparencia y la salvaguarda de la información confidencial de las partes presenta una interrogante que no es de fácil resolución. Resulta claro la necesidad de fomentar la transparencia principalmente por el hecho de que el *common law* ejerce una fuerte influencia en el Derecho internacional. Esto se puede apreciar claramente con la institución del amigo de la corte, lo cual fue expuesto con anterioridad. En su estado actual a nuestro juicio parece ser necesario actualizar estos aspectos del arbitraje de inversiones, principalmente en cuanto a la publicación de los laudos, ya que los estatutos actuales en el ámbito internacional impiden la difusión de estos sin la autorización de las partes, lo cual impide el adecuado conocimiento de los fundamentos que justifican el laudo del tribunal arbitral, y que dificulta la aplicación de una tendencia o criterio al cual las partes puedan adecuar su estrategia antes y durante el conflicto ante los centros de arbitraje sean el CIADI o CNUDMI.

Es de igual mérito tener en cuenta el interés público, el cual está presente en gran cantidad de conflictos que se someten al conocimiento de los centros de arbitraje. En este contexto es necesario tener en cuenta que una de las partes en este conflicto es el Estado, y este como tal no es un simple actor en la contienda y en los contratos que celebra con los particulares, sino que además tiene a su cargo la protección de la persona humana y la obligación de permitir la mayor realización de las personas a un nivel material y espiritual. Por esto es en nuestra opinión acertada la decisión por parte de los Estados de incluir en los tratados internacionales a la figura del amigo de la corte, más bien conocida como *Amicus Curiae*, aun cuando esta no corresponda a una legislación que no adopta una institución propia del *common law*. De esta manera la facultad de incorporar posturas que tengan como propósito el resguardar el interés de la sociedad son valorables y deben ser fomentadas de forma tal que aunque este interés no se vea resguardado en el Estado en virtud de esta figura puede informarse acerca del problema y adoptar medidas en la legislación para en el futuro protegerlo. Para el inversionista, este argumento también puede ser de utilidad para determinar el contexto económico y social de un país, lo cual es un indicativo importante en los factores a considerar a la hora de llevar a cabo una inversión de capitales en el extranjero.

8.1. Consideraciones finales.

El auge del *Amicus Curiae* en el Derecho Internacional es prueba de la importancia que reviste el interés público en la resolución del proceso, así como también una eficaz garantía que busca resguardar la justicia y el debido proceso en este ámbito. Sin embargo, en nuestra opinión requiere un tratamiento más acabado en los tratados internacionales, ya que a partir de lo analizado en los casos antes descritos existen aspectos preocupantes en el tratamiento de esta institución. En primer lugar se debiera establecer claramente cuáles son las oportunidades procesales en virtud de las cuales podrán estos terceros no partes del conflicto interponer sus solicitudes para hacer valer sus puntos de vista, de manera tal de evitar la excesiva discrecionalidad existente hoy en día en este aspecto y no dejarlo únicamente en manos del tribunal y las partes. Adicionalmente es necesario señalar que se tienen que establecer salvaguardas en contra de organizaciones que pretenden hacer ataques indiscriminados a algunas de las partes en el procedimiento. Es por esto que la limitación de esta institución a no actuar como parte en procedimiento resulta interesante y beneficiosa, ya que introduce puntos de vista nuevos al procedimiento sin menoscabar la garantía de un debido proceso y los argumentos de las partes. Y es por esta misma razón también que los solicitantes que busquen actuar como amigos de la corte deben estar revestidos de cualidades técnicas que permitan al tribunal obtener conocimientos de nuevos hechos de la manera más eficaz posible. Respetándose así la intención original de esta figura jurídica. Adicionalmente resulta necesario establecer requisitos para regir la intervención de

estas figuras, de forma tal que estas no participen de un modo que favorezca de manera excesiva a una de las partes. La lógica de esto radica en el hecho de que se pierde el propósito de la institución si no se regulan sus requisitos o si estos se regulan en exceso al punto de hacerla completamente inoperante, ya que el propósito por el cual se incluye al amigo de la corte en las distintas legislaciones es el de promover la democracia, y de permitir la exposición de posturas distintas a las expuestas en un procedimiento arbitral, y por supuesto de aclarar aspectos de carácter técnico que no sean del dominio habitual de los organismos arbitrales, esto es para lograr una mayor efectividad y justicia en los laudos que pretendan solucionar el conflicto, siendo esto último un aspecto que no puede ser sacrificado, puesto que ya es un valor difícil de asegurar y del cual depende la eficacia de un juicio.

Respecto de la publicación de los laudos del CIADI, resulta imperativo promover de mejor manera la publicidad de estos, ya que esto es esencial para la estabilidad de este sistema de resolución de conflictos. El efecto de publicar los laudos arbitrales resulta fundamental para tener certidumbre acerca del criterio del centro de arbitraje y también para facilitar la resolución de los conflictos. Para estos efectos es necesario modificar las disposiciones relativas a la publicación de sentencias, de forma tal que estas no requieran el consentimiento de las partes para ser publicadas. Adoptar esta medida de manera absoluta es un perjuicio para ambas partes y convertiría este mecanismo de arbitraje en una solución que no sería conveniente para ninguna de las partes participantes en el procedimiento, por lo cual esta medida debe atenuarse con algún derecho que asista a las partes a solicitar que se declaren como confidenciales algunos aspectos del fallo de forma tal de mantener en secreto aquella información que de ser publicada pueda a la postre perjudicar a las partes dentro y fuera del procedimiento. De este modo ambas metas podrían ser alcanzadas, y así obtener un procedimiento que sea atractivo para la resolución de conflictos en materias de inversión y obtener un balance entre los intereses de las partes y de la comunidad toda.

9. Bibliografía.

1. ALA'I, P. (2000). Judicial Lobbying at the WTO: The Debate over the use of Amicus Curiae Briefs and the US Experience. *Fordham International Law Journal*, 24(1). Fecha de consulta: 28 de Enero de 2016.
2. Bazan, V (2003), "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. Fecha de consulta: 24 de marzo de 2016.
3. CAMPUSANO, R. F. y A. BOLADO. Acciones Populares ante los Tratados de Libre Comercio: "el caso de Colombia y Estados Unidos" En *Actualidad Jurídica*, Año XVII, Número 33, Enero 2016.

4. CAMPUSANO, R. F. y A. 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*, Año XVI, Número 32, Julio 2015.

5. DE BRABANDERE, E. (2011). NGOs and the 'Public Interest': The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes. *Chicago Journal of International Law*, 12(1), 85. Fecha de consulta 19 de enero de 2016, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1992939

6. LEVINE, Eugenia. "Amicus curiae in International Investment Arbitration: The implications of an increase in third-party participation", *Berkeley Journal of International Law*, Fecha de consulta 5 de enero de 2016, disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/berkjintlw29&div=9&id=&page=>

7. MOURRE, A. (2006). ¿Los amici curiae son la respuesta apropiada al interés público en la transparencia del arbitraje de inversión? *Revista Brasileira de Arbitragem*, 3(12), 60-73. Fecha de Consulta 8 de enero de 2016, disponible en: <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?id=RBA2006044>

8. Oberg Yañez, H (2016), "*Amicus Curiae*", *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo N°33 , enero del 2016, fecha de consulta: 24 de marzo de 2016.

9. OECD (2005), "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures", OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing. Fecha de consulta: 8 de enero de 2016 .

10. Oxford Dictionary of Law, (2003) 5th Edition, Oxford, Oxford University Press.

11. POLANCO, R. (2005). Amicus Curiae: El Rol de Terceros en el Arbitraje Internacional de Inversiones (Amicus Curiae: The Role of Third Parties in International Investment Arbitration). *Revista del Abogado*, Fecha de Consulta: 11 de enero de 2016, Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2514212

12. SALAVERRY, F. C. (2015). El CIADI: los cambios producidos y que deben producirse para hacer más transparente la práctica del arbitraje sobre inversiones. *Ius et Veritas*, 18(36), 146-155. Fecha de consulta: 11 de enero de 2016.

13. SOMMER, C. G. (2011). Los alcances del amicus curiae en el arbitraje internacional de inversiones. *Revista de la Facultad de Derecho*, Fecha de consulta: 7 de enero de 2016, disponible en: <http://www.revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/6286>

14. Tagle, C. B. (2014). La influencia de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la práctica de los tribunales arbitrales del CIADI. *Revista Tribuna Internacional*, 3(6), 35-53.

15. VARGAS, L (2011), "El concepto del Amicus Curiae en Nuestra Legislación", columna de Derecho Público, www.lexweb.cl, Fecha de consulta: 22 de enero de 2016, Disponible en: <http://www.lexweb.cl/el-concepto-de-amicus-curiae-en-nuestra-legislacion>

10. Normas.

1. Convenio de Washington, 1965. Fecha de consulta, 3 de enero de 2016, disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf

2. Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Chile, 2010, Fecha de consulta, 17 de enero de 2016, disponible en: <http://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/Tratado-EE.UU-I-OPT2.pdf>

3. Tratado de libre Comercio entre Estados Unidos de América y Singapur, 2003, fecha de consulta 17 de enero de 2016, disponible en: <http://www.reingex.com/Estados-Unidos-Singapur-TLC.shtml>

4. Tratado de libre Comercio de América del Norte, 1994, fecha de consulta 22 de enero de 2016, disponible en: <http://www.reingex.com/Estados-Unidos-Singapur-TLC.shtml>

11. Jurisprudencia.

1. CIADI. "Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. (Aguas Provinciales de Santa Fe) c. República Argentina". Caso CIADI ARB/2003/17. Fecha de Consulta, 12 de enero 2016, <http://www.italaw.com/documents/SuezVivendiAWGDecisiononLiability.pdf>

2. UNCITRAL. "Methanex Corporation c. United States of America", 2001, (NAFTA). Fecha de consulta, 15 de enero de 2016, disponible en <http://www.italaw.com/cases/683>

3. CIADI. "Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. c. República de Ecuador". Caso ARB/2009-23. Fecha de consulta, 27 de enero de 2016, disponible en <http://www.italaw.com/cases/257>

4. CIADI. "Aguas del Tunarí SA c. República de Bolivia". Caso ARB/2002-3. Fecha de consulta, 27 de enero de 2016, disponible en: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0021_0.pdf

Un nuevo procedimiento: ¡electrónico! Ley n° 20.886, 18-12-2015

HÉCTOR OBERG YÁÑEZ

Profesor de Derecho Procesal

RESUMEN: A través de esta exposición se examinan en forma somera las disposiciones de la ley que introduce la tramitación digital de los procedimientos judiciales. Al efecto, se observa el contenido y alcance de sus disposiciones, que constituyen una novedad en el campo procesal, pero al mismo tiempo se comentan sus alcances u objetivos, no siempre tan claros, que van a traer como consecuencia otros problemas y un mayor encarecimiento en demandar una solución jurisdiccional al conflicto de intereses, como también limitar y dificultar el acceso a la justicia. Como es costumbre, será la práctica la indicada de adecuar, solucionar esta tramitación electrónica.

* * *

Una vez más se introducen modificaciones a nuestro más que centenario Código de Procedimiento Civil, y en esta ocasión tales reformas afectan, en cierta medida, a normas que miran al fondo de la normativa procesal. Efectivamente, una ley (N° 20.886) introduce en el quehacer tribunalicio lo que hacía tiempo ya se avizoraba: la tecnología electrónica. Así, como en una época dejó de existir el papel sellado, también ha llegado la hora de no utilizar el papel simple que se emplea en la actividad jurisdiccional.

La ley en referencia no deroga nuestro código procesal, pero le hace profundas transformaciones so pretexto de modernizarlo. Es algo similar a lo que ocurre con las ampollitas incandescentes que pasan a ser desechables simplemente, sin un reconocimiento por el servicio y avance que prestaron. Empero, llegará el instante en que este avance tecnológico en nuestras leyes procesales correrá la misma suerte. La administración de justicia estará entregada al computador, no se precisarán ni tribunales ni jueces, serán desechables.

Haciendo caso omiso de lo anterior, ¿cuáles son las novedades que aporta la ley en referencia?. Para su examen se hará un esbozo de sus disposiciones, agrupándolas por materias:

1.- Campo de aplicación o extensión (art.1°). Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley los tribunales que se mencionan en el art. 5° del COT en sus incisos

2° y 3°, esto es, los tribunales ordinarios que integran el Poder Judicial, que son: Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los presidentes y ministros de Corte, los tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía. A éstos hay que agregar aquellos que forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales, y que son: los Juzgados de Familia, los Juzgados de Letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional. Se exceptúan las causas que conozcan los tribunales militares en tiempo de paz.

Aparentemente de lo transcrito no se vislumbra problema alguno. Es una enumeración taxativa, no caben interpretaciones. Con todo, ¿qué sucede con aquellos tribunales especiales que su normativa incluye en el inciso 3° del COT Son tribunales que se agregan a esa disposición, y que no están “indicados” en ella, por ejemplo los tribunales ambientales. Por otra parte, hay que entender que también escapan a esta norma la Corte Marcial y Corte Naval, y aun cuando aparezca inoficioso expresarlo, los tribunales arbitrales, pese a que algunos de ellos tengan que ceñirse a lo que se prescribe para los jueces ordinarios.

2.- Principios generales (art. 2°) Continuando lo que se registra en otras leyes, ésta enuncia ciertos principios a los cuales se sujetará su tramitación. Ellos son:

a) Principio de equivalencia funcional. Se quiere significar con esta idea que los actos jurisdiccionales y los actos procesales que sean suscritos con firma electrónica son válidos y van a producir los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. En verdad, lo anotado no importa ninguna novedad, toda vez que la Ley N° 19.979, de 12 de abril de 2002, ya lo contenía en su art. 3°. Luego, desde la dictación de la referida ley, y para el caso que nos preocupa, el acto jurisdiccional y procesal suscrito con firma electrónica –no se distingue entre las distintas clases de firma electrónica– tiene la misma naturaleza de un documento, pues se reputan escritos. Cabe agregar que “la firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos efectos legales”. Puede, entonces sostenerse que este principio no es más que la aplicación del principio de igualdad ante la ley, siendo su objetivo la no discriminación en relación a los soportes en cuanto a los efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria.

El art. 2° letra c) menciona actos jurisdiccionales y demás actos procesales. Obviamente se refieren a las actuaciones jurisdiccionales (art. 159 CPC) y no solo a las resoluciones judiciales, sino que también a las actuaciones judiciales (trámites, diligencias, etc.) que sean practicadas por auxiliares de la administración de justicia y que tengan alguna influencia o injerencia en el desarrollo regular del juicio. Por consiguiente, están fuera del alcance de este principio todo lo relativo al aspecto administrativo que se lleva a cabo en los órganos jurisdiccionales, como sucede con el sistema de calificaciones del personal, facultades disciplinarias, licencias, permisos, ejercicio de ciertas facultades de

los Presidentes de Corte de Apelaciones y Corte Suprema (art. 90, 105 COT), otorgamiento del título de abogado, escapa, asimismo, de este principio toda actividad de la Corporación Administrativa del Poder Judicial (art. 506 COT), aun cuando se indica que ella "la ejercerá la Corte Suprema...", la formación de ternas o de quinas, permutas, traslados, etc.

Conviene tener presente y recordar que estos autos acordados los debe dictar la Corte Suprema en virtud de un mandato legal. De esta forma, una vez cumplida la voluntad del Legislativo se agota esta facultad, y no es posible que con posterioridad la Corte Suprema pretenda modificar o reemplazar la acordada original. No obstante, si lo hiciera, puede cuestionarse su constitucionalidad ante el tribunal pertinente (art. 93 N° 2 C.P.E.).

b) Principio de fidelidad. Todas las actuaciones del proceso se deben registrar y conservar íntegramente y en orden sucesivo en la carpeta electrónica, y es ésta la que garantizará su fidelidad, preservación y reproducción de su contenido. Cabe observar que el nombre que se ha asignado a este principio no es el más adecuado, ya que el Diccionario de la Real Academia indica que tal vocablo proviene del latín "fidelitas", que se traduce en "lealtad, observancia de la fe que uno debe a otro" o "puntualidad, exactitud en la ejecución de una cosa". No se divisa como una carpeta electrónica va a cumplir los objetivos de "preservación y reproducción" que se le atribuyen, dado que ella es una hechura de un ser humano, por ende sujeta a manipulaciones que puedan alterar su contenido. ¿Acaso no podría hackearse?

c) Principio de publicidad. No es una novedad, se mantiene lo que anota el art. 9 del C.O.T.: Los actos de los tribunales son públicos, y para ajustarlo al procedimiento digital se agrega que "los sistemas informáticos que se utilicen para el registro de los procedimientos judiciales deberán garantizar el pleno acceso de todas las personas a la carpeta electrónica en condiciones de igualdad" salvo las excepciones legales. Entre estas últimas, el propio artículo señala algunas de ellas inter no sea notificada la resolución que recaiga en ellas, restricciones que operan respecto de terceros, pero no del solicitante. La primera que se menciona es la demanda, con lo cual queda fuera ab initio su notificación tácita, que podía operar sin mayores problemas. No hay razón para excluirla. Al demandado es posible que le interese trabar la litis si observa que tal demanda es improponible, defectuosa, o que el actor carezca de interés, entre otros aspectos, y obtener a la postre un fallo que le sea favorable y que va a producir cosa juzgada. Quedan al margen de la publicidad, por el mismo motivo, las medidas cautelares. La alusión que se hace a las prejudiciales es inoficiosa, pues ellas quedan comprendidas en la palabra cautelar. Por último, hay una regla general, comprensiva de "otras materias cuya eficacia requiera de reserva". Cabe formular la interrogante ¿quién va a decidir la eficacia? Habrán consideraciones positivas y negativas, dependiendo de quien la formule.

Asimismo “se prohíbe el tratamiento masivo de los datos personales contenidos en el sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial, sin su autorización previa”. La infracción que se cometa queda sujeta a la ley N° 19.628, sobre protección a la vida privada, sea que el infractor sea un ente público o privado. Nótese que la prohibición solamente afecta al “tratamiento masivo” y no al “individual o particular”.

d) Principio de buena fe. Conocido en la doctrina con el nombre de probidad o de inmaculación del proceso. De acuerdo con lo expresado por el legislador “todos quienes intervengan en el proceso conforme al sistema informático de tramitación deberán actuar de buena fe”, haciéndose especial referencia a las partes y sus apoderados. Respecto de este principio habrá que recordar que la buena fe se presume, y que, por ende, lo contrario deberá acreditarse, tal como lo hace el legislador procesal civil en algunas situaciones (art. 88 CPC, 600, 591 COT). Sin embargo, se establecen casos en que el juez, de oficio o a petición de parte, debe prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, “toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contrario a la buena fe”. Lo transcrito no pasa de ser sino palabras de buena crianza, una simple recomendación para los intervinientes en el proceso, toda vez que no se indica cuál es la sanción que deberá aplicarse al infractor. Una alternativa mejor habría sido remitirse a la jurisdicción disciplinaria de los órganos jurisdiccionales, que está latamente desarrollada en el COT.

El juez tendría que tener dotes adivinatorias para prevenir el fraude y las otras conductas que se citan como ilícitas o dilatorias, considerando que ellas tendrían que provenir de las partes o sus apoderados.

e) Principio de actualización de los sistemas informáticos. La Corporación Administrativa del Poder Judicial será la encargada de actualizar los sistemas informáticos de tramitación del Poder Judicial con la finalidad de permitir su correcto funcionamiento “y la más expedita interconexión e interoperabilidad entre sí y con otras instituciones públicas”. Lo que prescribe esta regla está ya normado en el art. 506 del COT, cuando preceptúa que “la administración de los recursos ..., tecnológicos ... destinados al funcionamiento” de los tribunales ordinarios y de algunos especiales “la ejercen la Corte Suprema a través de un órgano denominado Corporación Administrativa del Poder Judicial...”.

f) Principio de cooperación. Para hacer efectivo este denominado principio de cooperación lo que se requiere es tener y mantener buenas relaciones humanas con aquellos que, de una u otra forma, entran en contacto por razones de trabajo, que exista una empatía entre los personajes llamados a solucionar el problema en cuestión, y no formular entorpecimientos inanes, que sólo tratan de ser demostrativos de una superioridad insulsa. He ahí que se diga que los

auxiliares de la administración de justicia, así como las instituciones públicas y el Poder Judicial deben cooperar en la utilización de los medios electrónicos, garantizándose así “la interconexión e interoperabilidad de los sistemas informáticos”. Con todo, se dispone además en particular “el reconocimiento mutuo de los documentos electrónicos y de los medios de identificación y autenticación respectivos”. Sobre el particular cabe precisar que este contexto está fuera de lugar. En efecto, es la Ley N° 19.979, sobre instrumento electrónico, la que fija los efectos que tales instrumentos poseen, que nada tienen que ver con el llamado reconocimiento mutuo. Como colofón, se establece que para el logro de tal actuar “las instituciones públicas y los tribunales propenderán a la celebración de convenios de cooperación”. En realidad tal idea nos parece totalmente de más. Los tribunales están llamados a resolver normalmente conflictos de relevancia jurídica, y si llegado el caso necesitan de antecedentes que se encuentren en poder de alguna institución pública, dictarán la correspondiente resolución ordenando su agregación a los autos, so pena de no cumplirse en incurrir en desacato. El órgano jurisdiccional no está para pedir favores, su obrar es imperativo. No necesita de convenios de cooperación.

En síntesis, si bien tales principios son plenamente valederos, no es valedero incorporarlos en la ley, toda vez que ella no está llamada hacer academia, la que debe quedar para los llamados doctrinarios o tratadistas del Derecho Procesal.

Antes de proseguir con el examen de esta ley, debe tenerse presente que conforme al art. 3° transitorio las modificaciones que se introducen al Código de Procedimiento Civil y al Código Orgánico de Tribunales por sus artículos 12 y 13 “no se aplicarán a las causas tramitadas en tribunales distintos de los comprendidos en el art. 1°”, en otras palabras sólo rigen para los tribunales ordinarios y ciertos especiales.

Como quiera que un litigio comenzará normalmente por la interposición de una demanda, ésta seguirá ajustándose en sus requisitos a lo previsto en el art. 254 del CPC y con aquellos otros que demandan autos acordados de las Cortes de Apelaciones, en su caso, y, por cierto, también los comprendidos en la Ley N° 18.120, sobre comparecencia en juicio. Sin embargo, se modifica lo relativo al patrocinio y mandato judicial, pues se indica que ellos “podrán” constituirse mediante firma electrónica avanzada. En lo que atañe al mandato judicial “se considerará poder suficiente el constituido mediante declaración escrita del mandante suscrita con firma electrónica avanzada, sin que se requiera su comparecencia personal para autorizar su representación judicial” (art. 7°). La autorización del secretario o del administrador del tribunal tiene que suscribirse también con firma electrónica avanzada (art. 4°). No debe olvidarse que si bien los juzgados de garantía están sujetos a la normativa de esta ley, la Ley de la Defensoría Penal Pública contiene una disposición muy especial sobre constitución del mandatario judicial, y que entendemos prevalece

sobre esta ley de procedimiento digital. Una observación más a este artículo, es lo relativo al patrocinio. Es sabido que en cuanto a su naturaleza jurídica es un mandato, que se rige por lo que establece el Código Civil, y que tiene un carácter consensual. Tal es así que el art. 1° de la Ley 18.120, prescribe que tal "obligación se entenderá cumplida ..." y no "constituida".

El patrocinio es anterior a la intervención del órgano juzgador, es esa la razón que se utilice la frase "se entenderá cumplida" la obligación de nombrar un abogado patrocinante.

El cambio del verbo modifica su naturaleza jurídica, y lo transforma en contrato solemne, al igual que el mandato judicial. Son los descuidos que los escribidores de las leyes no se percatan al redactarlas. En cuanto a la referencia que se hace para acreditar la calidad de abogado habilitado, no es sino la consagración legal de lo que se practica actualmente en los diversos tribunales. No obstante, el art. 5° de la ley en cuestión, veladamente está restringiendo el ejercicio profesional al ordenar que "los abogados o habilitados en derecho se registrarán en los términos que se regulen en el auto acordado que la Corte Suprema dictará al efecto", ¿con que fines? Del texto de este artículo se desprende que lo es para presentar demandas y todo otro escrito y que tal registro se hará "en los términos que se regulen en el auto acordado que la Corte Suprema dictará al efecto". Olvida esta misma ley que el inciso final del art. 7° menciona que la calidad de abogado habilitado "la hará el tribunal a través de sus registros". ¿Para qué entonces un nuevo registro? Por lo demás es menester recordar el art. 19 N° 3 de la Constitución Política, que en lo pertinente indica que "ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida". Y en la especie es la propia ley (N° 18.120) la que está exigiendo la asistencia del letrado en los asuntos contenciosos y voluntarios de que conozcan los tribunales de justicia. Además, es el Código Orgánico de Tribunales el que regula el ejercicio profesional, el cual al tener el carácter de ley orgánica constitucional prevalece sobre una ley ordinaria, común y corriente, como es la que comentamos.

En forma excepcional cuando las circunstancias así lo requieran o se trata de una persona que carece de los medios tecnológicos necesarios, debidamente autorizada por el tribunal, los escritos podrán presentarse en soporte papel por conducto del ministro de fe respectivo, los que deberán ser digitalizados e ingresado a la carpeta electrónica. A simple vista, es posible observar que la autorización a que se alude es anterior a la gestión que en forma principal se desea realizar. ¿Y cómo se va a verificar? No hay aún la autorización que se pretende. ¿Se tratará de una gestión no contenciosa, o se estimará como un trámite que formará parte de la diligencia o trámite que devendrá? ¿A qué tramitación se va a ceñir?

Prosiguiendo con nuestra demanda, debe tenerse en consideración que ella ya no se “presenta”, sino que se “ingresa”. En tanto no se ingrese al sistema no es nada. Sólo adquiere vida procesal por su incorporación por vía electrónica al referido sistema. No se piense que tal aspecto carece de interés, pues basta traer a colación que el ejercicio de ciertos derechos producían efecto desde la presentación de la demanda y no desde su notificación legal.

Enfrentado el juez a una demanda deberá darle la tramitación pertinente, según sea la naturaleza de la acción deducida, e incluso puede no darle curso, al tenor del art. 256 del CPC.

Proveída conforme a derecho dicha demanda, la resolución respectiva deberá notificarse por algunas de las formas contenidas en el Código Procesal Civil para que produzca sus efectos legales. Empero, este procedimiento digital introduce ciertas particularidades en esta materia. Es así que se autoriza a “cualquiera de las partes o intervinientes” (¿querrá decirse terceros?) para “proponer para sí una forma de notificación electrónica”, la que el tribunal puede aceptar si a su juicio resulte suficientemente eficaz, y aun cuando tal notificación deba realizarse por cédula, y no vaya a producir indefensión. “Esta forma de notificación será válida para todo el proceso”(art. 8°).

Al tenor de lo que dispone esta ley (art. 4°), las resoluciones y actuaciones del juez deben ser suscritas con firma electrónica avanzada, e igual predicamento rige para el secretario, el administrador del tribunal y los auxiliares de la administración de justicia. Estos personajes, se agrega, son personalmente responsables de tal firma, la que no pueden compartir, y que se pone a su disposición. No se indica quién será el dispensador de la firma en cuestión, toda vez que para lograr tal firma debe cumplir todo un procedimiento de carácter administrativo que naturalmente es oneroso, y cuya mantención en el tiempo tampoco es gratuita. Sin duda que será la Corporación Administrativa del Poder Judicial la proveedora de tal artilugio para los jueces, secretarios y administradores de los tribunales, pero no así respecto de los demás auxiliares que se incluyen genéricamente, no obstante que del tenor literal de esta norma se concluye otro alcance. Por otra parte, se prohíbe “compartir” esta firma electrónica avanzada, lo que constituye un error a la luz de lo que se estatuye en la ley del instrumento electrónico, que le otorga una naturaleza esencialmente personal, no hay firma electrónica avanzada bipersonal. Compartir para el Diccionario de la Real Academia es “repartir, dividir, distribuir la cosa en partes; participar en alguna cosa”. Es obvio que tal firma no se ajusta a estos decires. Al emplear este tipo de firma las resoluciones suscritas por el juez no requerirán ser autorizadas por el ministro de fe correspondiente. Un error más en este inciso 3° del art. 4°. El secretario como ministro de fe lo que hace es autenticar la firma del juez, no el contenido de la resolución que éste ha emitido. En cuanto a las copias que pueden pedirse, si se precisan que sean autorizadas, serán suscritas

con firma electrónica y se estampará un sello de autenticidad. En este caso no se requiere de firma electrónica avanzada, será suficiente la firma electrónica simple, de ahí la exigencia del sello de autenticidad.

Es del caso considerar que teniendo las actuaciones y resoluciones procesales una naturaleza electrónica, no tiene sentido distinguir entre originales y copias, pues el único original sería el conservado en la memoria del soporte informático que lo crea y toda otra representación sería copia. En definitiva, lo que importa es que tal copia electrónica tenga la virtud de asegurar la autoría e integridad, lo que logrará por el sello de autenticidad que se estampe en ella, el cual estaría de más en razón de que la "copia" se emite por el sistema con la firma electrónica avanzada, y el texto tiene la eficacia del original, que está inserta en la memoria RAM del computador que forma parte del sistema informático del Poder Judicial.

Dispone esta ley (art. 9) que los receptores judiciales "para efectuar los registros de actuaciones deberán registrarse en el sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial". Para entender este mandato hay que armonizarlo con el art. 391 del C.O.T., que a la letra señala que "los receptores estarán al servicio de la Corte Suprema, de las Cortes de Apelaciones y de los juzgados de letras del territorio jurisdiccional al que estén adscritos". En consecuencia estos ministros de fe no pueden ejercer sus funciones si no practican el mencionado registro, lo que atenta contra su libertad de trabajo. ¿Tendrán que registrarse en todos los tribunales letrados o bastará que lo hagan en un determinado tribunal, por ejemplo, en las Cortes de Apelaciones? ¿Qué sucede con aquellos lugares donde hay más de un juzgado?

No debe dejarse de lado que en este sistema informático se comprenden todos los órganos jurisdiccionales del art. 5° incs. 2° y 3° del COT, ¿será necesario registrarse en todos ellos? Nótese, además, que esta obligación se extiende a "los receptores judiciales", y tales son los que se informan en el COT, y quedarían fuera todos aquellos que son designados con tal carácter por otros organismos administrativos, por así facultarlos sus leyes. ¿Estos cómo van actuar?

Sobre la forma en que deben practicar su trabajo, este artículo indica una serie de aspectos que deben cumplir, ya que el "incumplimiento culpable o doloso a estas normas constituirá una falta grave a las funciones y será sancionado por el tribunal" con alguna de las medidas contempladas en el art. 532 N° 2, 3 y 4 del COT, y de haber reincidencia "el juez deberá aplicar la medida de suspensión de funciones por un mes". Continúa esta norma con manifestaciones de una clara desconfianza hacia estos auxiliares de la administración de justicia. Es así que la actuación que debe llevarse a efecto tiene que registrarse en el sistema "dentro de los dos días hábiles a la fecha" de su realización, algo similar ya existe en el COT (art. 393). Lo anotado no es suficiente. En efecto, "en las notificaciones,

requerimientos o embargos, el testimonio o acta de la diligencia incluirá un registro georreferenciado (sic), que dé cuenta del lugar, fecha y horario de su ocurrencia". Lo novedoso está en el alcance que se formula a la georreferencia (D.R.A.), idea en la cual se insiste en el siguiente inciso (4°), dejándose a la Corte Suprema "los requerimientos y especificaciones técnicas que deberán cumplir los receptores para determinar, mediante un sistema de coordenadas, su localización geográfica al momento de practicar la diligencia". Al referirse a las coordenadas se alude a la longitud y latitud, que son los medios que sirven para precisar una "localización geográfica". Más sencillo habría sido expresar que la Corte Suprema dispusiera que se utilizara un GPS por estos auxiliares. Empero, hay más requisitos, dado que si se trata de retiro de especies muebles el receptor debe incluir "un registro fotográfico o de video con fecha y hora", salvo "que exista oposición de parte del deudor o el depositario". Es evidente que siempre habrá oposición y, por ende, no serán necesarios tales registros.

Es lo cierto que el cumplimiento de todos estos requisitos sólo encarecen el concurrir a la administración de justicia, pues alguien deberá asumir el costo que ellos representan, y no va a ser el receptor precisamente. ¿Quién va a cubrir estos costos cuando el litigante goce del privilegio de pobreza, o se trate del receptor de turno?

Finaliza todo este procedimiento electrónico con una referencia a los exhortos, oficios y comunicaciones judiciales (arts. 10 y 11). En lo que atañe a los exhortos nacionales deberán ser remitidos, diligenciados y devueltos a través del sistema de tramitación electrónica. Si el tribunal exhortante o exhortado carece de este medio digital, "se utilizará una casilla de correo electrónica creada para tales efectos". Si se está asumiendo que estos tribunales carecen del sistema de tramitación electrónica ¿cómo y quién va a crear una casilla de correo electrónico?

Asimismo, "los oficios y comunicaciones judiciales que se verifiquen desde o hacia instituciones públicas nacionales que cuenten con los recursos necesarios se diligenciarán por medios electrónicos", si ello no es posible, se empleará el "medio de comunicación idóneo más eficaz de que disponga esa institución pública". Con esta tesis esta ley no sólo se refiere a la tramitación electrónica en el Poder Judicial, sino que invade el campo del Derecho Administrativo al comprender a las instituciones públicas en su forma de comunicarse con este Poder.

Así las cosas, esta ley de tramitación digital no solucionará problemas en los órganos judiciales, sino que, por el contrario, creará otros. Actualmente diversos tribunales, por no decir la mayoría, utilizan procedimientos informáticos en su gestión, que seguirán en uso hasta la entrada en vigencia de la ley en cuestión (junio y diciembre 2016), y que deberán dejarse de lado para seguir rigiéndose por la normativa de esta Ley 20.886. Tal vez el que más puede destacarse está vinculado con el Auto Acordado de la Corte Suprema de fecha

4 de noviembre de 2013, que regula la tramitación en sistema informático de recurso de protección. Básicamente sus disposiciones son similares a la ley que se ha examinado, pero ¿se entenderá que quedará marginado de dicha ley, y que él subsistirá? La respuesta a la interrogante parece obvia frente al tenor del art. 1° de la ley en referencia: **“la presente ley se aplicará a todas las causas que conozcan los tribunales indicados en los incisos segundo y tercero del artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales...”**.

Conforme al artículo primero transitorio se formula un distingo para la vigencia de esta ley. Es así que se aplicará “para todas las causas que se tramiten ante los tribunales que ejerzan jurisdicción en los territorios jurisdiccionales de las Cortes de Apelaciones de Arica, Iquique, Antofagasta, Copiapó, La Serena, Rancagua, Talca, Chillán, Temuco, Valdivia, Puerto Montt, Coihaique y Punta Arenas”, en el plazo que se ha mencionado precedentemente. Son trece los tribunales mencionados, los cuatro restantes –Santiago, San Miguel, Valparaíso, Concepción– gozarán de un término mayor. Con todo, hay algo que llama la atención en el texto de esta norma, en ella no se menciona a la Corte Suprema. De esta suerte, dicho tribunal tendrá, desde luego, que quedar sujeto a esta ley desde su publicación -18 de diciembre de 2015-, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 6°, 7° y 8° del Código Civil.

Para tratar de dar una explicación a esta ausencia que comentamos, y que sería más aparente que real, se encontraría en la obligación que esta ley impone a la Corte Suprema de dictar numerosos autos acordados para regular el quehacer tribunalicio. Como una forma de recordarlos esta obligación se registra en las siguientes disposiciones:

- 1) Artículo 2° letra c), que a la letra indica que “la Corte Suprema regulará mediante auto acordado la búsqueda de causas en el sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial”.
- 2) Artículo 5° que la presentación de demandas y de escritos se harán por vía electrónica, y para tal fin “los abogados y habilitados en derecho se registrarán en los términos que se regulen en el auto acordado...”.
- 3) Artículo 3° inc. 4, cuyo texto establece, refiriéndose a las actuaciones de los receptores, que este tribunal “podrá regular a través de auto acordado la forma de dejar constancia de la georreferencia (sic)...”.
- 4) Artículo 2° inc. 2° transitorio ordena que para la aplicación de esta regla la Corte Suprema “dictará uno o más autos acordados con el objetivo de asegurar su correcta implementación”.

- 5) Artículo 29 del Código de Procedimiento Civil, que sustituye al actual, aludiendo a la formación de la carpeta electrónica, y como una forma de garantir, conservar y reproducir lo que se obre y exista en el juicio, se hará "a través de cualquier medio que lo garantice", lo que se practicará mediante auto acordado.

En conclusión, la Corte Suprema debía quedar marginada de las exclusiones para poder dictar estos autos acordados que le encomienda el Poder Legislativo, y comprender, por ende, que la ley en cuestión está vigente para ella desde ya, pues estimar lo contrario habría tenido que esperar seis meses, al menos, para ejecutar estos mandamientos que se contienen en ella.

La responsabilidad civil de los jueces: Procedencia y régimen aplicable

PATRICIA MARCELA FUENZALIDA MARTÍNEZ

Jueza Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago,
Magister en Derecho del Trabajo

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ;

Master Especialización Tutela de Derechos Fundamentales:
La Protección Jurisdiccional en Materia de Género y Menores,

UNIVERSIDAD DE JAÉN

Doctoranda en Derecho

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.

RESUMEN: En las páginas siguientes se abordarán algunas cuestiones generales relativas al sistema de responsabilidad civil consagrado por la normativa nacional, sus principales distinciones y características. Así como el modo en que este ha recogido algunos casos especiales de responsabilidad, para concluir en un análisis acerca de la procedencia de hacer extensivo dicho régimen general de responsabilidad a un tipo especial de daño, cual es aquel daño causado por el juez, a través de su ejercicio ministerial, cuando este incurre en un actuar negligente o doloso.

Desde ya, sostendremos la procedencia de extender las reglas generales en materia de responsabilidad como vía apropiada para reparar aquellos perjuicios causados por el actuar judicial. De lo cual se deriva que no resulte necesario, en nuestro sistema jurídico, establecer un régimen particular a este respecto.

* * *

I.- Introducción

Ya desde el Derecho Romano podemos encontrar normas que crean y regulan sistemas destinados a obtener la reparación de los daños causados, sea por el incumplimiento contractual, o por el actuar culpable de quien, sin previo vínculo contractual, causa un perjuicio a la persona o patrimonio de otro. En efecto, la principal distinción que recoge nuestro sistema de obligaciones, cuya data es de alrededor de dos mil años, se funda en la existencia de obligaciones que emanan del contrato y otras que emanan del ilícito¹, distinción que sigue resultando fundamental cuando analizamos aspectos tales como el origen de la obligación,

¹ Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 18 y 975.

el estándar de diligencia exigible, el tipo de daño indemnizable, la posibilidad de tasarlo anticipadamente, cómo responderán los obligados en el caso de ser varios, la procedencia de la responsabilidad por el hecho ajeno, los plazos en que se puede accionar para hacer efectiva la responsabilidad, entre otros².

La distinción entre la responsabilidad que emana del incumplimiento contractual y del hecho ilícito, también ha sido recogida por nuestro legislador nacional. El Código Civil chileno, siguiendo en la conceptualización de ambos tipos de responsabilidad a su par francés, regula en el Título XII del Libro IV, Del Efecto de las Obligaciones, el modo en que deben cumplirse los contratos y de qué modo se resuelve la mora de alguno de los contratantes, según sea una obligación de hacer o no hacer, incorporando ambas alternativas la posibilidad del contratante diligente de requerir la indemnización de aquellos perjuicios causados por el incumplimiento; en tanto que en su Título XXXV del Libro IV, de los Delitos y Cuasidelitos, establece la obligación de quien ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro de indemnizar, ello sin perjuicio de la pena que impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Escasa variación ha presentado en el curso del tiempo esta clásica regulación de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, sin embargo, durante los últimos años, la doctrina, seguida por la ley y la jurisprudencia se ha ocupado de analizar una serie de casos especiales de responsabilidad, en los que la calidad o naturaleza de los involucrados parece justificar algunas modificaciones respecto del régimen general. Así ocurre, por ejemplo, con aquella responsabilidad que pesa sobre la Administración del Estado en favor de los administrados; la de los profesionales en favor de quienes contratan sus servicios; la responsabilidad derivada de la producción de ciertos bienes, como ocurre en materia de construcción, o del otorgamiento de ciertos servicios, como son las prestaciones médicas; la responsabilidad derivada del delito; la responsabilidad de ciertas personas que ocupan un rol preponderante en determinadas relaciones contractuales, como ocurre con la responsabilidad de los directores o gerentes de sociedades, respecto de los socios o accionistas, o de los empleadores respecto de sus trabajadores en materia de accidentes del trabajo. Lo anterior, sólo por mencionar algunas hipótesis especiales de responsabilidad que han captado la atención de la doctrina, de entre las cuales luego nos referiremos con mayor detalle a dos casos: la responsabilidad de la Administración del Estado y aquella que pesa sobre los profesionales, en particular los profesionales jurídicos o del área del derecho.

En este contexto jurídico, que no sólo admite, sino que manda que quien causa un daño a otro, mediante sus acciones cuando estas no se realizan con la debida prudencia o corrección, deba repararlo, sea un particular o un órgano del Estado,

² Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 20 y ss.

podemos preguntarnos qué ocurre con los perjuicios derivados de las faltas o abusos que puedan ser cometidos en el ejercicio de la labor jurisdiccional. Ello, supuesto que, como veremos, existen una serie de obligaciones concretas impuestas a los jueces, quienes pueden incumplir dichas obligaciones y, además, pueden errar en sus actuaciones y decisiones, error que puede motivarse, entre otras causas, en un incumplimiento de sus obligaciones o un actuar negligente o descuidado. Y es en este escenario, quizás a medio camino entre la responsabilidad del Estado y la de los profesionales jurídicos, que nos encontramos con la responsabilidad derivada de los daños que pueda causar el juez, cuando desempeña su cargo con desapego a las normas que regulan su actuar ministerial.

Frente a aquello, surgen varias preguntas de interés, entre ellas ¿es compatible la existencia de un régimen de responsabilidad civil con la independencia con que deben resolver los jueces los asuntos sometidos a su conocimiento?; luego, si es posible establecer un régimen de responsabilidad por los daños que puedan cometer sin afectar su independencia, ¿cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a los jueces?, ¿es suficiente y adecuado el régimen general de responsabilidad o se requiere de normas especiales que refuercen o faciliten el ejercicio de las acciones indemnizatorias de parte del justiciable afectado?

Con miras a contestar estas preguntas es que expondremos, brevemente, algunas cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado y la responsabilidad de los profesionales, para luego revisar el actual estatuto de los jueces, a fin de precisar cuáles son sus principales obligaciones y los regímenes aplicables en caso de incumplimiento. Hecho lo anterior, esbozaremos algunas respuestas a las preguntas planteadas.

II.- Cuestiones previas

1.- La responsabilidad de la Administración del Estado:

Comenzaremos el análisis con esta cuestión, dado que cuando hablamos de responsabilidad frente a eventuales perjuicios causados por jueces en el ejercicio de sus funciones, atendida la investidura que estos detentan, estamos hablando no sólo de la responsabilidad que pueda corresponder al juez en tanto persona natural, sino también de un caso más de responsabilidad de un Poder del Estado frente a los administrados.

La consagración positiva de la responsabilidad del Estado ha sido una tradición del constitucionalismo chileno³, que desde temprano ha previsto la existencia

³ Soto Kloss, Eduardo, *Derecho administrativo: bases fundamentales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 293.

de límites a la actuación del Estado y sus órganos, sancionado las conductas que importan infracciones a estos límites, responsabilidad que no se agota en la posibilidad de reparar económicamente al afectado, sino que se ha desarrollado en buena parte mediante la declaración de nulidad de actuaciones de la autoridad⁴.

En el texto constitucional actualmente vigente, dichas responsabilidades derivan principalmente de lo previsto en los artículos 6° inciso tercero, 7° inciso tercero y 38 inciso segundo, sin perjuicio de otras normas contenidas en la Carta Fundamental, como el artículo 19 N° 20 y 24, y de leyes complementarias, como la N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Más novedosa, quizás, en nuestro sistema jurídico, resulte la recepción de la institución francesa de la responsabilidad patrimonial del Estado por falta de servicio⁵, tendiente a resguardar la indemnidad del patrimonio del administrado y a restablecer el equilibrio entre Administración y administrado⁶.

La responsabilidad del Estado, entendida como el efecto jurídico que la Constitución da a los actos, hechos, conductas u omisiones contrarios a Derecho, producidos por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, cualesquiera sean éstas, y que ocasionan daños a una víctima que no está jurídicamente obligada a soportarlos⁷, posee características propias y específicas. Un elemento que destacan distintos autores, más allá del concepto de responsabilidad del Estado y/o de falta de servicio que cada uno sostenga, es que esta se construye sobre la base de conductas antijurídicas de la Administración⁸, lo que permite distinguir este ámbito reparatorio de aquellas indemnizaciones previstas en la Constitución o las leyes respecto de actuaciones que causan perjuicios, pero que han sido previstas o permitidas por el ordenamiento, como aquella contemplada en el artículo 19 N° 24 inciso tercero de la CPR, además de excluir la posibilidad de reparar aquellos daños que puedan ser causados por la Administración, respecto de los cuales el legislador haya previsto alguna causal de justificación.

⁴ A este respecto ver, entre otros, Aróstica M., Iván, "Estado de derecho y nulidad de derecho público", en *20 años de la Constitución chilena*, Universidad Finis Terrae, Ed. LexisNexis, Santiago, 2001, pp. 129 a 139.

⁵ Incorporada por primera vez como factor de atribución en el, hoy derogado, decreto ley N° 1289 de 1976, sin perjuicio de existir antecedentes jurisprudenciales, ya desde el Derecho Indiano (1798), que habían reconocido la sujeción del Estado al principio de responsabilidad patrimonial. Todo ello, como lo recuerda Román Cordero, Cristián, "Responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio (=responsabilidad objetivada)", en *Derecho público iberoamericano*, Revista del Centro de Justicia Constitucional, año 1, N° 1, octubre de 2012, Chile, pp. 27 a 29.

⁶ *Ibíd.* pp. 28 y 29.

⁷ Soto Kloss, Eduardo, *op. cit.* en nota 4, pp. 307 a 308.

⁸ *Ibíd.*, pp. 299 a 300, y 307; Barros Bourie, Enrique, *op. cit.* en nota 2, p. 484; Rodríguez Grez, Pablo, *Nuevas tendencias de la responsabilidad*, Editorial Abeledo Perrot - Thomson Reuters, Chile, 2011, p. 142.

En cuanto a la fuente y sustento de este régimen de responsabilidad, se discute, principalmente entre quienes analizan el problema desde una óptica administrativista y quienes lo hacen desde una civilista, si existe realmente un régimen especial fundado en la Constitución o si, por el contrario, debemos acudir a normas legales, inclusive al propio Código Civil como norma supletoria. Discutiéndose, en consecuencia, si este tipo de responsabilidad se encuentra regida por el derecho público o privado, lo que plantea diferencias sustanciales respecto a si es posible sostener que se trate de una responsabilidad objetiva o no, los alcances del daño a reparar, las normas sobre prescripción aplicables, entre otros aspectos⁹. Sí existe acuerdo en orden a que se trata de una responsabilidad directa, por el hecho de la persona jurídica y no por la actividad de un tercero, como serían sus empleados o dependientes (en los términos previstos por los artículos 2330, 2321 y 2322 del Código Civil), lo que obsta a que la Administración pueda excepcionarse acreditando haber adoptado todas las medidas exigibles para evitar o prevenir el daño, ello sin perjuicio de la responsabilidad personal del propio funcionario que hubiere causado el daño y del derecho de la Administración de repetir en contra de aquel¹⁰.

Es importante tener presente que la responsabilidad personal o propia del funcionario, procedente en el caso de existir una acción u omisión mediante la cual este hubiere causado el daño, es distinta de aquella que pesa sobre el propio Estado, derivando consecuencias distintas de uno y otro caso. En este punto, incluso quienes sostienen que la responsabilidad del Estado se funda en un régimen especial y de derecho público, como hace el profesor Eduardo Soto Kloss, precisan que, en este caso, nos encontramos frente a una responsabilidad subjetiva¹¹, regida, en consecuencia, por las normas generales previstas al efecto en el derecho privado, conclusión que sustentan en el texto expreso del artículo 38 inciso segundo de la CPR, que señala: *“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.”* Norma reforzada por el artículo 4° de la Ley 18.575, que a su vez prevé: *“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.”*

Esto último es importante, ya que nos permite adelantar que cuando hablemos de daños derivados de errores o faltas cometidas en el marco de un proceso judicial, el particular afectado podría perseguir tanto la responsabilidad del

⁹ Para argumentos en uno y otro sentido, Barros Bourie, Enrique, op. cit. en nota 2, pp. 489 a 496; Rodríguez Grez, Pablo, op. cit. en nota 9, pp. 111 a 127; y Soto Kloss, Eduardo, op. cit. en nota 4, pp. 293 a 311; Román Cordero, Cristián, op. cit. en nota 6, pp. 29 y ss.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Soto Kloss, Eduardo, op. cit. en nota 4, p. 310.

Estado, si es del caso, como la del funcionario que causó el perjuicio, debiendo emplear en cada caso el régimen que corresponda. Sea el régimen especial de Derecho Público, en el caso de perseguir la responsabilidad del Estado, o aquel régimen general de Derecho Común, si se trata de la responsabilidad personal del funcionario.

2.- La responsabilidad por la actividad jurisdiccional:

Sin perjuicio de las normas generales que regulan la responsabilidad del Estado por falta de servicio, la Constitución ha previsto también un caso especial de responsabilidad del Estado, derivada de la falta de uno de sus Poderes, esto es, la responsabilidad por error judicial, limitándola a aquellos que se pudieren cometer en sede penal y bajo condiciones muy precisas, que corresponden a las indicadas en el artículo 19 N° 7 de la CPR, que garantiza el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, cuya letra i) dispone: *“Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”*.

La norma consagra un régimen jurídico muy acotado, limitado a las privaciones de libertad que se produzcan en sede penal, el que, no obstante, y como sostienen algunos autores¹², no debiere entenderse que excluye la responsabilidad general del Estado, respecto de otros daños que causare la actividad jurisdiccional, dado que es evidente que no sólo en materia penal pueden adoptarse decisiones *“injustificadamente errónea(s) o arbitraria(s)*, que irroguen un grave perjuicio a quien las sufre. Lo anterior, sin perjuicio de anotar que, nuevamente desde la doctrina civilista, misma que discute que la actividad de la Administración del Estado se asiente en un régimen especial de responsabilidad, objetivo y de derecho público, se emplea precisamente este caso, en que sí se reconoce la existencia de un tratamiento especial, para afirmar que, en los restantes, respecto de los cuales la Constitución omitió una reglamentación especial, deben aplicarse las normas de derecho común¹³.

Por otra parte, este tipo de responsabilidad también se ve limitada atendida la gravedad del error que se pretende reparar, dado que según la norma citada la indemnización sólo resulta procedente cuanto la resolución en cuestión haya sido declarada *“injustificadamente errónea o arbitraria”*, lo que ha sido entendido por la jurisprudencia como referido a decisiones caprichosas, incompresibles,

¹² *Ibíd.*, p. 297.

¹³ Rodríguez Grez, Pablo, op. cit. en nota 9, p. 118.

insensatas u otros adjetivos similares. Exigencia de un error tan grave, que ha llevado a que esta acción tenga escasa relevancia práctica, pudiendo contarse muy pocos casos de sentencias estimatorias, entre las cuales podemos mencionar las siguientes: S.C.S. de 25 de julio de 1989, G.J. N° 109, pp. 49-54, S.C.S. de 10 de junio de 1999, G.J. N° 233, pp. 77-80¹⁴.

Por cierto que este alcance tan restringido de la norma, además de resultar difícil de conciliar con los principios garantistas de nuestro actual procedimiento penal, puede significar un problema, no sólo para quienes la invocan, sino también para el Estado, que puede verse enfrentado a situaciones impresentables, en que la falta de respuesta de parte del sistema jurídico, puede afectar la propia legitimidad del sistema. De aquello da cuenta la existencia de un caso en que la privación de libertad, en razón de haberse imputado un delito y el posterior rechazo a la acción indemnizatoria, sirvió de fundamento a una denuncia interpuesta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado de Chile, por los señores Juan Manuel Contreras San Martín, Víctor Eduardo Osses Conejeros y José Alfredo Soto Ruz, cuya tramitación concluyó luego de aceptar las partes una propuesta de solución amistosa propuesta por la Comisión¹⁵⁻¹⁶.

De este modo, dado el acotado ámbito de aplicación de esta norma y su escasa utilidad práctica, difícilmente pueda servir para construir una teoría general de la responsabilidad del Estado, derivada de la actuación jurisdiccional. Máxime si consideramos que los errores cometidos por la judicatura en materia civil, contenciosas u otras, son tan dignos de reparación como aquellos que se puedan cometer en sede penal, como bien lo reconocen otros sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, la Constitución española consagra un sistema de responsabilidad más amplio frente a los perjuicios causados por la actuación del Poder Judicial, disponiendo su artículo 121¹⁷ la reparación frente a errores judiciales, sin limi-

¹⁴ La mención a estos y otros casos acogidos y rechazados, está disponible en: Zúñiga Urbina, Francisco, La acción de indemnización por error judicial: Reforma constitucional, regulación infraconstitucional y jurisprudencia. *Estudios constitucionales* [online] 2008, vol.6, n.2, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002008000100002&script=sci_arttext; Igualmente para ejemplos de sentencias sobre esta materia: Schopf Olea, Adrián y García Machmar, William, *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2007; y Soto Kloss, Eduardo, op. cit. en nota 4, pp. 465 y ss.

¹⁵ El informe N° 32/02 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que contiene el resumen de la denuncia, la tramitación ante la Comisión, la propuesta de solución, las medidas adoptadas por el Estado denunciado y la aprobación de esta solución amistosa, se encuentran disponibles en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Chile11715.htm>.

¹⁶ La comparecencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en este caso se funda, entre otras normas, en lo previsto en el artículo 10 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto De San José) de 1969, que sienta las bases de las acciones indemnizatorias por error judicial, al declarar que: "Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial."

¹⁷ Art. 121 C.E.: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley."

tarlos a ninguna materia en particular y agregando la responsabilidad derivada del “*funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*”. Lo anterior importa que cualquier ciudadano que se sienta perjudicado por un error o actuación anormal de la Administración de Justicia, pueda intentar dicha acción, sin distinción en cuanto al tipo de procedimiento en que se causaron los perjuicios, bastando con que acredite un *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, estándar que parece mucho más asequible para el justiciable que aquel contemplado en nuestra Carta Fundamental.

3.- La responsabilidad de los profesionales:

Es interesante introducir algunas ideas sobre este tipo de responsabilidad, dado que si bien los jueces forman parte de la Administración del Estado, a través de uno de sus Poderes, lo cierto es que el perjuicio producido por sus actuaciones o decisiones puede provenir tanto de acciones cometidas por auxiliares de la administración de justicia, como por los propios jueces, y respecto de estos últimos existen una serie de elementos que permiten asimilar su estatus, a estos efectos, al de otros profesionales, en particular, los profesionales jurídicos.

En efecto, una de las categorías nuevas de responsabilidad que ha venido reconociendo el Derecho Civil es la de los profesionales, entendiendo por ellos a quienes ejercen habitualmente una ocupación o actividad de manera adecuada en razón de su experiencia, o quienes al contratar se encuentran en una situación de superioridad económica y social que les puede permitir imponer sus términos a la contraparte en el contrato¹⁸. Lo anterior, por cuanto pesan sobre el profesional, precisamente en atención a su mayor conocimiento y preparación, una serie de expectativas tanto sociales como de quien contrata sus servicios, que hacen pertinente el pensar en un régimen especial de responsabilidad para el caso que, mediante un actuar negligente, descuidado o ignorante de las normas mínimas de su actividad u oficio, no cumpla su cometido con aquel estándar de calidad y profesionalismo que se espera de él. Máxime, que es justamente su carácter de profesional el que avala su intervención en determinado asunto.

Desde el punto de vista social, se espera del profesional una conducta transparente, a fin de perpetuar la confianza en el tráfico jurídico-económico; en tanto que el contratante espera una prestación no sólo correctamente ejecutada, sino técnicamente eficaz¹⁹. En definitiva, existen buenas razones para exigir al profesional un comportamiento más riguroso en el cumplimiento de aquellos deberes que forman parte de la llamada *lex artis*, imponiendo la jurisprudencia

¹⁸ Ambas definiciones en Cely Ramos, Adriana María, “Teoría de la responsabilidad civil profesional. Aproximación a los deberes específicos de los profesionales y en particular de los administradores sociales”, en *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Fundación Fernando Fueyo – Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, y Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2008, p. 153.

¹⁹ *Ibíd.*, pp. 151-152.

deberes cada vez más específicos frente a sus clientes y buscando obligaciones derivadas tanto de la naturaleza del contrato, como de los usos y la equidad, actuación que se ha visto reforzada por las nuevas obligaciones precisas, que el legislador también ha venido estableciendo respecto de una serie de contratos suscritos por profesionales²⁰.

La doctrina nacional ha sido más rigurosa en el concepto de profesional empleado a estos efectos, entendiéndolo por tales a quienes les ha sido otorgado un título, sea por una universidad, instituto profesional o centro de formación técnica²¹, abogando igualmente por la necesidad de contar con un régimen especial de responsabilidad que regule su actuar. Como fundamento de la necesidad de dicho régimen especial, se señalan especialmente las siguientes razones: que las profesiones universitarias y aquellas impartidas por institutos profesionales y centros de formación técnica están reguladas en la ley, la que impone exigencias y requisitos de funcionamiento tanto al plantel como al propio estudiante para acceder al título o grado académico respectivo, con lo que se pretende asegurar la calidad profesional; que los servicios que proporcionan estos profesionales están reservados exclusivamente a ellos, por cuanto se estima que existe un interés público en orden a que sólo puedan desempeñarse en determinadas áreas, personas que por su conocimiento y preparación garanticen un servicio adecuado y seguro; existe una certificación de idoneidad del profesional que proviene del Estado; el profesional cuenta con la posibilidad de aceptar o rechazar el encargo, lo que supone que si lo acepta es porque cuenta con las capacidades necesarias; el profesional escoge libremente los medios de que se vale para la prestación del servicio y es soberano en lo que respecta a las decisiones y conclusiones técnicas a las que arribe²².

Ahora bien, la responsabilidad profesional podrá enmarcarse en el régimen de responsabilidad contractual o extracontractual, dependiendo de si la prestación del servicio se ha visto antecedida por la celebración de un contrato en que las partes establezcan derechos y obligaciones correlativas y precisen el modo en que el profesional deberá cumplir con su cometido o, si por el contrario, éste actúa sin convención previa, como ocurrirá normalmente en casos de especial urgencia en que no hay tiempo de discutir este tipo de detalles. En el caso de los profesionales jurídicos, la diferencia entre uno y otro régimen es fácil de advertir si comparamos la situación del profesional que actúa en favor de otro en ejercicio de las facultades otorgadas mediante un mandato judicial, respecto de aquel que lo hace en tanto agente oficioso.

Tal distinción es relevante al analizar el tipo de culpa de la cual responderá el profesional, ya que justamente el emplear criterios como los ya señalados,

²⁰ *Ibíd.*, pp. 157 a 159.

²¹ Rodríguez Grez, Pablo, *op. cit.* en nota 9, p. 56..

²² *Ibíd.*, pp. 60 a 62.

como ocurre con la posibilidad de evaluar debidamente el encargo a la luz de las pretensiones del contratante y de las propias capacidades del profesional, nos lleva a aplicar criterios más estrictos en relación al profesional unido a su cliente por un vínculo contractual. En términos generales, la misma doctrina que venimos citando plantea que en el caso de la responsabilidad profesional contractual, éste responde de culpa levísima, en los términos del artículo 44 inciso quinto del Código Civil, resultándole exigible un cuidado extremo, mientras que en materia extracontractual, serían exigibles sólo el cuidado y la diligencia que fijan los estándares generales²³; cuestión que parece perfectamente acorde con las circunstancias en que uno y otro profesional asume el encargo, ya que mientras uno ha tenido la posibilidad de discutir las condiciones de negociación y sopesar detenidamente la decisión de aceptar el encargo, el otro se ha visto llevado por la propia urgencia de la situación, a intervenir de inmediato con el sólo fin de evitar un mal mayor.

Desde ya, podemos adelantar que si la doctrina, y en determinados casos, la ley y la jurisprudencia, están contestes en la necesidad de atribuir a ciertos profesionales un estándar superior de exigencia respecto del celo y diligencia con que deben actuar en favor de quienes requieren sus servicios, no debiera resultar difícil concordar que aquella exigencia de actuación profesional superior, resulta aún más justificada cuando pensamos en el actuar de los jueces, atendida la naturaleza de las obligaciones que les han sido impuestas, dado que actúan en tanto Poder del Estado, y que se trata de profesionales cuya calidad o idoneidad ha sido doblemente calificada o certificada por el Estado, primero, al otorgárseles el título de abogado y, luego, al nombrarlos en un cargo judicial. Lo que en nuestro sistema supone haber cumplido una serie de requisitos, además de la sola posesión del título de abogado, entre los cuales, encontramos el haber aprobado un programa especial de formación desarrollado bajo la supervigilancia de la propia Corte Suprema²⁴.

III.- Fuentes de la responsabilidad judicial

1.- El estatuto judicial:

La primera norma a la cual debe sujetarse el Poder Judicial en su actuación es la Constitución Política, que se pronuncia especialmente acerca de los prin-

²³ *Ibíd.*, pp. 77 y 78.

²⁴ En el caso chileno, el artículo 252 del Código Orgánico de Tribunales exige para ser juez de letras, entre otros requisitos, el "*Haber cumplido satisfactoriamente el programa de formación para postulantes al Escalafón Primario del Poder Judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 284 bis*"; en tanto que para ser ministro o fiscal judicial de Corte de Apelaciones, el artículo 253 del mismo cuerpo legal exige, entre otras calidades, el "*haber aprobado el programa de perfeccionamiento profesional para ser ministro de Corte de Apelaciones*".

cipios y límites de la jurisdicción; luego, encontramos el Código Orgánico de Tribunales, estatuto propio de la judicatura, que desarrolla más en extenso los deberes y prerrogativas de los distintos miembros de la Administración de Justicia; todo ello sin perjuicio de otras normas contenidas en distintos cuerpos legales; además, de resultar pertinente considerar las normas éticas referidas al actuar funcionario, previstas en instrumentos tales como el Código Iberoamericano de Ética Judicial, adoptado por la Cumbre Judicial Iberoamericana, el Auto Acordado Sobre Principios de Ética Judicial y Comisión de Ética, Acta N° 262-2007, dictada por la Excma. Corte Suprema.

Por lo pronto, en materia Constitucional, los artículos 6^{o25} y 7^{o26} de la CPR fijan los límites a la actuación de los distintos órganos y poderes del Estado, en particular en lo que se refiere a la obligación de someter su actuar a las normas contenidas en la propia Constitución y las leyes. En tanto que el artículo 76²⁷ de la Carta Fundamental fija las bases de la jurisdicción. De dichas normas podemos desprender que la primera obligación del juez es conocer y resolver las causas que se le presenten, siempre enmarcado por su competencia y por el irrestricto cumplimiento de la Constitución y las leyes, obligaciones que de incumplirse pueden originar una serie de responsabilidades.

El citado Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT), en su Título I contiene una serie de obligaciones y prohibiciones dirigidas a los jueces, estableciendo las características fundamentales del actuar judicial, al señalar que los actos de los tribunales son públicos, que estos sólo ejercen su ministerio a petición de parte, que el Poder Judicial es independiente de toda otra autoridad

²⁵ Artículo 6°.- *"Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.*

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley."

²⁶ Artículo 7°.- *"Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale."

²⁷ Artículo 76.- *"La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.*

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.

Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar."

en el ejercicio de sus funciones, y que *“las decisiones o decretos que los jueces expidan en los negocios de que conozcan no les impondrán responsabilidad sino en los casos expresamente determinados por la ley”* (Art. 13 COT).

A continuación, el Título x del COT se refiere en sus artículos 248 y siguientes, a los requisitos para ser nombrado juez, fiscal judicial o ministro de Corte de Apelaciones o Suprema, disponiendo desde ya una serie de inhabilidades y prohibiciones²⁸, que incluyen, entre otras, a quienes se hallaren acusados por delito, quien tuviere dependencia de las drogas, quienes hubieren ocupado una serie de cargos dentro del Poder Ejecutivo, tales como Ministro de Estado, Gobernador u otros, sino hasta un año después de cesado el cargo, regulando asimismo ciertas situaciones de parentesco entre miembros del Poder Judicial, y prohibiendo, por cierto, el ejercicio paralelo de otras funciones remuneradas, salvo la docencia con un límite de doce horas semanales.

En los artículos 311 y siguientes del mismo Título x del COT, encontramos los deberes y prohibiciones a que están sometidos los jueces, regulando cuestiones tales como la obligación de residir en la ciudad en que tenga asiento el tribunal en que sirven, la asistencia diaria a la sala de su despacho, la prohibición de ejercer la abogacía o aceptar compromisos (salvas las excepciones que la ley señala), despachar los asuntos a la brevedad o dentro del plazo legal, no expresar o insinuar su juicio respecto de los negocios que son llamados a fallar, adquirir bienes o derechos sobre los cuales se litigue en juicios en los que conozca, entre otras.

Los artículos 324 y siguientes del COT regulan la responsabilidad de los jueces, pero en relación a aquella responsabilidad tanto criminal como civil, derivada de delitos y cuasidelitos en que pueda incurrir el juez en el ejercicio de su cargo. Entre tales normas debemos destacar lo dispuesto en los artículos 324 y 325, el primero de los cuales declara: *“El cohecho, la falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y la torcida administración de justicia y, en general, toda prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes imponen a los jueces, los deja sujetos al castigo que corresponda según la naturaleza o gravedad del delito, con arreglo a lo establecido en el Código Penal.*

²⁸ De acuerdo al artículo 256 del Código Orgánico de Tribunales: *“No pueden ser jueces:*

1° *Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia o prodigalidad;*

2° *Los sordos;*

3° *Los mudos;*

4° *Los ciegos;*

5° *Los que, de conformidad a la ley procesal penal, se hallaren acusados por crimen o simple delito o estuvieren acogidos a la suspensión condicional del procedimiento.*

6° *Los que hubieren sido condenados por crimen o simple delito.*

Esta incapacidad no comprende a los condenados por delito contra la seguridad interior del Estado;

7° *Los fallidos, a menos que hayan sido rehabilitados en conformidad a la ley, y*

8° *Los que hayan recibido órdenes eclesiásticas mayores.”*

Esta disposición no es aplicable a los miembros de la Corte Suprema en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de la justicia."

En tanto que el siguiente consagra la responsabilidad civil derivada de un actuar constitutivo de delito, al señalar que: *"Todo juez delincuente será, además, civilmente responsable de los daños estimables en dinero que con su delito hubiere irrogado a cualesquiera personas o corporaciones"*; responsabilidad que el artículo 326 del COT hace extensible a los daños derivados de cuasidelitos, al indicar que: *"La misma responsabilidad civil afectará al juez si el daño fuere producido por un cuasidelito."* Finalmente, los artículos siguientes contienen normas destinadas a hacer efectiva dicha responsabilidad.

Por otra parte, otros cuerpos legales, tales como el Código de Procedimiento Civil, Código Procesal Penal, Código del Trabajo y la Ley de Tribunales de Familia, entre otros, contienen reglas y principios particulares referidos a los diversos procedimientos previstos por el legislador, de los que se pueden derivar distintos mandatos para el juez, susceptibles de ser incumplidos por éste.

Sin embargo, no todas las obligaciones de los jueces tienen su fuente en la ley, existen también obligaciones éticas, sin duda, exigibles a quienes desempeñan una función de tanta relevancia social, a fin de que sea ejercida siempre de un modo que tienda a la excelencia. Algunas de estas obligaciones han sido expresamente recogidas por instrumentos nacionales e internacionales, tales como el Código Iberoamericano de Ética Judicial, antes mencionado, que establece al juez obligaciones como actuar de modo independiente e imparcial, motivar debidamente sus decisiones, tener un conocimiento adecuado y capacitarse en forma continua, buscar realizar la justicia y equidad, ser institucionalmente responsable, actuar de manera cortés, íntegra, transparente, guardar el debido secreto profesional, ser prudente, diligente y honesto.

Es del todo evidente que estas últimas cuestiones son fundamentales para un adecuado cumplimiento de los fines de la judicatura, por ejemplo, qué duda cabe que en los actuales sistemas procesales, caracterizados por la oralidad y la sana crítica, como sistema de valoración de la prueba, la motivación de las decisiones es una garantía para las partes, que permite conjurar la arbitrariedad y discrecionalidad²⁹, lo mismo que ocurre con la independencia que permite a los jueces buscar la decisión correcta en lugar de aquella señalada por un superior o por la opinión pública³⁰.

²⁹ Así por ejemplo lo destaca González C., Joel, "La sana crítica y la fundamentación de las sentencias", en *Actualidad jurídica*, Año XVI, N° 31, enero 2015, Universidad del Desarrollo, pp. 99 a 117.

³⁰ En tal sentido se pronuncia Owen Fiss, citado por: Avilés M., Luis y Gallardo F., Eduardo, "Gobierno judicial ¿Hay algo que gobernar?", en *Revista de estudios judiciales*, Instituto de Estudios Judiciales – Thomson Reuters, N° 1, 2014, Santiago, p. 21.

La ética cumple un rol fundamental en la labor del juez, al intentar señalarle racionalmente un camino que lo conducirá a la perfección como tal, que se traducirá en beneficios para las partes y todos los involucrados en el proceso³¹, cuestión que resulta especialmente importante actualmente atendidos los bienes involucrados y la importante crisis de legitimidad que atraviesa el Poder Judicial, entre otros aspectos³², por lo que debe ser considerada como parte del estatuto del juez y las infracciones a aquellas deben considerarse igualmente incumplimiento a sus obligaciones, sin perjuicio que buena parte de aquellos deberes éticos a los que se suele acudir bien encuentran consagración positiva o pueden ser vinculados con alguna otra obligación de carácter legal.

Todo lo anterior resulta especialmente cierto si consideramos que el juez actual no es aquel descrito por Montesquieu, boca inanimada de la ley cuya exigencia era conocer en detalle la ley y aplicarla dogmáticamente, sino que uno a quien se le presentan los más variados problemas jurídicos y a quien el derecho ofrece una pluralidad de respuestas entre las cuales puede elegir de manera discrecional³³, complejizando la labor y haciendo imprescindible que el juez cumpla con un alto estándar ético y profesional.

2.- Sanciones y responsabilidades judiciales:

Ya mencionamos las principales obligaciones y prohibiciones a las que están sujetos los jueces en el ejercicio de su cargo, lo que nos lleva a analizar qué ocurre en caso de incumplirlas, cuestión que nuevamente nos remite a la Constitución Política de la República y al Código Orgánico de Tribunales.

En cuanto a la Constitución, debemos mencionar sus artículos 79 y 80, dispone el primero que *“Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones”*, en tanto que el segundo establece que *“Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes”*, otorgando estas últimas facultades a la Corte Suprema para declarar que los jueces no han tenido buen comportamiento, siendo la propia Corte quien ha regulado mediante autos acordados procedimientos para hacer efectiva tal responsabilidad.

Como señaláramos en forma previa, el Código Orgánico de Tribunales también regula la responsabilidad del juez en caso de cohecho, falta de observancia

³¹ Vigo, Rodolfo, *Ética y responsabilidad judicial*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 30.

³² *Ibid.* pp. 30 y ss.; y también en Código Iberoamericano de Justicia, disponible en: http://portal2013.pjud.cl/modulos/decalogo/decalogo_web/index.html#1/z.

³³ *Ibid.*, p. 106.

en materia sustancial de las leyes que regulan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes les imponen, lo que los deja sujetos al castigo que corresponda según la naturaleza o gravedad del delito, con arreglo a lo establecido en el Código Penal, según dispone el antes citado artículo 324. Ello sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda perseguirse en relación a los daños causados por los delitos o cuasidelitos en que pueda incurrir el juez, según establecen respectivamente los artículos 325 y 326 del COT.

A su vez, según el artículo 332 del mismo cuerpo legal, el cargo de juez expira, entre otras causas, por remoción acordada por la Corte Suprema en conformidad a la Constitución Política o a las leyes, y por sentencia ejecutoriada recaída en el juicio de amovilidad, en que se declare que el juez no tiene el buen comportamiento exigido por la Constitución Política del Estado.

De este modo, vemos que el legislador ha regulado especialmente las consecuencias derivadas de las faltas más graves en que puede incurrir un juez, como son el cohecho y la prevaricación, aclarando que sin perjuicio de las sanciones administrativas o funcionarias y penales que puedan proceder, tales situaciones también pueden dar lugar a responsabilidades civiles, la que puede originarse en tanto de un delito como de un cuasidelito.

Pero ¿qué ocurre entonces con aquellos casos de errores o fallas judiciales que no constituyen un delito o cuasidelito y que igualmente se traducen en perjuicios para los afectados?; ¿pueden estos casos, que no son susceptibles de ser calificados de falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes les imponen, originar responsabilidades en favor de los perjudicados mediante dicho actuar?

Como adelantáramos previamente, la figura del juez ocupa actualmente un lugar central en el diseño institucional del Estado moderno y su poder ha aumentado de forma paulatina, a la par de la judicialización de conflictos de diversa naturaleza, incluida la vida política, lo que hace necesaria la existencia de controles, imponiéndose a los jueces una serie de obligaciones, tales como resolver conforme a derecho, de manera independiente e imparcial, y motivar sus sentencias³⁴. Con tal fin se han diseñado una serie de instituciones tendientes a velar por la garantía de la independencia e imparcialidad, entre ellas, sistemas de reclutamiento que premien o privilegien la capacidad profesional del juez, además de mecanismos tales como sistemas de responsabilidad, tanto civil, penal y disciplinaria³⁵.

³⁴ Malem P., Jorge, *El error judicial y la formación de los jueces*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2008, pp. 11 a 13.

³⁵ *Ibíd.*, pp. 18 y 19.

Ahora bien, la responsabilidad civil puede tener su origen, como hemos dicho, en un actuar doloso o culpable del juez, quien puede incurrir en figuras tan graves como la prevaricación o faltar a deberes tan fundamentales como la obligación de motivar sus decisiones, pero también puede dilatar innecesariamente sus decisiones o cometer errores en el análisis de la prueba o de la legislación aplicable. Lo cierto es que la posibilidad de error es reconocida por todos los ordenamientos modernos, que a este efecto incorporan sistemas recursivos y de revisión de las decisiones, al punto que la posibilidad de revisión por un órgano superior suele ser considerada como parte fundamental del concepto de debido proceso.

En cuanto a dichos sistemas recursivos, cabe precisar que las modificaciones o correcciones que por su intermedio se operan en las decisiones de los tribunales o jueces inferiores, pueden corresponder a la corrección de un error u omisión propiamente tal, como cuando el juez no consideró una norma o procedimiento que debía conocer, o pueden corresponder a la modificación del criterio interpretativo en base al cual se toma la decisión; en ambos casos, si el error o falta ha sido corregido, no procederá la reparación por no existir daño susceptible de ser reparado.

No obstante, la distinción es relevante, por cuanto debemos excluir del concepto de error judicial aquellas actuaciones o decisiones que son revocadas, anuladas o corregidas, debido a diferencias en las interpretaciones sostenidas por el tribunal inferior y el superior, ya que ello es mera consecuencia del ejercicio de la jurisdicción de manera independiente por cada tribunal y forma parte de la esencia del trabajo judicial. En tanto que sí podrán ser consideradas como fuente de una eventual obligación de indemnizar los perjuicios causados, las actuaciones o decisiones adoptadas con grave negligencia, esto es, aquellas en que se advierta desconocimiento, falta de atención, interés o respeto por parte del juez de las normas que estaba obligado a respetar.

IV.- Responsabilidad civil de los jueces

Como indicáramos previamente nuestro legislador constitucional ha regulado una acción tendiente a perseguir las reparaciones que procedan del Estado por aquellos daños causados como consecuencia de determinados errores judiciales (únicamente en materia penal, si consideramos como única fuente de tal responsabilidad la garantía prevista en el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política o en cualquier materia si nos asilamos en el régimen general de responsabilidad del Estado por falta de servicio). Ello, siempre con la posibilidad de que, en el caso que el daño pueda vincularse causalmente con una falta u omisión cometida por uno o más funcionarios en particular, el Estado pueda repetir en contra de el o los funcionarios que personalmente hayan causado el daño.

Sin embargo, no se ha establecido con la misma fuerza y claridad un régimen particular de responsabilidad civil aplicable respecto de el o los jueces que, sin cometer delitos funcionarios de aquellos a los cuales aluden los artículos 324 y siguientes del COT, sino que, mediando únicamente su culpa o negligencia, hubieren causado perjuicios a algún involucrado en los procedimientos de los cuales conocen. Ejemplos en este sentido pueden sobrar, basta con imaginar los perjuicios que se puedan ocasionar a quien solicita una medida de protección a favor de un niño en situación de riesgo o una medida precautoria a fin de asegurar un patrimonio sobre el cual ejecutar una sentencia, y cuyos efectos no se producen porque el juez dilató, sin ningún motivo justificado, la resolución de la medida, la que sólo se dicta cuando el niño ya sufrió la vulneración o cuando el patrimonio ya desapareció; o el caso de un juez que por falta de cuidado pierde o inutiliza un medio de prueba que debía analizar para decidir un caso; o un juez que dispone y ejecuta una medida tal como el remate de un inmueble, omitiendo la notificación de su propietario. Todas estas son situaciones susceptibles de causar perjuicios que podrían no ser corregidos con la revisión del superior jerárquico, por cuanto aquella puede producirse cuando los efectos de la omisión o falta de cuidado ya se hayan producido.

Por cierto que también podríamos pensar en faltas más graves al actuar funcionario del juez, como ocurre con un juez que falla una causa aplicando una norma derogada o que aún no ha entrado en vigencia; o que comete arbitrariedades tales como impedir a una parte el ingreso a una audiencia oral o que, permitiéndole participar, no la deja argumentar en su defensa o ignora tales argumentos. Sin embargo, respecto de este tipo de faltas, probablemente más graves y más comunes que las anteriores, salvo negligencia de la parte afectada, debiéramos esperar que opere el sistema recursivo, de modo que no existan en definitiva daños que reparar, lo que excluiría la responsabilidad civil del juez, dejando como única posibilidad al afectado el requerir la aplicación de sanciones disciplinarias.

De este modo, considerando lo falible de la naturaleza humana, cuestión por cierto no ajena al actuar judicial, debemos concluir que es del todo posible que los jueces cometan errores, debido a la falta de aquel cuidado mínimo que exige el ejercicio de dicho cargo público o a la inobservancia de las reglas y principios a los que el juez debía someter su actuar, siendo también posible que tales errores, en ocasiones, causen a los intervinientes perjuicios que no sean susceptibles de ser reparados mediante los recursos procesales que el propio sistema prevé.

Entonces, si nuestro Código Civil establece un sistema general de responsabilidad tendiente a la reparación de aquellos daños o perjuicios causados a un tercero, que no tiene obligación alguna de soportarlos por no haber concurrido a su producción, debemos preguntarnos si existe alguna buena razón para

sustraer de dicho régimen a los jueces o para traspasar las consecuencias de sus actor al Estado, de modo que fuere éste quien asumiera tales reparaciones, sea radicándolas en la Administración General del Estado o en el órgano que asuma la administración del Poder Judicial, como puede ser un Consejo de la Magistratura o la Corte Suprema, en casos como el chileno.

Como primera aproximación a esta pregunta, es dable mencionar el principio de igualdad consagrado en nuestra Carta Fundamental, entre otros, en sus artículos 1° y 19 N° 2, de acuerdo al cual no existiría, en principio, tal razón para excluir a los jueces de la aplicación del sistema de responsabilidad civil consagrado en nuestro ordenamiento. Máxime que, como hemos dicho previamente, la Constitución y el Código Orgánico de Tribunales prevén la posibilidad de que los jueces incurran en un actuar negligente o culposo y que ello cause perjuicios.

La única razón que podríamos esgrimir para cuestionar la procedencia de aplicar un régimen de responsabilidad civil u otras sanciones a los jueces, a consecuencia de faltas cometidas en el ejercicio de su cargo, es el proteger la independencia, garantía prevista en favor de los propios justiciables. En este orden de ideas, tenemos que nuestro Código Orgánico de Tribunales, tras declarar la independencia del Poder Judicial en su artículo 12, señala en el artículo 13 que: *“Las decisiones o decretos que los jueces expidan en los negocios de que conozcan no les impondrán responsabilidad sino en los casos expresamente determinados por la ley”*, norma que parece apuntar hacia una suerte de irresponsabilidad del juez, sin embargo, no es posible perder de vista que dicha norma, al ubicarse inmediatamente a continuación de aquella que consagra la independencia del Poder Judicial, debe ser entendida precisamente como refuerzo de ese principio del actuar judicial, de modo que las decisiones que los jueces adopten de conformidad a la Constitución y las leyes, y a las reglas y principios por ellas previstos, no pueden acarrearles consecuencias en caso de afectar o no ser del agrado de alguna otra autoridad judicial, política u otra, pero siempre que su actuar observe un irrestricto apego a la Constitución y las leyes, ya que desde el momento en que el juez olvida sus obligaciones fundamentales y el fin al cual debe servir, vulnerando no sólo aquellas normas que se ha comprometido a respetar y hacer respetar, sino que también la confianza que el Estado y cada uno de los ciudadanos ha puesto en su actuar, como garantía de la vida pacífica y organizada, es claro que debe quedar expuesto al mismo régimen de responsabilidad que cualquier ciudadano, sin perjuicio de las demás sanciones que puedan corresponderle de conformidad al régimen funcionario a que esté afecto.

En el mismo sentido se pronuncia el Informe N° 3 (2002) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos, vinculado al Consejo de Europa, al señalar que *“El corolario de los poderes y de la confianza que la sociedad concede a los jueces, es que tendría que ser posible considerarlos responsables, e incluso destituirlos de sus*

funciones, en caso de que su conducta sea lo suficientemente grave como para justificar tal medida"³⁶. Sin perjuicio que, acto seguido, llama a la prudencia, haciendo presente la necesidad de preservar la independencia y libertad de la magistratura ante cualquier presión indebida, y de agregar, también en similar sentido a lo previamente expuesto, que *"Un principio general dice que los jueces deberían quedar absolutamente libres de cualquier responsabilidad civil personal sobre cualquier reclamación directamente dirigida a ellos y relacionada con el ejercicio de sus funciones cuando obran de buena fe."*³⁷

En consecuencia, aun cuando no se trate de normas comúnmente aplicadas en este contexto, al menos en nuestro sistema jurídico, no se avizora argumento alguno para restar a los jueces del régimen general de responsabilidad civil, previsto en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, régimen que corresponde al de responsabilidad extracontractual, dado que no existe contrato celebrado previamente entre el juez y las partes del proceso o terceros involucrados en aquel, quedando los daños producidos por el actuar negligente o doloso del juez sujeto a las reglas correspondientes a dicho régimen en lo que respecta a plazos para interponer la acción, reglas que determinan la competencia y supuestos fácticos a acreditar, entre otras cuestiones relevantes.

Ahora bien, los supuestos de procedencia de la acción respectiva deberán ser que exista una actuación o decisión judicial adoptada de manera dolosa o culpable por parte de un juez, que no sea susceptible de corrección a través del sistema de recursos propio de cada procedimiento, y que haya causado perjuicios a determinada persona, quien gozará de la legitimación activa para perseguir la reparación de dichos perjuicios.

Sin embargo, supuesto que es posible e incluso recomendable, a fin de desincentivar conductas contrarias a lo que la sociedad espera de los miembros de su Poder Judicial, la aplicación de un régimen de responsabilidad civil a los jueces, es necesario detenernos en un argumento previamente esbozado, refiriéndonos a la independencia y su relación con este tipo de responsabilidades.

Hemos destacado previamente el rol que ejerce la independencia dentro de la labor jurisdiccional, tratándose de la garantía que permite al justiciable saber que su caso será resuelto conforme a la ley y al mérito de los antecedentes traídos ante el juez, y no en virtud de otras cuestiones externas al proceso, tales como el mayor o menor interés que pueda tener el juez en ser ascendido o bien considerado sea por sus pares, superiores o por la opinión pública, por

³⁶ Este informe está disponible en la página web del CCJE: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2002\)OP3&Language=lanSpanish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2002)OP3&Language=lanSpanish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3).

³⁷ *Ibíd.*

ejemplo. Tan relevante es el rol de la independencia para un adecuado ejercicio de la jurisdicción, que el autor español Luis Diez-Picazo la vincula con la propia aparición del Estado de Derecho, en tanto aquella forma de Estado en que las relaciones entre gobernantes y gobernados no son determinadas por la sola fuerza, sino que están reguladas por genuinas normas jurídicas, destacando que la independencia importa que la administración de justicia no deba ser pura manifestación del poder político, ni quedar supeditada a los órganos que lo ejercen, aportando, en definitiva, legitimidad al Estado de Derecho³⁸.

Desde tal punto de vista es claro que el sistema jurídico debe proveer mecanismos que salvaguarden dicha independencia, como puedan ser la inamovilidad, adecuados sistemas de promoción, y otros. La existencia de un régimen de responsabilidad civil aplicable a los jueces, parecería ir en contra de ese camino hacia la protección de la independencia, dado que la posibilidad de que el juez se vea constantemente expuesto a responder por eventuales daños causados en el ejercicio de su cargo podría producir el efecto contrario, afectando en forma negativa su rol en el proceso, llegando incluso a paralizarlo, al no atreverse a tomar una decisión o adoptar siempre aquella mayoritaria, en perjuicio del profundo y consciente estudio de la cuestión sometida de su decisión que se espera de él. Es por ello que la atribución de responsabilidad a un juez, en cualquier proceso destinado a declarar su responsabilidad civil, debe construirse siempre a partir de errores que signifiquen un alejamiento evidente y grave de las obligaciones que importa su cargo, de su *lex artis*, y que no constituya o pueda confundirse con una mera discrepancia respecto de la opinión o tesis jurídica mayoritaria de la época.

En efecto, como a nivel nacional destaca el profesor Andrés Bordalí, un juez independiente amparado por el principio de inamovilidad constituye un poder muy fuerte, de ahí que el contrapeso de la independencia sea la responsabilidad, añadiendo que "*no hay Estado de derecho que se pueda sostener sin que los jueces sean responsables en su actuar*"³⁹. Responsabilidad que puede concretarse por distintas vías, tales como la responsabilidad disciplinaria, política o civil y, por cierto, que el privilegiar una u otra de esas vías de responsabilidad, afectará de distinto modo a la independencia, dejando al juez más o menos sometido, sea a su superior jerárquico, a otros poderes del Estado o a los propios justiciables, sin embargo, el riesgo de contar con un Poder Judicial compuesto por jueces que no responden más que ante sí, supone un riesgo aun mayor para la vigencia de la ley y la supervivencia del Estado de Derecho.

³⁸ Diez-Picazo, Luis María, "Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, N° 34, enero-abril 1928, pp. 19-20, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79448>.

³⁹ Bordalí Salamanca, Andrés, "Independencia y responsabilidad de los jueces", en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XIV, julio 2003, p. 163, disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000100009&script=sci_arttext.

Finalmente, establecido que no sólo es procedente, sino que necesario, atendida la relevancia de los deberes impuestos al juez, que en caso de incumplirlos y causar daño mediante dicho actuar, el afectado pueda exigir la respectiva reparación, debemos preguntarnos acerca de la conveniencia de dejar dicha reparación a las normas generales sobre responsabilidad o de establecer, por el contrario, regímenes especiales para este caso.

En efecto, si miramos hacia Europa podremos advertir la presencia de distintas formas de abordar esta cuestión, las que, a su vez, son el correlato de dos formas distintas de seleccionar a las personas que van a ejercer la función jurisdiccional. Es así que *"en muchos de los Estados de Europa continental la profesión de juez es concebida como una carrera profesional, respecto de la que se aplica algún mecanismo de promoción desde las categorías y puestos inferiores hasta los cargos superiores en la organización judicial (incluido el correspondiente tribunal supremo, normalmente). Por el contrario, en los países de common law y en algunos países escandinavos la profesión de juez no se configura como una carrera profesional, lo que es debido al hecho de que los jueces son seleccionados de entre experimentados juristas en ejercicio, quienes son nombrados normalmente para un determinado cargo judicial, en el que ejercerán sus funciones hasta la jubilación"*⁴⁰⁻⁴¹.

Lo anterior es relevante, ya que en sistemas como aquel descrito en los países del *common law*, la regla general de irresponsabilidad civil de los jueces por los daños ocasionados en el ejercicio de sus funciones, las que, como hemos dicho, son desempeñadas por profesionales del derecho con largos años de trayectoria y éxito profesional, estimándose ello como garantía de la independencia del Poder Judicial, sin perjuicio de contrapesarse aquella con una mayor responsabilidad política. Mientras que en países como Italia, España, y otros de Europa continental, se admite la responsabilidad civil del juez; en el caso italiano esta se halla consagrada en el art. 28 de la Constitución y es regulada en mayor detalle por la ley de 13 de abril de 1988, N° 117, sobre régimen de responsabilidad civil por actos del Poder Judicial, que dispone que esta surge en caso de actos o decisiones adoptadas por el juez con dolo o culpa grave, excluyendo la responsabilidad derivada de la interpretación de normas jurídicas y valoración de la prueba, entendiéndose por culpa grave la negligencia inexcusable del juez⁴²; en el caso español la regla general está en el artículo 121 de la Constitución, antes reseñado⁴³, siendo en este caso más discutible que se encuentre limitado únicamente a aquellos casos de negligencia grave,

⁴⁰ García M., José Miguel, "Estándares judiciales mínimos en Europa", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, N° 73, marzo/2012, España, pp. 8 y 9.

⁴¹ En el mismo sentido Diez-Picazo, op. cit. en nota 39 y Bordalí, op. cit. en nota 39.

⁴² Según explica Vincenzo Vigoriti, citado por: Martínez E., José Ignacio, "La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad en el derecho público chileno", en *Derecho de Daños*, Ed. LexisNexis, Chile, 2002, p. 200.

⁴³ Ver nota 17.

según se desprende de la norma legal que lo desarrolla, esto es, el art. 411 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, de conformidad al cual *“los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa”*⁴⁴.

En el caso chileno, el sistema de selección y nombramiento de quienes desempeñarán cargos judiciales se asemeja más bien al europeo continental, pudiendo describir a nuestros jueces como jueces funcionarios, quienes desarrollan una carrera dentro del Poder Judicial, ingresando al sistema tras cumplir ciertos mínimos necesarios, normalmente en cargos de menor jerarquía, para luego, en el curso del ejercicio de los distintos cargos que puedan asumir, adquirir mayor experiencia y mejorando sus conocimientos, lo que le permitirá, previa obtención de buenas calificaciones y cumplimiento de diversos requisitos, ascender dentro de la pirámide judicial; ascenso para el cual necesitará la aquiescencia tanto de sus superiores al interior del Poder Judicial como de los poderes Ejecutivo y/o Legislativo, dependiendo del cargo que se trate.

Así, pese a las fuertes demandas formuladas especialmente desde la propia judicatura y sus organizaciones gremiales, en orden a profesionalizar aun más el sistema de nombramientos, calificaciones y ascensos, tenemos que hoy no todos los jueces son, como ocurre en el sistema anglosajón, expertos en la materia de la cual conocen o abogados que se encuentran en el pináculo de su carrera; por otra parte, todos se encuentran sujetos a control disciplinario y sólo quienes están situados en la parte superior de la pirámide están sujetos además a control político. De este modo, y como venimos sosteniendo, parece apropiado dotar a los justiciables de las acciones tendientes a reclamar la reparación de los daños que los jueces pudieren ocasionar en el ejercicio de su cargo a consecuencia de su actuar negligente o culpable, estimándose que el régimen aplicable en la especie sería aquel referido a la responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, en cuanto a si es necesaria la existencia de normas especiales que faciliten o dificulten la determinación de dicha responsabilidad, nuestra respuesta es que no. Las reglas generales de Derecho Común previstas en el Código Civil parecen suficientes para amparar y dar cauce a las legítimas pretensiones de quien sufre un daño a consecuencia del actuar doloso o culpable del juez en el ejercicio de sus funciones, ello siempre en el entendido que no se puede considerar como un actuar culpable o negligente el simple ejercicio de la actividad jurisdiccional, esto es, el análisis de los hechos y su confrontación

⁴⁴ Un interesante estudio acerca del tipo de culpa que origina la obligación de reparar los daños causados lo encontramos en Blázquez Oliva, Francisco, “Responsabilidad civil de los jueces y magistrados por ignorancia inexcusable”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 4/2010, Barcelona, octubre 2010, disponible en: www.indret.com/pdf/763_es.pdf.

con las distintas interpretaciones posibles de la norma jurídica, aun cuando se opte por una interpretación minoritaria. Dado que, por lo demás, el remedio para los errores que mediante dicha labor se pudieren cometer es el sistema recursivo que todas las legislaciones modernas contemplan.

Un sistema especial, con reglas de aligeramiento probatorio a favor del afectado o con presupuestos de responsabilidad objetiva u otras características distintas del sistema general, bien podría traducirse en el ejercicio de presiones indebidas destinadas no a reparar daños, sino a inhibir o paralizar la labor judicial y el avance de la interpretación jurisdiccional del Derecho, por la vía de infundir a los jueces el temor de los jueces de verse enfrentados a este tipo de procedimientos cada vez que sostuviesen una interpretación no mayoritaria, causándose con ello aun más daños a los justiciables y al sistema jurídico en su integridad, de modo que la aplicación de este tipo de normas en materia de labor judicial debe siempre considerar que aquellas no pueden afectar o poner en riesgo la independencia judicial, a fin de evitar la desnaturalización de la labor jurisdiccional.

V.- Conclusiones

De lo previamente expuesto, es posible concluir que, dada la importancia de la labor encomendada a los jueces, últimos garantes de la vigencia del Estado de Derecho, esta debe ser desempeñada con el máximo apego a la Constitución, las leyes y las normas y principios éticos que regulan su actuar, siendo esta la única forma de cumplir con aquellas expectativas que los ciudadanos y el sistema jurídico han puesto en ellos.

De ello se desprende que en aquellos casos en que un determinado funcionario judicial no cumple con tal estándar puede quedar sujeto a las sanciones disciplinarias previstas para el caso por su régimen funcionario y, además, si la falta es de tal gravedad que importe la comisión de un delito, quedará sujeto a la aplicación de sanciones penales. Sin embargo, las sanciones disciplinarias y/o penales, tienen una finalidad distinta de la reparación del daño causado al perjudicado con tales conductas, de manera que no resultan suficientes para reparar aquellos daños que se hubieren causado a quienes participaren del proceso en que fue cometida tal falta. Para este caso, nuestro sistema jurídico contiene una serie de normas, constitucionales y legales, que nos deben llevar a concluir, sin duda alguna, la procedencia de las acciones indemnizatorias a fin de reparar tales daños, acciones que podrán ser intentadas por cualquier persona que detente un interés actual y legítimo en el asunto.

De interponerse este tipo de acciones, aquellas se regirán por las normas que el Derecho Común prevé respecto de la responsabilidad extracontractual, con-

tenidas en nuestro Código Civil en su Título xxxv, denominado “*De los delitos y cuasidelitos*”, norma general aplicable a este tipo de conductas; y las reparaciones deberán ser perseguidas cuando el juez haya causado algún daño a través de un actuar doloso, negligente o culpable, siempre que el error o negligencia del imputado no pueda ser reparado mediante los sistemas recursivos propios del proceso judicial y siempre que éste no diga relación con la labor de análisis y valoración de prueba e interpretación del derecho que constituyen la esencia de la labor jurisdiccional, que debe ser desarrollada de manera independiente por cada juez que forma parte del Poder Judicial, como garantía de la vigencia del Derecho y la separación de los distintos poderes que conforman el Estado.

Finalmente, cabe recordar que cada vez que se analice la existencia de eventuales responsabilidades del juez en razón del ejercicio de su cargo, debe tenerse presente que aquella legítima medida de control de su actuar y garantía de corrección frente a los ciudadanos no puede ser la causa de presiones, amenazas o ataques infundados que tengan por objeto afectar la independencia judicial.

Bibliografía

Aróstica M., Iván, “Estado de derecho y nulidad de derecho público”, en *20 años de la constitución chilena*, Unversidad Finis Terrae, Ed. LexisNexis, Santiago, 2001.

Avilés M., Luis y Gallardo F., Eduardo, “Gobierno judicial ¿Hay algo que gobernar?”, en *Revista de estudios judiciales*, Instituto de Estudios Judiciales – Thomson Reuters, N° 1, 2014, Santiago

Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

Bordalí Salamanca, Andrés, “Independencia y responsabilidad de los jueces”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. xiv, julio 2003, p. 163, disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000100009&script=sci_arttext.

Cely Ramos, Adriana María, “Teoría de la responsabilidad civil profesional. Aproximación a los deberes específicos de los profesionales y en particular de los administradores sociales”, en *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Fundación Fernando Fuego - Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, y Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2008.

Diez-Picazo, Luis María, “Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, N° 34, enero-abril 1928, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79448>.

García M., José Miguel, “Estándares judiciales mínimos en Europa”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, N° 73, marzo/2012, España.

González C., Joel, “La sana crítica y la fundamentación de las sentencias”, en *Actualidad jurídica*, Año xvi, N° 31, enero 2015, Universidad Del Desarrollo.

Malem P., Jorge, *El error judicial y la formación de los jueces*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2008.

Martínez E., José Ignacio, "La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad en el derecho público chileno", en *Derecho de Daños*, Ed. LexisNexis, Chile, 2002.

Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

– *Nuevas tendencias de la responsabilidad*, Editorial Abeledo Perrot - Thomson Reuters, Chile, 2011.

Román Cordero, Cristián, "Responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio (=responsabilidad objetivada)", en *Derecho público iberoamericano*, Revista del Centro de Justicia Constitucional, año 1, N° 1, octubre de 2012, Chile.

Schopf Olea, Adrián y García Machmar, William, *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2007.

Soto Kloss, Eduardo, *Derecho administrativo: bases fundamentales, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

Vigo, Rodolfo, *Ética y responsabilidad judicial*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2007.

Zúñiga Urbina, Francisco, La acción de indemnización por error judicial: Reforma constitucional, regulación infraconstitucional y jurisprudencia. *Estudios constitucionales* [online] 2008, vol.6, n.2, en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002008000100002&script=sci_arttext.

Elementos y principios necesarios, para dar un nuevo aire a la regionalización chilena

NICOLÁS PABLO RODRÍGUEZ RIOSECO

Abogado

Profesor Ayudante Derecho Procesal

Ayudante Centro de Justicia Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: El presente artículo analiza el significado correcto de regionalización, y de qué manera se ha entendido está a lo largo de la historia en nuestro país; para luego determinar si se han logrado avances significativos en la materia, considerando al efecto los reiterados proyectos de los diversos gobiernos. Con posterioridad, presentamos nuestro planteamiento respecto a de qué manera entendemos deben desarrollarse las correcciones al sistema vigente, tanto en políticas públicas como en posibles reformas constitucionales, para el logro efectivo de un cambio radical en el sistema de los Gobiernos Regionales, generando instituciones y autoridades locales dotadas de las competencias y potestades suficientes para el desarrollo armónico y equilibrado del país, tomando como base los elementos y principios postulados.

* * *

Introducción

Cómo ha influido la geografía de nuestro territorio con todas sus particularidades y vicisitudes en el tratamiento que se ha dado a la regionalización a lo largo de la historia. Es precisamente en este punto donde notamos como a mediados del siglo pasado se tomó por primera vez conciencia por parte de las máximas autoridades del país que la centralización comenzaba a asomarse como una problemática real a futuro, y la clara necesidad de reconocimiento y protección de las zonas más extremas. Es por esto que desarrollaremos los proyectos relativos a esta materia atendiendo a la gran dificultad que significa la gobernabilidad de este extenso territorio desde su centro, razón por la cual el análisis y tratamiento de estos proyectos lo efectuaremos de manera cronológica iniciando el estudio con el proyecto de la CORFO de 1950, luego aquel de la ODEPLAN del año 1965, posteriormente el de la CONARA del año 1974 para finalizar con la Ley N° 20.174, que crea la Región de Los Ríos y provincia de

Ranco y la Ley 20.175, que crea la Región de Arica y Parinacota y la Provincia del Tamarugal el año 2007.

Posteriormente examinaremos los objetivos de la regionalización y explicaremos lo que en doctrina se entiende por los conceptos de descentralización y desconcentración, nociones que se encuentran muy entrelazadas y en las cuales se sustenta la misma idea de regionalizar y distribuir facultades en los Gobiernos Locales. En directa atención a esto, analizaremos cómo ha evolucionado el tratamiento de estos conceptos en nuestras Constituciones Políticas, desde la de 1833, luego la del año 1925 y finalmente la del año 1980, claro está que no podemos dejar de hacer alusión a las reformas del año 1991 conforme la ley N°19.097 y la gran reforma del año 2005, incluyendo el Decreto Ley N° 573 de 1974 sobre el Estatuto del Gobierno y Administración Interior del Estado.

Luego presentamos un estudio en profundidad del proyecto presentado el año 2014 por la Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional, creada por el Gobierno, tomando tanto los elementos que consideramos esenciales como métodos de acción a futuro, algunos de ellos novedosos y los ejes de mayor importancia para el logro objetivo y concreto buscado. Estudiaremos también los principios constitucionales más relevantes, como coordinación, autosuficiencia, solidaridad, entre otros, todos los cuales deben estar presentes para un equilibrado empoderamiento de cada una de las zonas geográficas del país; principios que posteriormente son concretados en propuestas para mejorar o reforzar el ideario mencionado, algunos surgidos de un coloquio con el profesor de Derecho Constitucional y doctor en derecho, don José Manuel Díaz de Valdés.

Finalmente analizaremos la actualidad nacional, desde las dificultades que presenta el centralismo por el que atravesamos, los planes del Gobierno para combatirlo, críticas al sistema actual y nuestra intención de enfatizar determinados mecanismos adoptados por el gobierno, los que creemos serán de gran utilidad para el logro de la descentralización, si se les otorga el valor que tienen, como corresponde a las zonas o territorios llamados especiales, los que deberán ir acompañados del traspaso paulatino de las competencias. De tal manera determinar si el proceso de regionalización chileno, ha dado los resultados esperados.

Capítulo I

Geografía de Chile y su relación con la Regionalización

Desde el inicio de nuestro país, o siendo específicos desde lo que hoy conforma nuestro país, la geografía ha sido tema principal de la sociedad y de la política nacional, no solo por lo que a conectividad y comercio se refiere,

sino también por un tema aún más relevante: La repartición de la recaudación central y el ejercicio de los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), es precisamente por esto que desde la conformación de la República de Chile en adelante los gobiernos de turno han tenido como tarea principal la Regionalización, centrándose en las particularidades que la geografía de nuestro país presenta. En este aspecto surgen interrogantes: ¿Qué importancia e influencia tiene la geografía en la conformación de los grupos socio-culturales y la división del país en zonas o regiones distintas, con autoridades y dineros independientes entre sí?

Debemos comenzar el estudio de esta materia teniendo en cuenta las grandes diferencias de toda índole que presenta nuestro largo y angosto país, ya que los elementos clima, conectividad, aislamiento, población, centros neurálgicos, costumbres, cultura y etnia juegan un papel preponderante a la hora de definir nuestra historia y a la vez nuestras divisiones territoriales, sean estas regiones o provincias.

En el prelude de la existencia de nuestro país, cuando formábamos parte de lo que se conocía como Imperio Español o Monarquía Universal Española, integrábamos lo que se llamó la Capitanía General de Chile o también conocida como Nueva Extremadura, al sur del Virreinato del Perú, expresado grosso modo, esta corresponde a nuestra primera división, siendo netamente de carácter militar, estableciéndose así una Gobernación vagamente delimitada, incorporando lo que hoy es el territorio de la Patagonia, antes nombrado como Terra Australis. Es el primer indicio de lo que conformará nuestro actual territorio.¹

Con posterioridad, se logra gracias a los próceres de la patria crear la Primera Junta de Gobierno con fecha 18 de septiembre de 1810, proclamar la Independencia de Chile con fecha 12 de Febrero de 1818, y la anexión de los territorios del Norte Grande luego de la Guerra del Pacífico o Guerra del Guano y el Salitre, disputada entre los años 1879 y 1883. Estos hechos no corresponde ser profundizados.²

Análisis geográfico-étnico y las dificultades de la gobernabilidad central

Chile es un país de una geografía rica y única a nivel mundial, pese a no poseer un área territorial muy amplia alcanzando los 2.006.096 Km cuadrados incluyendo el territorio chileno antártico y de sólo 756.096³ Km cuadrados sin considerar éste, observamos un sinnúmero de accidentes geográficos, territorio en el que encontramos como elementos predominantes la Cordillera de los Andes

¹ BARROS ARANA, Diego (1897): *Historia General de Chile*. (Santiago: Imprenta Cervantes Tomos I-V).

² BARROS ARANA, Diego (1897): *Historia General de Chile*. (Santiago: Imprenta Cervantes Tomos I-V).

³ ALMANAQUE MUNDIAL (2015), Continental Edición 61.

al Este y el Océano Pacífico al Oeste, que nos aíslan del resto del mundo, y es precisamente entre medio de estos límites naturales donde observamos la más variada gama de climas, fauna y flora. Mencionamos a modo de ejemplo geomorfológico⁴, el desierto de Atacama al norte del país, luego descendiendo hacia el sur, climas mediterráneos y esteparios, para luego encontrarnos con, archipiélagos, fiordos y canales en territorios de carácter marítimo lluvioso, fiordos, y finalmente al extremo sur del país, tundra y clima polar. Presentando a lo largo de este espacio terrestre, volcanes, cordilleras, lagos, lagunas y ríos.

Geográficamente, poseemos un espacio territorial de lo más diverso, llamado la Tricontinentalidad Chilena⁵, debido a nuestra presencia en tres continentes, reuniéndose un popurrí de características mundiales en un solo país. El ya mencionado árido norte, espacios muy fértiles al centro y centro-sur, territorio insular (mencionamos las Islas: de Pascua ubicada en el continente de Oceanía, Juan Fernández, Salas y Gómez, Chiloé, Tierra del Fuego, entre otras) y la ya aludida Antártica chilena.

A la vez no podemos dejar de enumerar la variada población étnica presente en este vasto territorio, compuesta por alacalufes, atacameños, aymaras, collas, mapuches (siendo la mayoría de la población indígena nacional), quechuas, rapanuis, yámanas⁶, entre otros, sumados a la gran cantidad de inmigrantes llegados a mediados del siglo pasado: palestinos, yugoslavos y alemanes, y los inmigrantes más recientes, gracias al auge económico nacional en relación al resto de Latinoamérica, compuesto por peruanos, bolivianos, colombianos, entre otros de las más diversas nacionalidades.

Todos estos elementos son preponderantes a la hora de demostrar las grandes dificultades de gobernación e integración que presenta la República de Chile. Resulta difícil imaginar que las grandes distancias y la absoluta disparidad climatológica, étnica y geográfica, unida a las dificultades y problemáticas propias de cada región hagan posible la administración desde un Gobierno Central, siendo mucho más lógico atacar éstas desde un Gobierno Regional, conocedor de la realidad regional.

Proyecto Regionalización CORFO

La primera intención manifiesta de división territorial es de mediados del siglo XX, específicamente de 1950. Planificación creada debido a la inminente necesidad de distribuir los recursos y la administración política central, en atención al auge y aumento de la población en las ciudades. Germen visible a lo largo

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Geomorfología: *Estudio de las características propias de la corteza terrestre.*

⁵ INSTITUTO GEOPOLITICO DE CHILE. *Principios geopolíticos de Chile.*

⁶ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA. *Estadísticas sociales, pueblos indígenas en Chile 2002.*

del país, que en la primera mitad del siglo pasado comienza a aglomerarse en la capital por causa de la migración "campo-ciudad". Este proyecto fue realizado por la Corporación de Fomento de la Producción y Comercio, bajo el Gobierno del ex Presidente don Gabriel González Videla, en el año 1950, quien vio con preocupación la realidad nacional luego del Centenario de la República, y buscaba evitar el centralismo en todas sus aristas, entre otras: población, empleos, producción, legislación, administración.

En el año 1939 se crea la CORFO, organismo del Estado que tiene por finalidad estimular la actividad productiva del país, teniendo por misión "mejorar la competitividad y la diversificación productiva del país, a través del fomento a la inversión, la innovación y el emprendimiento, fortaleciendo además, el capital humano y las capacidades tecnológicas para alcanzar el desarrollo sostenible y territorialmente equilibrado"⁷.

Con el fin de estimular un desarrollo más equitativo y equilibrado del país, se propuso por la CORFO la división de éste, tomando en cuenta como era de esperarse en ese entonces, elementos preponderantes tales como la geografía, la economía y la población de cada una de las zonas del país; creándose una división administrativa y política de tan solo seis regiones de gran dimensión, lo que conllevó, la difícil comunicación y conectividad de los pueblos más lejanos con el centro neurálgico del cual dependían, generando al interior de cada una de ellas exactamente el mismo problema por el cual se intentó la división inicial: disparidad de condiciones y características propias.

Estas Regiones creadas eran:

1. Norte Grande.
2. Norte Chico.
3. Núcleo Central.
4. Concepción y la Frontera.
5. Región de los Lagos.
6. Región de los Canales.

Podemos observar como esta división efectuada por la CORFO se condice con lo señalado en la Carta Magna vigente en ese entonces, buscando desarrollar

⁷ CORPORACIÓN DE FOMENTO: www.corfo.cl

una mejor organización y distribución territorial que la división propuesta por la Constitución de 1925 mencionada, la que en su Capítulo Noveno sobre Gobierno y administración Interior, específicamente en el artículo 93, nos expresa: Para la Administración Interior, el territorio nacional se divide en provincias y las provincias en comunas.⁸

Surge una pregunta ¿Cuáles son estas provincias? El artículo quinto transitorio de la misma Constitución⁹ aclara esta incertidumbre, señalando: Mientras la ley fija las agrupaciones provinciales, se establecen las siguientes: Primera: Tarapacá y Antofagasta; Segunda: Atacama y Coquimbo; Tercera: Aconcagua y Valparaíso; Cuarta: Santiago; Quinta: O'Higgins y Colchagua; Sexta: Curicó, Talca, Linares y Maule; Séptima: Ñuble, Concepción y Arauco; Octava: Bío-Bío, Malleco y Cautín; Novena: Valdivia, Osorno y Llanquihue, y Décima: Chiloé, Aysén y Magallanes¹⁰.

Notamos cómo la división territorial de la CORFO, luego de ser modificada por la Ley N°16.672, queda en suspenso, debido a que en el mismo artículo Quinto transitorio se señala expresamente que esta división territorial estará vigente mientras la ley fije las agrupaciones territoriales. Estudiamos entonces el Proyecto del ODEPLAN, que en ese momento se encontraba en desarrollo.

Proyecto Regionalización ODEPLAN

El segundo proyecto que tenía por intención el logro de una eficaz y efectiva Descentralización tanto de la administración y la economía, se desarrolló en el año 1965 bajo el gobierno del ex Presidente Eduardo Frei Montalva, debido al cabal conocimiento de que el proyecto de regionalización de la CORFO no había surtido los efectos esperados, y a la vez la idea de descentralizar el país era aun más necesaria que antes.

En razón de esto, el país requería que se tomara con mayor seriedad el tema, desde la cúpula de la organización política del país, esto es, desde el Poder Ejecutivo. El presidente Frei Montalva crea, al inicio de su mandato, la Oficina de Planificación, con la misión de organizar el país desde un organismo único que tenga por finalidad exclusiva la descentralización a nivel país, la que dependería directamente de la cabeza política nacional. A mediados del periodo presidencial se crea la Oficina de Planificación Nacional, más conocida por sus siglas: ODEPLAN¹¹, siendo la predecesora del actual MIDEPLAN, que tiene igual finalidad, y que a partir del año 1990 obtuvo la categoría de Ministerio, en razón de la importancia del tema en cuestión.

⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1925)

⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1925)

¹⁰ LEY 16.672. *Modifica la Constitución Política de la República.* (1967)

¹¹ OFICINA DE PLANIFICACIÓN NACIONAL (ODEPLAN)

Podemos observar que este proyecto sí tomó como elemento primario y como punto de partida para la elaboración de las regiones elementos esenciales a la hora de dividir, como fue la búsqueda de los “POLOS DE DESARROLLO REGIONAL”¹², es decir, la elección específica de ciudades a lo largo del país que conjugaron las cualidades de ser en ese momento o a futuro centros de aglomeración y progreso regional. De esta manera se incentivaría la estadía en la zona, sin grandes migraciones a la capital, regiones que ofrecieran oportunidades de crecimiento, empleo y educación en cada una de ellas, determinando un centro urbano como lugar central. Al diseñar el mapa nacional, se tuvo en cuenta las cualidades geográficas propias de cada zona, dividiendo aún más el territorio del país, puesto que estaría conformado por doce zonas.

Lo más interesante del proyecto de ODEPLAN es la creación de estas doce regiones, con una jerarquía de núcleos en tres niveles. El primario, Santiago, como núcleo nacional, en el segundo escalafón tres grandes centros en regiones como serían: Antofagasta en el norte, Valparaíso en el centro y Concepción en el sur; y en el tercer nivel, se encontraría el resto de las capitales regionales. Todo esto podría verse desde la ironía, al querer lograr la descentralización de esta forma se comete un grave error: Crear otros tres puntos de centralización. Caemos en lo que denominamos la “Descentralización Centralizada”.

Las Regiones creadas fueron:

- I Región: Provincia de Tarapacá.
- II Región: Provincia de Antofagasta
- III Región: Provincias de Atacama y Coquimbo.
- IV Región: Provincias de Aconcagua y Valparaíso.
- V Región: Provincias de O’Higgins y Colchagua.
- VI Región: Provincias de Curicó, Talca, Linares y Maule.
- VII Región: Provincias de Ñuble, Bio.bío, Concepción, Arauco y Malleco.
- VIII Región: Provincia de Cautín.
- IX Región: Provincias de Valdivia y Osorno.

¹² OFICINA DE PLANIFICACIÓN NACIONAL (ODEPLAN).

X Región: Provincias de Llanquihue, Chiloé y Aysén

XI Región: Provincia de Magallanes

Zona Metropolitana

Proyecto Regionalización CONARA

Luego de transcurrido poco menos de una década se observa que el Plan de Descentralización del proyecto de regionalización de 1965 no cumplía con las metas propuestas al momento de su creación y posterior puesta en práctica, es por esta razón que se decide renovar y rediseñar el mapa nacional, con la creación de un modelo basado en una transformación paulatina del sistema político y administrativo nacional a través de cinco metas propuestas por la CONARA.

La CONARA (Comisión Nacional de Reforma Administrativa) fue creada en 1973, en los inicios del Gobierno Militar, presidido por don Augusto Pinochet,¹³ luego de las dificultades económicas y administrativas de los años inmediatamente anteriores. La propuesta consistía en que a partir del año 1974 se comenzaría a aplicar una nueva distribución político-administrativa en todo el territorio nacional, la cual no sería puesta en marcha en su totalidad desde el inicio; por el contrario, en el afán de buscar resultados duraderos y definitivos, se emplearía gradualmente. Es por esto que el Gobierno de turno dictó el decreto N° 212 con fecha 17 de diciembre del año 1973.

Comienza su aplicación el año 1974 buscando la consecución de los fines propuestos por la CONARA. Estas cinco metas o fines eran: a) Incrementar la Integración Regional, b) Desarrollar un Sistema de Seguridad Nacional, c) Alcanzar un Desarrollo Económico, d) Descentralización Político-Administrativa del país y e) Transferencia de competencias desde la Administración Central a otras administraciones.

El primer punto, referido al incremento de la integración nacional, tiene por finalidad lograr un completo desarrollo de las regiones, y conseguir que la población oriunda de cada región se establezca en ella misma, sin necesidad de buscar nuevos horizontes y oportunidades en la ciudad de Santiago. Necesario es que se encuentren presentes en su propio territorio geográfico las mismas posibilidades de desarrollo humano, profesional y educacional. Esto en compañía, no cabe duda, de una correcta repartición de los recursos naturales, de tal manera conseguir una efectiva ocupación de todo el territorio de

¹³ EDUCAR CHILE: Conara Disponible en: www.educarchile.cl/ech/pro/app/detalle?ID=132526

la República. Dos propósitos incorporados en uno: Desarrollo íntegro en cada una de las trece regiones y ocupación soberana de todo el país.

El segundo objetivo consiste en desarrollar un sistema de seguridad nacional. Podemos observar la cercanía que existe con la primera finalidad, solo que en esta ocasión orientado a la ocupación efectiva del territorio y protección de las fronteras con Argentina, Bolivia, Perú y la frontera marítima, el Océano Pacífico. ¿Pero de qué manera lograr esto? Pues se obtiene a través de la ocupación de todos los espacios territoriales, en especial aquellos que se encuentran más deshabitados o con poblaciones urbanas escasas. Como crítica podemos señalar que la única forma de lograr este fin es dando cumplimiento cabal al objetivo primario, este es incrementar la integración regional.

El tercer elemento en consideración es para nosotros uno de los fines esenciales de la descentralización, y corresponde a alcanzar un desarrollo económico. Éste se refiere a que los recursos económicos que se obtienen por la producción de todo el país sean repartidos equitativamente a cada una de las secciones y poblados de la nación, de modo que no exista una concentración de los caudales estadales en las grandes ciudades desarrolladas, en desmedro del resto; precisamente lo ocurrido durante el último siglo. Observamos que este punto en cuestión contrarresta uno de los objetivos del anterior proyecto de descentralización (ODEPLAN 1965) recordemos que éste creaba grandes polos o núcleos de desarrollo. Ahora en contraposición buscamos un desarrollo nacional íntegro. Bajo nuestra perspectiva, una finalidad acorde a las necesidades conjuntas.

El cuarto, y también uno de los puntos fundamentales del proyecto, si no el principal, fue la descentralización político-administrativa del país. Se buscaba el traspaso de las competencias. ¿Cómo lograr esto? La única forma para lograr su cumplimiento cabal es la desburocratización de la administración, es decir, el poder central debe desligarse de su total poder de decisión a nivel nacional como país unitario, sin perder esta calidad. Esto se obtiene haciendo entrega de poder de decisión y de administración a las regiones, a la vez a las provincias y comunas del país, teniendo como visión nacional una misma meta, los objetivos nacionales (los otros propuestos en el mismo proyecto). Éste traspaso de competencia adquirió especial importancia en la Comisión Ortúzar. En el Acta Constitucional Número Dos¹⁴ sobre Bases Esenciales de la Administración del Estado, se trató específicamente por dicha comisión; encargada del estudio del Régimen Administrativo Interior y Descentralización Administrativa y Regional y de la nueva legislación municipal; el elemento clave a la hora de lograr la ansiada descentralización: El alzamiento de la figura de los intendentes y go-

¹⁴ ACTA CONSTITUCIONAL NUMERO 2. *Bases esenciales de la Institucionalidad*. (13 de noviembre de 1973)

bernadores, haciéndoles entrega de la facultades de administración hasta ese entonces radicadas en el gobierno nacional. Lamentablemente esto ha tenido un lento avance concretándose la elección popular de estas autoridades como proyecto recién el año 2015 (tratada en el capítulo I.4) y en los ejes de acción de la Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional (tratada en el capítulo II. 2)

El último objetivo del proyecto de la CONARA consiste en la transferencia de las competencias desde la administración central. Este objetivo está íntimamente ligado al anterior. El poder traspasado a los gobiernos regionales, que cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propio, de igual manera requiere de una supervigilancia del poder central, de tal manera, evitar abusos.

Podemos observar este fin establecido en la Ley N° 19.175, cuyo texto fue refundido y actualizado en agosto del año 2005. En su artículo primero dispone : *El gobierno interior de cada región reside en el Intendente, quien será el representante natural e inmediato del Presidente de la República en el territorio de su jurisdicción. Será nombrado por éste y se mantendrá en sus funciones mientras cuente con su confianza. El Intendente será subrogado por el Gobernador de la Provincia asiento de la capital regional y, a falta de éste, por el funcionario de más alto grado del respectivo escalafón. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la facultad del Presidente de la República para designar un suplente, sin sujeción al requisito de tiempo establecido por el inciso tercero del artículo 4° de la Ley N° 18.834.*¹⁵

A nuestro parecer uno de los principales errores que se cometían en la búsqueda del logro de la descentralización administrativa del país recaía en la forma en que se designaba a los intendentes. Actualmente el nombramiento no depende de la exclusiva confianza del Presidente de la República. ¿Que beneficios reporta la elección popular? El intendente tiene contacto directo con la máxima autoridad nacional, por lo que los petitorios de los grupos de presión regionales empoderados llegarán rápidamente a sus oídos. En efecto, la gran diferencia consiste, en primer lugar, en que: Si el intendente es elegido por la ciudadanía regional, se logra tener una mayor representatividad y cercanía con la autoridad y a la vez ésta tiene un real conocimiento de las complejidades y carencias de ese territorio, destinando de mejor manera los recursos, y ¿por qué no?, recibiendo de forma directa las recaudaciones del mismo territorio. En segundo término: Siente una mayor obligación de dar cumplimiento a la población.

Este cargo requerirá de mayor independencia y a su vez de una representatividad del electorado, reflejada a través de elecciones periódicas, de esta manera se lograra el fortalecimiento de la democracia.

¹⁵ LEY N° 18.834. Aprueba Estatuto Administrativo.

La elección popular del cargo de Intendente tuvo y tiene al Congreso sumido en una gran polémica, puesto que la oposición estima que ésta tiene por propósito oculto disminuir las actuales atribuciones de la máxima autoridad regional, entregándoselas a los gobernadores regionales, quienes mantendrán su dependencia del Presidente de la República de turno, por cuanto serán elegidos por éste y mantendrán la calidad de exclusiva confianza¹⁶. Se trataría de un subterfugio, ya que las atribuciones serán disminuidas y la región seguiría sometida a un programa nacional de gobierno y no a las demandas sociales regionales.¹⁷

Nuestro país requiere de políticas multisectoriales para el desarrollo íntegro de cada una de las regiones, así la solución de las vicisitudes y problemáticas regionales se determinarían por la ciudadanía por medio de la participación directa y regular. Se decía en ese entonces que si se obtenía el apoyo requerido en el Congreso de la República estaríamos un paso más adelante en la consecución de igualdad, dignidad y desarrollo de la descentralización¹⁸.

Sobre quién recaerá el peso que significa la elección popular de los intendentes y la importancia que eso reviste. La en ese entonces Presidenta del Senado creía que era de vital importancia concretar en ley este proyecto, ya que corresponde al puntapié inicial para, como ella menciona, "tener regiones empoderadas que puedan resolver y avanzar de acuerdo a sus características, idiosincrasia y necesidades".¹⁹

La elección del intendente, quien es la cabeza del gobierno regional a través de un proceso electoral, significará concretamente un fortalecimiento de la región, ya que tiene mayor conciencia de las complejidades del espacio urbano y rural bajo su mando, posibilitando además su rápida toma de conciencia, evitando por lo tanto la burocracia actual en la que las decisiones son tomadas desde la capital para las regiones del norte, centro y sur del país²⁰.

Ley 20.174 Crea Región de los Ríos y Provincia de Ranco.
Ley 20.175 Crea Región de Arica y Parinacota
y Provincia del Tamarugal.

Con el transcurso de los años y tomando en cuenta las peticiones de la ciudadanía del país, quienes demostraron al gobierno de turno (Gobierno de Ricardo Lagos Escobar - 11 de marzo de 2000 a 11 de marzo de 2006) que la repartición de los recursos no estaba siendo igualitaria para todas las regiones del país, y que la ciudad en la que se encontraba la Intendencia Regional estaba acaparando la mayor cantidad de los recursos regionales, y que a su vez las

¹⁶ MONCKEBERG Cristian, Diputado Renovación Nacional (enero 2015)

¹⁷ NUÑEZ Paulina. Diputada Renovación Nacional (enero 2015)

¹⁸ DIARIO CONSTITUCIONAL (14 Enero 2015)

¹⁹ ALLENDE, Isabel. (2015) Presidenta del Senado.

²⁰ ALLENDE, Isabel. (2015) Presidenta del Senado.

políticas del Poder Ejecutivo, es decir, del Poder Central, no respondían eficazmente a las necesidades y solicitudes de las ciudades más extremas del país; Al mismo tiempo las peticiones de las grandes ciudades no capitales regionales simplemente no eran atendidas. Se tomaron cartas en el asunto y el gobierno decidió reformar la Constitución Política de la República, decidiendo eliminar toda referencia clara y manifiesta de la conformación de nuestro país en trece regiones. A su vez esta reforma permitiría en el futuro crear nuevas regiones si la realidad socio-cultural nacional así lo requiere, adecuándose a las exigencias nacionales cada vez más exigente de resolución inmediata. Observamos que para dar rápido cumplimiento a los requerimientos de la población, el gobierno debería traspasar a la Ley Orgánica Constitucional (LOC) la creación, eliminación y denominación de las regiones. El punto negativo corresponde a que en la actualidad la división territorial no ha sufrido grandes cambios salvo la dictación de la Ley N° 20.174: que crea la Región de los Ríos y Provincia de Ranco, y la Ley N° 20.175 en cuya virtud se creó la Región de Arica y Parinacota y Provincia del Tamarugal.

En efecto, el año 2007 bajo el primer gobierno de doña Michelle Bachelet fueron creadas dos nuevas regiones, las que fueron propuestas por el Poder Ejecutivo mediante mensaje, el cual fue presentado por el gobierno anterior. Estas regiones son Arica y Parinacota, hasta ese entonces comprendidas en la Región de Tarapacá con capital Iquique y la Región de los Ríos, hasta ese momento subordinada a las decisiones de la ciudad de Puerto Montt, capital de la Región de Los Lagos, decidiéndose no eliminar los números de designación de las regiones, ya que eso significaría hacer una serie de reformas a la Constitución.

Sin embargo surge una interrogante, ¿con qué finalidad creamos más regiones? Las autoridades piensan que un mayor número de regiones significa una mayor descentralización. Esto configura un pensamiento erróneo. Efectivamente si el pensamiento de la ciudadanía consiste en que tener una intendencia y recibir directamente los recursos del gobierno central sin un traspaso burocrático del gobierno de una región más amplia las hace independientes y capaces de atender las complicaciones y problemáticas más rápida y eficazmente, están en lo cierto, pero ¿dividir la población nacional en diversos grupos pequeños, es esa la decisión correcta?

Estimamos que si queremos avanzar correctamente en una división político-administrativa regional, lo que llamamos Regionalización o Estado Regionalizado, ésta debe realizarse mediante traspaso de facultades y competencias en materias de toda índole: políticas, económicas, fiscales y administrativas, pero para esto el medio no es la creación de más y más regiones, sino que lo conveniente es tener un menor número de regiones pero cada una con identidad propia, con una comunidad enraizada, con características comunes, culturales, étnicas y sociales. El camino no es imitar la división de África de mediados del siglo xx,

sino más bien tomar elementos de un sistema como el del Reino Unido, en el que se observó previamente a los grupos socio-culturales, sus costumbres, las competencias exigidas y sus requerimientos, entregándose diversas competencias a Escocia, Irlanda del Norte y Gales.

Capítulo II

Objetivos de la Regionalización: descentralización y desconcentración

Analizaremos si efectivamente se ha tomado por parte del Poder Ejecutivo y del Legislativo conciencia de la necesidad de regular la regionalización, ya que no sólo se debe crear un mapa de cómo queda configurado el país, sino que lo correcto es partir de una base bastante más amplia y compleja, que corresponde a determinar de qué manera se va a traspasar el poder del gobierno central a las administraciones regionales. Esto se responde a través de la descentralización y a su vez la desconcentración.

El constituyente no ha sido ajeno a estas preocupaciones y en la Constitución Política de la Republica se hace referencia directa a ellas: en el Capítulo Primero de Bases de la Institucionalidad y en la reforma del año 2005, la que fue aprobada con la finalidad de promover, tal vez en forma tardía, la Regionalización y la Descentralización efectiva. A nuestro parecer se debió comenzar de la base que se indica en el párrafo anterior y no reformar nuestra Carta Fundamental con 55 años de "Regionalización a medias" a costas.

Chile es un Estado unitario, conformándose una sola estructura humana y territorial con un único ordenamiento jurídico, pero todo esto trae consigo una consecuencia. La que corresponde a la promoción del centralismo, ya que el poder público unifica todas sus funciones en una determinada área del país, siendo ésta el centro de la política nacional.

Asimismo, nuestra Constitución Política establece en el inciso segundo del artículo tercero que el país será administrativamente descentralizado y desconcentrado. Ahora bien, ¿qué entendemos por descentralización? Entendemos que aquel órgano creado por el Estado al que se le deberán entregar las competencias y aptitudes necesarias para el correcto funcionamiento y aplicación de sus políticas contará con personalidad jurídica propia y con un patrimonio propio suficiente, pero toda estas competencias deben ir relacionadas con una vinculación directa y regular con el poder central, el cual mantendrá una supervigilancia o tutela sobre éste, pero no tendrá una dependencia jerárquica²¹.

²¹ MOHOR, Salvador. *Cátedra Derecho Constitucional Universidad del Desarrollo*. (2009)

Actualmente en nuestro país existe alguna descentralización administrativa que se refleja en la distribución del poder estatal en órganos descentralizados y desconcentrados en materia de administración, la cual puede ser funcional, referida a que este órgano descentralizado debe cumplir finalidades específicas con un alto grado de autonomía del centro y/o territorial, cuando el espacio en el que las ejerce está previamente delimitado.

A la vez la desconcentración se refiere a aquellos órganos inferiores a los cuales los órganos superiores les transfieren competencias, lográndose con esto la disminución de la subordinación. Este órgano desconcentrado a diferencia de lo que ocurre con los órganos descentralizados no tendrá patrimonio propio ni personalidad jurídica propia, por lo que se entiende que permanece absolutamente ligado al órgano superior, dependiendo de él por la regla de la jerarquía, por lo que la toma de las decisiones las seguirá definiendo la autoridad superior y a la vez central, pero la aplicación de éstas en la región, le corresponderá al órgano inferior que se encuentra desconcentrado.²²

“Descentralizar implica transferencias de atribuciones (poder) desde el nivel central al local en materias tales como financiamiento, plantas de personal, asociatividad, pero también es necesario transferir estas atribuciones desde lo local a los ciudadanos. Ello es perfectamente posible”²³.

Observamos que nuestro país, gracias a esta clasificación, requiere de “una infraestructura decisional administrativa y de gobierno con la distribución concreta y correcta de las suficientes facultades para operar con cierto grado de independencia del centro. Entendemos por esto que cada una de las autoridades regionales debe tener un órgano propio, aptitudes y competencias para su región”.

Esta dependencia del poder central produce la llamada y vapuleada burocracia. ¿Qué entendemos por ella?. La podemos definir como el “conjunto de actividades y trámites que hay que seguir para resolver un asunto de carácter administrativo: la burocracia hace posible el funcionamiento de la administración del Estado”²⁴, pero en su sentido más crítico, es el “exceso de normas, trámites y papeleo que dificultan o complican las relaciones del ciudadano con la administración y retrasan la solución de los asuntos”²⁵. Salta a la vista que el exceso de burocracia afecta el actuar de las autoridades regionales y el logro de sus fines específicos, especialmente si se encuentran en los extremos del país, pero la burocracia, bien entendida, como conjunto de trámites para resolver

²² MOHOR, Salvador. *Cátedra Derecho Constitucional Universidad del Desarrollo*. (2009)

²³ DEL RIO, Felipe, FOLRES, Miguel, HORST, Bettina, et al. (2008): *Rompiendo cadenas del centralismo en Chile*. Pág. 44.

²⁴ THE FREE DICTIONARY

²⁵ THE FREE DICTIONARY

un asunto, no debe ser eliminada, sino que creemos que debe ser traspasada a las regiones y que ellas sean las encargadas de determinar si un proyecto es viable o no, y si existen los recursos suficientes de manera autónoma, como será explicado en el capítulo III.

Todos estos términos y clasificaciones están tratados con un solo fin, entender qué buscamos y qué comprendemos con la regionalización. La definición más breve y específica es: "Delimitación geográfica que se realiza en consideración a los elementos comunes, sean económicos, sociales, culturales, geográficos, administrativos y/o políticos. La regionalización de un territorio constituye un marco adecuado para la adopción de decisiones que promuevan el desarrollo del país dentro del proceso de planeación." En síntesis, si queremos el desarrollo equitativo de cada una de las zonas geográficas de nuestro país, atendiendo a la equidad e igualdad de oportunidades en cada una de ellas, llegó la hora de regionalizar de manera correcta tomando como elemento preponderante las características propias de toda índole y no imitar sistemas internacionales.

Evolución histórica del tratamiento de la Regionalización en nuestras Constituciones Políticas de la República, desde el Acto Original Institutor del Derecho hasta la Reforma Constitucional del año 2005

Se analizarán los avances en nuestra legislación. Para esto debemos hacer un breve racconto²⁶ de las Cartas Magnas nacionales, incluyendo la Reforma Constitucional del 2005.

Nuestra Constitución Política de 1833, dictada bajo el Gobierno de don José Joaquín Prieto (18 de septiembre de 1831 a 18 de septiembre de 1836²⁷), en su Capítulo Segundo, cuyo título fue: "De la Forma de Gobierno", nos mencionaba en su artículo tercero: "La República de Chile es una e indivisible"²⁸, claro ejemplo de que en la época no se pensaba en la descentralización ni mucho menos. Estábamos recién iniciando el proceso de constituir un Estado soberano e independiente, por lo que el interés de ese entonces recaía principalmente en unir a los habitantes de la República en un plan común. Solo se pensaba en reunir a los grupos políticos y a las diversas y dispersas etnias según sus características, no dividir las territorialmente.

²⁶ RACCONTO: es una palabra italiana que no forma parte del diccionario de la Real Academia Española (RAE), aunque su uso es bastante frecuente en nuestro idioma. La noción se emplea para nombrar a una retrospectiva que se realiza, por lo general, en una obra artística para resumir o repasar hechos pasados.

²⁷ FRIAS VALENZUELA, Francisco (1993). *Historia de Chile. Desde la Prehistoria hasta 1973*. Santiago: Editorial Zig-Zag, S.A. 11ª edición.

²⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1833).

La Constitución Política de la República de 1925 en su capítulo primero cuyo título era "Estado, Gobierno y Soberanía" nos indica:²⁹ "El Gobierno de Chile es Unitario. Su gobierno es Republicano y Democrático Representativo". Podemos notar a simple vista que no existe de parte del gobierno central ni un atisbo de preocupación por la regionalización, puesto que recién comenzaron a tomarse medidas un cuarto de siglo después de la promulgación y publicación de la citada Constitución. Sólo se señala la característica esencial de nuestro país, el ser unitario, y se conserva el poder en una unidad en cuanto a su estructura, y desestima los proyectos paralelos de la segunda década del siglo xx de constituir a Chile como un gobierno federal copiando el sistema americano.³⁰ Es decir, el Estado chileno sería organizado y administrado desde una cúpula central única que regiría a toda la República y ejercería plena soberanía libre sobre, tierra, agua y aire.

Con posterioridad se dicta y promulga la Constitución Política de 1980 (bajo el Gobierno de don Augusto Pinochet), la que en su artículo tercero establece: "El Estado de Chile es Unitario, su territorio se divide en regiones. Su Administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley".³¹ Este artículo se aprobó siguiendo concretamente las indicaciones contenidas en el artículo primero de la Ley N° 19.097.³²

Luego la Reforma del año 2005, que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República del año 1980, dividió en dos el artículo mencionado, con la finalidad de dar énfasis a lo unitario y a la vez a la descentralización del Estado. Conjuntamente se incluyó un inciso a este mismo artículo tercero, el cual tenía por finalidad especificar de qué manera se llevaría adelante la llamada descentralización. El artículo en cuestión quedó redactado con el siguiente texto:

³³ "El estado de Chile es Unitario.

La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada y desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley.

Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio".

²⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1925).

³⁰ MOHOR, Salvador. *Apuntes cátedra Derecho Constitucional*. Universidad del Desarrollo. (2009).

³¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Ediciones Publibley. Edición 1995. Art 3°. Página 8.

³² LEY 19.097. 12 de noviembre de 1991. *Modifica la Constitución Política de la República en materia de Gobiernos Regionales y Administración Comunal*.

³³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Editorial Jurídica de Chile, Edición 2009, Página 11.

El tercer inciso explica de mejor manera una serie de normas que fueron integradas o modificadas por la Ley N°19.097, en la que se determina quién o quiénes llevarán a cabo el ejercicio del poder regional y como ejercerá este poder el intendente y los consejeros regionales para el desarrollo completo y suficiente de la región.

El artículo séptimo de la mencionada Reforma manifiesta la manera en que se compondrá este fragmento de Administración del Estado. Este dispone:

“Artículo séptimo: Sustitúyanse los artículos 100 a 104, inclusive, de la Constitución Política de la República por los siguientes:

“Artículo 100.- El Gobierno de cada región reside en un intendente que será de la exclusiva confianza del Presidente de la República. El intendente ejercerá sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente, de quien es su representante natural e inmediato en el territorio de su jurisdicción.

La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región.

El gobierno regional estará constituido por el intendente y el consejo regional. Para el ejercicio de sus funciones...”³⁴.

Nos salta a la vista un gravísimo desfase de coordinación y regulación ya que luego del Proyecto de la CONARA con sus cinco metas propuestas, sólo recién 30 años después se toma conciencia que el real cambio o variación para lograr un efectivo potenciamiento de cada uno de los sectores del país y lograr evitar el centralismo se obtendrá a partir de una norma de rango constitucional, en la que se señalará claramente que es deber de cada uno de los organismos o instituciones que conforman el Estado propender al desarrollo de cada espacio de la nación. No consiste en formar un espacio territorial en torno a una ciudad de mayor población que podría llegar a conformar el centro neurálgico de desarrollo de la zona, y posteriormente más de un cuarto de siglo después, explicar de qué manera se debe fomentar y pregonar el desarrollo equitativo del país, sin tomar en cuenta elementos esenciales a la hora de la división como son las culturas, la economía, socio-política y sobre todo la geografía.

“Ahora bien, un elemento crucial para el éxito de la regionalización es el compromiso de las comunidades regionales. Recordemos que en Chile comenzamos al revés: creamos jurídicamente las regiones, esperando que aquellas se convirtieran en una

³⁴ LEY 19.097. 12 de noviembre de 1991. *Modifica la Constitución Política de la República en materia de Gobiernos Regionales y Administración Comunal.*

*unidad socio-cultural y, con el tiempo, política. Experiencias comparadas exitosas en materia de regionalización (e.g., Italia, Francia, España), nos demuestran que el camino es el inverso: debe existir una comunidad socio-cultural, que desarrolla una voz política, la cual termina exigiendo una consagración jurídica.*³⁵

En este contexto, resulta imprescindible apurar la formación de comunidades políticas regionales. Creemos que el medio más idóneo para ello es la realización de elecciones políticas locales, capaces de dar forma a una “política regional” al interior de cada región, idealmente con partidos políticos regionales dotados de una agenda propia, y sólo muy flexiblemente asociados a partidos nacionales. Lo anterior supone el traspaso del poder político real a las regiones, las que debieran ser capaces de elegir sus propias autoridades para el Gobierno Regional.

De lo dicho por el profesor don José Manuel Díaz de Valdés, podemos rescatar un elemento determinante, que a nuestro modo de ver ha marcado quizás un precedente en la realidad nacional: la creación de las dos últimas regiones, la XIV y XV, las cuales sí tuvieron por origen una unidad socio-cultural diferente, estas nacieron en gran medida por el clamor popular, una comunidad empoderada deseosa de mayor representatividad, tanto en el Congreso como en las decisiones de un Gobierno Regional más cercano y con políticas concretas de desarrollo.

Ante esta Reforma Constitucional del año 2005, existen opiniones muy críticas. Nosotros estimamos que efectivamente se hizo un avance considerable, atendiendo a la nula regulación nacional existente sobre cómo llevar adelante el ideario de los proyectos primitivos, pero no cabe duda que no es una solución definitiva, sino solo el punto de partida, esto es, una efectiva actitud contraria al centralismo existente, no solo en Chile, sino que asimismo en todos los países Latinoamericanos y de aquellos en vías de desarrollo.

“Sabido que la regionalización ha sido tan difícil de profundizar, y que las reformas constitucionales anteriores no habían tenido el efecto deseado, se hubiera esperado una actitud mucho más comprometida y radical del constituyente de 2005. Evidentemente, resulta necesario abrirse a otras formas de avanzar en el proceso”³⁶.

En el estudio de la normativa observamos el Decreto Ley dictado en el año 1974 por el Gobierno Militar, que lleva por número el 573. Éste trata sobre:

³⁵ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2009): *La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes*. (Revista Actualidad Jurídica N° 20 - Julio 2009 - TOMO I Universidad del Desarrollo. Páginas 53 y 54).

³⁶ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2009): *La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes*. (Revista Actualidad Jurídica N° 20 - Julio 2009 - TOMO I Universidad del Desarrollo) Página 54.

Estatuto del Gobierno y Administración Interior del Estado. Tenía por finalidad lograr la regionalización equilibrada tal como fue planteado previamente por la CONARA. El proyecto fue acompañado de este decreto en el que se señala escuetamente de qué manera las regiones, provincias y comunas serán administradas, cuáles serán los cargos políticos y de qué manera serán designados quienes los ocupen. Todo, sin embargo, mirado con ojos de siglo XXI es insuficiente para lo que hoy es requerido, en cuanto a representatividad y poder de decisión de la población habitante de la región.

“1. Que el hecho de que el Estado de Chile sea unitario, constituido por una sola asociación política, no se contrapone con el de que su Gobierno se ejerza sobre la base de una organización interna que obedezca a un criterio de descentralización y desconcentración;”³⁷

Observamos con total claridad como estos mismos principios de los artículos primero y segundo del citado decreto ley son considerados con 30 años de desfase en la Reforma Constitucional del año 2005, otorgándole la categoría constitucional que merecen, además de hacer mucho más compleja su reforma, debido a los altos quórum requeridos para el Capítulo I, alcanzando los dos tercios de diputados y senadores en ejercicio.³⁸

Es por esto que se requiere un inminente cambio o modificación de carácter constitucional, una reforma que tome estas “buenas intenciones” de descentralización y transfiera efectivamente a los gobiernos regionales las competencias requeridas para una administración independiente, pero regulada por la Carta Fundamental, cuyas normas al efecto hasta hoy no han sufrido cambios sustanciales que entreguen facultades políticas, sociales y económicas a los gobiernos regionales³⁹. No se establecen competencias exclusivas de estos.

Métodos de acción y ejes centrales para una correcta y eficaz regionalización

Previo a tratar uno a uno los métodos de acción y ejes más relevantes, debemos entender de dónde nacen éstos y a la vez con qué finalidad. Con fecha 7 de abril de 2014 la presidenta doña Michelle Bachelet promulga un decreto. Este corresponde al Decreto N° 926, que crea la Comisión Asesora Presidencial para el desarrollo regional, claro está, tomando en cuenta las peticiones de la ciudadanía que son cada vez más demandantes, y tal como se analizó previamente, actualmente la población regional empoderada requiere una pronta y expedita solución a sus dificultades y a su abandono, intentando disminuir, y

³⁷ DECRETO LEY N° 573. 12 de julio de 1974. Estatuto del gobierno y administración interior del Estado.

³⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. (1980) Capítulo xv, Artículo 127. Página 48.

³⁹ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL DE DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL.

en la medida de lo posible eliminar, la excesiva burocracia presente hoy día en cada uno de los trámites de carácter administrativo, por cuanto las decisiones son tomadas por cúpula político-administrativa del país en Santiago. Ante esto surgen dos medios para intentar revertir esta realidad: 1) El Decreto N° 926 y 2) La citada Comisión Asesora Presidencial.

El artículo primero del decreto mencionado nos indica: "Créase una Comisión Asesora Presidencial para el Desarrollo Regional, en adelante "la Comisión", cuya función será asesorar a la Presidenta de la República en la formulación de acciones, medidas y programas en materia de descentralización"⁴⁰. La finalidad única salta a la vista concretamente, tiene por misión informar de todas y cada una de las medidas a tomar para solucionar un problema que no ha logrado ser subsanado en los últimos cerca de 70 años.

Comisión que estaría formada por representantes que toman como pie inicial para sus propuestas lo expresado en los debates regionales en los que participaron universidades, municipalidades, ONG, la ciudadanía, etc. Luego de un periodo de discusión, la mencionada comisión hace entrega de este Informe Final al Congreso, señalando todos los medios de acción y puntos a mejorar de la actual administración para dar mayor independencia y autonomía a las regiones, puntos tales como: Traspaso de Competencias, Recaudación Regional, Participación Ciudadana, entre muchos otros⁴¹.

Como elemento preponderante a analizar de este informe encontramos la idea de un Estado Descentralizado (base del informe), ¿Qué entendemos por esto? Pues bien, la separación de dos funciones: El Gobierno Regional y el Gobierno Central, logrando con esto dar poder y autonomía a las Intendencias, Gobernaciones y Municipalidades (Pero no a cualquier costo, ya que el logro de esta división debe adecuarse a una serie de medidas que busquen alcanzar un desarrollo equilibrado de cada región, tanto en lo social, como en lo económico).

Nos referimos con lo anterior a una serie de medidas a adoptar: Uno de los puntos más rupturistas y novedosos, es la creación de una Ley de Renta Regional, proponiendo que cada región esté capacitada para exigir y recibir los tributos de los ciudadanos residentes, así conseguir que las regiones posean un "colchón de seguridad", del cual extraer los recursos necesarios para realizar y gestionar grandes inversiones, y a la vez poder endeudarse sin temor. Todo esto debido a que en la actualidad el Gobierno Central y la administración deben determinar si el proyecto es viable y si dentro de los dineros a repartir en cada uno de los territorios es suficiente. Ahora si se concreta este proyecto de Renta Regional,

⁴⁰ DECRETO 926, (7 de abril de 2014) *Crea la Comisión asesora Presidencial para el desarrollo Regional.*

⁴¹ INFORME FINAL COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL.

cada una de las regiones logrará la autonomía requerida, así se conformaría finalmente lo que hemos llamado “triángulo de independencia”, compuesto por representatividad (por la elección ciudadana del intendente), competencia administrativa y finalmente los recursos indispensables para llevar adelante los proyectos propios, y así alcanzar un 35% de autonomía, aún por debajo del 45% promedio de los países del OCDE.⁴² Todo esto es referido a la disminución o erradicación de la burocracia, claro reflejo de esto es la mayor congruencia en la solución de los requerimientos sociales si la autoridad tiene conocimiento de ellos, de esta manera sabrá correctamente dónde dirigir los recursos.

En la actualidad podemos ver las grandes e incluso abismales diferencias que existen entre los 15 territorios en que se subdividió el país, algunos de los cuales poseen la mayor cantidad de riquezas el país, sea por la minería o por ser los centros neurálgicos de las grandes empresas nacionales y extranjeras, por lo que si aplicamos al pie de la letra el punto anterior, solo conseguiremos mantener o incluso aumentar las diferencias regionales y derivaremos la migración a regiones que posean un producto interno bruto (PIB) mayor. Para contrarrestar esta medida con efectos palpables, es que la comisión pretende crear un Fondo de Convergencia para la equidad interregional⁴³, que al presente se aplica en los países más desarrollados del orbe y que tiene por finalidad la contribución y apoyo de las secciones más ricas del país a las zonas que estén en desmedro, y así lograr un crecimiento equivalente y entregar el apoyo requerido a lo que la comisión llama, “Zonas Rezagadas”. El objetivo es un crecimiento uniforme en la medida de lo posible, fundamentado en una discriminación positiva⁴⁴, atendiendo a los niveles de desarrollo individuales. Este crecimiento no es sólo de equivalencia regional, sino que también de cada porción de la región, evitando así el centralismo regional.

Teniendo por “objeto hacer accesible en el espacio las prestaciones que los servicios públicos entregan a los usuarios, con el fin de satisfacer, oportuna y eficazmente, las necesidades de la población. Este acercamiento de los servicios en el territorio permite a los habitantes de los lugares alejados de la capital regional o provincial obtener, en un lugar cercano a su residencia, prestaciones mínimas necesarias y esenciales en materia de educación, salud y otras.⁴⁵” Esto es precisamente lo que buscamos.

Como elemento preponderante en el progreso nacional completo, encontramos el fortalecimiento de los gobiernos regionales acompañado de una

⁴² COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL. Págs. 12, 57 a 60.

⁴³ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL. Págs. 12.

⁴⁴ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL. Págs. 17

⁴⁵ EUGENIN, Jorge, GLEISNER, Hagen, GONZALEZ, Maria Eugenia, et al (1990): *Regionalización: La experiencia chilena 1974-1989* Página 71.

participación ciudadana, requerimos con urgencia de una mayor involucración de cada uno de los miembros que componen la población nacional, ya que las políticas públicas del Intendente y Gobernador requieren de la creación y concreta aplicación de reformas más profundas o de carácter estructural. Por lo que estas políticas deben tener el apoyo de los individuos a quienes se les aplicarán; en atención directa a esto, se promueve la instauración de un rápido plebiscito, siempre que sea exigido con al menos el 5% del cuerpo electoral,⁴⁶ de esta manera la población votante será partícipe y elemento fundamental en la administración de su región, además de elegir e incluso destituir mediante esta misma vía del plebiscito a sus autoridades.

“Teniendo presente que la descentralización territorial no es solo una nueva división política administrativa, ni un proceso orientado exclusivamente al desarrollo económico-social, sino que también es el medio para incentivar la participación ciudadana en la definición de su propio destino y en su contribución al cumplimiento de los objetivos establecidos para su nivel territorial...”⁴⁷

Las regiones están en plan de actuación frenética, en el que le exigen al poder central la descentralización, con gobiernos regionales y locales con real y notoria autonomía, con recursos propios reflejados en mejoras concretas en el mismo territorio. Nos referimos a una utilización eficaz de éstos. Es por esto que en los últimos años hemos visto movilizaciones en regiones, incluso en los polos históricamente más silentes, como son Aysén, Magallanes, Arica, que se suman a las ya conocidas: Araucanía, y Los Lagos, entre otros. “Emerge con bastante claridad la falta de autonomía financiera. Tanto los gobiernos regionales como los gobiernos locales no tienen capacidad de definir o alterar sus fuentes de ingresos propios, lo que los lleva a ser entes dependientes de diversas formas de transferencias desde el nivel central y muchas veces ser pasivos en los pocos espacios de autonomía recaudatoria que tienen”⁴⁸

Todas estas medidas tienen por finalidad destruir o en un primer momento reducir el alto grado de centralismo existente en nuestro país, que ha llevado a tomar un papel secundario a cada una de las catorce regiones que rodean al Gran Santiago. Es decir, a pesar del trabajo desde hace más de medio siglo, seguimos estancados, y es menester precisar que buscamos. Aquí encontramos los ya explicados ejes propuestos por la Comisión Asesora Presidencial que son precisamente las principales materias a profundizar en este afán descentraliza-

⁴⁶ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL. Pág. 13 y 93 a 100 del Informe Final.

⁴⁷ EUGENIN, Jorge, GLEISNER, Hagen, GONZALEZ, Maria Eugenia, et al (1990): *Regionalización: La experiencia chilena 1974-1989*. Página 89

⁴⁸ DEL RIO, Felipe, FOLRES, Miguel, HORST, Bettina, et al. (2008): *Rompiendo cadenas del centralismo en Chile*. Pág 13.

dor, ya que si es lograda la meta de elección del Intendente por medio de la elección popular, esta modificación o avance no puede ir desprovista de poder, ya que en ese caso solo se lograría el fracaso de la finalidad principal, esto es, tener tanto la competencias como recursos necesarios para la autosuficiencia.

Todas estas modificaciones al actual sistema administrativo regional requerirán de algunas reformas de carácter constitucional⁴⁹, ya que el traspaso de competencias político-administrativas a los Gobiernos Regionales para evitar el actual centralismo, requiere de alteraciones a la Carta Fundamental.

Principios constitucionales más relevantes visibles en una descentralización organizada

Como precisábamos, se deberán hacer variaciones a nuestra Constitución Política, en atención a determinadas materias, tales como: Elección popular de las máximas autoridades del Gobierno Regional y su sistema electoral (formato de elección, duración del cargo y posibilidad de reelección). Los plebiscitos propuestos para aumentar la participación ciudadana, el traspaso de las competencias para la creación de tributos de carácter regional, regular la relación directa y permanente con el Gobierno Central indicando las materias de resolución exclusiva del Gobierno Regional, ya que si observamos desde una perspectiva regional la Carta Superior actual, no existe una afinidad en estas materias⁵⁰, en especial con el destino de las rentas a las tesorerías de las Intendencias.

Con estas reformas también se logrará indirectamente eliminar un elemento extra político y ajeno a las necesidades de la ciudadanía, como es la afinidad política, es decir, como actualmente el Intendente es designado por el Presidente de la República, la población regional queda sujeta a que su autoridad directa, debido a los conocimientos reducidos que este posee acerca de la realidad urbana y rural de la zona, no tenga relación alguna con la comunidad. A la vez quedan expuestos a un cambio de políticas públicas y de actuar dependiendo del gobierno de turno. El texto actual de la Constitución Política, en el capítulo sobre Gobierno y Administración Interior del Estado, establece: "El gobierno de cada región reside en un intendente que será de la exclusiva confianza del Presidente de la República. El intendente ejercerá sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente, de quien es su representante natural e inmediato en el territorio de su jurisdicción"⁵¹ Con esta norma queda de manifiesto la total y absoluta dependencia de los intendentes, la que a raíz de la reforma será modificada tendiendo a una mayor representatividad social

⁴⁹ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL. Pág. 27.

⁵⁰ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL. Págs. 23, 28 a 35

⁵¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1980), Capítulo XIV, Artículo 111.

e independencia en el cargo, todo esto debido a la enumeración taxativa de las materias que quedarán en conocimiento de los intendentes, así se previenen los eventuales conflictos por contiendas de competencia⁵².

La separación y entrega de competencias sobre materias de exclusivo conocimiento deben quedar sujetas a una especie de "súpervigilancia estatal". Aquí encontramos otro principio referido a que todas éstas quedarán regidas por una coordinación del Gobierno Central con cada una de las regiones, buscando lograr la actitud más conservadora posible con los principios constitucionales. Claro está, que si bien existe este mencionado control en cuanto a coordinación se refiere, no podrá en ningún caso alcanzar la tutela del Gobierno central⁵³, es decir, no deberá existir bajo ningún respecto una especie de biombo en el cual se esconda una real custodia o sobre protección del Estado a los gobiernos regionales, teniendo éstos libertad para actuar en forma ajena al Gobierno Central, pero guardando el respeto a la institucionalidad superior, sin sobrepasar las competencias otorgadas.

La implementación de las facultades y competencias que se entregan a los gobiernos regionales requieren de los recursos necesarios, tal como lo desarrollamos en los ejes y métodos de acción. Para ello se requiere de los tributos propios como de los dineros traspasados por el Gobierno Central, es por esto que en la medida que las competencias transferidas aumenten, se deberá a la vez entregar mayores recursos que aquellos asignados originalmente por la administración nacional, dineros que deberán ser respaldados por un correcto control y "súpervigilancia", para no caer en pérdidas o gastos innecesarios y malgaste de fondos por parte de las autoridades regionales.

Finalmente y uniendo cada uno de los principios ya mencionados, encontramos que a nuestro parecer, el de mayor importancia y a la vez la meta a cumplir con estas reformas es: El desarrollo equitativo y equivalente de cada una de las regiones del país, manifestándose en planes comunes y sociales nacionales y el respaldo interregiones constante.

Análisis objetivo y algunas consideraciones al sistema de regionalización.

Compartimos opiniones con el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo y Universidad Católica de Chile, don José Manuel Díaz de Valdés Juliá, Doctor en Derecho de la Universidad de Oxford, quien fue expositor del seminario sobre Descentralización Administrativa y Regionaliza-

⁵² COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL. Pág 37

⁵³ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL. Pág 29.

ción organizado por la ICHDA⁵⁴. Analizando la actualidad de la regionalización nacional, los avances del último siglo en esta materia y los proyectos de reforma de la Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional (C.A.P.DyD.R). Examinando los señalados principios y mejoras formuladas para una correcta aplicación.

En el proyecto que se pretende presentar al Congreso Nacional para lograr avanzar en la descentralización administrativa, se sostiene como uno de los pilares fundamentales el mantener y refortalecer la subsidiaridad, principio que está en discusión por ambos sectores de las bancadas políticas del país, apoyado mayoritariamente por el sector neoliberal de centro derecha, no obstante esto, se considera un principio de aprobación transversal. A modo de ejemplo podemos observar lo que ocurre en Europa, en que el Estado no ocupa un rol solamente de empresario (económico), sino con igual relevancia, un papel político. Es por esto que señalamos que si bien queremos regionalizar, entregando competencias y trasladando poderes, debemos hacer una distinción radical, esto es que efectivamente lo que se hace en una comuna no se realice también por la región y a la vez lo que conozca y resuelva la región no sea también materia de conocimiento y resolución del Gobierno Central, esto con una finalidad concreta; si una problemática o solicitud es posible de resolver regionalmente, será esta la que dé la solución y así se evitará el exacerbado centralismo actual.

Como uno de los elementos en los que a nuestro parecer la Comisión Asesora toma una correcta decisión es la propuesta de introducción de mecanismos de democracia semidirecta, nos referimos a las instancias de plebiscito, referéndum y *recall*. La participación ciudadana con el paso de los años se hace cada día más importante, las decisiones en la actualidad siguen siendo tomadas por las autoridades, pero no podemos cegarnos y es correcto comprender que la ciudadanía está educada, la población civil hoy tiene mayor acceso a los estudios que a mediados del siglo XX, por lo que su opinión hoy es de mayor relevancia, basada en solicitudes concretas. No vivimos en una sociedad conformista, nuestra época es de convulsión, exigencias ciudadanas son el pan de cada día. Pero ¿de qué manera incorporar estas medidas? Nos parece una excelente manera la introducción paulatina, primeramente en algunas de las regiones con mayor identidad y sentido de comunidad, en espacio reducido, ya que los problemas de una región tienen la característica de ser más de sentido común que de un trasfondo ideológico complejo. Proyecto concreto que viene a contrarrestar lo que un líder carismático puede destruir, hablamos de la democracia, lo que estas medidas de participación ciudadana semidirecta fortalecen la mantención de la democracia.

⁵⁴ INSTITUTO CHILENO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Seminario en Descentralización Administrativa y Regionalización. Diciembre 2014.

El informe de la C.A.P.DyD.R. nos señala como esencial que al momento de votar la ciudadanía efectuó lo que esta denomina "Voto Programático". Es decir, que si se elige a un candidato político para ejercer el cargo de Intendente, este deberá cumplir al pie de la letra lo que señala en su programa. Debemos criticar profundamente esta medida populista, que busca eliminar la propaganda de políticos que en la actualidad esbozan riquísimos programas para alentar el voto ciudadano, pero que en el ejercicio del cargo se alejan de sus programas. La verdad es que esto constituye un grave error, ya que en la realidad los programas surgen durante el transcurso del periodo para el cual han sido elegidos, ya que es recién allí donde tienen conocimiento de lo realmente imprescindible. Debemos encima sumarle lo que significa gobernar en Chile, y como lo hemos apreciado especialmente estos últimos años, al afrontar los embates y catástrofes naturales, los cuales desvían los recursos y energías predestinadas a los programas y deben ser destinados a la solución de los accidentes de la naturaleza, alejándose del programa inicial. Es por esto que el voto no debe ser guiado por un programa, más allá de que el político cumpla o no con nuestras ideas políticas, sino más bien elegir a quien se crea está mejor capacitado para afrontar y reaccionar a todas las eventualidades que surjan, con fortaleza y temple.

Algo que ha sido reclamado por distintos grupos desde los años siguientes a la época colonial es el reconocimiento de las colectividades indígenas o grupos originarios. Este proyecto del gobierno tiene como una de sus finalidades exactamente esta. A nuestro parecer es un correcto punto a tratar, pero el cual debe ser ahondado y profundizado, es decir, el mencionado reconocimiento no puede dejarse abierto a interpretaciones de toda índole, sino por el contrario, debe ser claro y explicitar las facultades entregadas, capacidades propias y la participación indígena en la toma de decisiones. Este tema ha sido tratado con anterioridad por otros países latinoamericanos como es el caso de México⁵⁵ y Guatemala⁵⁶, naciones en las que debido a poseer un alto porcentaje de indigenismo, alcanzando el 12% y 40%⁵⁷ respectivamente, fue absolutamente necesario en razón de las presiones sociales, reglamentarlos, reconocerlos y otorgarles facultades civiles y políticas. Ante esto surgen una serie de preguntas que la Comisión Asesora no se ha cuestionado a la hora de plantear la reforma y que deben ser resueltas si se quiere regular este aspecto de una vez correctamente. Si una comunidad indígena posee leyes ancestrales propias, ¿Se les deberán crear tribunales propios que se las reconozcan o los tribunales ordinarios chilenos⁵⁸ las aplicarán? De la mano con la pregunta anterior, si

⁵⁵ LEY INDÍGENA. *Dictamen aprobado por la Cámara de Diputados. 28 de abril de 2001.* Congreso Nacional. México.

⁵⁶ PORRAS, Gustavo. *Derechos de los Pueblos Indígenas en la legislación Guatemalteca.*

⁵⁷ MAIZ, Ramón. *El indigenismo político en América Latina.* Revista de Estudios políticos 123, (2004) pp.128-174.

⁵⁸ CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES. Artículo 5° Editorial Jurídica de Chile.(2011)

bien la costumbre en el derecho chileno por regla general no es fuente del derecho: ¿La cultura indígena será fuente del derecho y los tribunales deberán reconocerla, aunque transgreda el Derecho Común nacional y asimismo los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Fundamental o en los tratados internacionales? Si concretamente se les reconocieran las facultades señaladas en las preguntas anteriores, entonces ¿tendrán representación en el parlamento regional y también en el nacional? De ser así: ¿En qué porcentaje?. Creemos que al proyecto le falta precisión respecto a esta materia, debiendo ser más explicativo en cuanto a qué facultades se otorgaran y cuáles no, para evitar confusiones.

Luego de ser reglamentados los cuestionamientos que formulamos nace una interrogante mayor y más profunda para el aprovechamiento de estas facultades. Si se le entregaran dichos reconocimientos y representación a los pueblos indígenas: ¿a quiénes beneficiarán? ¿Cómo se determina la pertenencia al indigenismo? Algunos de los medios son: La determinación del porcentaje de indigenismo en la sangre, ya que en la actualidad la gran mayoría de los pueblos autóctonos poseen un grado de mestizaje alto. Otro método es señalar el lugar de domicilio y nacimiento.

Esto está directamente relacionado con el Convenio 169 de la OIT⁵⁹, el cual nos señala que previamente a tomar cualquier decisión por parte del gobierno local se deberá consultar a los pueblos indígenas cada vez que se tome una decisión que los pueda afectar, mencionamos esto, ya que no se les podrá exigir la creación de un consejo si éstos no están de acuerdo o no es parte de su cultura y realidad histórico-étnica, ya que violaría el derecho internacional. Se les debe consultar primeramente toda norma y participación que se les quiere aplicar u otorgar y estos según sus creencias optarán por aceptarlas o repudiarlas, con las complejidades que para el país significa hacer distinciones. La disposición nos indica claramente lo mencionado: "A) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". Creemos sería una excelente medida comenzar por agrupaciones pequeñas, como los rapanuis o los yaganes / onas, o kawes'kar en Puerto Edén.

La Comisión comete otro grave error ya existente en el país en los últimos años a través de la creación el año 2007 de más regiones sin atender a las realidades culturales, sociales y étnicas de cada zona del país. Es decir, lo resumimos en una sola frase, "no siempre más es mejor". Si la Comisión y el Gobierno

⁵⁹ CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Parte I: Política General*. Convocado de Ginebra (7 de Julio de 1989).

están realmente mentalizados en traspasar competencias y capacidades de decisión en materias tan importantes como tributación, materia fiscal y política-administrativa, se debe buscar una regionalización que atienda directamente a las realidades culturales, étnicas y sociales propias de cada zona del territorio nacional. Como se ha señalado previamente, debería crearse una menor cantidad de regiones, pero agrupadas por sus características propias a las que se le traspase estas competencias. Restringidas a aquellos grupos que requieran y soliciten el conocimiento de las determinadas materias que actualmente están en manos del poder central.

En relación con esto, entendemos que no hay razón para que a todas las regiones se les entreguen iguales facultades y competencias, sino que en un inicio a las regiones creadas se les traspase solo aquellas que estas demanden, y paulatinamente se otorguen las restantes para el logro de la ansiada descentralización y desconcentración, en la medida que cada región esté apta para ella (no todas por igual). Debemos romper con la homogenización latinoamericana imperante. Orientemos entonces la búsqueda en las comunidades que poseen una identidad común afín, que las diferencie de las demás del país, se debe observar por ejemplo la existencia de los rapanuis y su Consejo de Ancianos y las demandas de la Región de los Ríos por el tratamiento de sus recursos naturales y económicos.

Creemos esencial y necesaria para la regionalización efectiva, la creación de Asambleas Legislativas elegidas a través del voto popular, ya que sería un craso error entregar todo el poder a los Intendentes, cargo que conforme al actual proyecto de ley será de elección ciudadana: ¿El porqué de esta afirmación? Creemos imprescindible la existencia de una clase política regional, es decir, partidos políticos regionales que si bien se alinean con el ideario de algún partido político nacional, según sean sus preferencias, apliquen esta idea nacional dando especial atención e importancia a los intereses regionales, derivados de la cercanía que estos partidos regionales tienen con la comunidad y su petitorio. Con el fin que los candidatos elegidos que conformen el parlamento regional acompañen al intendente en su accionar, tales como: 1) Que en el actuar del intendente se le limiten sus facultades, debiendo interactuar y tomar decisiones de la mano con el parlamento regional. 2) Que este Parlamento Regional apoye y asesore en diversas materias de conocimiento específico a la autoridad regional, en las materias en que recae su poder. 3) Y el más importante de todos a nuestro parecer, es la influencia que se pueda ejercer en la toma de decisiones nacionales del Presidente de la República, el medio para esto es un Intendente sustentado por un parlamento regional. Esto les da mayor peso a las políticas regionales y a la vez una alta presión por una pronta resolución, ya que no se representa solo a una opinión personal, sino a las necesidades de una región y su población, las que a través de los representantes elegidos popularmente llegan a oídos de las autoridades nacionales tras un periodo de discusión y perfeccionamiento.

“En el mundo existen democracias sin un Presidente de la República a cargo, pero no puede existir democracia sin un Parlamento. Sería una involución constitucional”⁶⁰. Principio que sustenta claramente la idea de un parlamento regional de elección popular. Por el contrario la Comisión (C.A.P.DyD.R.) propone una asamblea de comisiones civiles. Nuestra impresión es que esta parte del proyecto no tiene ninguna afinidad con la realidad nacional.

En directa relación a lo precedentemente planteado debemos observar el aspecto tributario. Si bien estamos de acuerdo con el traspaso a las regiones de la creación de tributos regionales para el logro de las propuestas propias y el enriquecimiento de la región debido a sus propios recursos, tal como fue previamente tratado, la forma en que la propuesta está planteada en el Informe final de la Comisión en descentralización trae consigo equivocaciones a las que nos hemos referido, y que denominamos: “Relajación del tributo”. Estos se establecen por ley, en ningún caso pueden ser creados por una vía inferior en la escala piramidal de las leyes, su invención no puede ser por vía decreto ni de reglamento. El problema se funda en que esta atribución planteada en el informe no es regulada o la regula vagamente, solo señala que estará a cargo su imposición de un consejo regional: Requiere entonces la reglamentación de un parlamento con facultades legislativas, un órgano legislativo no semilegislativo. Como vemos sería una más de las materias a cargo de la clase política dentro del parlamento regional cuya creación creemos es esencial.

La propuesta para el gobierno en este intento un tanto apresurado de regionalización sería la invención de un “Estado Regional Atenuado”.⁶¹ Ya que si bien se le entregará a las regiones y sus intendencias una cantidad mayúscula de facultades propias, sin convertirnos en un Estado federal, deberá existir a lo menos un sistema de fiscalización o supervigilancia estatal que regule el correcto y lineal desarrollo de cada una de sus partes, debido a que éstas en la creación de leyes propias, en la aplicación de los tributos creados y en la relación clase política y ciudadanos no se rompa o corrompa la libre y recta aplicación del derecho nacional. Es decir, si bien cada una de ellas tiene libertad, debe a la vez existir un Ordenamiento Jurídico mínimo a respetar, el cual señale los mecanismos para que los órganos nacionales en su función de vigilante y conservador de la Carta Magna, al observar un conflicto con algún planteamiento regional, se imponga el interés nacional si éste se ve dañado. Podemos llamarlo entonces una primacía nacional, tomando como base el principio de la subsidiaridad.

⁶⁰ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel. *Coloquio con Nicolás Rodríguez Rioseco, sala de Reuniones, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo* (Junio 2015).

⁶¹ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel. *Coloquio con Nicolás Rodríguez Rioseco, sala de Reuniones, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo* (Junio 2015).

Como alusión directa a lo mencionado, tomamos el Artículo 24 J) de Código de Gobierno Regional y Municipal, el que indica dentro de las facultades del intendente: "Ejercer la administración de los bienes y recurso propios del gobierno regional con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables y a las normas que el consejo regional pueda adoptar sobre la materia...", la norma nos parece que demuestra una línea a seguir, pero en una dimensión distinta. Ya que se deben hacer una serie de modificaciones, tales como reemplazar el consejo regional por el futuro parlamento regional de mayores atribuciones, y la más importante, ya no con sujeción a las normas legales, sino solo no pudiendo transgredir las pautas mínimas del Ordenamiento Jurídico nacional, manteniendo supremacía y supervigilancia.⁶²

El profesor Sr. Díaz de Valdés señala dos medidas para hacer más concreta esta supervigilancia pensada para que en caso de conflicto se imponga el interés nacional.

Veto: órganos nacionales puedan vetar una ley regional, si ésta es claramente contraria a una ley nacional o tratado internacional ratificado y que se encuentre vigente.

Control de constitucionalidad de las leyes regionales siguiendo el mecanismo que se encuentra vigente, como es la acción de inconstitucionalidad y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

El punto final que tratamos consiste en preguntarnos qué ocurre con los llamados conflictos de competencia propensos a ocurrir. La respuesta es que todos serán enviados para su solución al Tribunal Constitucional, pero si observamos más de cerca, nos daremos cuenta que actualmente este ente se encuentra sobrecargado, en efecto se trata de un órgano al que luego de varias reformas y en especial la del año 2005, se le ha traspasado el conocimiento de materias anteriormente a cargo de otros órganos, como la Corte Suprema. Eruditos en el tema lo cuestionan sobremanera, calificándolo como una tercera cámara,⁶³ además de que resuelve de manera política y no en derecho, ya que en el hecho posee demasiadas facultades y se ha transformó en un suprapoder, por lo tanto resultaría aconsejable otorgarle poder al efecto a los parlamentos regionales ya mencionados.

Capítulo III

Actualidad y real injerencia y beneficios logrados

En la actualidad nuestro país desde una mirada objetiva del centralismo se encuentra en dos dimensiones, la primera que demuestra una leve mejoría

⁶² CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES. Editorial Jurídica de Chile. Edición 2011. Artículo 24 J)

⁶³ ATRIA, Fernando. *Criticas al Tribunal Constitucional*.

gracias a las medidas que se han venido impulsando hace más de una década y un segundo plano de estancamiento, al que las nuevas reformas y políticas públicas deben atacar. Esto lo observamos a través de una síntesis de los vacíos vigentes, demostrados desde todas sus aristas.

Primeramente nos referimos a las grandes aglomeraciones en algunas ciudades (el ejemplo más concreto es Santiago), en abandono y desprotección de las zonas más extremas, clarificado por las cifras entregadas por el censo del año 2012, en el que salta a la vista como existe a lo menos un atisbo de regularización del aumento de la población nacional, cifrándose este crecimiento en un promedio de 0,99% en los últimos 10 años, siendo la Región Metropolitana el punto medio, mientras que en los extremos encontramos primeras en aumento a las zonas más nortinas, debido al explosivo aumento de la producción minera y las masas de inmigrantes, alcanzando el 2.3% en las región de Antofagasta y por el polo opuesto las Regiones VII, VIII, IX y XIV, que no superan el 0,5% en promedio⁶⁴.

Una de las medidas que pretende adoptar el gobierno actual para contrarrestar el centralismo, específicamente en la población joven, es la creación de universidades estatales en aquellas regiones en las que no exista una entidad universitaria de calidad, ya que uno de los factores que contribuyen a la migración a las capitales regionales de lo que el Proyecto ODEPLAN llamaba primer y segundo escalafón de las zonas núcleo, es la educación universitaria de quienes en la actualidad tienen la opción de postular a ella. Por esto la Presidenta Michelle Bachellet, mediante Mensaje, promovió la creación de dos nuevas Universidades estatales, la primera en la Región de O'Higgins y la segunda en la Región de Aysén⁶⁵. Actualmente es ley, al haber sido publicada con fecha 7 de agosto de 2015.⁶⁶ Ahora bien surge una pregunta. ¿Es acaso ésta una medida concreta y efectiva para combatir el centralismo? Ya tenemos experiencia del mismo tipo, que hasta el día de hoy no surte la totalidad de los efectos esperados, y de igual manera la población regional opta por la educación de las grandes ciudades. A nuestro parecer, resulta difícil que esta ley logre aplacar el centralismo, ya que entregar una educación de calidad requiere de años de preparación, no una aplicación veloz de tan solo 3 años como se pretende. Autores señalan que el plazo mínimo para operar correctamente es de 6 años⁶⁷. Por lo que es una medida largoplacista, pero en atención a lo previamente señalado surge una interrogante: ¿Será realmente necesario tener en cada ciudad una universidad de calidad para evitar el centralismo? Sí, creemos que es una medida a aplicar

⁶⁴ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Censos 2002 y 2012

⁶⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. *Congreso despacha creación de Universidades Estatales en regiones de O'Higgins y Aysén*,

⁶⁶ LEY 20.842 Crea las universidades estatales de la región de O'Higgins y de la región de Aysén.

⁶⁷ IRARRAZABAL, Ignacio, Director del Centro de Políticas Públicas Universidad Católica. Disponible en: <http://www.kmcero.cl/fact/13/articulo>

en la búsqueda de tan ansiado anhelo, pero ¿bajo qué costo y con qué calidad? Si bien creemos que cada región debe tener como mínimo los servicios básicos que están a cargo del Estado, este servicio de universidades refleja un problema incluso mayor y más profundo. ¿Será estrictamente necesario tener tal cantidad de regiones y en cada una de ellas entregar todos los servicios? Creemos que no, el real mecanismo de entrega de la totalidad de los servicios básicos debiera ser a una menor cantidad de regiones, es decir, planteamos un país subdividido en un menor número de zonas o regiones, y que cada una de estas zonas delimitadas se adecue a todos los elementos previamente mencionados (cultura, etnia, política, historia, representatividad y problemáticas), y a estas regiones otorgarles todas y cada una de los servicios básicos, en resumen, una universidad de calidad de carácter estatal en la región, pero un menor número de regiones. No es necesario fraccionar el país en quince regiones, no teniendo diferencias sustanciales entre sí, y las cuales no poseen representatividad propia.

Un plan común debe entender a la función administrativa como el “conjunto de atribuciones que se orientan, más bien, a la aplicación de las normas legales y decretadas para la consecución de los objetivos del poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos”.⁶⁸

Dentro de las voces que surgen ante un tema tan actual y en boga, se hacen presente tanto críticas positivas como negativas. Siendo una de las más duras, la centralización económica en la capital nacional, debido en parte a la excesiva población de Santiago que es el fiel reflejo del centralismo histórico. “La excesiva concentración económica en algunas ciudades del país, especialmente Santiago, está alcanzando niveles de tal magnitud que obliga a distraer cuantiosos recursos en obras urbanas que obviamente tendrían una rentabilidad social mayor si fuesen invertidos en actividades productivas que permitirían un crecimiento económico más acelerado y regionalmente equilibrado”⁶⁹. Claro está que el nivel de recursos que se utilizan en Santiago excede enormemente a los de regiones, pero la realidad es que cerca de un tercio de la población nacional se ve beneficiada con éstos, pero la posición contraria que es parte de la doctrina, nos recuerda que a través de este sistema de repartición, no se logra evitar un desequilibrado desarrollo regional.

De similar manera es expuesto lo mencionado por la Cámara Chilena de la Construcción, debido a que dentro de los países miembros del OCDE y a la vez a nivel mundial, somos uno de los más centralizados, solo equiparable a

⁶⁸ VARAS, Paulino y MOHOR, Salvador (1992): *Reforma Regional, Provincial y Municipal*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile). Primera Edición. Artículo 100, inciso 5° Página 40

⁶⁹ DECRETO LEY N° 573. (1974) Estatuto del Gobierno y Administración Interior del estado.

países de Asia y Latinoamérica, tales como: Uruguay, Paraguay y Argentina⁷⁰, es por esto que la CCHC nos dice: “El hecho que Chile sea uno de los países más centralizados del mundo, lo puede limitar en sus perspectivas de desarrollo global. Por lo mismo los especialistas sugieren que las políticas públicas sean adoptadas y ejecutadas en el nivel de gobierno más descentralizado posible, haciéndose cargo de los aspectos económicos y políticos”⁷¹, Postulando que si queremos lograr convertirnos en un país desarrollado, requerimos una descentralización objetiva y concreta, en donde las regiones tengan un crecimiento equitativo, con políticas públicas propias, más cercanas a las problemáticas reales de determinados territorios, junto con una mejor distribución de los recursos y creando profesionales de calidad en cada una de las regiones, logremos evitar o disminuir el centralismo que nos afecta. Si queremos aumentar la inversión extranjera específica en elementos propios de una zona geográfica nacional, debemos lograr el crecimiento equivalente y entregar las facilidades de inversión local con leyes beneficiosas y tributos regionales definidos. Como ejemplo, la minería de la Región de Antofagasta, la pesca de la Región de Los Lagos, el turismo de la Región de Valparaíso, etc, para esto es necesaria la creación de tributos regionales propios, pero como señalamos previamente.

Parte de las demandas de los grupos de presión para el logro de una mejor y pronta Regionalización son aquellas que desean un cambio radical y profundo, buscan una reforma profunda que alcance a nuestra Constitución Política, ya que si observamos nuestra Carta Fundamental específicamente su artículo tercero, que fue analizado previamente, este nos indica: “El estado de Chile es Unitario⁷²”, señala en términos claros que el país posee un solo Ordenamiento Jurídico Positivo y que este regirá la nación toda, por lo tanto estamos lejos de ser un país federal, no tenemos zonas independientes, por el contrario, todas las leyes emanan de los órganos centralizados. La modificación que se solicita es aquella que elimine de este artículo la palabra unitario y sea remplazada por la palabra “descentralizado”, si bien seguiremos siendo un país unitario, con esto se le otorga a la regionalización el énfasis que se requiere, recalando las capacidades e independencia que los actuales proyectos buscan entregar, además de ser una excelente medida de presión para que esta regionalización no sea etérea⁷³. La pregunta que surge es: Si Chile seguirá siendo de todos modos una República Unitaria. ¿Es realmente imprescindible eliminar la palabra unitario?, según las modificaciones del actual proyecto, creemos que no, ya que trasladar o traspasar competencias no transforma a Chile en un Estado no Unitario o Federal, ya que de igual manera tendremos un solo Ordenamiento

⁷⁰ CENTRALIZACIÓN AMERICANA. Disponible en: <http://www.skyscraperlife.com/latin-bar/60439-pa%EDses-m%E1s-y-menos-centralizados-de-latinoam%E9rica>

⁷¹ VILLABLANCA, Carlos. Presidente Cámara Chilena de la Construcción.

⁷² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Artículo 3° (1980), Editorial Jurídica de Chile. Edición 2009.

⁷³ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL DE DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL.

Jurídico nacional. No creemos que sea absolutamente necesaria la reforma constitucional, ya que el inciso segundo de dicho artículo establece que la administración será funcional y territorial descentralizada y desconcentrada. Claro está que si el proyecto cumpliera con algunas de las propuestas nuestras, así se quisiera dar un mayor énfasis a una modificación explícita y a la vez sutil, postulamos: Chile es un Estado Unitario Descentralizado. Manteniendo el carácter de unitario actual y elevando la característica de descentralización en un inciso, por pequeña que parezca, se otorga el carácter de ser parte de la propia definición de la forma de Estado.

Además observamos que en la actualidad la estructura del territorio posee un tratamiento de todas las regiones igualitario en materia legal sin atender a las realidades propias que poseen cada una de ellas, es decir, poco tienen en común tanto por economía, cultura, geografía, etnia, inmigración, efectos climatológicos, dificultades y problemáticas e historia, unas con otras, solo es cosa de dar un rápido vistazo a algunas de ellas, tomamos como ejemplo la XII Región de Magallanes y Antártica Chilena y la XV Región de Arica y Parinacota. Claro está que si desde el centro o núcleo del país se toman las políticas propias para cada zona geográfica queriendo dar un trato igualitario, sin tomar en cuenta las grandes diversidades que nos presentan, el crecimiento no podrá ser el óptimo, es absolutamente esencial que de una vez por todas se tomen en cuenta estas variables a la hora de gobernar y dirigir. Es por esta razón que traspasar las competencias toma tal importancia, ya que se podrán tratar con mayor profundidad y cercanía los conflictos y petitorios ciudadanos. La gran problemática de la actualidad homogeneizante se observa en que los analistas plantean que la uniformidad de tratamiento no hace más que enfatizar el centralismo nacional, ya que si no tienen las mismas realidades, ¿por qué deben ser tratadas como iguales?. Es por esto que planteamos que el mecanismo de descentralización debe ser paulatino entregándole a las regiones las competencias en la medida que estén capacitadas para adquirirlas. El año 2007, fue el primer atisbo de aplicación de esta propuesta, en la creación de las zonas o territorios especiales⁷⁴, solo las Isla de Pascua y el Archipiélago Juan Fernández.

Estas zonas insulares especiales podrían ser el inicio de una correcta Regionalización, estos estatutos específicos para las ya mencionadas islas consideran un organización propia que pone atención a la desconcentración efectiva, provocando un reordenamiento de las Instituciones Públicas. En el Senado se manifestó que la intención es lograr una administración distinta que ponga énfasis en las cualidades propias de la zona para alcanzar el pronto desarrollo con una relación directa con el Gobierno Central⁷⁵. Si recordamos, es el punto

⁷⁴ CONTRERAS, PABLO (2013). *Regionalización: Una cuestión de igualdad*. CIPER Chile.

⁷⁵ ORPIS, Jaime, BIANCHI, Carlos, HORVATH, Antonio y LARRAIN, Hernán. Senadores de la República. *Proponen incorporar como territorios especiales a aquellos geopolíticamente estratégicos*.

de partida de la propuesta nuestra, que consiste en la entrega de las competencias según estas sean exigidas por la comunidad que ha sido constituida como Región por el Estado, en atención a los elementos comunes que estas poseen, así notaremos que se invierten los papeles y no es el Estado quien las transfiere, sino que son las mismas regiones quienes las exigen, luego de haber sido formada por el Estado.

Estas mismas exigencias ciudadanas son las que hoy están surtiendo sus efectos en el Parlamento. Se hacen claramente visibles estos requerimientos en la elección popular de las autoridades, con la aprobación del proyecto de ley que entrega la elección de los Intendentes a manos de la población votante, se completa entonces el círculo de autoridades sujetas al escrutinio, conformándose así la dependencia de todos los escalafones administrativos a la elección pública, democratizándose en Chile la totalidad de las estructuras de gobierno existentes⁷⁶. Pero nosotros vamos más allá, como mencionamos previamente, estamos más que seguros que una correcta administración regional no debe conformarse con elegir a su Intendente, ya que la independencia no está completa mientras las regiones no tengan un parlamento regional, con representante de los partidos regionales también electos por la ciudadanía. Es decir, a este círculo aún le queda un capítulo por llenar, y en nuestra opinión, uno de los más trascendentales.

Es el momento de la evolución, es la hora de la transición y entrega de facultades a las regiones, este programa no es nuevo, se viene discutiendo en el congreso desde la segunda década del siglo pasado y prueba de eso es lo señalado en la Carta Fundamental de 1925 en el capítulo llamado Descentralización Administrativa, en el cual nos señalaba: Las leyes confiarán paulatinamente a los organismos provinciales o comunales las atribuciones y facultades administrativas que ejerzan en la actualidad otras autoridades, con el fin de proceder a la descentralización del régimen administrativo anterior.

Los servicios generales de la nación se descentralizarán mediante la formación de las zonas que fijen las leyes. En todo caso, la fiscalización de los servicios de una provincia corresponderá al Intendente, y la vigilancia superior de ellos, al Presidente de la República⁷⁷. Dándole una interpretación más moderna, claro está que luego de casi un siglo, comienza a traspasarse efectivamente las competencias a los órganos regionales, iniciándose con la elección de Intendente, pero debe hacerse según nuestra impresión, gradualmente, atendiendo a las competencias que se soliciten por las autoridades regionales.

Como cierre de la temática actual, dejamos un punto a tratar de gran importancia, que surgirá una vez que se apruebe el proyecto de la Comisión Ase-

⁷⁶ DIARIO EL SIGLO, Región de los Ríos, (9 de mayo de 2015),

⁷⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Artículo 107. (1925).

sora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional. Corresponde a la transición o traslado interregional, ya que cada región será pseudoindependiente y será capaz de crear sus propias leyes de tributos, qué ocurrirá con aquel ciudadano regional que a lo largo de su vida decide migrar de su tierra y asentarse en otra locación del país. Pues si bien somos un país muy extenso a la vez somos un país pequeño, por lo que el traslado es de gran facilidad y factibilidad. Entonces ¿dejará de tributar en su región de primitivo domicilio y comenzará a tributar en el nuevo? ¿Basta con trasladarse o se requerirá de un anuncio notariado, una constancia ante Carabineros o una solicitud ante la Intendencia? Al parecer un tema que la comisión no se ha cuestionado.

Conclusión

Es indudable que las características geográficas que posee nuestro país no pasan inadvertidas al momento de tomar una decisión sobre cualquier materia, especialmente en regionalización, básicamente porque ésta es una de las influencias directas del centralismo nacional, el que produce y promueve grandes desigualdades dentro de la población nacional, en el acceso al empleo, educación, vivienda, servicios y remuneraciones. Observamos que esto no solo ocurre entre regiones, sino que también entre ciudades dentro de una misma región, restándole competitividad tanto a las mencionadas ciudades y regiones más alejadas de los núcleos nacional y local, creando a la vez una abundante burocracia para el logro de las políticas propias.

De lo mencionado anteriormente, resalta la absoluta necesidad de un mejor tratamiento de nuestro territorio, ya que poseemos infinidad de recursos, tales como minería, agricultura, piscicultura, industria maderera y por supuesto turismo, por lo que si deseamos alcanzar un desarrollo económico equilibrado y un aprovechamiento del capital social, la repartición de los recursos y las políticas públicas a aplicar ya no deben adoptarse únicamente desde el centro del país, sino que es el momento de transferir competencias a las regiones para el tratamiento propio de sus tributos y manejo de sus problemáticas desde dentro.

Uno de los mayores avances en esta materia a lo largo de los últimos setenta años se concretó actualmente en el Congreso. Nos referimos a la elección popular de los Intendentes, con esta autoridad elegida por la ciudadanía se logra que la totalidad de los mandos político-administrativos estén sujetos al sufragio. Por lo que ya no existe una dependencia del gobierno de turno. Es por esta razón que las políticas adoptadas pueden ser distintas al plan común del Presidente, siendo el punto de mayor importancia el contacto con la población, que será realmente directo y la potestad tendrá cabal conocimiento desde el inicio de su mandato de las dificultades y problemáticas de su territorio, eventualmente por haber nacido y crecido en la zona.

Estamos más que conscientes de que no es el fin de la transferencia de las competencias y facultades, sino el inicio, debido a que la sola elección del intendente es etérea, y que creemos fehacientemente que una democracia completa requiere de un Parlamento, así sus leyes tendrán una validez constitucional. Es por esto, que es absolutamente necesaria la creación de parlamentos regionales en apoyo del intendente regional, en los cuales esta autoridad se apoye; se discutan las posibles leyes tributarias y administrativas, además de otorgarle la validez necesaria a su actuar y faciliten la información referida a los requerimientos de los ciudadanos. Para el logro, se requerirá, lógicamente de partidos políticos regionales, que si bien seguirán una línea similar a los partidos nacionales, tendrán un objetivo radicado únicamente en las dificultades regionales, siendo más factible la solución con recursos a su vez propios.

Tenemos plena conciencia de que se están dando los primeros pasos para que en definitiva se dé comienzo a un proceso de regionalización y no nos conformaremos únicamente con una distribución geográfica del territorio, pero no es menos cierto que el avance en esta materia es insuficiente, ya que desde el proyecto de la CORFO del año 1950 en adelante, los progresos han sido escasos, el ideario y programa de distribución de la administración en los gobiernos regionales ha sido menor a lo esperado. A pesar de haber transcurrido más de setenta años, observamos que la burocracia estatal sigue existiendo de igual forma, las políticas administrativas de las intendencias no cuentan con los recursos necesarios para aplicarse, puesto que los dineros se distribuyen desde las altas autoridades centrales en atención al capital disponible y con esto el centralismo nacional, tanto en las capitales regionales y especialmente en la capital nacional no cesa e incluso las zonas extremas del país están cada vez más desvalidas, creándose en la población un descontento generalizado, el cual se aprecia en el constante empoderamiento de la ciudadanía exigiendo mejoras y apoyo en sus requerimientos más urgentes, al solo ver un mayor desarrollo en la región Metropolitana. En síntesis, los proyectos de regionalización, las reformas constitucionales y el proyecto de la Comisión Asesora no han producido ni producirán los resultados esperados; y ha llegado el tiempo de que estos se hagan realidad si queremos alcanzar el desarrollo y competir a nivel internacional.

Es por esto que también estimamos necesaria la entrega de las facultades tributarias, ya que una intendencia autónoma sin recursos se transforma en un ente volátil. La finalidad consiste en que el parlamento aludido sea el que distribuya las utilidades provenientes de sus recursos regionales, atendiendo a las aspectos y zonas en los que sean esenciales, sin depender del capital nacional y su repartición desde la capital, siendo actualmente una materia sujeta a una engorrosa burocracia, lográndose así una consecución expedita.

El aumento actual de la cantidad de regiones (año 2007) no elimina la burocracia estatal, ésta sigue existiendo, pero notamos un avance a medida del desarrollo

de una naciente eficiente burocracia regional. Creemos que si las regiones tuvieran reales competencias y facultades (no todas, solo las requeridas), se lograría la creación de regiones autónomas capaces de resolver sus conflictos, mediante la propia distribución de los capitales y la libre regulación y de este modo se alivianaría la burocracia central.

Nuestra propuesta es una reformulación del programa nacional regional, ya que estimamos fundamental la existencia de una subdivisión acorde a las características propias zonales, lográndose una unidad de carácter coherente en lo político, lo físico, lo económico y que a la vez tome en cuenta la existencia de los elementos culturales, históricos, geográficos económicos y étnicos de la población domiciliada en ella. No queremos divisiones al azar con fines de favorecimiento de ciudades en la entrega de recursos, ni regiones con poblaciones menores a los 200.000 habitantes, sin lograr sus autoridades la representatividad requerida, y mucho menos regiones sin un sentido de comunidad formal, es decir, la población debe ser afín y cohesionada, en la búsqueda de una idea o plan común, para que efectivamente exista proyección de desarrollo.

Postulamos entonces una menor cantidad de regiones, las cuales apliquen sus políticas propias en directa relación a sus características particulares antes dichas, teniendo a la vez una supervigilancia del Estado en cuanto al correcto actuar de los Gobiernos Regionales y la dictación de sus normas propias respetando el Ordenamiento Jurídico nacional, además de una autofiscalización. La pregunta es: ¿Cuántas y por qué? Una correcta división territorial que refleje las particularidades debiera ser:

- 1) Zona Minera, pueblos indígenas aimaras, atacameños y diaguitas, clima desértico, similar cultura, gran población inmigrante (peruanos, boliviano y colombianos), problemáticas sobre drogas y pobreza, historia reciente post Guerra del Pacífico, actuales XV, I, II y parte de la III región.
- 2) Zona de los grandes puertos centrales e islas del Pacífico, puertos de Coquimbo, Valparaíso y San Antonio, además de ser la puerta principal de ingreso al país, vegetación matorral subdesértico y mediterráneo. Se debe mantener el trato de zonas especiales a las islas de Pascua, Juan Fernández e incluirse las más pequeñas. Conformado por parte de la III, IV y V región.
- 3) Zona central, manteniendo la Región Metropolitana, ya que seguirá siendo la capital y ciudad de mayor población, cultura más bien industrial y comercial. Es el epicentro del centralismo que buscamos evitar.
- 4) Zona agrícola-ganadera del país, en la que se arraigan las tradiciones patrias, y cultura nacional, mayor cantidad de población ubicada en el

valle central, vegetación matorral y clima de lluvias invernales. Compuesto por las actuales VI, VII, y VIII región.

- 5) Zona boscosa, con pueblos mapuche y huilliche, de clima templado lluvioso, con centralismo acentuado en la ciudad de Temuco y de PIB bastante bajo, además de un conflicto étnico permanente. Formado por la IX y XIV región.
- 6) Zona de fiordos, canales y lagos, cultura lacustre y piscicultura, clima estepárico frío y marítimo lluvioso, pueblos aborígenes: onas y yaganes, y población separada por grandes distancias de difícil acceso, incluyéndose en ésta el territorio antártico chileno. Compuesto por las actuales X, XI y XII región.

La finalidad de la división propuesta de este modo es la creación de pocas zonas geográficas que tengan una cantidad de población considerable, y que a la vez tengan una idiosincrasia, cultura y aspiraciones comunes, para que de esta manera el parlamento regional electo por la ciudadanía esté integrado por representantes de cada una de las áreas que conforman esta zona geográfica y que efectivamente conozcan las dificultades que los afligen. Un parlamento que tenga contacto directo, tanto con los particulares y sus petitorios, como con las autoridades nacionales y que esté a cargo del desarrollo político y económico de un territorio con características comunes o similares.

Si bien creemos en un país desarrollado de manera equitativa y en el que se entreguen las mismas condiciones y servicios en cada una de ellas, estamos seguros que el traspaso de las competencias no debe ser igualitario desde un primer momento, sino más bien paulatino y según las exigencias. Es cierto que si inicialmente se contraponen al desarrollo equilibrado formal, advertimos que no lo hace al desarrollo sustancial, ya que previo a la transferencia de todas las aptitudes y competencias se debe efectuar un catastro de cuáles son las requeridas por la población y a la vez cuáles son las que esta zona se encuentra apta para desarrollar de manera independiente y eficaz. Si en una determinada materia advertimos que no está capacitada, el Estado deberá entregar los subsidios suficientes, para que luego que haya avanzado y/o alcanzado el nivel óptimo, hacerle entrega de la o las restantes facultades y capacidades. Esa es exactamente la finalidad representativa del parlamento regional, siendo sus competencias supervigiladas por el gobierno central. Conformándose así un "Estado Regional Atenuado", en el que el Estado mantenga una supervigilancia del actuar de estas autoridades político-administrativas regionales.

Es por esta idea de división del territorio y reclamo de competencia que se requiere una identificación geográfica del pueblo con su entorno, así existirá un empoderamiento con ansias de crecimiento compartido por una comunidad

enlazada. Ejemplo de ello son las mencionadas zonas especiales, como el pueblo rapa nui, quienes poseen un consejo de ancianos por cultura ancestral. Pero a aquellos pueblos que no los tienen ¿se les debe exigir? La respuesta es no. Es decir, este crecimiento equivalente no tiene por qué ser exactamente igual, esa es la idea de la división en el ámbito cultural, tomar los elementos propios y engrandecerlos, ya que éstos unen y respaldan el proyecto socio-económico y político-administrativo.

Lo imprescindible de poseer de manera igualitaria son los servicios básicos, los cuales contribuyen sobremanera para el desarrollo armónico. Es deber del Estado determinar si la región es autosuficiente para proveerse de sus propios servicios, de no ser así, el Estado se encontrará obligado a crear y prestar los servicios básicos con los cuales ésta no cuente, y a la vez incentivar y promover que éstos sean desarrollados por la región en cuestión. Todo esto, claro está, depende directamente del número de regiones y parlamentos regionales que existan. Como analizamos en el cuerpo, en la situación puntual de la educación estimamos que tener siete universidades (número de zonas postulado) de alta calidad es una medida de mayor eficiencia que tener quince de aptitud dudosa.

Otro elemento clave corresponde a un principio de solidaridad interregional, de tal forma que aquellas regiones que posean un alto PIB deberán aportar a aquellas que no alcancen aún una estabilidad económica. Pero la verdad es que es de gran dificultad su aplicación, ya que las regiones no estarían obligadas a entregar sus contribuciones a otras, sino que utilizarán sus dineros para dar solución a sus propias deficiencias, además correríamos el riesgo de que suceda lo que actualmente ocurre entre Alemania y Grecia países miembros de la Comunidad Europea. Como opción válida, proponemos un subsidio nacional, por medio del cual el Estado en su papel de órgano rector de los Gobiernos Regionales pueda exigir una cierta cantidad de recursos a cada una de las zonas en atención a las ganancias propias, debiendo determinarse en porcentajes similares, con el objeto de apoyar a las regiones más desvalidas, obligatoriedad que deberá estar estipulada en la Constitución Política de la República.

Como forma de ayudar a las regiones más desfavorecidas, se deberá postular reales incentivos para que las grandes industrias y comercios creadores de gran cantidad de empleos instalen sus casas matrices en dichas regiones, atendiendo a las capacidades y facilidades que la zona les entregue para el desarrollo de su actividad, idealmente en las zonas más extremas, en atención a la realidad actual. Es por esto que la creación de leyes por los propios parlamentos es de absoluta trascendencia, así la propia región podrá determinar qué estímulos está capacitada para conceder por medio de sus autoridades. Teniendo presente que no pueden transgredir las normas del Ordenamiento Jurídico único nacional, encuadrándose dentro de este marco. Se debe además ofrecer mejoras tributarias, en caso de la decisión de instalarse en las zonas indicadas.

Colofón

En definitiva, si queremos lograr llegar a ser un país efectivamente descentralizado, logrando que cada una de sus regiones sea justa e inclusiva, las cuales entreguen a sus ciudadanos y a las autoridades político-administrativas de elección popular las requeridas condiciones de vida necesarias, y a su vez que el Gobierno Central garantice las condiciones de vida ideales para todos los habitantes de la república, se requiere una concreta representatividad de la población en sus autoridades, tanto del intendente como del congreso regional planteado. Es de absoluta relevancia que se legisle al respecto, ya que el poder de las autoridades regionales estará sujeto a la legitimidad ciudadana, teniendo las autoridades mencionadas un contacto directo con las problemáticas de su región. No basta con tener solo estos representantes. Es absolutamente necesario para que exista una correcta democracia que estos deban contar con competencias suficientes. A la vez serán estos mismos quienes legislen sobre los tributos para el financiamiento de los proyectos de mejoría regional y de esta manera poder eliminar la burocracia existente a nivel nacional, reemplazándola por una más expedita y correcta burocracia regional. Esto permitirá crear una política real y cercana a la población y sus requerimientos.

Es de vital importancia eliminar la actual vigencia de uniformidad o homogeneización en la entrega de competencias y capacidades a las regiones para el supuesto desarrollo equilibrado de estas, ya que el traspaso de los poderes debe efectuarse atendiendo a las características propias presentes en cada región, y en la medida que estas sean capaces de concretarlas, traspasando paulatinamente cada una de estas según sus capacidades y prioridades. Mientras tanto, el Estado debe cumplir con el principio constitucional de subsidiaridad y aportar con todo aquello que cada zona no cuente de manera autosuficiente, promoviendo el desempeño en el más breve plazo.

Para el cumplimiento efectivo de estas propuestas, la cantidad de regiones que conformen la división territorial debe estar constituida por tan solo las siete zonas previamente propuestas. Para la conformación de cada una de ellas deben poseer todo tipo de elementos comunes, con el objeto de una cohesión de su población frente a un ideario compartido, siendo posible la participación ciudadana en las políticas regionales y financiamiento de los proyectos en cercanía con las autoridades y partidos políticos regionales. Con esto se hace posible que el Estado otorgue los servicios básicos para el desarrollo armónico de cada región, es decir, un grupo selecto de servicios básicos de calidad, que elimine la actual pluralidad.

Bibliografía

- ATRIA, Fernando. *Criticas al Tribunal Constitucional*. [20 de Junio del 2015]
- BARROS ARANA, Diego (1897): *Historia General de Chile*. (Santiago: Imprenta Cervantes Tomos I-V).
- BRAVO LIRA, Bernardino (1996): *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*. (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile).
- ODEPLAN (1986): *Regionalización producto geográfico bruto a precios del año 1977, 1970-1984* (Santiago de Chile)
- DEL RÍO, Felipe, FOLRES, Miguel, HORST, Bettina, et al. (2008): *Rompiendo cadenas del centralismo en Chile*. Santiago: Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile).
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel. (2009): *La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes* (Revista Actualidad Jurídica N° 20 - Julio 2009 - TOMO I Universidad del Desarrollo)
- CONTRERAS, PABLO (2013): *Regionalización: Una cuestión de igualdad*. CIPER Chile.
- EUGENIN, Jorge, GLEISNER, Hagen, GONZÁLEZ, María Eugenia, et al (1990): *Regionalización: La experiencia chilena 1974-1989*. (Santiago: Universidad Nacional Andrés Bello).
- FRIAS VALENZUELA, Francisco (1993). *Historia de Chile. Desde la Prehistoria hasta 1973*. (Santiago: Editorial Zig-Zag).
- MAIZ, Ramón. (2004) *El indigenismo político en América Latina*. Revista de Estudios políticos 123, pp.128-174.
- MOHOR, Salvador. (2009) *Cátedra Derecho Constitucional Universidad del Desarrollo*.
- ORPIS, Jaime, BIANCHI, Carlos, HORVATH, Antonio y LARRAÍN, Hernán. (2013) *Senadores de la República. Proponen incorporar como territorios especiales a aquellos geopolíticamente estratégicos*.
- PANTOJA, Rolando (1993): *Código de Gobierno Regional y Municipal*. (Santiago: Editorial jurídica CONOSUR Ltda.).
- PORRAS, Gustavo. *Derechos de los Pueblos Indígenas en la legislación guatemalteca*.
- RODRÍGUEZ, PABLO. (2006) *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo.
- VARAS, Paulino y MOHOR, Salvador (1992): *Reforma Regional, Provincial y Municipal*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile). Primera Edición.
- VON BAER, H. (2004): *Proyecto Chile Regional 2020: hacia un estilo de desarrollo participativo, descentralizado. Ambientalmente sustentable, socialmente y territorialmente integrado*. Revista ambiente y desarrollo, Vol 20 N°3

Otros documentos

ACTA CONSTITUCIONAL NUMERO 2. *Bases esenciales de la Institucionalidad*. (13 de noviembre de 1973)

BANCO CENTRAL.

CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Congreso despacha creación de Universidades Estatales en regiones de O'Higgins y Aysén. Disponible en: http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=126130 [17 de Mayo de 2015]

COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL DE DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL. Informe Final.

CORPORACIÓN DE FOMENTO: Disponible en: www.corfo.cl

DIARIO CONSTITUCIONAL (14 de enero de 2015)

DIARIO EL SIGLO, (9 de mayo de 2015)

INSTITUTO GEOPOLITICO DE CHILE. *Principios geopolíticos de Chile*. Disponible en: www.acague.cl. [23 y 29 de mayo de 2015]

INSTITUTO CHILENO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Seminario en Descentralización Administrativa y Regionalización. Diciembre 2014

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Estadísticas sociales, pueblos indígenas en Chile 2002*. Disponible en www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/etnias/etnias.php [5 de junio de 2015]

SENADO. ALLENDE, Isabel. (2 de enero de 2015) Presidenta del Senado. Disponible en: http://www.senado.cl/eleccion-directa-de-intendentes-permitira-regiones-mas-empoderadas/prontus_senado/2015-01-02/105200.html [18 de Junio de 2015]

OFICINA DE PLANIFICACIÓN NACIONAL (ODEPLAN) : Disponible en: http://respuestas.wikia.com/wiki/Que_es_la_sigla_odeplan [2 y 17 de mayo de 2015]

Lista de Normas

Constitución Política de la República de 1833.

Constitución Política de la República de 1925.

Constitución Política de la República de 1980. Editorial Publibey. Edición 1991.

Constitución Política de la República de 1980, Editorial Jurídica de Chile. Edición 2009.

Código Orgánico de Tribunales. Editorial Jurídica de Chile. Edición 2011.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Convocado de Ginebra (7 de Julio de 1989)

Decreto 212 del 17 de diciembre de 1973.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19.175, de 2006, del Ministerio del Interior.

Decreto Ley 573. 12 de Julio de 1974. Estatuto del gobierno y administración interior del Estado.

Decreto 926 de 2014, Crea Comisión asesora Presidencial para el Desarrollo Regional

Ley N° 18.834. Aprueba Estatuto Administrativo.

Ley 19.097. 12 de noviembre de 1991. Modifica la Constitución Política de la Republica en materia de Gobiernos Regionales y Administración Comunal.

Ley N° 19.175. Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional y Jurisprudencia Administrativa.

Ley 20.050. Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República.

Ley 20.174. Crea Región de los Ríos y Provincia de Ranco.

Ley 20.175. Crea Región de Arica y Parinacota y Provincia del Tamarugal.

Ley 20.842. Crea las universidades estatales de la región de O'Higgins y de la región de Aysén.

Ley 16672. Modifica la Constitución Política de la República (1967)

Ley Indígena. *Dictamen aprobado por la Cámara de Diputados. 28 de abril de 2001. Congreso Nacional. México.*

Nuevo impuesto a la plusvalía: El crear impuestos sin justificación alguna.

JOSÉ A. RIQUELME GONZÁLEZ¹

Profesor de Derecho Tributario,
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO.

*“Desde el punto de vista del derecho constitucional,
la soberanía fiscal no implica un poder tributario ilimitado”²*

Theodore Georgopoulos

RESUMEN: El Congreso Nacional se encuentra discutiendo un proyecto de ley que busca establecer un nuevo tributo. Este impuesto se aplicaría al mayor valor obtenido en la venta de bienes raíces que han aumentado su valoración por un cambio en el uso del suelo. Postulo que este gravamen no debiera ser aprobado porque carece de justificación por tres razones. Primero, su origen es errático y/o equivocado. Segundo, su naturaleza como impuesto específico hace más criticable su creación, y finalmente, su alta complejidad puede generar efectos indeseados como regresividad e ineficiencia de un sistema que ya se alejó de la simplicidad al que debiera aspirar el ordenamiento jurídico tributario.

* * *

Introducción.

A principios del año 2015, la *Revista Qué Pasa* publicó un artículo llamado “Un Negocio Caval³”, en el que relataba que la empresa Exportadora y Gestión Caval Limitada había conseguido un crédito del Banco Chile por 6.500 millones de pesos para comprar tres terrenos en Machalí, cerca de Rancagua. Muy poco tiempo después, un cambio en el plano regulador les permitía vender los mismos terrenos en \$9.500 millones de pesos.

¹ Quiero agradecer a Fairús Docmac, abogado de la Universidad del Desarrollo y ayudante de Derecho Tributario de la misma universidad por su dedicada colaboración a este trabajo. Especialmente, agradecer a los profesores y grandes amigos Sergio Verdugo Ramírez y José Manuel Díaz de Valdés por su apoyo constante en materias académicas y en otras tantas de mayor importancia.

² GEORGOPOULOS, Theodore (2006): “Tax treaties and human/constitutional rights: bridging the gap? Tax relief in a cosmopolitan context”. Disponible en: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/gffgeorgopoulospaper.pdf

³ SALLABERRY, Juan Pablo (2015): “Un negocio Caval”. Disponible en: <http://www.quepasa.cl/articulo/actualidad/2015/02/1-16218-9-un-negocio-caval.shtml/>

Los socios de esta empresa eran Mauricio Valero y Natalia Compagnon, esta última casada con Sebastián Dávalos Bachelet, hijo de la Presidenta de la República. El crédito había sido otorgado, previa reunión personal con el Vicepresidente del banco, Andrónico Luksic, un día después del triunfo en segunda vuelta de Michelle Bachelet, asegurando un segundo período en La Moneda.

Así fue como estalló un escándalo político que a la fecha todavía no termina y que se suma a una serie de polémicas que han afectado al país en los últimos dos años. ¿Por qué es relevante esto?

A mediados del mismo año y después de la entrega de un informe final de propuestas que hizo el Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, ingresó un proyecto de ley que hace más transparentes las normas que regulan el suelo, que modifica el Impuesto Territorial, pero además pretende establecer un nuevo tributo. Se trata de un impuesto sobre las ganancias en la venta de un terreno, cuando ha cambiado el uso del suelo.

Las similitudes entre el denominado Caso Caval y la propuesta del Ejecutivo son evidentes. Sin embargo, sostener que la contingencia es insuficiente para crear nuevos tributos es ser generoso con las críticas al proyecto. Contrario a lo que señala el Mensaje presidencial mediante el cual comenzó la discusión de esta iniciativa, el nuevo tributo carece de justificación alguna, va en la línea opuesta a lo que diversos expertos en materia tributaria han sostenido desde hace años y revela una mirada estatista, en momentos en que Chile se encuentra en una situación económica complicada. Un muy mal momento para tensionar más la relación entre el Derecho de Propiedad y la Potestad Tributaria del Estado.

Comienza la discusión del proyecto.

Hace casi un año, el 30 de junio de 2015, ingresó a la Cámara de Diputados una iniciativa del Ejecutivo⁴ bajo el título “Proyecto de Ley sobre Transparencia del mercado del suelo e incrementos de valor por ampliaciones del límite urbano”⁵.

⁴ Puede que el lector note que esta frase es una cuestión obvia de acuerdo a las normas procedimentales que establece la Constitución respecto del proceso mediante el cual se crean leyes. Pero no puedo suponer que siempre quien lee sepa las diferentes aristas del mundo jurídico. Dicho eso, cabe mencionar que los proyectos de ley que crean, modifican o derogan tributos son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y deben ingresar por la Cámara a su primer trámite constitucional.

⁵ Boletín N° 10.163-14, Transparencia del mercado del suelo e incrementos de valor por ampliaciones del límite urbano. Para hacerle un seguimiento a la tramitación del proyecto, se puede recurrir al siguiente link: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10582&prmBoletin=10163-14

Este proyecto busca modificar los siguientes cuerpos normativos:

- Ley General de Urbanismo y Construcciones;
- Decreto ley N° 1.939, de 1979, que Establece Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado;
- Ley N° 17.235, sobre Impuesto Territorial;
- Nueva Ley sobre Incrementos de Valor por Ampliaciones de los Límites Urbanos.

Sobre esta última nueva "Ley sobre Incrementos de Valor por Ampliaciones de los Límites Urbanos" me referiré en este trabajo, porque estoy plenamente convencido de que se trata de un impuesto que no tiene ninguna justificación y una ley sin razón detrás es simplemente poder. Lo que es especialmente grave en materia tributaria.

Este tributo se encuentra contenido en el artículo 4° del proyecto, que a su vez tiene once artículos permanentes y uno transitorio referente a la entrada en vigencia de sus normas.

En general, su estructura y características son las siguientes:

- Se trata de un impuesto al mayor valor obtenido en enajenaciones de bienes raíces, que se encuentren incluidos en un proceso de ampliación del límite urbano;
- Tiene una tasa de 10% sobre dicho mayor valor;
- No se puede deducir como gasto (para el caso de sociedades);
- Se aplica con independencia de la Reforma Tributaria (artículo 3°);
- Están exentas las enajenaciones que no excedan 5.000 UF.

Mi postura es que este nuevo impuesto no se justifica por tres razones. Primero, por el origen del proyecto. Por los antecedentes de hecho que llevaron al actual gobierno a presentar una iniciativa de estas características. Segundo, por la naturaleza del impuesto. Desde la perspectiva del Derecho Tributario, este es un tipo de impuesto específico, pero que no desincentiva una externalidad negativa. Tercero, la complejidad del tributo. El tener un sistema tributario complejo no puede ser considerado como algo positivo.

I. El impuesto no se justifica: por su origen.

Todo proyecto de ley debe ser fundado⁶. Es decir, deben existir argumentos que permitan a un gobierno o a un parlamentario considerar razonable el presentar un Mensaje o una moción respectivamente.

¿Cuáles fueron las razones que tuvo el gobierno de la Presidenta Bachelet para proponer la creación de este nuevo impuesto?

El Mensaje explica que este proyecto se presentó sobre la base (i) del Programa de Gobierno, y de lo propuesto por (ii) el Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción (Comisión Engel), y (iii) por el Consejo Nacional de Desarrollo Urbano (CNDU).

Específicamente lo que dice el mensaje del proyecto es lo siguiente:

“En nuestro Programa de Gobierno planteamos la necesidad de contar con ciudades equitativas y justas, integradas socialmente y construidas en forma democrática y participativa. Bajo esta inspiración hemos trabajado desde marzo de 2014, siendo el proyecto de ley que hoy someto a vuestra consideración una materialización de estas ideas, fortalecidas, además, por las recomendaciones que, en abril y mayo, hemos recibido de dos significativas instancias asesoras: el Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción y el Consejo Nacional de Desarrollo Urbano.

Ambos Consejos se han pronunciado en relación a la transparencia y la participación en la planificación urbana y a los incrementos de valor que derivan de ella”.

En los siguientes párrafos voy a demostrar que esta última frase no es cierta.

I.1. El Programa de Gobierno.

El 27 de octubre de 2013 la Presidenta Bachelet, en ese entonces actuando como candidata, daba a conocer el Programa de Gobierno⁷ que implementaría en caso de ser electa, como lo fue.

⁶ La ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, dispone lo siguiente: “**Artículo 14.** Los fundamentos de los proyectos deberán acompañarse en el mismo documento en que se presenten, conjuntamente con los antecedentes que expliquen los gastos que pudiere importar la aplicación de sus normas, la fuente de los recursos que la iniciativa demande y la estimación de su posible monto”.

⁷ ACEVEDO, Erwin (2013): “La propuesta de Michelle Bachelet incluye tres áreas claves: reforma educacional, reforma tributaria y nueva Constitución”. Disponible en: <http://www.24horas.cl/politica/decisionfinal/bachelet-presenta-su-programa-de-gobierno-907551>

En dicho documento⁸, en el capítulo de “Ciudad, Vivienda y Territorio” encontramos bajo el título “Participación Ciudadana” dos propuestas:

1. La impulsión de un Plan de Ordenamiento Territorial; y
2. Ampliar la participación ciudadana en la planificación territorial y local.

No hay, en este capítulo, ninguna referencia a la incorporación de un nuevo impuesto que grave el mayor valor obtenido en enajenaciones de bienes raíces que se encuentren incluidos en un proceso de ampliación del límite urbano.

Entonces, ya que el gobierno citó su Programa y no está la idea de este nuevo impuesto en las páginas relativas a vivienda, lo razonable es buscarla en la parte referente a la entonces anunciada reforma tributaria. Pero no puedo invitar al lector a esfuerzos inútiles. No hay nada ahí tampoco.

No hay, en todo el Programa de Gobierno, alguna insinuación siquiera de un gravamen al mayor valor obtenido por una persona en la enajenación de un bien raíz y que su fuente sea el cambio del uso del suelo.

Así, entonces, llegué a la conclusión de que la primera fuente que cita el Mensaje no existe.

1.2. Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción. La Comisión Engel.

Desde fines del año 2014 en Chile ha estallado una crisis política por lo que se ha conocido como aportes irregulares a los partidos políticos, financiamiento de campaña a través de boletas de honorarios que no dan cuenta de servicios efectivamente prestados, el denominado caso “Fraude al FUT”, el “Caso Caval” y otros similares que han afectado a prácticamente todos los partidos políticos del país.

Una vez que fue inevitable para la coalición gobernante reconocer que no sólo los partidos opositores estaban involucrados en estos asuntos y que al contrario eran por desgracia prácticas de todos los partidos, la Presidenta Bachelet convocó a un panel de expertos, liderados por el economista Eduardo Engel Goetz (de ahí el nombre por el cuál es conocida la comisión). Concluida su tarea, la Comisión Engel elaboró un informe final con una serie de medidas relacionadas con la prevención de la corrupción, la regulación de conflictos de interés y otras materias.

⁸ “Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018”. Disponible en: <http://www.gob.cl/programa-de-gobierno/>, pp. 120-123

Dentro del primer grupo de medidas para prevenir la corrupción encontramos una titulada: "Prevención de la corrupción en la planificación territorial".

¿En qué consiste esto?

Se trata de discutir sobre los ámbitos regulatorios sobre el suelo y si éstos ofrecen espacios para que, ante la ausencia de probidad o responsabilidad por parte de los intervinientes, se generan irregularidades.

En este sentido, la Comisión Engel hizo diferentes propuestas en tres ámbitos específicos:

- i. Regulación urbana;
- ii. Plusvalías generadas por la acción del Estado; y
- iii. Plazos indefinidos en la práctica.

Para efectos de este trabajo, importa la segunda, las plusvalías generadas por la acción del Estado y dentro de este ámbito, la segunda propuesta, que es la siguiente:

"Estudiar medidas que permitan que el Estado capture una mayor parte de las ganancias asociadas a su propia acción, por ejemplo, en casos de cambios de uso de suelo desde agrícola a urbano, que hoy no se captan a través de las actualizaciones de los avalúos o de los impuestos a las ganancias de capital."⁹

Hasta aquí, podríamos decir que el Mensaje cita correctamente el trabajo de esta comisión para sostener la pertinencia de este proyecto. Pero esto no es así.

Para explicar por qué no es así, comienzo con dos preguntas. Primero: ¿Tenía la Comisión Engel el mandato para hacer propuestas tributarias? Y, segundo, si asumimos que las tenía, ¿es correcto el diagnóstico sobre el cual se construye la propuesta? Estas preguntas son claves para reforzar mi punto (que el impuesto no se justifica).

Para contestar la pregunta, es necesario conocer la fuente de esta comisión. Es decir, el acto administrativo que la creó. Así es como llegamos al Decreto N° 2 del Ministerio de la Secretaría General de la República (en adelante Segpres) de fecha 9 de abril de 2015.

⁹ "Informe final del Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción". Disponible en: <http://consejoanticorruptcion.cl/>, p. 51.

El artículo 2° de este Decreto determina cuáles son las tareas que tendrá el Consejo y las reduce a dos:

1. *Efectuar un diagnóstico de los riesgos que afectan la probidad y la transparencia en el mundo de los negocios, la política y el servicio público, poniendo énfasis en aquellos elementos que se vinculan al tráfico de influencias, la corrupción y los conflictos de interés y que debilitan la confianza en las instituciones privadas y públicas;*
2. *Proponer medidas concretas, de carácter legal o administrativo, a partir del análisis comparado de experiencias internacionales y de la revisión de la normativa vigente, en los ámbitos de la prevención, regulación, sanción y reparación de los conflictos de interés, el tráfico de influencias y, en general, la corrupción en todas sus formas, en el mundo de los negocios, la política, el servicio público y la relación entre éstos.*¹⁰

Si tuviéramos que determinar dónde tendría cabida una propuesta de carácter impositivo, tendríamos cuatro ámbitos y uno genérico:

- 1.1. Prevención;
- 1.2. Regulación;
- 1.3. Sanción;
- 1.4. Reparación;
- 1.5. La corrupción en todas sus formas.

De las alternativas planteadas, es razonable suponer que el ámbito es el de regulación. Sin embargo, ¿podemos suponer que en cuanto al ámbito regulatorio la comisión podía proponer cualquier tipo de medida? O por el contrario, ¿es más lógico que sus propuestas tengan que ver con regulaciones en materias de probidad, transparencia y corrupción más no de impuestos?

Este punto que planteo no es una inquietud rebuscada o elaborada después de complejas lucubraciones. Ya en la misma comisión se discutió sobre la facultad que tenía el Consejo para hacer este tipo de propuestas. Al momento de votar la propuesta en comento, fueron tres los integrantes del Consejo que votaron en contra por la razón de actuar fuera del mandato: Olga Feliú, Rosanna Costa y Lucas Sierra.

¹⁰ Decreto N°2 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, "Crea Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción", de fecha 9 de abril de 2015. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1076066>

Sus argumentos son importantes no sólo para este punto, sino que también para los que vienen más adelante.

¿Qué planteó cada uno de los consejeros que votaron en contra¹¹?

a. Olga Feliú sostuvo que:

“No es tarea encomendada a la Comisión la propuesta de modificaciones tributarias, las que de cualquier modo no parecen relacionadas con el problema de la corrupción.

De cualquier modo, en relación con la posibilidad de adoptar la medida de pago de contribuciones por aumento de valor del inmueble como consecuencia de la acción del Estado, cabe consignar que dicha circunstancia está prevista en nuestra legislación actual. Y es que las contribuciones son el tributo que se aplica sobre el avalúo fiscal de las propiedades, determinado por el Servicio de Impuestos Internos, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley N° 17.235 sobre Impuesto Territorial (Contribuciones) que de manera expresa determina que se debe considerar en el avalúo del terreno, las obras de equipamiento y urbanización, de manera tal que la plusvalía es pagada por el propietario con un mayor pago de contribuciones. De cualquier modo, cabe preguntarse si se establecerán medidas de compensación a las personas afectadas por actos del Estado que hagan bajar el valor de sus inmuebles (Ej. Colina cárcel.)”.

b. Rosanna Costa y Lucas Sierra señalaron que:

“Hoy se cobran contribuciones vinculadas al avalúo, que fluctúa según aumentos o pérdidas de valor del suelo, e impuestos a las ganancias de capital en la venta. El problema es antes que nada de regulación.”.

Como se puede apreciar, ya había dos puntos de conflicto: pertinencia de la Comisión en materias tributarias y diagnósticos sobre los cuáles proponer algo nuevo.

De acuerdo al texto del Decreto que creó este Consejo y a la razonabilidad en cuanto al campo de acción de un consejo asesor presidencial, sostengo que la Comisión aquí actuó fuera de los límites de su competencia¹².

¹¹ “Informe final del Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción”. Disponible en: <http://consejoanticorruptcion.cl/>, pp. 97-98.

¹² En mi opinión, hacer propuestas de este tipo es para esta comisión, haciendo un símil con el proceso de formación de las leyes, actuar fuera de las ideas matrices de un proyecto de ley.

La segunda parte es aquella relativa al diagnóstico que hace el Consejo. Como cité antes, el informe final de esta comisión sostiene que el Fisco no capta ganancias asociadas a su propia acción y tampoco lo haría a través de las actualizaciones de los avalúos o de los impuestos a las ganancias de capital.

Esto es un error por dos razones. Primero, porque hace alusión a las normas del impuesto territorial y segundo, porque supone que en todo el ordenamiento jurídico tributario no existe norma alguna que le permita al Estado concurrir a las ganancias que pueda generar la venta de un bien raíz. Voy a explicar brevemente dónde está el error.

Ganancias que no se captan a través de las actualizaciones de los avalúos o de los impuestos a las ganancias de capital.

La crítica que hace aquí el Consejo es que la base imponible del impuesto territorial, esto es, el avalúo fiscal que hace el SII sobre los bienes raíces, no se actualiza debidamente. En esto tiene razón el Consejo.

De acuerdo al artículo 3° de la Ley N° 17.235¹³, el SII está obligado a reevaluar, cada cuatro años, los bienes raíces agrícolas y no agrícolas. Sin embargo, ya desde el año 1998 al 2014 ha habido cuatro leyes que postergaron la actualización de los avalúos o la vigencia de estos. Estas son:

- Ley N° 19.575, de 1998, que proroga la vigencia de los avalúos de los bienes raíces agrícolas;
- Ley N° 19.892, de 2003, que posterga la vigencia del reavalúo de los bienes raíces agrícolas;
- Ley N° 20.650, de 2012, que Posterga el reavalúo y proroga los actuales avalúos de bienes raíces no agrícolas con destino habitacional, y reduce la periodicidad del reavalúo de los bienes raíces de las distintas series;
- Ley N° 20.731, de 2014, que posterga por dieciocho meses la realización del proceso de reavalúo de los bienes raíces de la serie agrícola, y proroga la vigencia de los avalúos de los mismos bienes vigente al 30 de junio de 2014.

Las razones para postergar un reavalúo o prorrogar su vigencia pueden, probablemente, tener asidero en cuestiones políticas. El reavalúo de los bienes

¹³ Ley N° 17.235, "Fija texto refundido, sistematizado y coordinado de la ley sobre impuesto territorial", Diario Oficial 24 de diciembre de 1969, artículo 3°.

raíces muy probablemente generará un alza en el Impuesto Territorial, lo que es bastante impopular para cualquier gobierno.

Miremos por ejemplo las razones de la Ley N° 20.650 de 2012. ¿Qué decía el Mensaje?

“Continuando el compromiso de nuestro Gobierno de dar protección a las familias de clase media de nuestro país y con la construcción de una sociedad de seguridades y oportunidades, hemos tomado la decisión de postergar la vigencia del reavalúo fiscal de los bienes raíces no agrícolas destinados a la habitación.”¹⁴

¿Por qué se tomó esta decisión?

El mismo proyecto lo señala:

“Esta decisión considera que el reavalúo y consecuente alza del Impuesto Territorial afecta más severamente a las familias de clase media que con esfuerzo y sacrificio han logrado el sueño de la casa propia.

Asimismo, tiene presente que dicho reavalúo y alza también afectan en forma severa a los hogares monoparentales y a los adultos mayores”.

En la historia de la ley consultada, no se encontraron estudios que permitieran sostener esta afirmación.

Por otra parte, y en la misma línea crítica, el investigador del Centro de Estudios Públicos (CEP) Slaven Razmilic ya planteaba críticas a estas postergaciones o prórrogas a fines del año 2014 (antes de la existencia del proyecto y de la Comisión Engel).

En su trabajo “El impuesto territorial y financiamiento municipal”, sostiene que:

“...parece relevante evaluar mecanismos que permitan facilitar la realización efectiva de los reavalúos de bienes raíces cuando corresponda hacerlos. Es necesario evitar postergaciones sucesivas, las que históricamente se han reiterado para luego terminar aplicándose acompañadas de nuevas o ma-

¹⁴ Historia de la Ley N° 20.650 de 24 de mayo de 2013, “Posterga el reavalúo y proroga los actuales avalúos de bienes raíces no agrícolas con destino habitacional, y reduce la periodicidad del reavalúo de los bienes raíces de las distintas series”. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4486/HLD_4486_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

yores exenciones y de otras mitigaciones, motivadas por el costo político acumulado de las postergaciones.”¹⁵

Es importante desarrollar la siguiente idea: Si entendemos los impuestos como instrumentos, es clave que como tales cuenten con los insumos necesarios. Luego, si la base imponible del Impuesto Territorial no está actualizada, el impuesto en sí no puede cumplir a cabalidad la función para la que fue pensado. Debido a estas leyes de postergaciones o prórrogas, el impuesto en sí mismo se debilita. Así entonces, la observación que hizo la Comisión Engel en cuanto a que existe un problema con el sistema de reavalúos es cierta.

El subyacente problema¹⁶ viene con su segunda afirmación del Consejo:

“Estudiar medidas que permitan que el Estado capture una mayor parte de las ganancias asociadas a su propia acción..., que hoy no se captan a través (...) de los impuestos a las ganancias de capital”.

Es aquí donde se desploma cualquier condición de razonabilidad que podría llegar a tener el Consejo en esta materia.

Las ganancias de capital en la enajenación de bienes raíces está contenida en el artículo 17 n° 8 de la Ley de Impuesto a la Renta y la Ley N° 20.780 (en adelante reforma tributaria de 2014¹⁷) que introdujo importantes cambios a esta tributación.

Antes de la reforma tributaria de 2014, la venta de bienes raíces no se gravaba a menos que el vendedor fuera considerado un vendedor habitual. La Ley N° 20.780 cambió esta situación y estableció, a grandes rasgos, que el mayor valor obtenido en la enajenación de bienes raíces no tributará sino hasta que supere las 8.000 unidades de fomento. En tal caso, el contribuyente tiene la opción de tributar con su impuesto final (global o adicional en su caso) o bien con un impuesto único sobre dicho mayor valor que tiene una tasa fija de 10%.

De esta manera, es evidente que el mayor valor que obtiene un contribuyente estuvo gravado antes y después de la reforma impositiva más importante de los últimos años. O mejor dicho de otra forma: el Estado puede capturar parte de las ganancias mediante las normas de la Ley de Impuesto a la Renta¹⁸.

¹⁵ RAZMILIC, Slaven (2014): *Impuesto Territorial y Financiamiento Municipal*, Propuesta de Política Pública, Centro de Estudios Públicos. ISSN: 0718-3089. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5971_3726/rev138_SRazmilic.pdf

¹⁶ Recordemos que el problema principal es la falta de mandato de la Comisión para hacer propuestas tributarias.

¹⁷ Me parece impreciso simplemente referirme a “la reforma tributaria” sin especificar su año, ya que en los últimos 6 años el país tiene el triste record de tener al menos cuatro reformas tributarias.

¹⁸ DL N° 824 del Ministerio de Hacienda, “Aprueba texto que indica de la Ley sobre Impuesto a la Renta, de fecha 1 de enero de 2016, artículo 17, numeral 8.

Que el Estado las capte o no, que el monto de 8.000 unidades de fomento sea o no insuficiente es otra discusión, es, en palabras de Rosanna Costa y Lucas Sierra: *"El problema es antes que nada de regulación"*, y no de la falta de esta.

Así entonces queda demostrado que el Programa de Gobierno no decía nada sobre crear un nuevo impuesto a la plusvalía, y que la Comisión Engel no tenía legitimidad para hacer este tipo de propuestas. Sin embargo, las hizo, pero las hizo mal, porque las fundó en las razones equivocadas.

1.3. Consejo Nacional de Desarrollo Urbano (CNDU).

El CNDU es un consejo asesor, cuya función es servir de instancia consultiva y asesora del Presidente de la República para la implementación de la Política Nacional de Desarrollo Urbano¹⁹.

Para cumplir este rol, cumple con tres tareas principales²⁰:

- a) Estudiar las políticas sectoriales en aquellas materias que tengan incidencia en el desarrollo de las ciudades y el territorio, haciendo las proposiciones pertinentes;
- b) Estudiar la legislación nacional vigente aplicable al desarrollo urbano y territorial y proponer las reformas y perfeccionamientos que sean pertinentes, tanto en el ámbito institucional como legal y funcional;
- c) Convocar a mesas de trabajo regionales para asegurar que las realidades regionales son debidamente tomadas en cuenta en las proposiciones que haga el CNDU.

Ejerciendo tales tareas, en mayo de 2015 el CNDU presentó un documento consolidado de sus propuestas llamado *"Propuestas para una Política de Suelo para la Integración Social Urbana"*²¹.

¿Hizo el CNDU propuestas de índole tributaria?

¹⁹ Decreto N° 78 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, "Aprueba Política Nacional de Desarrollo Urbano y Crea Consejo Nacional de Desarrollo Urbano", de fecha 2 de marzo de 2015. Artículo 2°: *"Créase un Consejo Asesor del Presidente de la República, que se denominará Consejo Nacional de Desarrollo Urbano, en adelante "el Consejo", cuya función será servir de instancia consultiva y asesora del Presidente de la República para la implementación de la Política Nacional de Desarrollo Urbano."* Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059974&idVersion=2014-08-29>

²⁰ Consejo Nacional de Desarrollo Urbano. Disponible en: <http://cndu.gob.cl/en-que-estamos/>

²¹ "Propuestas para una política de suelo para la integración social urbana", Consejo Nacional de Desarrollo Urbano. Disponible en: http://cndu.gob.cl/wp-content/uploads/2015/05/Documento_Final_Propuesta-de-Poli%CC%81ticas_Suelo_para_Integracio%CC%81n_Social_CNDU_Mayo_2015.pdf

Sí, lo hizo. Pero bastante diferente a lo que dijo el gobierno. El 8 de julio de 2015 comenzaba la discusión general del proyecto en la Comisión de Vivienda de la Cámara. En su presentación inicial, se citó el informe del CNDU, sosteniendo que éste había dicho lo siguiente:

“Se recomienda terminar con las exenciones y vacíos tributarios dentro del mercado de suelo, que generan desigualdades injustificadas entre quienes tributan y quienes no lo hacen.” Punto final.

Pero la verdad es que era punto seguido.

Cuando revisé el informe señalado, encontré la frase que el Ejecutivo había mostrado en la comisión. Ahí me di cuenta que la propuesta no era tan amplia o indeterminada, sino que muy concreta. Lo que dice, después del punto seguido, es lo siguiente:

*“En esta línea (de proponer terminar con las exenciones y vacíos tributarios dentro del mercado de suelo) **se propone restablecer ideas contenidas en el proyecto original de la Reforma Tributaria 2014, ampliando la tributación sobre las ganancias de capital producto a la enajenación de bienes raíces que realizan las personas naturales.** Si bien este mecanismo acaba de ser ajustado en la Reforma Tributaria dejó exento a los inmuebles adquiridos antes del año 2004 y a todos los contribuyentes que tengan una ganancia bajo las 8.000 UF, lo que representa un amplio porcentaje de transacciones del mercado de suelo urbano”²².*

Como si la evidencia no fuera suficiente, y entendiendo por cierto que los grupos de interés particulares tienen el legítimo derecho a defender (valga la redundancia) sus intereses, es que el representante de la Cámara Chilena de la Construcción, en su calidad de consejero, estimó que no se justificaba un nuevo impuesto²³.

Así entonces podemos ver cómo el CNDU sí hizo propuestas tributarias, que el hacerlo se ajusta a su mandato y que aquella que propuso apuntaba a modificar la regulación del mayor valor obtenido en la enajenación de bienes raíces que dispone la Ley de Impuesto a la Renta y no, como sostuvo el Ejecutivo, la creación de un nuevo impuesto.

²² “Propuestas para una política de suelo para la integración social urbana”, CNDU. Disponible en: http://cndu.gob.cl/wp-content/uploads/2015/05/Documento_Final_Propuesta-de-Poli%CC%81ticas_Suelo_para_Integracio%CC%81n_Social_CNDU_Mayo_2015.pdf, p. 19

²³ En el Informe Final del CNDU, página 19, nota al pie número 27, se señala que: “El consejero representante de la Cámara Chilena de la Construcción estima que no se justifican tributos adicionales, ya que los impuestos siempre distorsionan la actividad del mercado y que solo se traducirían en aumentos del valor del suelo y, consecuentemente, de las viviendas”.

El proyecto, en su artículo cuarto crea un nuevo al mayor valor obtenido por el cambio en el uso del suelo. El Mensaje presidencial señaló que esta idea provenía ya del Programa de Gobierno de octubre de 2014, y había sido reforzada por las propuestas del Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción y por el Consejo Nacional de Desarrollo Urbano. Estoy convencido de haber probado que tal afirmación, y por ende el fundamento, requerido por la ley y por la Doctrina, no están presentes en esta parte del proyecto de ley. Pero es la ausencia de justificación en cuanto a su origen, la que, por sí misma, bastaría para rechazar este nuevo impuesto. Sin embargo, el proyecto presenta más falencias que refuerzan su carácter de arbitrario.

II. El impuesto no se justifica: por su naturaleza.

Para desarrollar este argumento, tengo que explicar en qué consiste el impuesto que se propone.

El artículo cuarto del proyecto contempla la creación de una Ley sobre Incrementos de Valor por Ampliaciones de los Límites Urbanos. Como todo impuesto bajo la lógica de las garantías constitucionales de los contribuyentes, debe tener por ley determinado el hecho imponible, los sujetos, la base imponible y la tasa.

En cuanto al hecho gravado, este puede ser definido por *Ángela Radovic*²⁴ como:

“Vínculo jurídico que une al sujeto activo o ente acreedor del tributo (Fisco u otros entes públicos) con el sujeto pasivo o deudor (contribuyente, sustituto o tercero responsable), en virtud del cual éste se encuentra en la necesidad de cumplir a favor de aquél una prestación, que consiste en dar (una suma de dinero o de especies) el tributo”.

En el proyecto que se critica aquí, el hecho gravado consiste en lo siguiente, según el artículo 1º, inciso primero:

“Se gravará con impuesto a la renta con una tasa de 10%, la parte del mayor valor obtenido en aquellas enajenaciones a título oneroso de bienes raíces situados en Chile, o de los derechos reales constituidos en ellos o de cuotas poseídas en comunidad respecto de tales bienes, que se encuentren en zonas incluidas en un proceso de ampliación del límite urbano”.

La expresión “la parte del mayor valor” es desarrollada por el inciso cuarto del mismo artículo.

²⁴ RADOVIC SCHOEPEN, Ángela (1998): *Obligación Tributaria* (Santiago, Editorial Conosur)

“La parte del mayor valor gravado a que hace referencia el inciso primero, corresponderá al incremento de valor experimentado en el proceso de ampliación del límite urbano, según lo establecido en el artículo 4° de esta ley”.

En palabras simples, se trata de imponer un impuesto cuya tasa será de 10% sobre aquel mayor valor que se haya generado por un cambio en el uso del suelo. Esto se trata entonces de un impuesto específico a dicho mayor valor.

Luego, es importante resolver dos preguntas: (i) ¿qué son los impuestos específicos? Y (ii) ¿qué son las externalidades negativas?

(i) ¿Qué son los impuestos específicos?

Claudio Agostini, profesor titular de la Facultad de la Universidad Adolfo Ibáñez, sostiene que los impuestos específicos son aquellos que “reducen externalidades negativas, por lo que, en general, mejoran la asignación de recursos en la economía independiente de la recaudación que generan²⁵”. Si bien la relación causal es objeto de discusión, no es el propósito de este trabajo desarrollar esa línea, pero sí la primera parte de esta afirmación: reducir externalidades negativas.

Este entendimiento en cuanto al propósito de los impuestos específicos es una constante en la discusión pública de nuestro país.

En 1997, el Centro de Estudios Públicos (CEP) publicó un estudio titulado “Una Reforma Tributaria para el Crecimiento²⁶”, de Bernardo Fontaine y Rodrigo Vergara.

En esta publicación, afirmaban los autores que en Chile “*hay una serie de impuestos específicos a los bienes, algunos de ellos destinados a corregir externalidades (combustibles, tabaco) y otros cuya lógica económica es más difícil de entender.*”²⁷

Luego, en el mismo trabajo y apoyando mi tesis, se señala que:

“En cuanto a la proliferación de impuestos específicos, se propone eliminar algunos sobre los cuales no hay evidencia de que produzcan externalidades negativas, como el impuesto a los suntuarios, a los automóviles de lujo y a las bebidas no alcohólicas.”²⁸

²⁵ AGOSTINI, Claudio (2008): “Los Impuestos Importan”, *Observatorio Económico, Universidad Alberto Hurtado*, N°22. Disponible en: <http://www.economiaynegocios.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2010/06/pdf-observatorio-n22.pdf>

²⁶ FONTAINE, Bernardo y VERGARA, Rodrigo (1997): “Una reforma tributaria para el crecimiento”, *Estudios Públicos*, N° 67. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1504_710/rev67_fontai_verg.pdf, p. 25

²⁷ Hoy en día presidente del Banco Central.

²⁸ FONTAINE y VERGARA (1997), p. 40

Las críticas a este tipo de impuestos son varias, pero todas se basan en que estos no se justifican dentro de los objetivos de un sistema tributario eficiente, ya que producen distorsiones o encarecen artificialmente los bienes sobre los que recae el gravamen²⁹.

Queda en evidencia entonces que los impuestos específicos buscan desincentivar o reducir externalidades negativas, siendo entonces éstas las que justifiquen la existencia de aquellos. Siendo la externalidad negativa la causa y el impuesto específico el efecto. Vamos entonces, aunque brevemente a esta causa.

(ii) ¿Qué son las externalidades negativas?

El concepto de "externalidad negativa" fue propuesto originalmente por Arthur Pigou, economista inglés de principios del siglo xx y es conocido por haber planteado en 1920 "La economía del bienestar".

Su innovación consistió en proponer que algunos costos o beneficios de ciertas actividades que desarrollaba una persona influían en terceros. Si esta influencia para el tercero que no había participado en dicha actividad resultaba ser un beneficio, se le denominaría *externalidad positiva*. En cambio, cuando se trata de un costo que se le impone al tercero, se le llama *externalidad negativa*.

Se busca entonces imponer un tributo por la externalidad negativa, para lograr dos objetivos. Primero, lograr que el beneficio para el privado que genera la externalidad, más el impuesto, sea igual al costo social por dicha externalidad. Un ejemplo típico de esto son los impuestos a las emisiones de carbono. El segundo objetivo de Pigou era generar una mayor recaudación, puesto que estimaba que administrar el dinero era una tarea más desarrollada que generarlo, y que era el Estado quien más había practicado tal tipo de administración. De esta manera, apuntaba a un Estado capaz de financiar diversas prestaciones sociales obteniendo los recursos necesarios para esto de quienes tenían o producían más³⁰. De aquí entonces que exista lo que conocemos como *impuestos pigouvianos*³¹.

²⁹ Sobre el aumento en el precio que generan los impuestos específicos también se refiere latamente Claudio Agostini en su trabajo "Incidencia Tributaria en el Mercado de las Gasolinas en Chile", donde, entre varios ejemplos, sostuvo que: "La evidencia respecto a la tasa de traspaso (*pass-through*) de los impuestos al precio de los bienes en la literatura económica es diversa y muestra, en general, tasas de traspaso superiores al 100 % para los impuestos específicos e iguales o inferiores a 100 % para impuestos ad valorem". AGOSTINI, Claudio (2010): "Incidencia Tributaria en el Mercado de las Gasolinas en Chile". Disponible en: <http://fen.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2010/07/inv223.pdf>

³⁰ Sobre el aumento en las cargas tributarias, en general y no sólo en cuanto a los impuestos específicos, es muy ilustrador el primer capítulo del libro "Suecia el otro modelo", de Mauricio Rojas, en donde se desarrolla una relación causal entre el sostenido aumento de la carga tributaria y el deterioro del crecimiento económico del país escandinavo y las negativas consecuencias que generaron en las siguientes décadas. ROJAS, Mauricio (2014): *Suecia el otro modelo* (Santiago, Fundación para el Progreso)

³¹ La propuesta de Pigou suponía que el Estado administraría mejor los recursos que los privados que creaban la riqueza. Esta concepción de las supuestas virtudes del Estado como administrador de la riqueza

Ya podemos sostener que existe un tipo de impuestos, llamados específicos, que encuentran su justificación (si es que la hay, pero esa es una idea que no desarrollaré aquí) en la existencia de una externalidad negativa.

En Chile, como ya hacían referencias los distintos expertos aquí citados, encontramos varios impuestos específicos, pero sólo citaré a tres:

- Impuesto específico a los combustibles;
- Impuesto específico a las bebidas alcohólicas;
- Impuesto específico a las bebidas al tabaco.

En cada uno de ellos encontramos la externalidad negativa a la que se hace mención en los párrafos anteriores. Contaminación y salubridad pública en términos generales.

Luego, la pregunta relevante para el impuesto que comento es evidente: ¿cuál es la externalidad negativa que se busca desincentivar con este nuevo impuesto?

Y esta no es la única pregunta atingente. Podríamos (y debemos) cuestionarnos si es que acaso el aumento del valor del suelo es una externalidad negativa. Por otra parte, ¿cuánto de la plusvalía es por causa del cambio de uso de suelo? ¿Cómo se diferencia la plusvalía por el cambio de uso de suelo de otras causas diferentes?

Resolver estas preguntas, en mi opinión, apunta más hacia respuestas de teoría política. Los gobiernos con ideas socialistas apuntan a un mayor tamaño del Estado (basta ver los mensajes presidenciales presentados bajo el actual mandato³²) por lo que la proliferación de impuestos como herramienta de recaudación no es sorpresiva. La falta de prolijidad en la determinación del hecho gravado encuentra justificación en una concepción de que es el Estado el más y mejor actor en la sociedad. Para ejemplificar esta afirmación, tomemos la última pregunta que planteo ¿cómo se diferencia la plusvalía por el cambio de uso de suelo de otras causas diferentes?

y de su potestad para extraer del patrimonio de las personas parte de lo que obtienen por sus actividades o trabajo ha fracasado en aquellos países donde se ha implementado (ver nota anterior). Además, ya en 1956 su teoría de Estado de Bienestar fue rebatida por la publicación de Murray Rothbard titulada "Toward a Reconstruction of Utility and Welfare Economics" (Hacia una reconstrucción de utilidad y economía del bienestar) y posteriormente por el Nobel de economía Ronald Coase y su trabajo "The Problem of Social Cost" (El Problema del Costo Social) en 1960. Para conocer más sobre esta discusión: <https://mises.org/library/what-externality>

³² Sobre este punto, es interesante leer "El Estado Omnipresente" (2015), *Temas Públicos*, Instituto Libertad y Desarrollo, N° 1220. Disponible en: <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/09/TP-1220-ESTADO-OMNIPRESENTE.pdf>

Supongamos que un contribuyente tiene un bien raíz en una zona rural. Cinco años después de su compra, se anuncia un plan de urbanización que incorpora autopistas cercanas, colegios, supermercados, centros comerciales, una universidad, etc. Además, se hace un cambio al uso del suelo para que este plan se pueda concretar.

Sin duda alguna la casa ha aumentado su valor. Pero no lo aumentó sólo por el cambio del uso del suelo, lo hizo por las autopistas cercanas, los colegios, los supermercados, los centros comerciales y la universidad que ahora están cerca de esta.

¿Podría alguien sostener entonces que el Estado tiene el derecho a captar, sin diferencia alguna, parte de ese mayor valor que provino tanto de la acción del Estado como de la libre actividad económica de los particulares?

Estoy convencido de que, salvo una filosofía como la señalada, no. No se puede razonablemente sostener legitimidad alguna del Estado para este tipo de gravámenes.

III. El impuesto no se justifica: por su complejidad.

El nuevo gravamen que se busca incorporar tiene un diseño bastante complejo. Esto genera dificultades tanto para los privados como para la misma Administración. Aunque para ésta, siempre podrá contar con los recursos necesarios para capacitar a sus funcionarios. No así los contribuyentes, salvo aquellos con mayor poder económico.

Sostengo que sus normas no sólo son complejas, lo que se observa de la simple lectura de los artículos referentes a la base imponible (artículo 4°) y la forma en que ésta se determina (artículos 5° y 6°), sino que además adolecen de vicios de inconstitucionalidad.

Aun cuando durante su tramitación el Ejecutivo haya presentado una indicación para hacer algunas correcciones, lo engorroso de la determinación del impuesto no ha sido subsanado y la cuestionable constitucionalidad de algunas de sus normas tampoco.

Para desarrollar esta idea, comenzaré explicando el proyecto original y luego los comentarios a la indicación referida.

Según el artículo 4° del proyecto, que se refiere a la base imponible, será necesario para determinar la parte del mayor valor que corresponda al incremento

de valor experimentado en la ampliación del límite urbano derivado de un proceso de cambio a un plan regulador, deducir del valor comercial final el valor comercial inicial que corresponda (reajustado conforme al inciso tercero de dicho artículo).

Los valores mencionados se determinarán conforme a las reglas establecidas en los artículos 5° y 6° siguientes, que analizaremos más adelante en detalle, pero que importan para entender la base imponible propuesta.

Dice este artículo 4°³³ que para efectos de determinar la diferencia señalada (valor comercial final menos valor comercial inicial), se deberá incrementar el valor comercial inicial de acuerdo a “una tasa estimada de largo plazo de variación real de los precios de los terrenos en Chile”. ¿Cómo obtener dicha tasa? Gracias a un Reglamento emitido por el Ministerio de Hacienda, el que, según el texto entonces propuesto, determinará la metodología de cálculo de dicha tasa, la que considerará entre otros factores, el crecimiento de largo plazo de la economía chilena.

Tal redacción es inaceptable dentro de un ordenamiento jurídico constitucional.

Los elementos de la obligación tributaria deben, de acuerdo a las garantías constitucionales de los contribuyentes, estar contenidos en la ley. Así se respeta y cumple el Principio de Legalidad en materia tributaria.

¿En qué consiste este principio?

³³ **Artículo 4°. Base imponible.** Para determinar la parte del mayor valor que corresponda al incremento de valor experimentado en la ampliación del límite urbano derivado de un proceso de cambio a un plan regulador, se deducirá del valor comercial final el valor comercial inicial que corresponda, reajustado conforme al inciso tercero de este artículo. Dichos valores se determinarán conforme a las reglas establecidas en los artículos 5° y 6° siguientes.

Los valores comerciales inicial y final así determinados serán convertidos a su equivalente en unidades de fomento, según el valor vigente de ésta a la fecha de determinación de cada uno de ellos.

Para efectos de determinar la diferencia a que se refiere el inciso primero de este artículo, el valor comercial inicial será incrementado de acuerdo a una tasa estimada de largo plazo de variación real de los precios de los terrenos en Chile, hasta la fecha de determinación del valor comercial final. Un Reglamento emitido por el Ministerio de Hacienda determinará la metodología de cálculo de dicha tasa, la que considerará, entre otros factores, el crecimiento de largo plazo de la economía chilena.

El valor gravado con el impuesto por cada uno de los inmuebles, expresado en unidades de fomento, será convertido según el valor de ésta a la fecha del respectivo acto jurídico o contrato que sirva de título para la enajenación, y tal suma se reajustará por la variación experimentada por el índice de precios al consumidor en el mes anterior al de la enajenación y el mes anterior al término del año comercial respectivo.

En ningún caso las diferencias que se puedan generar por aplicación de estas reglas darán lugar a una devolución de impuestos.

Esta garantía se encuentra³⁴ en el artículo 19 numeral 20 de la Constitución Política, que señala:

“Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas: (20°) La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas”.

Es decir, sólo por ley podrán crearse, modificarse o derogarse tributos. La Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC), dejaba constancia de sus alcances. En la sesión 105, del 11 de marzo de 1975, se dijo que:

“Sólo por ley pueden imponerse contribuciones, directas o indirectas, y, sin su especial autorización, es prohibida a toda autoridad del Estado y a todo individuo imponerlas, aunque sea bajo pretexto precario, en forma voluntaria, o de cualquier otra clase”.

De ahí que el profesor de Derecho Constitucional Arturo Fermandois³⁵ señale que *“no podrá ser un reglamento, un decreto ni menos una resolución administrativa o circular los que definan o determinen los elementos del tributo que, por mandato de la Constitución, competen exclusivamente a la ley.”*

Este mismo autor, cita a Víctor Manuel Avilés, quien sostiene que:

“Establecer un tributo es crearlo en todos sus aspectos, objetivos y subjetivos. La labor del legislador no debe limitarse a señalar la procedencia de un tributo, sino a precisar a quiénes afecta (sujetos), el hecho imponible, la base, la tasa, entre otros elementos.”³⁶

En parte, ha sido entendido del mismo modo por el Tribunal Constitucional. En el año 2007, este tribunal resolvió un recurso de inaplicabilidad respecto de ciertos artículos de la Ley N° 17.235 (impuesto territorial) y la Ley N° 20.033 (rentas municipales II), en donde se discutió la constitucionalidad de la facultad del Servicio de Impuestos Internos para determinar la base imponible, por cuanto es este órgano de la Administración quien avalúa el bien raíz.

Para lo relevante de este trabajo resulta especialmente útil conocer desde el considerando décimo primero al vigésimo segundo.

³⁴ El reconocimiento al Principio de Legalidad en materia tributaria no sólo se encuentra en el artículo 19 numeral 20, sino que también en el artículo 63 números 2 y 14 y artículo 65 inciso 4° número 1, todos de la Constitución.

³⁵ FERNANDOIS, Arturo (2010): *Derecho Constitucional Económico. Regulación, tributos y propiedad, estatuto constitucional tributario*. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), Tomo II.

³⁶ AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor (2005): *Legalidad Tributaria* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)

El considerando décimo séptimo señala que la Constitución, al ser respetuosa de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ha sido extremadamente cuidadosa en cuanto a la regulación de los tributos, y luego destaca que:

“... requiriendo que no sólo los **elementos esenciales de una obligación tributaria queden comprendidos en la ley misma**, sino también que ésta **se genere de acuerdo con las exigencias que la misma Constitución puntualiza³⁷**”.

¿Hacia dónde apuntaba este raciocinio del TC? A que un proyecto de ley infringe la Constitución cuando deja entregado a un Reglamento la determinación de las condiciones, plazos, tramos y demás modalidades que se aplicarían para su pago. Exactamente lo que se propone en este artículo 4° en estudio.

Finalmente, el considerando 18° concluye los alcances que para el Tribunal Constitucional tiene el Principio de Legalidad en materia tributaria.

Señala que:

“Que, de este modo, esta Magistratura ha sostenido que los elementos esenciales de la obligación tributaria deben quedar fijados suficientemente en la ley, no pudiendo efectuarse remisiones vagas y genéricas a la potestad reglamentaria de ejecución...”.

Luego de la lectura de los párrafos anteriores le planteo una pregunta: ¿cree usted que una tasa estimada de largo plazo cuyo cálculo estará en un Reglamento emitido por el Ministerio de Hacienda, y que éste considerará, entre otras cosas (por lo tanto no es excluyente) el crecimiento de largo plazo de la economía no es una remisión vaga y genérica?

Por lo mismo concluyo esta parte repitiendo una frase anterior: la redacción propuesta es inaceptable dentro de un ordenamiento jurídico constitucional.

Pero el proyecto no fue aprobado en la Comisión de Vivienda con este artículo 4°. El 12 de mayo pasado, el Ejecutivo presentó una indicación a este artículo, modificando el inciso primero y eliminando el inciso tercero del mismo donde se establecía una tasa estimada de largo plazo y un Reglamento del Ministerio de Hacienda.

Con todo, esta modificación incorpora ideas nuevamente confusas. Por ejemplo, respecto de la nueva variación de precios que se considerará para determinar el valor comercial inicial, se señala lo siguiente:

³⁷ En referencia a la Sentencia Tribunal Constitucional (1996) Rol N° 247-96, 14 de octubre de 1996. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=371>

“Para tales efectos, el Servicio de Impuestos Internos publicará mensualmente un índice de variación del valor de los bienes raíces rurales, el que reflejará la variación, en los últimos doce meses, del valor que hayan tenido las enajenaciones de bienes raíces rurales situados en Chile o de cuotas poseídas en comunidad respecto de tales bienes”.

De alguna manera, al Ejecutivo le parece razonable equiparar la venta de un bien raíz ubicado en Aysén, en Rancagua, La Serena y Calama. A mí no.

Con todo, quedan normas inconstitucionales y de indiscutible complejidad. Estas son las contenidas en los artículos 5° y 6° del proyecto que establecen el valor comercial inicial y final respectivamente.

El artículo 5° señala lo siguiente:

“Artículo 5°. Valor comercial inicial. *Para efectos de la presente ley, el valor comercial inicial será determinado conforme a las siguientes reglas, según sea el caso:*

1. Para la primera enajenación de un bien raíz, de derechos reales constituidos sobre tales bienes o de cuotas poseídas en comunidad respecto de ellos, que se encuentre gravada con el impuesto a que se refiere esta ley, el valor comercial inicial se determinará según la tasación que, para este sólo efecto, practique el Servicio de Impuestos Internos. Esta tasación, en adelante “valor comercial inicial de referencia”, deberá realizarse cuando se incorpore un área o sub-área en el proceso de ampliación del límite urbano a través de alguno de los siguientes actos:

a) El acuerdo del Concejo Municipal o Consejo Regional, según corresponda, de los términos en que se procederá a diseñar un anteproyecto de plan regulador que considere una ampliación del límite urbano, a que se refiere el numeral 5 del artículo 28 bis B del decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

b) La aprobación del plan regulador por la Secretaría Regional Ministerial competente o por el Concejo Municipal, según corresponda, a que se refieren el inciso final del artículo 36 y el inciso sexto del artículo 43, ambos de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, cuyas modificaciones incluyan bienes raíces no contemplados en el literal anterior en la ampliación del límite urbano.

2. Para las enajenaciones de un bien raíz, de derechos reales constituidos sobre tales bienes o de cuotas poseídas en comunidad respecto de ellos, realizadas con posterioridad a la primera enajenación que se haya gravado

con el impuesto a que se refiere esta ley, el valor comercial inicial corresponderá al valor de adquisición del bien respectivo.

3. Tratándose de derechos reales constituidos sobre los bienes raíces o de cuotas poseídas en comunidad respecto de tales bienes, para determinar el valor comercial inicial de cada derecho o cuota, se considerará la proporción que corresponda de los derechos o cuotas sobre el valor comercial inicial del bien raíz respectivo.

Lo que quiere decir este artículo es que hay ciertas reglas para la primera enajenación del inmueble (la primera desde el cambio del uso del suelo), para las siguientes enajenaciones y para la constitución de derechos reales sobre los bienes raíces.

Dentro de la primeras reglas, es decir, para la primera enajenación, hay a su vez tres maneras de determinar el valor comercial inicial, se tendrá en consideración una tasación que para ese sólo efecto hará el SII.

¿Es reclamable esa tasación para el contribuyente? ¿Cuáles son los parámetros sobre los cuáles tasaré la Administración? Usted que lee y yo que escribo podremos presumir que servirá de referencia la variación positiva del artículo 4°, el avalúo fiscal o el valor corriente en plaza, pero el Legislador no debe suponer, debe, de acuerdo a lo que hemos visto, especificar de manera suficiente todos los elementos del hecho gravado.

En cuanto al valor comercial final, que es aquél del que deduciremos el inicial para determinar la base imponible, el artículo 6° señala lo siguiente:

“Artículo 6°. Valor comercial final. Para efectos de la presente ley, el valor comercial final será determinado conforme a las siguientes reglas, según sea el caso:

1. Para aquellas enajenaciones a que se refieren los literales a) y b) siguientes, el valor comercial final se determinará según la tasación que, para este sólo efecto, practique el Servicio de Impuestos Internos. Esta tasación, en adelante “valor comercial final de referencia”, se utilizará en las siguientes circunstancias:

a) Enajenaciones de bienes raíces, de derechos reales constituidos sobre ellos o de cuotas poseídas en comunidad respecto de tales bienes, que sean efectuadas con posterioridad a la publicación en el Diario Oficial de un plan regulador que amplíe el límite urbano de las zonas en que se emplazan, o

b) Enajenaciones de bienes raíces, de derechos reales constituidos sobre ellos, o de cuotas poseídas en comunidad respecto de tales bienes, que

sean efectuadas después de transcurridos siete años contados desde la fecha de notificación del acuerdo del Concejo, a que hace referencia el numeral 5 del artículo 28 bis B del decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, y previo a la publicación en el Diario Oficial del plan regulador que amplíe el límite urbano de las zonas en que se emplazan.

2. Para enajenaciones que se realicen en el tiempo intermedio entre el inicio del proceso al que hace referencia el numeral 5 del artículo 28 bis B del decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones y antes de la publicación en el Diario Oficial de un plan regulador que amplíe el límite urbano, el valor comercial final será equivalente al precio estipulado por las partes en la enajenación, a menos que corresponda aplicar la regla del literal b) del numeral precedente.

3. Tratándose de las enajenaciones a que se refiere el número 1. Podrá considerarse como valor comercial final el precio estipulado por las partes en la enajenación. Los contribuyentes que ejerzan esta opción deberán acompañar los antecedentes que justifiquen que ese precio responde a consideraciones de mercado.

Tratándose de derechos reales constituidos sobre los bienes raíces o de cuotas poseídas en comunidad respecto de tales bienes, para determinar el valor comercial final de cada derecho o cuota se considerará la proporción que corresponda de los derechos o cuotas sobre el valor comercial final del bien raíz respectivo”.

Veamos por ejemplo la segunda regla para determinar el valor final. Si la enajenación es entre el inicio del proceso de elaboración de planes reguladores pero antes de la publicación en el Diario Oficial de éstos, el valor será el precio del contrato de venta, a menos que corresponda aplicar el tratamiento de las enajenaciones hechas siete años después desde la fecha de notificación del acuerdo del Concejo, en los términos de la Ley General de Urbanismo y Construcción (LGUC), en particular, el artículo 28 bis B número 5, el que, dicho sea de paso, está en el artículo primero de este proyecto de ley.

Pero ¿qué dice este artículo 28 bis B de la LGUC?

Este artículo dispone que el proceso de elaboración de los planes reguladores intercomunales o metropolitanos, de los planes reguladores comunales y de los planes seccionales, así como el relativo a sus modificaciones, deberá ser transparente y participativo, procurándose contar con la opinión de los vecinos y los principales actores del territorio planificado. Para cumplir con este objetivo se debe contemplar, como paso previo a la elaboración del anteproyecto del

plan, la formulación de una imagen objetiva del desarrollo urbano del territorio a planificar. Luego se señala un procedimiento para dicha formulación que consta en cinco numerales. El quinto es el que nos importa en particular.

El numeral 5° señala que:

5. Terminado el periodo para realizar observaciones, la autoridad encargada de elaborar el plan deberá presentar un informe que sintetice todas las observaciones presentadas al Consejo Regional o Concejo Municipal, según corresponda, el que dentro de 30 días deberá acordar los términos en que se procederá a elaborar el anteproyecto de plan, siguiendo lo establecido para cada instrumento en los párrafos siguientes de este Capítulo. Tanto el informe elaborado, como el acuerdo adoptado, deberán estar disponibles en el sitio web de la autoridad encargada. En caso que este acuerdo considere una modificación del límite urbano, la misma autoridad deberá informar, dentro de quinto día, de este hecho al Servicio de Impuestos Internos señalando la zona considerada para estos efectos.

Así, si un contribuyente quiere vender su casa después de un cambio en el uso de suelo donde se encuentra su propiedad, debe tener en consideración lo siguiente:

- El índice que hará el SII para conocer la variación del valor de los bienes raíces rurales, el que reflejará la variación, de los últimos doce meses;
- El diseño de un anteproyecto de plan regulador que considere una ampliación del límite urbano;
- La Ley General de Urbanismo y Construcción;
- Saber si se aprobó o no un plan regulador por la Secretaría Regional Ministerial competente o por el Concejo Municipal, según corresponda;
- Distinguir entre primera enajenación y/o constitución de derechos reales sobre el inmueble.

Todo esto prueba la complejidad del impuesto que se propone. Pero ¿cuál es el problema con tener tributos complejos?

Un sistema tributario complejo es criticable por varias razones. Podemos encontrar distintas razones. (i) Por una parte, se ha sostenido que hay una relación entre simplicidad del sistema tributario y la cohesión social; (ii) La complejidad es un factor que puede producir exclusión y desigualdad; y (iii) Que genera regresividad puesto que las personas con mayor capacidad económica pueden planificar su carga tributaria mientras que aquellas con menos recursos no.

Por esto es que, hace ya diez años Patricio Barra sostenía que:

“La excesiva complejidad puede ser un factor directo de exclusión y discriminación entre distintos agentes del sistema fiscal, pero también puede afectar indirectamente, al comprometer el desempeño global del sistema tributario y, en consecuencia, a su papel como un promotor efectivo de la cohesión social.”³⁸

Por otra parte, un sistema tributario complejo es perjudicial tanto para la Administración como para los contribuyentes. Estas ideas son desarrolladas en el libro “Tributación para el desarrollo. Estudios para la reforma del sistema chileno³⁹” del Centro de Estudios Públicos (CEP).

En cuanto a los perjuicios para la Administración, Michel Jorrat ha dicho que (página 52):

“La existencia de leyes tributarias complejas obviamente se traduce en mayores costos para la fiscalización y también para el cumplimiento. Así, por ejemplo, una auditoría para comprobar la correcta declaración de un impuesto a la renta con abundantes créditos, deducciones y tratamientos especiales requiere mucho más tiempo que una auditoría para comprobar la correcta declaración de un IVA con tasa única y sin exenciones. Es decir, la complejidad merma la capacidad de fiscalización de la administración tributaria, puesto que para igual cantidad de recursos disponibles, el número de auditorías que es posible realizar en un determinado período es menor con un sistema tributario complejo que con uno simple. Dicho en otras palabras, con una mayor complejidad la probabilidad de detectar la evasión es menor”.

Vittorio Corbo y José Pablo Arellano, en cuanto al comportamiento de los contribuyentes, han señalado que (página 17):

“En sistemas tributarios complejos y con muchas exenciones y regímenes especiales, los contribuyentes también invierten en actividades poco productivas para la sociedad con el fin de eludir el pago de sus obligaciones tributarias sin salirse del ámbito legal. Por lo tanto, en su diseño hay que considerar no solo la recaudación que se obtiene, sino que también los comportamientos y conductas que induce y los costos de operar el sistema y de cumplimiento para el Estado y para los contribuyentes”.

³⁸ BARRA, Patricio (2006): “Simplicidad de los Sistemas de Imposición. El caso de Chile”, *Seminario de Estrategias Fiscales y Cohesión Social*, Buenos Aires. Disponible en: http://www.sii.cl/aprenda_sobre_impuestos/estudios/simplicidad_sistemas_de_imposicion.pdf, p. 2

³⁹ ARELLANO, José Pablo y CORBO, Vittorio (2013): *Tributación para el desarrollo. Estudios para la reforma del sistema chileno* (Santiago, CEP/CIEPLAN). Disponible en: http://www.cepchile.cl/PDFs_CEP/Libro_Tributacion-para-el-desarrollo.pdf

Así es como podemos observar que el diseño del impuesto que se pretende crear, particularmente en lo que se refiere a la determinación de su base imponible, es complejo y que esta característica, ha sido bastante criticada por los expertos.

La experiencia comparada.

A pesar de las críticas aquí planteadas, podemos detenernos a pensar sobre si este tipo de impuestos existe en otros países. La respuesta es sí, existe.

De acuerdo a un informe elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN), encontramos este tipo de gravámenes en Colombia y en Francia⁴⁰. El informe en cuestión es de carácter descriptivo y no desarrolla la discusión legislativa que tuvieron estos tributos, ni tampoco explica si han tenido o no algún tipo de impacto desde su entrada en vigencia. Se señala que sus motivos han sido en general de planificación, como la intención de que las ciudades no sigan creciendo hacia sectores rurales.

Sin embargo, por mi parte, no he desarrollado tampoco una investigación más profunda sobre este tipo de impuestos en otros países como para desarrollar mucho el punto.

Estado actual del proyecto.

A la fecha de entrega de este trabajo (mayo 2016), el proyecto debe ser conocido por la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, ya que fue aprobado en general y en particular, y despachado por la Comisión de Vivienda y Urbanismo en la sesión del pasado 11 de mayo. La discusión en esta última comisión fue bastante seria. Recibió invitados con distintas miradas y variadas críticas. Ahora le corresponde a la Comisión de Hacienda pronunciarse al respecto.

Conclusiones.

La creación de tributos no puede ser, en un país en donde se le dé el debido respeto a los derechos fundamentales de las personas, una decisión rápida o simple, por más que el quórum para legislar este tipo de materias sea de simple mayoría. Es reconocido por la doctrina que hay una evidente tensión entre el Derecho de Propiedad y la Potestad Tributaria de un Estado.

⁴⁰ "Impuesto al cambio de uso del suelo de rural a urbano". Análisis comparado. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=36222&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

El establecimiento de nuevos tributos debe necesariamente tomar en cuenta la situación económica del país, los cambios de conducta que pueden generar estas nuevas normas y no sólo responder a situaciones puntuales de contingencia.

Durante la discusión de la reforma tributaria del 2014 se dijo que la carga tributaria en Chile era baja, cuestión sumamente discutible, y sin embargo, se decidió aumentarla de manera muy considerable. Es más, basta con tomar en cuenta que hace siete años la tasa de primera categoría era de 17% y en unos años más podrá llegar hasta 27%. La carga tributaria ya fue aumentada, no parece sensato seguir creando impuestos cada vez que algo ocurra en Chile.

Espero que la discusión en la comisión que estudia permanentemente cambios regulatorios en materia tributaria, esto es, la Comisión de Hacienda, reflexione sobre una mirada más general de lo que significa crear nuevos tributos, y aunque desafortunadamente lo más posible es que este impuesto termine siendo aprobado dadas las altas mayorías que tiene el Ejecutivo hoy en el Congreso, se avance en una discusión rica en ideas de progreso y desarrollo de los países. Por mi parte, estoy convencido que es el impulso privado el actor más relevante para hacer de Chile un país más próspero y que, por lo mismo, establecer más y nuevas trabas a la actividad económica escapa a toda justificación.

Bibliografía:

ACEVEDO, Erwin (2013): "La propuesta de Michelle Bachelet incluye tres áreas claves: reforma educacional, reforma tributaria y nueva Constitución". Disponible en: <http://www.24horas.cl/politica/decisionfinal/bachelet-presenta-su-programa-de-gobierno-907551>

AGOSTINI, Claudio (2008): "Los Impuestos Importan", *Observatorio Económico, Universidad Alberto Hurtado*, N°22. Disponible en: <http://www.economiaynegocios.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2010/06/pdf-observatorio-n22.pdf>

AGOSTINI, Claudio (2010): "Incidencia Tributaria en el Mercado de las Gasolinas en Chile". Disponible en: <http://fen.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2010/07/inv223.pdf>

ARELLANO, José Pablo y CORBO, Vittorio (2013): *Tributación para el desarrollo. Estudios para la reforma del sistema chileno* (Santiago, CEP/CIEPLAN). Disponible en: http://www.cepchile.cl/PDFs_CEP/Libro_Tributacion-para-el-desarrollo.pdf

AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor (2005): *Legalidad Tributaria* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)

BARRA, Patricio (2006): "Simplicidad de los Sistemas de Imposición. El caso de Chile", *Seminario de Estrategias Fiscales y Cohesión Social*, Buenos Aires. Disponible en: http://www.sii.cl/aprenda_sobre_impuestos/estudios/simplicidad_sistemas_de_imposicion.pdf

FERMANDOIS, Arturo (2010): *Derecho Constitucional Económico. Regulación, tributos y propiedad, estatuto constitucional tributario*. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), Tomo II.

FONTAINE, Bernardo y VERGARA, Rodrigo (1997): "Una reforma tributaria para el crecimiento", *Estudios Públicos*, N° 67. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1504_710/rev67_fontai_verg.pdf

GEORGOPOULOS, Theodore (2006): "Tax treaties and human/constitutional rights: bridging the gap? Tax relief in a cosmopolitan context". Disponible en: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/gffgeorgopoulospaper.pdf

RADOVIC SCHOEPEN, Ángela (1998): *Obligación Tributaria* (Santiago, Editorial Conosur)

RAZMILIC, Slaven (2014): *Impuesto Territorial y Financiamiento Municipal*, Propuesta de Política Pública, Centro de Estudios Públicos. ISSN: 0718-3089. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5971_3726/rev138_SRazmilic.pdf

ROJAS, Mauricio (2014): *Suecia el otro modelo* (Santiago, Fundación para el Progreso)

SALLABERRY, Juan Pablo (2015): "Un negocio Caval". Disponible en: <http://www.quepasa.cl/articulo/actualidad/2015/02/1-16218-9-un-negocio-caval.shtml/>

Normas:

Decreto N°2 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, "Crea Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción", de fecha 9 de abril de 2015. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1076066>

Decreto N° 78 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, "Aprueba Política Nacional de Desarrollo Urbano y Crea Consejo Nacional de Desarrollo Urbano", de fecha 2 de marzo de 2015. Artículo 2°: "Créase un Consejo Asesor del Presidente de la República, que se denominará Consejo Nacional de Desarrollo Urbano, en adelante "el Consejo", cuya función será servir de instancia consultiva y asesora del Presidente de la República para la implementación de la Política Nacional de Desarrollo Urbano.". Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059974&idVersion=2014-08-29>

DL N° 824 del Ministerio de Hacienda, "Aprueba texto que indica de la Ley sobre Impuesto a la Renta, de fecha 1 de enero de 2016.

Ley N° 17.235, "Fija texto refundido, sistematizado y coordinado de la ley sobre impuesto territorial", Diario Oficial 24 de diciembre de 1969

Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional

Otras Fuentes:

"El Estado Omnipresente" (2015), *Temas Públicos*, Instituto Libertad y Desarrollo, N° 1220. Disponible en: <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/09/TP-1220-ESTADO-OMNIPRESENTE.pdf>

"Impuesto al cambio de uso del suelo de rural a urbano". Análisis comparado. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=36222&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

"Informe final del Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción". Disponible en: <http://consejoanticorrupcion.cl/>

“Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018”. Disponible en: <http://www.gob.cl/programa-de-gobierno/> , pp. 120-123

“Propuestas para una política de suelo para la integración social urbana”, Consejo Nacional de Desarrollo Urbano. Disponible en: http://cndu.gob.cl/wp-content/uploads/2015/05/Documento_Final_Propuesta-de-Poli%CC%81ticas_Suelo_para_Integracio%CC%81n_Social_CNDU_Mayo_2015.pdf

Boletín N° 10.163-14, Transparencia del mercado del suelo e incrementos de valor por ampliaciones del límite urbano. Para hacerle un seguimiento a la tramitación del proyecto, se puede recurrir al siguiente link: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10582&prmBoletin=10163-14

Historia de la Ley N° 20.650 de 24 de mayo de 2013, “Posterga el reavalúo y prorroga los actuales avalúos de bienes raíces no agrícolas con destino habitacional, y reduce la periodicidad del reavalúo de los bienes raíces de las distintas series”. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4486/HLD_4486_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

Jurisprudencia:

Sentencia Tribunal Constitucional (1996) Rol N° 247-96, 14 de octubre de 1996. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=371>

Aplicación de la pena sustitutiva de remisión condicional a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público

RODRIGO VERA LAMA

Abogado

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

RESUMEN: El propósito de este trabajo es analizar si la pena sustitutiva de remisión condicional también se extiende a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público contemplada en el Código Penal, o solo a la pena principal.

* * *

Aproximación al tema.

Desde antiguas épocas en nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido la posibilidad, por diversas razones de política criminal que más adelante esbozaremos, de que los condenados no cumplan en establecimientos carcelarios las penas privativas de libertad. Las opciones que se dan para efectos de cumplimiento en el medio libre han ido aumentando con el paso de los años, desde simplemente dejar en suspenso la pena respecto de faltas, como acontece en el artículo 564 del Código de Procedimiento Penal¹, pasando por la suspensión de la sanción que imponga la sentencia condenatoria con ciertas condiciones prevista en la Ley N° 7821², viniendo luego la Ley N° 18216³ que amplía el catálogo a tres medidas alternativas, para finalmente llegar a seis con la reforma introducida por la Ley N° 20603⁴, que dicho sea de paso cambió la denominación a penas sustitutivas “con el objeto de precisar que no se está frente a un ‘beneficio’ otorgado al condenado, sino que frente a una sanción, que a su vez se impone en forma sustitutiva a la pena privativa de la libertad originalmente impuesta, pudiendo ser revocada en el evento ser incumplida”.⁵ Conviene además recordar que en esencia, la medida alternativa o pena sus-

¹ Santiago, 19.FEB.1906.

² Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 29.AGO.1944, modificada por la Ley N° 17642, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 04.MAY.1972, y por el DL N° 1969, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 12.NOV.1977.

³ Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 14.MAY.1983.

⁴ Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 27.JUN.2012.

⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. “Historia de la Ley N° 20.603” [en línea], [Consulta: 23.AGO.2015]. Disponible en: <http://www.bcn.cl/leychile/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recur_soslegales/10221.3/37271/1/HL20603.pdf>.

titutiva que desde antiguo ha estado presente en la legislación es la remisión condicional, la cual está definida en el artículo 3° de la Ley N° 18216 como la sustitución del cumplimiento de la pena privativa de libertad por la discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo, concepto similar al que recoge el artículo 2° del Reglamento de la Ley N° 18216 contenido en el DS N° 1120/1983, Ministerio de Justicia.⁶

Por otro lado, y a fin de ir definiendo el objeto de estudio, diremos que el legislador penal también ha creado penas accesorias, y dentro de ellas la suspensión de cargo u oficio público. Así, el artículo 22 del Código Penal⁷ estatuye que son penas accesorias las de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesionales titulares en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley (v. gr. artículo 152 N° 3), ordena que las otras penas las lleven consigo. Luego, bajo el título de “Penas que llevan consigo otras accesorias” se encuentra el artículo 30, que dispone que las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados medios y mínimos, y las de destierro y prisión, llevan consigo la de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena. Agrega el artículo 40 que esta pena accesoria produce el efecto de inhabilitar al condenado para el ejercicio de dicho cargo u oficio durante aquel tiempo, privándolo además de todo sueldo. A su vez, el artículo 76 preceptúa que siempre que el tribunal imponga una pena que lleve consigo otras por disposición de la ley, según lo prescrito en el párrafo 3 de este Título, condenará también al acusado expresamente en estas últimas.

En cuanto a qué debemos comprender por cargos u oficios públicos, se ha dicho que “deben entenderse, aunque el Código no los define, todos aquellos empleos o actividades en que se desempeña una función pública, según el amplio concepto del Art. 260 del Código Penal, que si bien no es de aplicación obligatoria en esta materia, responde sin embargo a la naturaleza y finalidad de esta pena. La acepción del concepto de empleado o funcionario público que contiene el Estatuto Administrativo resulta demasiado restringida para los efectos penales, y produciría el efecto de dejar fuera de la noción de ‘cargo público’ a un empleo municipal o a la calidad de Notario Público”.⁸ Recordemos que el artículo 260 del Código Penal prescribe que para los efectos del Título V (artículos 216 a 260) y del Párrafo IV del Título III (artículos 148 a 161) del mismo Código, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o

⁶ Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 18.ENE.1984, modificado por DS N° 629/2013, Ministerio de Justicia.

⁷ Santiago, 12.NOV.1874.

⁸ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, página 160.

dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado, no obstante a esta calificación el que el cargo sea de elección popular. Por otro lado, la Convención Interamericana contra la Corrupción promulgada por el DS N° 1879/1998, Ministerio de Relaciones Exteriores⁹, en su artículo I define: “‘Función pública’, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. ‘Funcionario público’, ‘Oficial Gubernamental’ o ‘Servidor público’, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”. Luego, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción promulgada por el DS N° 375/2006, Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁰, estatuye en el artículo 2 letra a): “a) Por ‘funcionario público’ se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como ‘funcionario público’ en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por ‘funcionario público’ toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”. Estas definiciones normativas permiten comprender el sentido y alcance de la pena accesoria en comento, conforme a los elementos de interpretación lógicos y sistemáticos contenidos en los artículos 19 inciso 2° y 22 del Código Civil.¹¹

También se ha sostenido que “En el último debate parlamentario que dio origen a las leyes penales y administrativas anticorrupción, el Congreso Nacional decidió no innovar sobre el concepto de empleado público a efectos penales, por estimar que la norma actualmente vigente era suficientemente amplia y comprensiva de las situaciones discutidas en el pasado. El concepto funcional de empleado público es el que prevalece y se aplica al tenor de su texto a los empleados, remunerados o no, a los de elección popular y a las autoridades o empleados de cualquier nivel, incluidos los tres poderes del Estado (...) La primera cuestión que se plantea a nivel doctrinal es si el Derecho Penal maneja

⁹ Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 02.FEB.1999.

¹⁰ Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 30.ENE.2007.

¹¹ Santiago, 01.ENE.1857.

un concepto propio de funcionario, o si debe utilizarse un concepto extraído de otras ramas jurídicas, como el Derecho Administrativo. Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que el concepto penal de funcionario público es una noción autónoma y propia de esta rama jurídica. La autonomía se funda en que al legislador penal no le interesa tanto la 'calificación jurídica' que merezca el desempeño de un trabajo o responsabilidad en la Administración, sino el hecho de que un sujeto interviene en el funcionamiento de la Administración, dependiendo de él la corrección de un servicio público".¹² En el mismo sentido: "Nuestra Doctrina y la Jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia han llegado a la conclusión que el concepto del artículo 260 del Código Penal apunta, más allá de las vinculaciones que el funcionario tenga con la Administración, al hecho que realice una función pública, destacando que se trata de un concepto funcional. Por ello es perfectamente posible que empleados de un servicio público contratados a honorarios o bajo el Código del Trabajo puedan ser considerados funcionarios públicos a los efectos penales, pese a que, administrativamente, no sean empleados públicos".¹³

En tanto, desde el punto de vista jurisprudencial, el concepto de empleado público ha sido desarrollado de la siguiente forma.

- Corte Suprema. Rol 496 - 2011. 04.DIC.2012. "(...) empleado público (el Gerente de Administración de EFE), en los términos que precisa el artículo 260 del Código Penal, vale decir, de la persona que forma o ejecuta o que contribuye a formar o a ejecutar la voluntad del Estado para la realización del fin público".
- Corte Suprema. Rol 2321 - 2007. 19.MAY.2008. "Pues bien, la defensa de los encausados acierta cuando sostiene que las personas que se desempeñan sobre la base de honorarios no son funcionarios públicos para los efectos del Estatuto Administrativo, atendido que el artículo 10 de su texto vigente al tiempo de los hechos en su inciso final, los margina expresamente de la aplicación de sus normas, remitiéndose a las reglas que establezca el respectivo contrato. Empero no puede olvidarse que la disposición penal que interesa extiende el concepto de empleado público, disyuntivamente, a quienes ejercen una 'función pública' y no ya sólo en la Administración del Estado, sino también en otros organismos creados por o dependientes del mismo Estado, ampliando de este modo la cobertura del artículo 260, en términos de comprender en ella situaciones que claramente desbordan la noción técnica restringida que

¹² RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, y OSSANDÓN WIDOW, María. *Delitos contra la función pública*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, páginas 120 y 123.

¹³ UNIDAD ANTICORRUPCIÓN DE LA FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO. "El concepto de empleado público para efectos penales", en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, Santiago, N° 37, 2008, página 76.

la legislación administrativa confiere a la voz 'funcionario público'. CUA-DRAGÉSIMO SEXTO.- Que, en efecto, al ser pasibles de cometer delitos ministeriales no sólo las personas que ocupan un cargo público, sea de planta o a contrata, sino también aquellas que adscriben a una 'función pública', la condición de potenciales sujetos activos de esta categoría de ilícitos se ha ensanchado ostensiblemente, para encerrar en la noción correspondiente a todos los que cumplen tareas en el sector público –y no tan sólo en la Administración del Estado– con el solo requisito de prestar servicios en un órgano del Estado, aun ajeno al Poder Ejecutivo”.

Ahora bien, nuestro análisis versará única y exclusivamente respecto de si se puede o no extender la aplicación de la pena sustitutiva de remisión condicional a la de suspensión de cargo u oficio público cuando tiene el carácter de accesoria, sin entrar a estudiar la extensión de aplicación de otras penas sustitutivas o de la misma remisión condicional a diversas penas accesorias, sin perjuicio de que algunos razonamientos pudieran también ser aplicables a esos casos no analizados.

Respecto de la materia han existido dos posiciones en la jurisprudencia, donde sin realizar una mayor fundamentación, algunos fallos se han inclinado por aplicar la pena sustitutiva solo a la pena principal, y otros en cambio, extender la aplicación de la pena sustitutiva también a la accesoria; de tal forma que nuestro trabajo presentará y pretenderá argumentar ambas posiciones.

Aplicación de remisión condicional solo a la pena principal.

- a) Recurriendo al elemento de interpretación gramatical contenido en el artículo 19 inciso 1° del Código Civil, sucede que el artículo 1° de la Ley N° 18216, a diferencia de la derogada Ley N° 7821 que empleaba la frase “sanción que imponga la sentencia condenatoria”, solo se refiere a penas privativas o restrictivas de libertad, y en consecuencia no a las penas que afecten otros derechos, como es la suspensión de cargo u oficio público. Asimismo debe tenerse presente que el artículo 80 inciso 1° de la Constitución consagra que tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. Este argumento además es reforzado por el artículo 2° de la misma Ley N° 18216 que señala que rige el artículo 398 del Código Procesal Penal tratándose de las faltas, y dicha norma procesal se refiere a la “suspensión de la pena y sus efectos”, en singular, y en ningún caso a las penas accesorias, pues se emplea como artículo “la” y sustantivo “pena”, lo que no conlleva pluralidad. Por lo demás, las penas accesorias están tratadas hasta el artículo 31 del Código Penal, en cambio, los efectos de la pena, empie-

zan a ser mencionados, según el título respectivo, desde el artículo 32. En el mismo sentido está el artículo 564 del Código de Procedimiento Penal, el símil del artículo 398 en el “sistema antiguo”, que se refiere a “la pena”, de lo que se sigue que la norma apunta a la pena principal.

- b) Respecto a los fundamentos de la Ley N° 18216, se ha expresado que esta “tiene por objeto eliminar la ejecución de penas de corta y mediana duración y ordenar, en su reemplazo, el cumplimiento de algunas de las medidas que prescribe. De esta forma, pretende evitar los inconvenientes que presentan las penas privativas de libertad de corta duración, en cuanto no admiten un eficaz tratamiento penitenciario para la rehabilitación del condenado; e intenta beneficiar sobre todo al que delinque por primera vez, y así impedir el padecimiento moral del encierro o de la reducción de su libertad y posibilitar su más rápida reinserción y readaptación para la vida en sociedad”.¹⁴ También se ha sostenido que “se permite al juez una mayor flexibilidad para considerar la situación personal del condenado y su realidad, evitando los efectos desocializadores y criminógenos de quienes son condenados a las penas privativas de libertad, en especial para los llamados delinquentes primarios y los jóvenes. En segundo lugar, reducir la privación de libertad a casos específicos, en atención al principio de última ratio del derecho penal. Por último, contribuir a la descongestión del sistema carcelario”.¹⁵ Así, en ningún caso el propósito del legislador es que los empleados públicos no sean suspendidos del empleo, sino que evitar el ingreso al sistema penitenciario.
- c) Durante la tramitación del proyecto que dio origen a la Ley N° 20603 que modificó la Ley N° 18216, el abogado Jefe de la División de Defensa Social del Ministerio de Justicia expresó en el Senado que “el proyecto establece un régimen de sustitución de las penas principales de privación de libertad y no de las penas accesorias, por lo que dichas sanciones anexas subsisten, aunque la sentencia decreta una sustitución de la pena principal por una de las enumeradas en este proyecto”.¹⁶
- d) El inciso final del artículo 40 del Código Penal contempla la situación de que haya funcionarios suspendidos de su empleo, sin perderlo, pero

¹⁴ MONDIÓN RODRÍGUEZ, Angélica. *Instrumentos jurídico penales tendientes a la reducción de las penas privativas de libertad: especial referencia al tráfico de drogas*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2006, página 20.

¹⁵ ALARCÓN ARAYA, Rodrigo, y JIMÉNEZ CÁCERES, Luis. *La Ley 18.216 ante la jurisprudencia de la reforma procesal penal*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2008, páginas 7 - 8.

¹⁶ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. “Historia de la Ley N° 20.603” [en línea], [Consulta: 23.AGO.2015]. Disponible en: <http://www.bcn.cl/leychile/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recur_soslegales/10221.3/37271/1/HL20603.pdf>.

privados de todo sueldo, lo que es concordante con la interpretación de la Contraloría General de la República del artículo 54 letra c) de la Ley N° 18575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto fue fijado por el DFL N° 1/2000, Ministerio Secretaría General de la Presidencia¹⁷, contenida en el Dictamen N° 50353 de 23.JUN.2015, relativa a que no deben cesar en sus funciones los empleados públicos que reciban cualquiera de las penas sustitutivas de la Ley N° 18216. Es decir, de lo antes expuesto, resulta jurídicamente concordante que un funcionario sea condenado, sin cesar en su empleo, pero sí suspendido de él.

- e) El artículo 39 bis del Código Penal dispone que las penas de inhabilitación absoluta perpetua o temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, prevista en el artículo 372 de este Código, produce: 2°. La incapacidad para obtener los cargos, empleos, oficios y profesiones mencionados, perpetuamente cuando la inhabilitación es perpetua, y si la inhabilitación es temporal, la incapacidad para obtenerlos, antes de transcurrido el tiempo de la condena de inhabilitación, contado desde que se hubiere dado cumplimiento a la pena principal, obtenido libertad condicional en la misma, o iniciada la ejecución de alguna de las penas de la ley N° 18216 como sustitutiva de la pena principal. A su vez, el artículo 16 de la Ley N° 19327¹⁸ de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, establece la pena accesoria de prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional y a las intermediaciones en que éste se realice, agregando que la pena sustitutiva se entenderá revocada respecto de quien infrinja la prohibición.

Así las cosas, de estos preceptos se colige que el legislador discurre sobre la idea de que un condenado que recibe una pena sustitutiva, simultáneamente cumpla las penas accesorias impuestas, que, por tanto, no quedan cubiertas por aquella sustitutiva.

- f) Existen resoluciones de la Corte de Apelaciones de Valdivia en caso rol civil 280-2006 de 01.JUN.2006, confirmada por la Corte Suprema en autos rol 2948-2006 el 04.JUL.2006, de la Corte de Apelaciones de La Serena en caso rol civil 580-2010 de 12.OCT.2010 confirmada por la Corte Suprema en autos rol 8542-2010 el 06.ABR.2011, de la Corte de Apelaciones de Santiago en autos rol reforma procesal penal 2105-2010 de 01.DIC.2010, de la Corte de Apelaciones de Valdivia en autos rol

¹⁷ Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 17.NOV.2001.

¹⁸ Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 31.AGO.1994.

civil 248-2015 de 02.ABR.2015, y de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en autos rol reforma procesal penal 525-2015 de 13.MAY.2015, donde los Tribunales han declarado que no se puede extender la remisión condicional a las penas accesorias, como es la suspensión de cargo u oficio público. En el mismo sentido, la Corte Suprema, en autos rol 6735-2012, con fecha 03.SEP.2013, conociendo de un recurso de aclaración, rectificación o enmienda que buscaba que la remisión condicional alcanzara a las penas accesorias, resolvió por mayoría: "No existiendo punto oscuro o dudoso que aclarar, desde que la sentencia dictada se extiende a todos los aspectos alegados por las partes y, en lo particular, teniendo además en consideración lo dispuesto en el artículo 219 del Código de Justicia Militar, se rechaza el recurso de aclaración, rectificación o enmienda deducido. Acordado con el voto en contra del Auditor General del Ejército (s) señor Reveco quien fue del parecer de acoger el recurso y aclarar la sentencia en cuanto a que el beneficio de la remisión condicional de la pena concedido al sentenciado importa extender sus efectos también a las penas accesorias que el Código Penal y el de Justicia Militar contemplan para la pena privativa de libertad que ha sido impuesta, cuyo es el caso de la pérdida del estado militar y de la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena".

Aplicación de remisión condicional a la pena principal y a la accesoria.

- a) La pena de suspensión de cargo u oficio público tiene, en la especie, el carácter de accesoria, de tal forma que no cabe sino aplicar el aforismo: "lo accesorio sigue la suerte de lo principal", y, en consecuencia, extender la aplicación de la pena sustitutiva de remisión condicional también a la pena accesoria. A este respecto, en doctrina se ha señalado que "accesoria es la pena complementaria de otra, de la cual depende y sigue su suerte, porque así lo ha dispuesto el legislador de manera general o particular para determinados delitos".¹⁹ Además, según se sigue del orden establecido en el artículo 59 del Código Penal, las penas privativas de libertad siempre serán de mayor entidad que aquellas que privan de otros derechos, como es la suspensión de cargo u oficio público, razón por la cual, si la sanción de mayor importancia es alcanzada por una pena sustitutiva, con mayor motivo debe serlo la de menor entidad.
- b) Proceder aplicando la pena sustitutiva a la accesoria, también se condice con el fin de reinserción social que tiene la Ley N° 18216. Así se sigue

¹⁹ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, página 270.

claramente del inciso 1° del artículo 38: “La imposición por sentencia ejecutoriada de alguna de las penas sustitutivas establecidas en esta ley a quienes no hubieren sido condenados anteriormente por crimen o simple delito tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que diere origen la sentencia condenatoria (...) El cumplimiento satisfactorio de las penas sustitutivas que prevé el artículo 1° de esta ley por personas que no hubieren sido condenadas anteriormente por crimen o simple delito, en los términos que señala el inciso primero, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios”. Como se advierte, el fin de este precepto al estipular la omisión y eliminación de antecedentes delictuales, es no perjudicar las posibilidades de empleo de los penados, de tal forma que, en esa lógica legal, el no suspenderlos de cargo u oficio público va en el mismo sentido de cautelar las opciones laborales de los condenados, facilitando su reinserción, más aun si se tiene presente que la referida pena accesoria priva al sentenciado de todo sueldo.

- c) El artículo 196 ter de la Ley N° 18290 de Tránsito, cuyo texto fue fijado por el DFL N° 1/2007, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones²⁰, consagra: “Respecto del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196, será aplicable lo previsto en la ley N° 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado. Con todo, no se aplicará en estas situaciones lo dispuesto en el artículo 38 de dicha ley y en ningún caso la sustitución de la pena privativa de libertad implicará la sustitución o suspensión del cumplimiento de las multas, comiso e inhabilitaciones impuestas”. Debe además recordarse que este precepto fue producto de una modificación introducida por la Ley N° 20770²¹, constando durante la discusión del proyecto de Ley que “con una propuesta de este tipo se elimina cualquier posible interpretación jurisprudencial inesperada cuando se imponga, en estos casos, una pena sustitutiva”.²² Así, tratándose del delito del artículo 196 inciso 3°, es decir, conducción en estado de ebriedad causando lesiones gravísimas o muerte, el legislador expresamente señala que la pena sustitutiva no alcanzará a las penas accesorias. Luego, a contrario sensu, para los demás casos sí se puede extender la pena sustitutiva a las accesorias.

²⁰ Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 29.OCT.2009.

²¹ Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 16.SEP.2014.

²² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. “Historia de la Ley N° 20.770” [en línea], [Consulta: 23.AGO.2015]. Disponible en: <www.bcn.cl/leychile/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44969/2/HL20770.pdf>.

- d) La Ley N° 18216 en el artículo 5° letra c) establece que una de las condiciones que debe imponer el Tribunal al aplicar la pena sustitutiva de remisión condicional es el “ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado careciere de medios conocidos y honestos de subsistencia y no poseyere la calidad de estudiante”. Así, el legislador exige que el penado alcance su manutención ya sea ejerciendo una actividad laboral, o bien poseyendo medios lícitos de subsistencia; mandato legal que resulta difícil de cumplir para el penado si es suspendido del cargo u oficio público que desempeña, pues el cargo público es precisamente la forma en que logra aquel sustento que exige el legislador.
- e) Resolver en el sentido extensivo además se condice con el principio pro reo que se extrapola del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República²³, artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) promulgado por el DS N° 778/1976, Ministerio de Relaciones Exteriores²⁴, artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) promulgada por el DS N° 873/1990, Ministerio de Relaciones Exteriores²⁵, aplicables en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, y artículo 18 del Código Penal, principio que por lo demás ha tenido reconocimiento y aplicación en diversos fallos de la Corte Suprema, respecto de variadas materias penales, a saber: rol 4608-2013, sentencia de 30.ENE.2014; rol 672-2013, sentencia de 24.ABR.2013; y rol 514-2009, sentencia de 10.AGO.2010.
- f) Se han dictado resoluciones acogiendo esta posición. Así, el Juzgado de Garantía de Chillán, RUC 1210018366-6 / RIT O-4126-2012, 02.MAY.2014: “Habiéndose otorgado al sentenciado el beneficio de remisión condicional de la pena en estos antecedentes, que suspende el cumplimiento de la pena corporal aplicada, estima este tribunal que las sanciones de las penas accesorias de suspensión de cargo u oficio público también se encuentran suspendidas, hasta tanto no se determine lo contrario por resolución del tribunal”; y RUC 1401046552-5 / RIT O-1688-2015, 27.MAY.2015: “Entiéndase que resulta indubitado que la aplicada remisión condicional de la pena privativa de libertad, sanción general, se hace extensiva en sus efectos a la suspensión de cargo u oficio público, de carácter accesorio, en tanto esté vigente aquélla; razón por la que habrá de estarse a lo resuelto en sentencia definitiva condenatoria pronunciada”. En el mismo sentido, la Corte Suprema, en autos rol 5931-2004, con fecha 10.ENE.2005, resolvió por

²³ Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 22.SEP.2005.

²⁴ Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 24.ABR.1989.

²⁵ Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 05.ENE.1991.

unanimidad: “2º) Que el beneficio aludido de la ley 18.216 constituye un perdón condicional de la pena corporal impuesta, una exención al cumplimiento de la misma y, por lo tanto, de acuerdo con el principio que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, dicha remisión o perdón se extiende a la pena contemplada en el artículo 30 del Código Penal, esto es, a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, pues de otro modo se llegaría a la situación que el sentenciado tiene su pena principal remitida, pero igualmente debe cumplir una sanción accesoria a aquella que no debe cumplir”.

Algunos aspectos procesales.

Es habitual que en las sentencias condenatorias se decrete la pena sustitutiva de remisión condicional contemplada en la Ley N° 18216, sin especificarse si esta se extiende a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público, no obstante que el artículo 35 de esa Ley estipula que el tribunal que impusiere, de oficio o a petición de parte, alguna de las penas sustitutivas previstas en la Ley N° 18216, deberá así ordenarlo en la respectiva sentencia condenatoria, expresando los fundamentos en que se apoya y los antecedentes que fundaren su convicción.

Además, dentro de las obligaciones que tiene el Tribunal, de conformidad al artículo 468 del Código Procesal Penal, está decretar una a una todas las diligencias y comunicaciones que se requirieren para dar total cumplimiento al fallo, lo que resulta concordante con artículo 38 letra e) de la Ley N° 10336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República (CGR) cuyo texto fue fijado por el DS N° 2421/1964, Ministerio de Hacienda²⁶, el cual prescribe que corresponderá al Subdepartamento de Registro de Empleados Públicos llevar al día una nómina de las personas condenadas por crimen o simple delito de acción pública o inhabilitadas por sentencia judicial para servir cargos u oficios públicos, sin que pueda registrar ningún decreto o resolución que nombre para un cargo público a cualquiera persona afectada por sentencia firme de la naturaleza indicada, para lo cual los jueces de letras comunicarán a la Contraloría toda sentencia condenatoria firme que imponga tal pena. En este sentido el antiguo Código de Procedimiento Penal en su artículo 509 bis prescribe expresamente que las sentencias deben comunicarse a la Contraloría General de la República.

Referente a esta materia, la Contraloría General de la República, en el Dictamen N° 94753 de 04.DIC.2014 ha señalado: “Al respecto, es dable indicar

²⁶ Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 10.JUL.1964.

que esta Entidad de Control, en su dictamen N° 12.671, de 1998, entre otros, precisó que no puede establecer los efectos de un fallo judicial, por cuanto ello se relaciona directamente con el alcance y ejecución del mismo, materia cuyo conocimiento es de competencia exclusiva de los tribunales de justicia. Por consiguiente, el señor (...) deberá solicitar al Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, un pronunciamiento que establezca si la remisión condicional que se le otorgó por los cuasidelitos por los que fue condenado, se extiende, también, a la pena accesoria". Lo anterior es aplicación de los artículos 76 de la Constitución Política de la República y 1° del Código Orgánico de Tribunales²⁷ que establecen que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas o juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

Así las cosas, una vez dictada la condena con indeterminación en cuanto a la aplicación de la pena sustitutiva procede entablar recurso de aclaración, agregación o rectificación de conformidad al artículo 182 del Código de Procedimiento Civil²⁸, aplicable en virtud del artículo 52 del Código Procesal Penal, el cual preceptúa que notificada una sentencia definitiva o interlocutoria a alguna de las partes, no podrá el tribunal que la dictó alterarla o modificarla en manera alguna. Podrá, sin embargo, a solicitud de parte, aclarar los puntos oscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia.

A su vez, el artículo 37 de la Ley N° 18216 estatuye que la decisión acerca de la concesión, denegación, revocación, sustitución, reemplazo, reducción, intensificación y término anticipado de las penas sustitutivas que establece esta ley y la referida a la interrupción de la pena privativa de libertad a que alude el artículo 33, será apelable para ante el tribunal de alzada respectivo, de acuerdo a las reglas generales. Sin perjuicio de lo anterior, cuando la decisión que conceda o deniegue una pena sustitutiva esté contenida formalmente en la sentencia definitiva, el recurso de apelación contra dicha decisión deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a su notificación o, si se impugnare además la sentencia definitiva por la vía del recurso de nulidad, se interpondrá conjuntamente con éste, en carácter de subsidiario y para el caso en que el fallo del o de los recursos de nulidad no altere la decisión del tribunal a quo relativa a la concesión o denegación de la pena sustitutiva. Habiéndose presentado uno o más recursos de nulidad, conjuntamente o no con el recurso de apelación, el tribunal a quo se pronunciará de inmediato sobre la admisibilidad de este último, pero sólo lo concederá una vez ejecutoriada la sentencia definitiva condenatoria y únicamente para el evento de que la resolución sobre el o los recursos de nulidad no altere la decisión del tribunal a quo respecto de

²⁷ Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 09.JUL.1943.

²⁸ Santiago, 30.AGO.1902.

la concesión o denegación de la pena sustitutiva. En caso contrario, se tendrá por no interpuesto.

En relación a lo anterior no debe olvidarse que el artículo 190 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, aplicable en virtud del artículo 52 del Código Procesal Penal, prescribe que el término para apelar no se suspende por la solicitud de aclaración, agregación o rectificación de la sentencia definitiva o interlocutoria. El fallo que resuelva acerca de dicha solicitud o en que de oficio se hagan rectificaciones conforme al artículo 184, será apelable en todos los casos en que lo sería la sentencia a que se refiera, con tal que la cuantía de la cosa declarada, agregada o rectificadas admita el recurso.

Fuentes consultadas.

Constitución Política de la República.

Código Civil.

Código Penal.

Código de Procedimiento Civil.

Código de Procedimiento Penal.

Código Orgánico de Tribunales.

Código Procesal Penal.

Ley N° 7821.

Ley N° 17642.

DL N° 1969.

Ley N° 18216.

Ley N° 19327.

Ley N° 20770.

DFL N° 1/2000, Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

DFL N° 1/2007, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Ley N° 20603.

DS N° 2421/1964, Ministerio de Hacienda.

DS N° 778/1976, Ministerio de Relaciones Exteriores.

DS N° 1120/1983, Ministerio de Justicia.

DS N° 873/1990, Ministerio de Relaciones Exteriores.

DS N° 1879/1998, Ministerio de Relaciones Exteriores.

DS N° 375/2006, Ministerio de Relaciones Exteriores.

DS N° 629/2013, Ministerio de Justicia.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 5630 de 25.ENE.2013.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 94753 de 04.DIC.2014.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. "Historia de la Ley N° 20.603" [en línea], [Consulta: 23.AGO.2015]. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/leychile/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37271/1/HL20603.pdf>>.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. "Historia de la Ley N° 20.770" [en línea], [Consulta: 23.AGO.2015]. Disponible en: <www.bcn.cl/leychile/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44969/2/HL20770.pdf>.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 50353 de 23.JUN.2015.

ALARCÓN ARAYA, Rodrigo, y JIMÉNEZ CÁCERES, Luis. *La Ley 18.216 ante la jurisprudencia de la reforma procesal penal*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2008.

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

MONDIÓN RODRÍGUEZ, Angélica. *Instrumentos jurídico penales tendientes a la reducción de las penas privativas de libertad: especial referencia al tráfico de drogas*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2006.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, y OSSANDÓN WIDOW, María. *Delitos contra la función pública*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

UNIDAD ANTICORRUPCIÓN DE LA FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO. "El concepto de empleado público para efectos penales", en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, Santiago, N° 37, 2008.

Jurisprudencia de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones, y Juzgado de Garantía.

***Ius variandi* y dirigentes sindicales. Revisión jurisprudencial del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo.**

JAIME VARELA CHARME
Abogado

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto efectuar una revisión a la jurisprudencia judicial y administrativa del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, asociada a la prohibición de aplicación del *ius variandi* respecto de los trabajadores que detentan la calidad de dirigentes sindicales, fuera de las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor que la misma ley permite. Se observarán igualmente las diversas calificaciones y sanciones efectuadas en sede judicial y administrativa respecto de la decisión de modificación unilateral impuesta por el empleador. Lo anterior, con miras a verificar el alcance o utilidad de dicha disposición como protectora de la garantía de la libertad sindical, como asimismo su mayor o menor justificación o eficacia en el marco de la protección que la ley otorga actualmente a los derechos fundamentales de los trabajadores.

* * *

1. Introducción

Como resulta habitual al Derecho del Trabajo, observamos en la aplicación de sus instituciones una permanente diferencia entre el ámbito de poderes y facultades de dirección y administración que detenta el empleador –dueño de los medios de producción– y la necesidad de los trabajadores de que les sean reconocidos y respetados sus derechos y garantías, siendo aquí donde el legislador debe buscar los equilibrios pues *“por un lado, se encuentra el derecho legítimo del trabajador a no ser transformado o utilizado como una cosa cualquiera sujeto a las veleidades de un empleador atrabiliario y, por otro, el interés legítimo del acreedor del trabajo de disponer las necesarias variaciones sobre la forma y modalidades de la prestación de servicios que sean requeridas para la buena marcha de la empresa”*¹.

En este contexto, una de las manifestaciones más relevantes de las facultades entregadas por el legislador al empleador es la institución del *ius variandi*, que

¹ THAYER ARTEAGA, William, NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo*. T. I, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 115.

encuentra su sustento normativo positivo en el artículo 12 del Código del Trabajo.

Nadie discute que dicha institución tiene su razón de ser en la necesidad de *"flexibilizar la aplicación práctica del contrato y dar mayor movilidad a la mano de obra por parte del empleador"*². Se trata de una *"facultad unilateral del empleador para modificar las condiciones del contrato de trabajo"*³, dentro de ciertos márgenes y sujeta a control. Sería así una *"alteración continua, relevante, voluntaria, unilateral, objetiva, definitiva y limitada del contrato de trabajo"*⁴.

Esta facultad del empleador de modificar unilateralmente el contrato de trabajo en ciertos aspectos tiene una limitación en el caso que el sujeto pasivo de la modificación sea un dirigente sindical. En efecto, el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo prohíbe expresamente el ejercicio del *ius variandi* respecto de dirigentes sindicales y por el plazo que dura su fuero sindical, salvo en dos hipótesis: caso fortuito o fuerza mayor.

Se ha señalado que la norma en comento es *"una disposición legal que protege a los representantes sindicales con el otorgamiento de un derecho de resistencia frente a una orden del empleador tendente a alterar la naturaleza de sus servicios o el sitio o recinto en que los presta"*⁵.

Dicha disposición, cautelar de la labor sindical, puede generar inconvenientes derivados de una aplicación estricta o apegada a la literalidad de la norma, y eventualmente entorpecer de una manera no razonable las facultades de administración y dirección entregadas al empleador por ley, elemento éste que constituye supuesto basal de la existencia y ejercicio de las libertades sindicales a su vez, siendo esta situación una de aquellas que motivan de manera inicial este trabajo.

Precisamente y en base a lo anterior, hemos estimado de interés analizar los criterios interpretativos de la Dirección del Trabajo como aquellos efectuados por los Tribunales Laborales respecto de la disposición ya indicada, con miras a determinar sus alcances, efectos y consecuencias prácticas, para luego verificar si la norma representa una herramienta efectiva a la protección de la libertad sindical, o si por el contrario no cumple o no alcanza dicha finalidad.

Se busca en definitiva observar si la disposición normativa del artículo 243 inciso 2 del Código del Trabajo coexiste armónicamente con otras herramientas

² LANATA FUENZALIDA, Gabriela, *Contrato individual de trabajo*, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 117.

³ LIZAMA PORTAL, Luis, *Derecho del Trabajo*, LexisNexis, Santiago, 2005, p. 79.

⁴ SARTHOU, Helios, *"Trabajo, derecho y Sociedad"*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, p. 38.

⁵ TOLEDO CORSI, Cesar, *Tutela de la libertad sindical*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 216.

tutelares de derechos fundamentales, o si, por el contrario, se dan visiones contrapuestas que ameritan una revisión, precisamente por no responder a lo que se busca proteger con esta norma, esto es, evitar que se vulnere la libertad sindical.

Siendo así, surge como interrogante la real necesidad de amparar la libertad sindical a través de un entendimiento restrictivo de la norma del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, en circunstancias que existen hoy día otras herramientas de protección y amparo en favor de tal derecho fundamental, especialmente a partir del reconocimiento de la tutela laboral como parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico.

La cuestión anterior se observa ante las limitaciones objetivas que tanto la autoridad administrativa como los propios tribunales han impuesto al ejercicio del *ius variandi* sindical, prescindiendo mayoritariamente de hacer frente a las consecuencias que, para la actividad del empleador y del mismo trabajador, conlleva la virtual inamovilidad geográfica y/o funcional del dirigente, por oposición a la movilidad y dinamismo que, en un momento concreto, resulte imperiosa para el empleador y los demás trabajadores.

Anticipamos que nuestro convencimiento apunta a que la mejor manera de hacer frente a la disputa de estos contrarios para alumbrar a una solución compatible en la perspectiva del moderno derecho del trabajo, pasa por realizar un ejercicio valorativo del actuar del empleador que resuelva –seguro que no con la facilidad de una mera negativa– acerca de la razonabilidad y oportunidad de las facultades ejercidas por el empleador respecto del trabajador aforado.

La utilidad de este razonamiento no sólo es propicia, según veremos, para resolver situaciones incluso difíciles de comprender y que la aplicación estricta y formal de la norma genera en la práctica, sino que además es compatible con la finalidad doblemente tutelar de la legislación laboral: la protección del trabajador y de la fuente de trabajo.

2. Comprensión de este conflicto a la luz de la técnica legislativa

Dicho lo anterior, cabe entonces mencionar la problemática en cuestión, la que de manera general puede resumirse a partir de la obligación que la norma del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo impone al empleador, en cuanto le prohíbe de manera expresa aplicar al dirigente sindical las prerrogativas o facultad del *ius variandi*, salvo cuando exista un caso fortuito o fuerza mayor, lo anterior con base a una intención o finalidad de proteger en último término la garantía de la libertad sindical, evitando que el empleador utilice esta facultad legal como una herramienta de freno o afectación a esa garantía.

A su turno, y a partir de la vigencia del nuevo procedimiento de tutela laboral, el legislador estimó definir una categoría de derechos fundamentales de especial consideración para el Derecho del Trabajo, revistiéndolos de un ámbito de protección y resguardo especial, que obliga, especialmente al empleador, a respetar tales prerrogativas, al grado de imponerle a este último una carga probatoria excepcional para efectos de justificar aquella actuación o decisión que ha podido afectar esas determinadas garantías constitucionales y, además, sancionando gravemente al empleador infractor de las mismas.

Esta nueva estructura de protección de derechos, a diferencia de la disposición normativa que comentamos, otorga a las partes la posibilidad de probar sus alegaciones y en ese mérito el Tribunal debe fallar, decidiendo si en el caso particular ha existido o no una vulneración de derechos fundamentales. Pues bien, la libertad sindical es una de aquellas garantías especialmente tuteladas, y a cuyo favor se aplican las prerrogativas que hemos mencionado.

Así, nos encontramos hoy con que la libertad sindical aparece supuestamente resguardada por la norma del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, en cuanto a la protección del dirigente sindical se refiere, y asimismo, tal actividad sindical se encuentra igualmente protegida por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. En ambos casos, y como se dirá, los caminos de protección que se han definido por la jurisprudencia resultan ser diversos en la forma de abordar la situación, pero confluyen a un mismo resultado final práctico, el que veremos, no nos parece satisfactorio desde la perspectiva del derecho o garantía que se pretende proteger, como tampoco desde la mirada o interés del empleador y del propio trabajador.

Es sabido que la institución de la tutela laboral se consideró como un insumo deseable y compatible con un sistema integral de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, que incluye de forma muy principal la cautela de la libertad sindical⁶, precisamente en reemplazo de los múltiples pero ineficaces remedios jurisdiccionales vigentes con anterioridad a la promulgación de la Ley 20.087.⁷

⁶ SIERRA HERRERO, Alfredo, "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en Chile", en V.V.A.A. *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 140-1.

⁷ En lo referente a los avances relativos a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales y garantías de los trabajadores puede consultarse a UGARTE CATALDO, José Luis, "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. xxxiii, segundo semestre, 2009, pp. 215-17; *Ibíd.*, "La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro", en *Revista de Derecho*, Vol. xx, N° 2, diciembre 2007, pp. 49-67. *Ibíd.*, *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, Legal Publishing Chile, 2009, Santiago, pp. 17-22; y FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, WALTER DÍAZ, Rodolfo, "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral", en *Revista de Derecho*, Vol. xxiv, N° 2, diciembre 2011, pp. 91-92. En relación a historia de la tipificación y eficacia de las prácticas antisindicales puede consultarse a TOLEDO CORSI, César, *Tutela de la Libertad Sindical*. En

En este contexto, la subsistencia de la prohibición contenida en el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, o si se quiere de su interpretación restrictiva en los términos señalados, parece ser innecesaria frente al carácter de mecanismo total, o al menos principal, de protección de derechos y garantías fundamentales con el cual se concibió la tutela laboral.

Este juicio sobre necesidad o falta de ella arranca por lo pronto de una técnica legislativa poco clara en principio. En efecto, si se entiende que la tutela laboral de derechos deja vigentes otros mecanismos menos efectivos y más engorrosos para la misma finalidad protectora, aquella pierde su propósito integral, generando cuestionamientos sobre su pertinencia para resolver acerca de una cuestión de derechos fundamentales, en la especie, acerca de la aplicabilidad y extensión del *ius variandi* respecto de dirigentes sindicales.

Parece ser claro que la tutela laboral de derechos es el mecanismo o la vía que el legislador consideró como idónea para enfrentar y resolver toda vulneración de derechos fundamentales, y la preferencia de este mecanismo reside en que permite una protección amplia de las garantías y derechos cuando hay razones para ello, y la repugna cuando no las hay. Este efecto se produce porque en la base del instituto se encuentra el examen de razonabilidad de la conducta del empleador, conforme se describe por el artículo 485 inciso 3° del Código del Trabajo, en los términos siguientes: “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”⁸.

Por lo mismo, la solución del conflicto a la luz de la tutela parece no quedarse en el examen puramente formal, como aquel que se pretende efectuar a partir de una lectura restrictiva del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo; sino que se exigiría un razonamiento de la situación y sus fundamentos, lo que parece ser más acorde con una protección real y eficaz del derecho a la libertad sindical.

De otra manera, parece producirse una duplicidad innecesaria en la protección de la libertad sindical, generándose un ámbito sensible a un juicio de razonabilidad y oportunidad del ejercicio de las prerrogativas del empleador⁹, y otro

especial de la sanción de las Prácticas Antisindicales. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Legal Publishing Chile, 2013, Santiago, pp. 107-124.

⁸ Cfr. Artículo 5° del Código del Trabajo. Para un análisis acabado respecto de los mecanismos de protección de los Derechos Fundamentales y de la consideración del principio de proporcionalidad o ponderación como método “para resolver la colisión de derechos fundamentales entre el trabajador y el empleador”, véase MELLA CABRERA, Patricio, DOMINGUEZ MONTOYA, Alvaro, “Conflicto de Derechos Constitucionales y Juicio de Tutela laboral en Chile: Estado Doctrinal, Legal y Jurisprudencial”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, xxxix, 2° Semestre, 2012, pp. 200 y ss.

⁹ Véase en este sentido a DÍAZ GARCÍA, Luis Iván, “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, en *Revista*

que es completamente rígido en su análisis, lo que resulta en una contradicción y un vacío que debilita el mandato imperativo de la tutela.

Podemos advertir desde ya que la cuestión debiera ser resuelta en favor del sistema de tutela, precisamente por la finalidad omnicomprendiva que caracteriza su institución, superando definitivamente la colisión de mecanismos para la solución de un conflicto jurídico, respecto de un mismo derecho fundamental tutelado. Y también porque, en último término, el sistema de tutela preserva de mejor manera el debido proceso que, nadie puede discutir, solo conduce a una solución más justa y eficiente del conflicto.

Dicho lo anterior, nos abocaremos a revisar aquellos criterios jurisprudenciales, de orden administrativo y judicial, que han abordado el tema desde la perspectiva antes indicada.

3. La jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo.

La jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo ha sido conteste –dentro de una hermenéutica meramente formal– en aplicar el tenor literal de la norma del 243 inciso 2 del Código del Trabajo frente a las consultas que se le han formulado respecto de la aplicación del *ius variandi* para un dirigente sindical.

En efecto, dicho Servicio mantiene un criterio que se ha asilado en la literalidad de la norma, aplicando una restrictiva versión de los preceptos del derecho común sobre el caso fortuito o fuerza mayor.

Dicha jurisprudencia presenta una versión monolítica del artículo 45 del Código Civil, excluyendo de esta manera del ámbito de ejercicio del *ius variandi* sindical a toda una gama de situaciones que no revestirían en términos exactos las notas propias del caso fortuito o fuerza mayor, a saber, la irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad¹⁰.

de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, T. xxxvi, 2011, 1^{er} Semestre, pp. 167 y ss; COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, "El test de proporcionalidad que se promueve en la tutela de derechos fundamentales y las premisas a las que se adhiere" en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, T. xlv, 2015, 2do semestre, pp. 261 y ss.

¹⁰ En este sentido, la jurisprudencia administrativa ha cristalizado, en una formulación que se reitera una y otra vez en los dictámenes, su interpretación de las notas característica del instituto regulado en el artículo 45 del Código Civil: "Del precepto legal antes transcrito se desprende, tal como lo ha sostenido la doctrina de este Servicio entre otros en dictámenes N°s 4.055/297 y 1412/021, de 27.09.2000 y 19.03.2010, respectivamente, que un hecho constituye caso fortuito o fuerza mayor cuando es inimputable, imprevisible e irresistible, características que deben concurrir copulativamente. Cabe señalar que un hecho será inimputable cuando provenga de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes, es decir, que éstas no hayan contribuido en forma alguna a su producción. El segundo elemento, esto es, que se trate de un hecho imprevisto, implica que el hecho que se invoque debe ser de aquellos que no se hayan podido prever

Por la vía de esta interpretación restrictiva, se impone sobre el empleador una prohibición literal de ejercer la potestad de modificar unilateralmente ciertos aspectos del contrato de trabajo, fuera de los casos de excepción, en circunstancias que dicha modificación puede ser necesaria y muchas veces indispensable de aplicar a todo su proceso productivo o a un área, sección o establecimiento del mismo.

De esta forma, la jurisprudencia administrativa se muestra rígida ante fenómenos de común ocurrencia en el ámbito de las relaciones laborales, tales como el cierre de un establecimiento, la externalización de servicios, la reorganización empresarial¹¹, y, en general, respecto de cualquier otro fenómeno en el que el factor de necesidad venga impuesto por cuestiones de índole económica u organizacional¹², y en donde no concurren los requisitos copulativos del caso fortuito o fuerza mayor, antes esbozados.

Tan evidente es lo anterior, que incluso frente al caso consultado respecto del cierre de un establecimiento empresarial, la autoridad estimó la imposibilidad de aplicar el cambio de lugar de trabajo, por no revestir la situación de las notas copulativas del caso fortuito o fuerza mayor, no permitiendo el ejercicio del *ius variandi* por parte del empleador, primando la tesis irreflexiva de la imposibilidad casi total e irrestricta de trasladar al dirigente sindical¹³.

Resulta especialmente llamativa, desde este punto vista, la doctrina contenida en un dictamen reciente, el Ordinario N° 5124/060, de 07 de octubre de 2015, en el que se consulta sobre de la posibilidad de ejercer las facultades de *ius variandi* respecto de un dirigente sindical, cuando se han externalizado los servicios de toda una sección de la empresa.

La Dirección del Trabajo sostiene que no resulta jurídicamente procedente el ejercicio del *ius variandi* sindical, por no concurrir en el caso de la externalización

dentro de los cálculos ordinarios o corrientes. En cuanto al tercer elemento constituido por la irresistibilidad, se entiende por tal la circunstancia de que no sea posible evitar sus consecuencias, en términos tales que ninguna de las partes haya podido preverlos o evitarlos, ni aun cuando se oponga al hecho imprevisto las defensas idóneas para lograr tal objetivo” (Ordinario N° 5124/060, de 07 de octubre de 2015).

¹¹ Así lo señala la Dirección del Trabajo en el Ordinario N°657/54, de 04 de febrero de 1998, en el cual se consideró que no concurren las notas características del caso fortuito o fuerza mayor “cuando se trate de problemas de organización y funcionamiento de la empresa, circunstancia que si bien aparece atendible, no ha sido considerada por el legislador como suficiente para fundar en ella una excepción a la norma general contenida en el ya citado artículo 243 del Código del Trabajo, que permite aplicar el *ius variandi* al dirigente sindical sólo en la medida que exista caso fortuito o fuerza mayor”.

¹² Cfr. Ordinario N° 2801, de 28 de julio de 2014 y Ordinario N° 657/54, de 4 de febrero de 1998.

¹³ El Ordinario N°4430/175, de 22 de octubre de 2013 establece en este sentido que: “El cierre de uno o más establecimientos de una empresa, considerando que estos son sólo una fracción de la misma, no significa, en caso alguno, el término de ésta, ni la pérdida de alguno o la totalidad de los elementos que la configuran, puesto que continuará existiendo y el empleador mantendrá su obligación de otorgar, al dependiente aforado, el trabajo convenido u otro de similares características, conservándole, en todo caso, su nivel de remuneraciones”.

de los servicios de una sección de la empresa las tres notas características del caso fortuito o fuerza mayor. De esta forma, no es posible para el empleador modificar en forma alguna la naturaleza de los servicios que éste debe prestar en virtud del contrato de trabajo, sin el consentimiento expreso del dirigente sindical, aun para la eventualidad de dejar de desarrollar un área de su negocio:

“En el caso en estudio no concurre ninguno de los elementos propios del caso fortuito o fuerza mayor. En efecto, la externalización de una sección de la empresa no puede considerarse como un hecho enteramente ajeno a la voluntad de las partes, pues obedece precisamente a una decisión voluntaria y consciente de la parte empleadora.

La decisión de externalizar toda una sección de la empresa tampoco puede ser considerada como un hecho imprevisto, pues tal decisión es un hecho que se puede prever dentro de los cálculos ordinarios de funcionamiento de la empresa. Es más, generalmente se trata de una decisión no sólo prevista por la empresa, sino que debidamente respaldada por consideraciones de diversa índole, tal como Ud. mismo señala en su presentación manifestando que para llevar a efecto esta externalización de servicios se tomaron en consideración “razones de carácter técnico, financieras, comerciales y administrativas”.

El tercer elemento de irresistibilidad tampoco concurre en la especie, toda vez que ninguna empresa está obligada a externalizar parte de sus funciones, pudiendo funcionar con personal directamente contratado por la misma, tal y como ocurre actualmente en esta empresa de acuerdo a lo que Ud. señala, pues aún no ha operado la externalización de servicios”.

Por tanto, se concluye que no es procedente bajo ningún respecto el traspaso del mentado dirigente sindical a otra área de la empresa, en razón de que los servicios del área en la que se desempeña serán externalizados. En efecto, la Dirección del Trabajo señala expresamente que no se debe considerar ningún otro supuesto distinto de la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, ni hacer juicio de valor alguno relativo al menoscabo que podría sufrir el dirigente en cuestión; ni se detiene a analizar la afectación del ejercicio de la libertad sindical del dirigente; ni efectúa consideración alguna de razonabilidad de la medida¹⁴.

¹⁴ Señala el Ordinario N° 5124/060, de 07 de octubre de 2015 que. “El criterio aplicado por la Dirección del Trabajo es meramente formal, pues todo el análisis que se realiza va encaminado a verificar si se cumplen los supuestos del caso fortuito o fuerza mayor, sin analizar –por atendible o razonable que parezca– la necesidad de la empresa de realizar la externalización de servicios, sin siquiera analizar si dicho cambio genera un menoscabo al dirigente sindical por el cambio en el área en que presta sus servicios. Por el contrario, el órgano administrativo declara que “los problemas de organización y funcionamiento de la empresa” no satisfacen el tipo legal, pues no configuran una hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor. En consecuencia, en mérito de las consideraciones antes expuestas, doctrina administrativa y disposiciones legales citadas, cumplo con informar que no resulta jurídicamente pro-

4. Enfoques jurisprudenciales del ejercicio del *ius variandi* respecto de dirigentes sindicales.

La jurisprudencia de los juzgados de Letras del Trabajo¹⁵ ha transitado por dos derroteros divergentes a la hora de ofrecer una hermenéutica de la naturaleza y alcances de la prohibición contenida en el artículo 243 inciso 2 del Código del Trabajo.

La problemática abordada por los tribunales dice relación con la interacción entre la prohibición contenida en la norma en comento y las normas de la tutela de derechos fundamentales.

La discusión a la que se han enfrentado los tribunales de justicia les impone la necesidad de esclarecer las siguientes cuestiones: ¿Toda violación de la prohibición contenida en el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo implica de suyo una vulneración al ejercicio de la libertad sindical? ¿Debe entenderse que el ejercicio del *ius variandi* respecto de un dirigente sindical, fuera de los casos de fuerza mayor y caso fortuito, implica necesariamente una vulneración de un derecho fundamental? O, por el contrario, ¿es posible ejercer un control de la razonabilidad de la medida?

La respuesta que se adopte frente a estas interrogantes es fundamental, pues de ella pende la aplicación de las sanciones previstas en el libro v, título i, párrafo 6 del Código del Trabajo, e incluso de las accesorias contenidas en el artículo 4° de la Ley N° 19.886 sobre “Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios”.

Como veremos, la jurisprudencia de los Tribunales de Letras del Trabajo ha forjado dos líneas jurisprudenciales divergentes frente a las preguntas antes planteadas.

a) Una primera línea jurisprudencial identifica plenamente la violación a la prohibición legal de *ius variandi* respecto de los dirigentes sindicales con la vulneración al derecho constitucional que ampara el libre ejercicio de la libertad sindical, analogando la figura a una práctica antisindical.

Así, se identifican los ámbitos de protección de las normas, estableciendo una paridad total e identificando plenamente la infracción a la regla del artículo 243

cedente ejercer las facultades del artículo 12 del Código del Trabajo respecto de un dirigente sindical, en caso de externalización de servicios de una sección de la empresa, por no concurrir a su respecto los requisitos copulativos del caso fortuito o fuerza mayor en los términos expuestos en el presente oficio”.

¹⁵ En este apartado se ofrece el análisis hecho de la jurisprudencia de los Tribunales de instancia, toda vez que los pronunciamientos de Cortes de Apelaciones, y de Corte Suprema, no inciden en la materia adjetiva, y se quedan fundamentalmente en revisiones generales de los aspectos formales de cada recurso intentado.

inciso 2° del Código del Trabajo con una práctica antisindical de los artículos 289 y siguientes del Código del Trabajo.

Esta línea de jurisprudencia conjuga una visión formalista de las exigencias impuestas por la norma en comento, con la aplicación de los remedios jurisdiccionales que la ley ha dispuesto para la protección de la libertad sindical. De esta manera, el órgano jurisdiccional limita su examen única y exclusivamente a la constatación objetiva de la existencia o no del caso fortuito o fuerza mayor en el ejercicio del *ius variandi* sindical, ya que sólo bajo ese supuesto la acción del empleador sería válida.

Se observa aquí que los tribunales parecen asimilar la idea de caso fortuito a o fuerza mayor del artículo 243 del Código del Trabajo con la causal de terminación del contrato contenida en el artículo 159 N° 6 del mismo cuerpo legal, norma que permite el despido del trabajador, sin derecho a indemnización, cuando opera precisamente una situación de caso fortuito o fuerza mayor. Tal asimilación nos parece equivocada, toda vez que no sería razonable analizar el concepto con el mismo prisma, cuando estamos frente a situaciones tan disímiles como son la terminación de la relación laboral, con aquella que dice relación con un cambio accidental del mismo, que se da, además, en el contexto de un contrato vigente. En el primero de los casos, y por verse envuelta la terminación del contrato, sí parece justificarse una medida de análisis o interpretación más estricta, la que no parece necesaria cuando lo que se discute es un cambio limitado al contrato, recordemos aquí que el *ius variandi* se refiere a “aspectos no esenciales del contrato de trabajo”¹⁶, lo que permite analizarlo entonces desde una perspectiva menos estricta.

Ahora bien, se detecta sí en esta tendencia un cierto ánimo o intención de introducir algunos elementos valorativos propios de la tutela laboral, destinados a morigerar, hasta donde la ley lo permite, las sanciones que se imponen al empleador que vulnera derechos y garantías constitucionales. En este caso, el juicio de razonabilidad se limita y se ejerce únicamente a la hora de tasar la multa que dispone el artículo 494 del Código del Trabajo.

b) Por otra parte, una segunda línea jurisprudencial resuelve el conflicto de una manera diversa. Esta tendencia, opuesta a la primera antes esbozada, no identifica *a priori* la vulneración de la infracción contenida en el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo con una falta sobre la garantía de la libertad sindical; sino que analiza la infracción de la norma desde la perspectiva, y a través

¹⁶ FERA, Mario Silvio, NAVARRO, Marcelo Julio, RODRIGUEZ NOVO, Daniel, “Ius Variandi”, en *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen I, AbeledoPerrot, Santiago, 2012. p. 174. MELLA CABRERA, Patricio, DOMINGUEZ MONTOYA, Alvaro, “Conflicto de Derechos Constitucionales y Juicio de Tutela laboral en Chile: Estado Doctrinal, Legal y Jurisprudencial”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, xxxix, 2° Semestre, 2012.

de los mecanismos y criterios propios de la tutela de derechos fundamentales. Se realiza así un análisis de razonabilidad del ejercicio del *ius variandi* sindical, del mismo modo o bajo la exigencia que impone el artículo 485 inciso 3° del Código del Trabajo.

De esta forma, la jurisprudencia que comentamos, cumpliendo el mandato legal, realiza una labor analítica previa, consistente en un juicio valorativo de la medida adoptada por el empleador antes de calificarla como válida, o ilegal en su caso.

En efecto, al diferenciar entre estos dos ámbitos de infracción, se pone de manifiesto que en algunas oportunidades la vulneración a la garantía constitucional de libertad sindical no se produce al ejercer el *ius variandi* respecto de dirigentes sindicales fuera de las hipótesis del artículo 243 inciso 2°, ya que se requiere de un ánimo antisindical que se configure con ocasión de la infracción de dicha norma, exigencia que parece concordante con otras líneas de jurisprudencia que han exigido el elemento subjetivo de la mala fe a la hora de ponderar la existencia o no de una práctica antisindical¹⁷.

Con todo, ambas líneas de jurisprudencia, a pesar de sus divergencias, convergen, como se verá, en un resultado común, a nuestro parecer inadecuado, pues, sea que la conducta se califique o no como práctica antisindical, el resultado final será siempre la imposibilidad real de aplicar el *ius variandi* al trabajador aforado, cuestión que deja latente la problemática planteada y la posibilidad de resolver razonablemente el conflicto en cuestión.

En efecto, por caminos diversos, y más o menos gravosos para las partes, la decisión inicial del cambio contractual quedará irremediablemente impedida, aun cuando el ámbito de sanciones pueda ser inexistente.

El resultado paradójico se produce especialmente al observar la segunda línea de jurisprudencia en la que el juez, habiendo realizado un examen bajo el estándar de la tutela de derechos fundamentales, y concluyendo que no hay vulneración del derecho, aun así está obligado a impedir la aplicación del cambio contractual –*ius variandi*– transformando así el artículo 243 inciso 2° en una prohibición meramente formal, desligada o carente de todo contenido sindical, desconectada totalmente de su finalidad primigenia de tutela o protección, quedando la norma como una “mera prohibición”, lo que hace aún más dificultosa su aplicación, ya que tampoco permite la solución definitiva

¹⁷ La E. Corte Suprema, en sentencia de Unificación de Jurisprudencia, de 3 de abril de 2013, en causa RIT 7856-2012, señaló en lo pertinente que: “Noveno: Que en consecuencia, se unifica la jurisprudencia en el sentido que, tratándose de las conductas que sanciona la norma del artículo 289 del Código del Trabajo, debe concurrir la intención precisa de parte del empleador de atentar contra la libertad sindical.”

del conflicto, produciéndose entonces un resultado indeseado, ya que aun en ausencia de una conducta antisindical, el empleador quedará en los hechos impedido de aplicar el citado *ius variandi*.

Veremos entonces cómo transcurren ambas posiciones en la jurisprudencia.

a) Primera tendencia jurisprudencial: la vulneración del artículo 243 del Código del Trabajo constituye una práctica antisindical.

Como señalábamos anteriormente, la primera tendencia jurisprudencial ha intensificado las consecuencias jurídicas de la norma en comento, haciendo sinónimos la violación de la prohibición contenida en el artículo 243 ya citado, a una de las conductas prohibidas en el artículo 289 del Código del Trabajo, con las correspondientes sanciones asociadas a la tutela jurisdiccional. De esta forma, la sanción se acrecienta, pues no sólo se imponen limitaciones a las facultades de organización y administración, sino que se aplican las sanciones previstas en el párrafo sexto del libro quinto del Código del Trabajo y las accesorias antes comentadas.

Así, en el caso de una empresa que dispuso el traslado de un dirigente sindical a otro lugar de trabajo, se declaró que el empleador denunciado ha vulnerado el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, ya que, tratándose de una norma prohibitiva, con una "*clara finalidad de protección al dirigente sindical*", por el sólo hecho de ejercerse el *ius variandi*, sin estar amparado en las hipótesis reguladas en el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, se ha incurrido en una práctica antisindical¹⁸.

"DÉCIMO: Que conforme lo concluido, la denunciada ha vulnerado el artículo 243 inciso 2° del Estatuto Laboral que dispone de manera explícita que "el empleador NO PODRÁ, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ejercer respecto de los directores sindicales las facultades que establece el artículo 12 de este Código". Es así como puede advertirse el carácter prohibitivo de la norma transcrita en cuanto no autoriza ni permite el ejercicio del "*ius variandi*", esto es, alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, bajo condiciones que el artículo 12 ya citado, con una clara finalidad de protección al dirigente sindical, con la sola excepción de la concurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, hecho que no forma parte del asunto controvertido.

En sentencia de fecha 8 de marzo de 2012, en causa Rit S-99-2011, el 2° Juzgado de Letras de Santiago condenó a la empresa por haber trasladado a una

¹⁸ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de fecha 6 de noviembre de 2014, en causa Rit S-7-2014.

tienda que quedaba a dos cuadras de la otra tienda, en la que una dirigente sindical se desempeñaba como promotora.

La sentencia razona que, al no haber invocado como excepción el caso fortuito o la fuerza mayor, no es relevante que el contrato de la trabajadora señalara que podía desempeñarse en “cualquier tienda”, pues se ha vulnerado una norma prohibitiva. De esta forma, “fuera de las hipótesis” reguladas en el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, toda variación unilateral del contrato de trabajo –por nimia que sea– constituye un “atentado a la libertad sindical”:

“NOVENO: ...Luego puesto de cargo de la sociedad demandada el desvirtuar, justificar o explicar las alegaciones que indiciariamente lograrse acreditar la demandante, la sociedad demandada, pretendió controvertir la vulneración, atendido la cláusula contractual, que fue transcrita en esta sentencia en el motivo séptimo numeral 6°, por cuanto al existir acuerdo que la trabajadora se desempeñe como promotora en cualquier tienda, no configuraría el supuesto del *lus variandi* y por ende no se da la hipótesis que contempla la norma del artículo 243 del Código del Trabajo, puesto que no alegó la excepción que viene dada por el caso fortuito o la fuerza mayor.

Que esta alegación será desestimada, porque dicha la interpretación llevaría a determinar que estas trabajadoras se encontrarían desprotegidas, atendida la naturaleza de sus funciones, y al tratarse de una norma de garantía de derechos fundamentales debe interpretarse bajo la norma *Pro civis*, esto es, la exégesis debe estar precedida en materia constitucional, en orden de extender de la forma más amplia posible, la protección a los trabajadores, sin importar las funciones que ellos cumplan y sin importar si estuvieron de acuerdo en determinadas condiciones. Para el caso de duda ante la hermenéutica debe inclinarse por la más beneficiosa a la Tutela de Derechos Fundamentales...

...La razón detrás de la norma en cuestión, evidentemente ella es una norma protectora de la actividad sindical, por la cual el legislador ex ante entiende y tipifica que es prohibido fuera de las hipótesis de caso fortuito y fuerza mayor, aplicar las potestades empresariales excepcionales del artículo 12 del Código del Trabajo a los aforados, porque entiende y concluye que fuera de esas hipótesis se ve fuertemente afectada la libertad sindical al permitirse dichas facultades y por ello lo regula, lo prohíbe y no lo deja al análisis casuístico genérico de los eventuales atentados a la libertad sindical.

Luego, necesario es concluir que se afectó la actividad sindical y que necesariamente eso buscaba, lo que es refrendado por la actitud contumaz adoptada por la sociedad demandada, por cuanto la Inspección del Trabajo denunciante, realizó una fiscalización a la sociedad denunciada, constatando que el traslado se verificó fuera de las hipótesis previstas en el artículo 243 del Código del

Trabajo, por lo que en mediación comunicó la ilegalidad en que incurría dicha sociedad y le solicitó la adecuación de su actuar al mandato legal, no allanándose la denunciada, prefiriendo perseverar en su actuar, pese a la opinión contraria del organismo legalmente establecido para la fiscalización del cumplimiento de la normativa laboral. Lo anterior quedó asentado por la documental no desvirtuada por ningún otro medio probatorio, consistente en el acta de mediación incorporada por la Inspección denunciante de fecha 1° de diciembre de 2011 que si bien no compareció la señora Adones, ante lo cual se constata la ausencia de voluntad del empleador de rectificar su actuar”.

Ahora bien, la sentencia en cuestión a la hora de tasar la multa a aplicar si considera que la vulneración a la libertad sindical no reviste el grado máximo, toda vez que en el proceso no se acreditó “un daño mayor que el propio que se desprende de la vulneración de la norma legal”:

“DÉCIMO: Que no constando con otros antecedentes que no sean los propios de este proceso, la multa se regulará dentro de su parte más baja, por no acreditarse un mayor daño causado que el propio que se desprende de la vulneración de la norma legal, puesto que el hecho que alegaron los testigos de la demandada que este cambio afecte la posibilidad de encontrar a la señora Adones por el resto de las socias, pasa porque el sindicato informe la nueva tienda donde se desempeña y no es responsabilidad del denunciado y además no fue acreditada, como se razonó, una merma en sus remuneraciones”.

¿Qué mayor daño podría haberse causado? Nos parece que el sentenciador –quizás sin tener mayor consciencia de ello– ha recurrido a la figura del menoscabo regulada en el artículo 12 del Código del Trabajo. En efecto, si se razona en conformidad con los argumentos vertidos en el considerando noveno antes citado, no queda otra opción que concluir que se ha vulnerado la libertad sindical, toda vez que el ejercicio del *ius variandi* “fuera de las hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor” equivale a un grave atentado a dicha garantía constitucional, sin embargo, el sentenciador recurre precisamente a la figura del menoscabo a la hora de tasar la multa que aplicará a la empresa infractora, considerando para el caso en cuestión que el daño se produce únicamente por la infracción legal.

Es interesante un fallo del Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, quien siguiendo esta primera línea de jurisprudencia, decide aplicar el mínimo de multa, ya que estima que la infracción al *ius variandi*, habiendo existido, no parece ser de una entidad tal como para sancionar económicamente a la empresa con una multa mayor¹⁹:

¹⁹ En este mismo sentido, véase sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de fecha 6 de noviembre de 2014, en causa Rit S-7-2014.

“DÉCIMO TERCERO: Aplicación de sanciones. Que, habiéndose determinado por el Tribunal la existencia de una conducta atentatoria de la libertad sindical, según el artículo 292 del Código del Trabajo, correspondiéndole una sanción proporcional con la gravedad de la infracción, siendo aplicable la sanción pecuniaria de multa en un rango de diez a ciento cincuenta Unidades Tributarias Mensuales, y estimando el Tribunal que si bien hay una infracción al derecho protegido por la norma, no hay conductas adicionales merecedoras de un reproche especial, por lo que aplicará una multa apenas sobre el mínimo legal, estimando que el reproche debe ser proporcional a la conducta del empleador.²⁰”

También en materia de Reclamación Judicial de Multa, se ha tenido en cuenta la proporcionalidad de la medida adoptada por el empleador a la hora de fijar el valor de la multa, siendo atingente un fallo del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el que decide rebajar una sanción impuesta a la empresa por la Dirección del Trabajo, en un caso de aplicación de *ius variandi* a un dirigente sindical con ocasión de un proceso de reorganización total de la empresa por cambio de giro²¹.

En igual sentido, existe jurisprudencia en que los Tribunales convergen siempre a la prueba del caso fortuito o fuerza mayor, rechazando o acogiendo las acciones únicamente sobre la base las probanzas relacionadas con el artículo 45 del Código Civil²², siendo excepcionales los pronunciamientos que avanzan en una interpretación más amplia de la norma²³, cuestión que hemos adverti-

²⁰ Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2010, en causa Rit S-12-2010.

²¹ Sentencia de fecha 4 de junio de 2015, en causa Rit I-41-2015: “...Que, sin perjuicio de lo anterior, se ha verificado una modificación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, en circunstancias que conforme al artículo 5° inciso 3° y artículo 7° del Código del Trabajo, debe haber acuerdo entre ambas partes para tal modificación, máxime que además estos trabajadores revisten la calidad de dirigentes sindicales y que en consecuencia conforme a las normas que les son aplicables referidas al fuero, no puede modificarse su jornada de trabajo, además, salvo caso fortuito o fuerza mayor. Que al no tratarse la situación acaecida en la empresa, que derivó en los cambios aludidos, en un caso fortuito o fuerza mayor, en virtud de los antecedentes referidos y al análisis de la prueba aportada por ambas partes, conforme a las reglas de la sana crítica, no cabe sino que concluir que la parte reclamada no incurrió en error de hecho alguno al imponer la misma, pero no obstante ello, en virtud de la solicitud subsidiaria formulada por la demandante, se hace lugar a la rebaja de multa que ha sido solicitada tomando en consideración que tal modificación se produce en un proceso de reorganización total de la empresa, al cambiar su giro de manufacturera o productora a comercializadora y distribuidora, modificándose la jornada de trabajo respecto de todos los trabajadores de la misma, incluso a los que aparecen en la resolución de multa, rebajándose la misma en la forma que se dirá en lo resolutivo de esta sentencia”.

²² Véase en este sentido Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, de fecha 10 de julio de 2015, en causa Rit S-3-2015; Sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de fecha 02 de julio de 2010, en causa Rit S-24-2010; Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, de fecha 30 de diciembre de 2009, en causa Rit T-2-2009.

²³ Véase Sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de fecha 31 de enero de 2014, en causa Rit S-86-2013: “Se encuentra acreditado también que el día 1 de septiembre de 2013 los dirigentes conversaron con el Sr. B. y fueron finalmente los tres trasladados al Terminal S.J.. Dicho terminal y conforme lo acreditado por la demandada se encuentra a 3.1 kilómetro del terminal original o a 6 minutos de distancia. En consecuencia y conforme lo acreditado, existe imposibilidad física y jurídica de continuar prestando servicios en el Terminal René Olivares y no se ha denunciado ni se ha establecido como hecho a probar, en esta causa, que entre la demandada y la empresa de Transporte exista algún tipo de vinculación distinta a

do, parece justificarse en una asimilación de los conceptos de caso fortuito o fuerza mayor que señalan el citado artículo 243, con el concepto utilizado por el artículo 159 N°6 del Código del Trabajo, lo que parece una equivocación.

b) Segundo enfoque jurisprudencial: la vulneración del artículo 243 del Código del Trabajo no constituye necesariamente una práctica antisindical.

Nuestros tribunales de justicia han resuelto también bajo otros criterios, y han desarrollado una extensa jurisprudencia que distingue nítidamente entre los actos que configuran una práctica antisindical –y que producen una vulneración efectiva a la libertad sindical– y los actos que simplemente contrarían la prohibición establecida en el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo.

Se ha generado así una opinión general que no hace necesariamente análoga la transgresión a la prohibición de la norma antes señalada y la vulneración a la libertad sindical. En efecto, al diferenciar entre estos dos ámbitos de infracción, se pone de manifiesto que la vulneración a la garantía constitucional de libertad sindical no se produce per se al ejercer el *ius variandi* respecto de dirigentes sindicales, fuera de las hipótesis del artículo 243 inciso 2°, ya que se requiere de un ánimo antisindical, el que se advierte sólo mediante el análisis previo de la suficiencia, arbitrariedad, proporción y contenido esencial del derecho protegido.

En este sentido se pronuncia la sentencia de fecha 6 de marzo de 2013, dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena, en causa Rit S-6-2012, que resolvió respecto del traslado de un dirigente sindical que había amenazado con ejercer acciones conducentes a cerrar la empresa.

El Juzgado señaló que el empleador había transgredido la norma del artículo 243 inciso 2°, pero que dicha transgresión no era equivalente a una vulneración de las garantías constitucionales de dicho dirigente sindical; que la acción ejercida por el empleador no constituía por sí sola y en su propio mérito una práctica antisindical²⁴.

la prestación de servicios, por lo que transportes V. es un tercero que ha decidido poner término al servicio prestado por la denunciada, configurándose el imprevisto y en consecuencia se encuentra acreditada la fuerza mayor alegada por la demandada”. En este mismo sentido se pronuncia el Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, en sentencia de 25 de septiembre de 2015, en causa Rit O-426-2015, refiriéndose a un caso en que ante la demolición del lugar físico del trabajo, señaló que: “DÉCIMO. Que no es óbice a lo anterior la demolición del lugar físico en donde se desempeñaban los trabajadores demandantes, lo que también se ha establecido como hecho pacífico, y en la contestación de la demanda la empresa demandada reconoce que sigue desarrollando su actividad, página 2 y 3 de 29, pudiendo así entenderse que la reincorporación de los trabajadores debe hacerse en el domicilio que señala la carta de aviso de reincorporación conforme lo dispuesto por el artículo 243 inciso segundo del Código del Trabajo, que permite el *ius variandi* del artículo 12 del mismo cuerpo legal en caso fortuito o fuerza mayor”.

²⁴ En el mismo sentido, véase Sentencia del Juzgado de Letras de Talagante, de 30 de noviembre de 2014, en causa Rit S-2-2014; 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 29 de agosto de 2014,

“SÉPTIMO: ... Y a este respecto cabe recordar que el artículo 243 del Código del Trabajo limita la facultad del artículo 12 del mismo cuerpo legal (*ius variandi*) respecto a los dirigentes sindicales mientras gozan de fuero, de manera que el empleador sólo podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio de la faena, tratándose de estos trabajadores, por caso fortuito o fuerza mayor.

¿Ha trasgredido la demandada esta norma?

La respuesta es obviamente positiva. La demandada reconoce que el trabajador señor Stubing se desempeñaba en la preparación o mezcla de aditivos hasta el 17 de octubre de 2012 y que luego de esa fecha fue trasladado a la recepción del trigo. La justificación que da la denunciada, supuestas amenazas del trabajador, no está dentro de los supuestos que permiten la utilización del *ius variandi*, es decir, caso fortuito o fuerza mayor, y no resulta atendible sostener como lo pretende la denunciada, que no hubo real cambio porque el trabajador, en sus inicios dentro de la empresa, estuvo asignado a la recepción del trigo, porque lo cierto es que el señor Stubing llevaba largos años desempeñándose en la mezcla de aditivos.

Así las cosas, no hay duda alguna de que la denunciada violentó una norma prohibitiva al trasladar de funciones al que en ese momento se desempeñaba como Presidente del Sindicato.

Ahora bien, el ejercicio del *ius variandi* respecto a un dirigente sindical sin que se den los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor ¿es una práctica antisindical?

Puede serlo, es la respuesta más correcta. Pero no constituye por sí sola una conducta que atente contra la libertad sindical, de manera que resulta necesario acreditar de qué forma el ejercicio del *ius variandi*, prohibido por cierto en el caso del señor Stubing, ha afectado al Sindicato y su funcionamiento y a este respecto no sólo no hay prueba alguna de esta afectación, sino que la Inspección del Trabajo, en la creencia errónea de que la utilización del *ius variandi* siempre es una práctica antisindical, ni siquiera señaló de qué forma el traslado del trabajador señor Stubing podía afectar al sindicato y más aún, todos los antecedentes llevan a la conclusión de que no hay afectación alguna de la libertad sindical. No ha experimentado el Sindicato ninguna perturbación y muy por el contrario, ha censurado a quien era su Presidente, señor Stubing, quien actualmente ya no forma parte de la organización sindical.

en causa Rit S-41-2014; Sentencia del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 12 de julio de 2011, en causa Rit T-129-2011.

En forma muy tardía, la Inspección del Trabajo, en su alegato final, ha intentado infructuosamente reparar su error alegando que es la imagen del Presidente del Sindicato la que ha sido afectada con el traslado, lo que además de extemporáneo constituye nuevamente otro error de apreciación.

Si la Inspección del Trabajo hubiere estudiado adecuadamente los antecedentes, habría podido observar que, en este caso, no era la denuncia por prácticas antisindicales el camino a seguir, sino que simplemente el reclamo por ejercicio abusivo del *ius variandi*. Pese a este error, que nos lleva al rechazo de la denuncia en todas sus partes, no será condenada en costas desde que no cabe duda de que la denunciada no podía obrar como lo hizo”.

Avanzando aun más en el análisis, un fallo del 1^{er} Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, señaló que el ejercicio del *ius variandi*, en este caso, por cambio de establecimiento de un dirigente sindical, no constituye una práctica antisindical, ya que no se afecta el funcionamiento del Sindicato, ni hay separación ilegal del aforado, ni se ha negado la empresa a otorgar el trabajo convenido²⁵.

En el marco de este segundo enfoque jurisprudencial, se ha avanzado igualmente en la consideración respecto de la razonabilidad, en cuanto al ejercicio del *ius variandi*²⁶.

En este mismo sentido se pronuncia el Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, en sentencia de fecha 25 de agosto de 2015, en causa Rit S-7-2015, al señalar que el empleador actuó razonablemente al ofrecer un cambio de lugar de prestación de servicios y de jornada a un dirigente sindical que se desempeñaba en un sistema de turnos rotativos de 7x7, toda vez que el contrato con el mandante había terminado por expirar el plazo pactado.

El tribunal reconoce la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, sin calificarla como caso fortuito o fuerza mayor, toda vez que el lugar de prestación de los servicios sistema de turnos al que estaba sujeto el dirigente sindical estaba vinculado y dependía de la existencia del contrato comercial con el mandante.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que así las cosas, no puede efectuarse al empleador un reproche en cuanto la conducta sea constitutiva de práctica antisindical, puesto que al término del contrato para el cual se desempeñaba el dirigente sindical, por una causa ajena a su voluntad, le ofreció, en atención al fuero que lo ampara, cambiar el lugar de prestación de servicios, en una jornada

²⁵ Sentencia de fecha 13 de enero de 2014, en causa Rit S-75-2013.

²⁶ En este sentido, véase sentencias del 1^o Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de fechas 21 de enero de 2013 y 8 de febrero de 2012, en causas Rit S-34-2012 y S-90-2011, respectivamente; y Sentencia del 2^o Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de fecha 29 de octubre de 2011, en causa Rit S-59-2011.

que solo podía cumplirse en un sistema de distribución de 5x2 (cinco días de trabajo por dos de descanso), situación que, de acuerdo a las características y circunstancias en que se produce, puede encuadrarse dentro de aquellas que la propia ley laboral permite respecto de trabajadores aforados, pues, el artículo 243 del Código del Trabajo expresamente consagra la posibilidad del empleador de hacer uso de las facultades establecidas en el artículo 12, conocida como *ius variandi*, respecto de directores sindicales, cuando se verifiquen situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, de modo que una cosa es que la denunciada haya incurrido en una conducta que puede considerarse contraria a la ley, y otra distinta es que esta sea constitutiva de práctica antisindical, entendiéndose que con la actividad de la empresa, materializada en no otorgar el trabajo convenido, no se ha afectado la libertad sindical, puesto que ha quedado suficientemente demostrado que la totalidad de los contratos por los cuales la denunciada prestaba servicios para las divisiones de Codelco Chile, en esta región, concluyeron el 30 de abril y 30 de mayo respectivamente, y constituyen una justificación suficiente de su actuar, de manera que es procedente rechazar la denuncia intentada.

Otra sentencia reconoce la posibilidad de ejercer de forma razonable el *ius variandi* respecto de un dirigente sindical, cuando se trata de tomar las medidas necesarias para asegurar la protección cuando media una denuncia de acoso sexual²⁷.

Como contracara al reconocimiento de razonabilidad en el ejercicio del *ius variandi* respecto de dirigentes sindicales, alguna jurisprudencia se inclina por graduar el ejercicio de dicha potestad, de forma de considerar que se incurre en práctica antisindical tan sólo cuando el ejercicio del *ius variandi* es abusivo:

²⁷ Sentencia del Juzgado de Letras de Talagante, de fecha 2 de diciembre de 2013, en causa Rit S-1-2013: Décimo Noveno: Que en relación al segundo hecho que fundamenta la denuncia de práctica antisindical, esto es la negativa de reincorporar al trabajador Juan Pino Sanhueza en las mismas funciones en que se desempeñaba, cabe señalar que tal conducta se encuentra amparada en instrucciones que la misma denunciante Inspección del Trabajo le impartió, según da cuenta el Reservado 06 de fecha 16 de agosto del 2013, en donde le indica que se acreditó acoso sexual por parte de don Juan Pino Sanhueza y "En virtud de lo señalado, por la presente se solicita a la Empresa mantener las medidas de resguardo adoptadas durante la investigación, toda vez que las que fueron adoptadas se estiman insuficientes por parte de este servicio..." Que apreciando dicha prueba documental conjuntamente con la absolución de posiciones rendida en autos, y de la testimonial de las partes, apreciada toda conforme a las reglas de la sana crítica, ha quedado establecido que la empresa denunciada está y estuvo llana a reincorporar en todo momento al trabajador Juan Pino en labores, pero modificando sus funciones, sin desmedro de su remuneración, jornada laboral ni jerarquía. Que la modificación que hace la empresa de las funciones asignadas al trabajador Juan Pino aparecen justificadas por la conducta de acoso sexual que la denunciante Inspección del Trabajo tuvo acreditada, a fin de resguardar a la trabajadora víctima, y amparada además en el *ius variandi* del empleador, que se ejerce en forma racional, justificada, proporcionada, y evitando el mínimo impacto en el trabajador afectado con el cambio de funciones. En síntesis, este sentenciador concluye con la prueba rendida apreciada conforme a las reglas de la sana crítica que la denunciada estuvo llana a reincorporar al trabajador en todo momento, pero que es el trabajador quien se niega a ser reintegrado, toda vez que desconoce las facultades del empleador para hacer uso de la facultad del *ius variandi*.

DÉCIMO: ... En ese sentido, cabe despejar, en primer lugar, que si bien en el informe de fiscalización, más precisamente en el informe de exposición, se señala que el empleador cambió el lugar de prestación de servicios unilateralmente, la denuncia que da origen al proceso judicial menciona el no otorgamiento de trabajo convenido como la calificación de los hechos señalados, para luego citar la disposición del artículo 243 del Código del Trabajo, en cuanto a la proscripción del ejercicio del *ius variandi* por parte del empleador respecto de los dirigentes sindicales. Tal confusión entre la actuación administrativa, la calificación del hecho efectuada en la denuncia y el derecho citado, se resuelve por la abogada de la parte actora al formular las observaciones a la prueba, al centrar el objeto de la litis en el no otorgamiento de trabajo convenido, al inicio de su intervención. Así las cosas, no cabe sino señalar que, el cambio de ruta de un dirigente sindical que, durante años, se desempeñó en una determinada zona geográfica, podría constituir un ejercicio ilegal del *ius variandi*, mas no una falta de otorgamiento de trabajo convenido, puesto que este último consiste en la eliminación absoluta, para el trabajador afectado, de la posibilidad de prestar los servicios que se acordaron entre las partes, por cualquier forma. De contrario, el ejercicio ilegal o abusivo del *ius variandi* significa la alteración de la naturaleza de los servicios prestados o el sitio en que ellos deben llevarse a cabo, sin cumplir con los requisitos previstos en el artículo 12 y, en este caso, sin que se verifiquen las condiciones excepcionales previstas por el artículo 243, ambos del Código del Trabajo. De lo anterior no cabe sino concluir que los hechos sobre los que versó la discusión de la causa y que se acreditaron en autos, esto es, la eliminación de la ruta de la quinta región, servida por el Sr. Miranda, y su traslado a una ruta en la Región Metropolitana, no configuran la infracción legal denunciada.

Sin perjuicio de ello, y dado el manto de dudas con que quedó establecida la litis, simplemente cabe indicar que tampoco es posible estimar que hubo, de parte de la denunciada, un ejercicio abusivo del *ius variandi* que constituya una práctica antisindical, por cuanto la eliminación de una ruta determinada, por motivos económicos, es un acto del empleador en el ejercicio de sus facultades, que quedó suficientemente justificado a través de la prueba rendida en autos. No obrando antecedente alguno que permita establecer que la eliminación de la ruta a la quinta región atentó en contra de la libertad sindical del Sindicato de Trabajadores N° 1 de Empresa Pancho Villa S.A., al no constar de la prueba que la organización se haya visto afectada en alguna forma por dicho cambio; como tampoco que se haya tratado de un acto que haya ido en perjuicio del dirigente Sr. Miranda al mantenerse sus remuneraciones conforme se razonó en el considerando octavo y reducirse su doble jornada de trabajo, al no estar obligado a pernoctar fuera de la ciudad en que vive, no es posible entender que se configura alguna de las situaciones previstas por el artículo 289 del Código

del Trabajo, ni que se trasgrede lo estatuido en el artículo 1 del Convenio N° 135 de la OIT²⁸.

De lo dicho, se observa que esta línea de decisión judicial avanza en profundizar el criterio de la razonabilidad a la hora de medir las consecuencias de la legislación evitando la proliferación de resultados indeseados²⁹, más aún cuando la legislación laboral otorga importantes herramientas de protección a

²⁸ Sentencia del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de fecha 8 de febrero de 2012, en causa Rit S-90-2011.

²⁹ Véase en este sentido la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5.678-2008: "Que, como ya lo ha resuelto esta Corte en la causa Rol 5001-2008, con relación a lo que se ha venido exponiendo, "no resulta atendible la argumentación esgrimida en el recurso acerca de que, con arreglo a lo dispuesto en la señalada norma del artículo 124 de la Ley General de Servicios Eléctricos, las municipalidades sólo estarían autorizadas para decretar la canalización subterránea de las líneas de conducción ya existentes, no así de aquéllas que se instalaren en el futuro; por no conciliarse semejante razonamiento con dos criterios lógicos de inveterada raigambre en la hermenéutica judicial: el principio "*a fortiori*", según el cual, quien puede lo más puede lo menos ("*qui potest plus, potest minus*") y el principio "*ad absurdum*", que proscribiera cualquiera interpretación que lleve a conclusiones absurdas";" (considerando 7°). "Que como fue considerado en dicha causa, "el primero de los criterios enunciados cobra vigencia al fijarse el verdadero alcance que corresponde reconocer al artículo 124 de la Ley General de Servicios Eléctricos en cuanto a que, si permite a la autoridad municipal ordenar la canalización de las líneas aéreas de conducción eléctrica ya existentes, lo que obliga a emprender el doble trabajo de desmontar primero las estructuras actuales para emplazar, luego, las instalaciones de reemplazo bajo tierra, con mayor razón debe entenderse que esa norma autoriza para que las instalaciones futuras se realicen desde ya, inicialmente, bajo la modalidad subterránea. Otra interpretación que, obviamente, ha de descartarse para conducir a lo absurdo, obligaría para dar aplicación a la norma en comento, que las futuras líneas de conducción eléctrica se instalaren primeramente a través de construcción aérea y, en seguida, se proceda a su sustitución por el emplazamiento subterráneo" (considerando 8°). Y en el mismo sentido sentencia de la Corte Suprema Rol N° 352-2013: "Que para que el sentenciador pueda conocer el conflicto derivado del incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en el contrato de marras y resolver si procede declarar resuelto dicho contrato debe, naturalmente, abocarse primero a delimitar el contenido de dichas obligaciones, lo que supone interpretar la voluntad de las partes, manifestada en el convenio que les dio origen. Este proceso hermenéutico no puede ser delegado o entregado a un juez distinto, ya que forma parte de una misma actividad jurisdiccional y constituye un presupuesto indispensable para la decisión del conflicto, de modo que la artificiosa distinción que propone el Tribunal de Alzada en la sentencia cuestionada, fundada únicamente en la confusa redacción de la cláusula compromisoria que las partes han convenido, no puede ser aceptada. Por lo demás, tal conclusión supone a su vez interpretar la cláusula compromisoria, lo que, de conformidad a la tesis que proponen los jueces, llevaría a la absurda constatación de que tal asunto tampoco podría haber sido conocido por la justicia ordinaria;" (Corte Suprema, considerando 9°). Véase también sentencia de la Corte Suprema Rol N° 6.058-2008: "Que así entonces, de efectuarse una interpretación literal del artículo 18 A de la Ley N° 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustible, disposición que establece que la interposición del recurso de reposición suspende el plazo para reclamar, resultaría que podría darse entonces la absurda situación que la interposición de un recurso jerárquico interrumpe el plazo para reclamar judicialmente, que comienza a correr de nuevo desde el momento de la notificación de lo que se resuelva o desde que se estime desestimado por el transcurso del plazo; y en cambio, el recurso de reposición no, pese a que el jerárquico puede interponerse conjuntamente con él, en forma subsidiaria;" (Considerando 4°). "Que por el contrario, una interpretación sistemática de tal disposición, atento lo dispuesto en el artículo 19 del Código Civil, haciéndolo compatible con el espíritu de la legislación en lo que a las reclamaciones administrativas se refiere, según ya se ha indicado, nos lleva a concluir que no queda más que entender que si bien el legislador utiliza el término suspender, el efecto de la interposición del recurso de reposición es en verdad la interrupción del plazo para reclamar judicialmente de la resolución;" (Considerando 5°). "Que así entonces, habiéndose interpuesto este recurso de reclamación el 29 de febrero pasado, al décimo día hábil luego de notificada la resolución por la que se negó lugar al recurso de reposición interpuesto, éste lo fue en forma oportuna." (Considerando 6°).

la labor sindical, siendo la vía principal el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Se trata en definitiva de incorporar en el análisis la cuestión del objetivo, razón o proporcionalidad de la decisión del empleador, ya que son esas las consideraciones que el procedimiento de tutela de derechos efectúa o exige a partir del artículo 485 del Código del Trabajo. Lo anterior es, además, concordante con la legislación comparada.

En efecto, el derecho español adopta un vocabulario o concepto similar al regular la modificación unilateral de las condiciones de trabajo en el artículo 41 del Estatuto de Trabajadores, al disponer que “la dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”³⁰.

Jurisprudencia inglesa avanza en similar línea, en el caso “*Catamaran Cruisers Ltd v. Williams*” se concluye que el cambio al contrato de trabajo puede verse razonablemente justificado por razones de índole económica³¹.

En efecto, la tendencia latinoamericana comparada de la regulación en materia de *ius variandi* se inclina por la adopción de la categoría de razonabilidad, frente a una versión meramente tarifaria de las medidas que puede adoptar el empleador en el ejercicio de dicha facultad³².

Especialmente interesante resulta ser el artículo 66 de la Ley del Contrato de Trabajo de Argentina que dispone que “*El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador. Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido*”

³⁰ Véase en este sentido SALA FRANCO, Tomás, PEDRAJAS QUILES, Antonio, *La modificación e inaplicación de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 20 y ss.

³¹ En dicha sentencia se apoya la tesis siguiente: “an employer can, without incurring liability for unfair dismissal, unilaterally impose variations to the contract of employment for ‘business reasons so pressing that it was absolutely vital for the employer’s business the terms be accepted’, something that is strikingly similar to the Italian notion of *extrema ratio*”. Véase FREEDLAND, Mark, KOUNTOURIS, Nicola, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 211; En este mismo sentido véase CABRELLI, David, *Employment Law in Context: Text and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 221.

³² Desde la perspectiva del derecho uruguayo puede consultarse a MOREIRA ROCCA, Danubio, “Jus Variandi. Con especial énfasis en las tendencias jurisprudenciales”, en *Derecho del Trabajo*, T.I., V.V.A.A., fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012, pp. 334-335.; También el derecho argentino incorpora como elemento determinante del ejercicio del *ius variandi* la razonabilidad de la medida adoptada por el empleador: “La ausencia de razonabilidad en el ejercicio del *ius variandi* genera, sin más, la violación de la falta de perjuicio al trabajador. Todo ejercicio del poder de dirección empresarial que, so capa de aplicación del *ius variandi* carece de razonabilidad, causa inevitablemente un perjuicio al trabajador”. (C.Civ. y Com. Paraná [Entre Ríos], noviembre 16-1995; “*Descamps Gustavo c. Laboratorios Tuma SRL*”).

sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva.”. Sobre lo anterior, se señala que “La medida debe ser razonable, tiene que ser funcional, responder a una necesidad lógica de explotación de la empresa y estar vinculada a la protección de bienes y servicios: puede alterarse el contrato para efectuar una reorganización, para modernizar la producción o informatizar un área determinada. Debe existir una razón valedera: no se admite una actitud basada en el mero interés o simplemente caprichosa; lo que está prohibido es el uso arbitrario, aquel que no se basa en necesidades funcionales o en el interés colectivo de la empresa”³³.

5. Efectos del sistema de tutela en la resolución de conflictos del *ius variandi*

Como está dicho, y conforme se observa de la segunda línea de jurisprudencia ya revisada, la aplicación del sistema de tutela como mecanismo único de solución de los conflictos de derechos fundamentales, y particularmente en el caso que plantea el ejercicio de *ius variandi* sindical, no sólo debe ser preferida por las ventajas ya enunciadas (juicio de razonabilidad y/o de preservación de la bilateralidad del proceso laboral), sino también por cuanto intenta superar las limitaciones de una interpretación y/o aplicación formal del artículo 243 inciso 2 del Código del Trabajo.

En materia de caso fortuito o fuerza mayor, ciertamente hay un amplio abanico de situaciones en las que, aunque no se cumple exactamente con las notas propias de dichos institutos, el empleador se encuentra en la “necesidad”, sino enfrentado a una única alternativa, de variar unilateralmente algunas de las cláusulas del contrato de trabajo respecto de su personal, incluidos trabajadores amparados o titulares del cargo de dirigente sindical.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de una reorganización empresarial por las condiciones de mercado; en el caso en que expire el contrato de arrendamiento del local en el que se presta el servicio; o que sea muy conveniente económicamente el cambio de establecimiento; que la empresa, analizando el mercado, determine que se dejará de producir un determinado bien o que se externalizará una función o parte de sus actividades; que el mandante de una empresa contratista termine un contrato comercial o que prohíba la entrada de un trabajador que es dirigente sindical, por algún motivo justificado.

³³ GRISOLIA, Julio Armando, HIERREZUELO, Ricardo Diego, *Derechos y Deberes del Contrato de Trabajo*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, p. 111.

Como se puede apreciar de la lectura de los ejemplos planteados –y teniendo en cuenta además la inabarcable gama de situaciones análogas, algunas ya tratadas en la jurisprudencia citada–, todos ellos imponen al empleador la *necesidad de realizar* las adecuaciones y de disponer de un margen mínimo de discrecionalidad inherente al poder de mando y dirección que le reconoce la ley, obviamente dentro de los límites impuestos por el artículo 12 del Código del Trabajo; cambios estos que tienen o pueden tener, además, un impacto en un grupo ampliado de trabajadores, y no únicamente en la persona del dirigente sindical.

Se trata en definitiva de situaciones que podrán no calificar estrictamente como caso fortuito o fuerza mayor en los términos del derecho común, pero que imponen o exigen al empleador un cambio operacional o una decisión que afecta o pueden afectar la mayor de las veces a un universo de personas, y no sólo a quienes cuentan con fuero sindical, muchas de ellas impuestas, además, externamente o por decisión de terceros. Así, la necesidad que motiva el *ius variandi* podrá provenir de los mandatos de razonabilidad impuestos por una situación propia del manejo del negocio bajo ciertos criterios ineludibles.

De lo anterior, podemos entonces y desde una perspectiva general, distinguir dos fuentes de la “necesidad” a que hacemos alusión: una *extrínseca*, como cuando alguien es llevado a realizar una conducta movido por una causa externa, y otra *intrínseca*, cuando alguien es compelido por la razonabilidad de un objeto y no puede dejar de escogerlo por razón de su conveniencia.

En todos los casos que hemos ejemplificado, el empleador se encuentra frente a una “necesidad” de actuar. En este sentido, es tan necesario para el empleador cambiar el lugar donde se prestan servicios cuando encuentra otro lugar con iguales características, en el mismo barrio, pero por la mitad del precio, como cuando un terremoto o incendio arrasa el lugar donde se prestaban los servicios. Como se ha indicado, la aplicación del *ius variandi* “puede justificarse por la necesidad que la empresa tiene de flexibilizar su actividad para su mejor funcionamiento, dado los requerimientos de administración”³⁴.

Por el contrario, si se sigue la regla impuesta por el artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo, cuando expire el arrendamiento del lugar donde se prestan los servicios, sin posibilidad de renovación, no se podrá cambiar de lugar al dirigente sindical sin su aquiescencia.

Todo ello pone de manifiesto entonces los inconvenientes reales que puede acarrear el entendimiento exclusivamente formal y restrictivo del artículo 243

³⁴ WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Derecho de las relaciones laborales*, Editorial Universitaria, Santiago, 2003, p.269.

inciso 2° y que, como hemos visto, caracteriza invariablemente la posición de la jurisprudencia administrativa.

Por su parte, y si bien la jurisprudencia judicial ha hecho esfuerzos por resolver de modo razonado el conflicto que plantea la coexistencia del artículo 243 inciso 2° en conato con el procedimiento de tutela laboral, podemos sostener que dicha labor parece no arribar a una solución efectiva del problema, por cuanto si bien ha podido resolver y calificar cuándo el *ius variandi* aplicado al dirigente sindical constituye o no una afectación a la libertad sindical, se ha visto impedida igualmente de hacer válida la modificación contractual intentada por el empleador, precisamente en razón de la coexistencia de la norma prohibitiva del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo.

Así, y sea por vía de la aplicación estricta de la citada norma, o por resolución del conflicto por el camino de la tutela, se ha terminado siempre arribando a un criterio de inamovilidad funcional y/o geográfica del dirigente sindical, sólo con la diferencia que para algunos casos las facultades ejercidas por la empleadora han sido tenidas como práctica antisindical –con las consecuentes sanciones aparejadas a dicha calificación–, en tanto que una posición más benevolente sólo se ha limitado a no calificarlas como tales, pero sin resolver, en verdad, nada sobre la coexistencia de dichos sistemas o sobre la razonabilidad o justificación de la medida empresarial, a no ser para la sola evaluación de la multa.

De lo expuesto, nos parece importante profundizar o insistir en el juicio de razonabilidad a la hora de medir las consecuencias de la legislación y en la necesidad imperativa de aplicar las normas evitando la proliferación de resultados inadecuados –que es aquello que efectivamente ampara el procedimiento de tutela–, más aún cuando la legislación laboral otorga herramientas de protección a la labor sindical, lo que hace necesario plantear la necesidad de mantener o no una disposición normativa que pugna con la necesidad y derecho del empleador de poder justificar la razonabilidad de sus decisiones.

6. Conclusiones

De lo expuesto, podemos entonces concluir lo siguiente.

- a) La norma del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo exige una interpretación armónica con los demás institutos vigentes en materia de protección de derechos fundamentales, en particular con la disposición del artículo 485 inciso 3 del mismo Código.
- b) El juicio de razonabilidad y respeto al contenido esencial del derecho protegido es una exigencia que el legislador ha impuesto a toda decisión del empleador, quedando la norma en cuestión –243 inciso 2° del Código

del Trabajo—, al margen de dicha consideración, siendo una disposición que no se integra al ordenamiento de protección laboral vigente.

- c) La jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo ha adoptado una visión meramente restrictiva y formal de la norma, que no considera ni evalúa los criterios que el legislador impone a la hora de determinar si existe o no una vulneración de derechos fundamentales.
- d) La jurisprudencia judicial ha desarrollado por su lado dos líneas divergentes de interpretación de la norma y del alcance de sus efectos y su interacción con los demás mecanismos de tutela de derechos, en pos de la protección al ejercicio de la libertad sindical.
- e) Que cualquiera sea la línea de jurisprudencia que se adopte, el tenor literal de la norma del artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo determina irremediamente en una inamovilidad funcional o geográfica del trabajador dirigente aforado, en algunos casos, aparejada de una sanción por práctica antisindical, y en otros con el mero reproche de haberse infringido una norma prohibitiva, pero en caso alguno se avanza en una solución que permita integralmente ofrecer una herramienta eficaz a las partes del contrato de trabajo y que considere un legítimo y razonado ejercicio del *ius variandi* sindical.

7. BIBLIOGRAFÍA

CABRELLI, David, *Employment Law in Context: Text and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, "El test de proporcionalidad que se promueve en la tutela de derechos fundamentales y las premisas a las que se adhiere" en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, T. XLV, 2015, 2° semestre.

DÍAZ GARCÍA, Luis Iván, "La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales" en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, T. XXXVI, 2011, 1er Semestre.

FERA, Mario Silvio, NAVARRO, Marcelo Julio, RODRIGUEZ NOVO, Daniel, "Ius Variandi", en *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen I, AbeledoPerrot, Santiago, 2012.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, WALTER DÍAZ, Rodolfo, "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral" en *Revista de Derecho*, Vol. XXIV, N° 2, diciembre 2011.

FREEDLAND, Mark, KOUNTOURIS, Nicola, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

GRISOLIA, Julio Armando, HIERREZUELO, Ricardo Diego, *Derechos y Deberes del Contrato de Trabajo*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010.

LANATA FUENZALIDA, Gabriela, *Contrato individual de trabajo*, LexisNexis, Santiago, 2007.

LIZAMA PORTAL, Luis, *Derecho del Trabajo*, LexisNexis, Santiago, 2005.

MELLA CABRERA, Patricio, DOMINGUEZ MONTOYA, Alvaro, "Conflicto de Derechos Constitucionales y Juicio de Tutela laboral en Chile: Estado Doctrinal, Legal y Jurisprudencial", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, xxxix, 2° Semestre, 2012.

MOREIRA ROCCA, Danubio, "Jus Variandi. Con especial énfasis en las tendencias jurisprudenciales", en *Derecho del Trabajo*, T. I., V.V.A.A., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.

SALA FRANCO, Tomás, PEDRAJAS QUILES, Antonio, *La modificación e inaplicación de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SARTHOU, Helios, *Trabajo, derecho y Sociedad*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

SIERRA HERRERO, Alfredo, "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en Chile", en V.V.A.A. *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014.

THAYER ARTEAGA, William, NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo*. T. I, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

TOLEDO CORSI, César, *Tutela de la Libertad Sindical. En especial de la sanción de las Prácticas Antisindicales. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Legal Publishing Chile, 2013, Santiago.

Tutela de la libertad sindical, Thomson Reuters, Santiago, 2013.

UGARTE CATALDO, José Luis, "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. xxxiii, segundo semestre, 2009.

"La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro", en *Revista de Derecho*, Vol. xx, N° 2, diciembre 2007.

Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, Legal Publishing Chile, 2009, Santiago.

WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Derecho de las relaciones laborales*, Editorial Universitaria, Santiago, 2003.



**Análisis
jurisprudencial**



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Colusión: Un análisis jurisprudencial. Medios de prueba y aplicación de multas¹.

(Tercera 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.

Es posible definir colusión como acuerdos explícitos para la fijación de precios que normalmente son tratados por las autoridades regulatorias y las cortes como violaciones per se a la ley. Dentro de los indicios que permiten determinar la existencia de un acuerdo colusorio podemos encontrar contratos de exclusividad, establecimiento de cuotas territoriales, entre otros. Los casos de colusión deben estudiarse en su mérito para determinar si es que resultan condenables, dado que la prueba tiende a ser valorativa, por la dificultad de contar con confesiones de las partes en que reconozcan su participación. (Crandall, 2003), por tanto, la principal dificultad que debe asumir la autoridad regulatoria está dada por el aseguramiento de prueba capaz de sustentarse ante los Tribunales Superiores de Justicia.

Ante todo, resulta importante considerar que los incentivos a los miembros parte de un acuerdo colusorio están dados por la búsqueda de la máxima utilidad posible, con miras a beneficiar a los actores que forman parte de ella, a expensas de los compradores, que no se encuentran representados en la negociación del acuerdo colusorio, por tanto, la solución de los miembros del acuerdo tiende a pasar por un aumento del precio como una solución colectiva a su búsqueda de maximización de utilidades. (Dolbear, y otros, 1968)

Con todo, existen autores que han planteado en sus análisis que, en algunos casos, la autorización de colusiones desde las políticas públicas ha implicado

¹ Con la participación de la alumna tesista de la Universidad del Desarrollo Consuelo Sancho Osorio.

beneficios a la competencia en mercados con altos costos hundidos, como es el caso de los ferrocarriles (Russo, 2001), con todo, esa no es la situación de mercados con baja elasticidad en la demanda de productos altamente homogéneos, como son los casos que se han dado en el mercado chileno.

Existe consenso en la doctrina que el ilícito de colusión es el más dañino para el mercado, al impedir el ingreso de nuevos competidores, dejando a los consumidores a merced de los miembros del acuerdo en el mediano plazo.

De acuerdo a la Comisión Europea, la conducta colusoria se puede desplegar de dos maneras. En primer lugar, mediante la fijación de precios concordados entre los actores. Y, en segundo lugar, por medio del establecimiento de cuotas de mercado (OCDE, 2002). En las primeras, es decir, cuando fijan precios de mercado tienden a soportar de manera ficticia un precio mayor que el que sería aplicable a los consumidores de mantenerse entre los agentes de mercado una conducta competitiva.

Se ha demostrado que aun dentro del marco de un acuerdo colusorio, no todos los agentes participantes obtienen beneficios análogos, de acuerdo a Clark y Houde, en el caso del ilícito de colusión, los más beneficiados en ellas son los proveedores más importantes de un mercado, porque pueden asegurar su parte del mercado en el tiempo (Clark, 2013).

En Chile, el ilícito de colusión se encuentra regido por el Decreto Ley N°211 de Defensa de la Libre Competencia, el cual fue modificado por la ley 19.911, y ha determinado que los comportamientos colusorios deben estudiarse en su propio mérito, para poder establecer sanciones que dependan de la gravedad de la conducta, beneficios logrados por los agentes involucrados, participación en el apoyo de la investigación de la FNE y el nivel de daño que los agentes han infringido al mercado (PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 2002).

El presente artículo continuará con el análisis de la jurisprudencia del TDLC y de la Excelentísima Corte Suprema, en relación al ilícito de colusión, especialmente orientado a los medios de prueba generalmente aceptados en estos casos y los criterios aplicables para la determinación de los montos de multas aplicadas a los actores involucrados en estos casos.

I. Sobre los medios de prueba.

Una de las principales particularidades del proceso de defensa de la libre competencia está dada por la dificultad de producir prueba convincente para la Corte Suprema de Justicia en caso de la presentación de un recurso de reclamación

en contra de una sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC).

En el caso del ilícito de colusión, se complica aun más la producción de evidencia, dado que todas las personas que tienen algún grado de conocimiento del ilícito son los mismos implicados en el acuerdo colusorio, y, por tanto, carecen de mayores incentivos para confesar ante la Fiscalía Nacional Económica su participación, a menos que cuenten con algún beneficio especial, como es el caso de la aplicación de la delación compensada, como se verá más adelante en el presente artículo.

Para González, existen dos clases de evidencia que permiten probar el ilícito de colusión: La evidencia circunstancial y la evidencia dura. En primer lugar, la evidencia dura corresponde a pruebas materiales, cualquiera clase de documentos, independientemente de su soporte físico o virtual (Gonzalez, 2011). En segundo lugar, la evidencia circunstancial corresponde a aquella que se desprende del comportamiento de las empresas, particularmente del estudio de sus relaciones comerciales (González, 2011).

Con todo, en materia de Libre Competencia no existe una norma que fije un estándar probatorio estricto, como indica el TDLC al determinar en su considerando: "Sexagésimo séptimo. Que, como se ha dicho, no existe en materia de libre competencia una norma que indique el estándar probatorio aplicable de modo general, ni para casos de colusión en particular, por lo que ha debido ser la jurisprudencia de este Tribunal y de la Excma. Corte Suprema la que ha debido integrar este vacío legal"²

Por razones de certeza, tiende a ser valorable la existencia de prueba dura por sobre la prueba circunstancial, dado que permite un mayor grado de convicción en la aplicación de sanciones por parte del TDLC y de la Excelentísima Corte Suprema, que sean capaces de cumplir con el estándar probatorio que se ha fijado para los procesos contenciosos en esta materia. Lo cual se desprende de la interpretación del Considerando: "Sexagésimo quinto. Que, sin embargo, el D.L. N° 211 no hace alusión alguna al estándar de prueba aplicable en materia de libre competencia, cuestión del todo fundamental, ya que éste tiene como función, además de establecer cuándo estará justificado tener por probado una determinada hipótesis fáctica, distribuir el riesgo del error involucrado en un determinado caso"³

² Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.", página 39.

³ Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.", página 38.

En relación a la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en esta materia, el TDLC ha planteado: “Septuagésimo. Que si bien la Excma. Corte Suprema no definió de manera categórica en qué consiste el estándar que ella califica como de “prueba clara y concluyente”, este Tribunal entiende que dicho estándar, para poder formar la convicción de este Tribunal, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza “más allá de toda duda razonable”, como se exigiría en materia penal”⁴

Lo anterior se reafirma en la sentencia N° 137-14 en causa “FNE contra E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada y otros”, donde se reproducen en forma íntegra las ideas antes indicadas, en su página 27.

Por lo tanto, es posible concluir, siguiendo a González, que en materia de colusión se impone la evidencia dura por sobre la circunstancial, entendiendo por tal inspecciones directas, programas de amnistía y delación compensada. Las primeras corresponden a los registros que puede realizar en las dependencias de agentes económicos investigados con miras a recolectar evidencia de un acuerdo colusorio.

La delación compensada, por su parte, corresponde a la confesión realizada durante el proceso de investigación del ente fiscalizador (en el caso chileno la Fiscalía Nacional Económica), por uno o más miembros de un acuerdo colusorio, reconociendo su participación en el ilícito y aportando antecedentes relevantes para ésta.

Mediante la aplicación del beneficio de la delación compensada se abre la posibilidad para que los agentes miembros de la conducta se autodenuncien, obteniendo inmunidad en la aplicación hasta en el total de la multa que potencialmente pudiera proceder en su contra.

De acuerdo al procedimiento vigente, el organismo persecutor solicita al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la aplicación del beneficio en un máximo del total de la multa en el primer beneficiado y hasta un cincuenta por ciento en el segundo, siempre que aporte antecedentes complementarios relevantes que apoyen la investigación.

La evidencia circunstancial, por su parte, es aquella que permite al ente fiscalizador comparar el comportamiento de las empresas, de tal manera de detectar cualquier comportamiento anormal que pueda ser usado como indicio de un acuerdo entre las entidades coludidas.

⁴ Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, “FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.”, página 39.

Por regla general, se analiza el mercado determinado mediante el supuesto de un oligopolio, es decir, existe una alta concentración en el mercado, con pocos actores que controlan las decisiones en éste, pero en el cual ninguno de los agentes está dotado por separado del poder para fijar los precios por sí mismo, por lo que requiere de la colaboración de otros agentes.

Los detractores de la evidencia circunstancial plantean que en este ejercicio se usa como supuesto que la decisión de una rebaja en los precios por parte de alguno de los agentes, necesariamente incidirá en la oferta de todos los competidores, los que se verán obligados a reaccionar bajando sus precios a su vez. De tal manera que las reacciones de los agentes son consecuencia de los actos de otros entes relevantes en el mercado, que no necesariamente implican una colusión entre ellos.

Con todo, los miembros de un acuerdo colusorio pueden concordar sus actos sin necesidad de actuar expresamente, por lo tanto, desarrollan acciones paralelas que les impliquen los beneficios de un acuerdo colusorio, sin los riesgos de una comunicación directa.

¿Cómo es posible determinar cuándo se analiza un caso de acciones paralelas? Para Kaysen, no es posible descartar en forma absoluta que las empresas "acuerden participar de un acuerdo", las acciones paralelas pueden servir de base para la inferencia de una colusión, dado que el patrón de comportamiento de las empresas que actúan desde una estructura competitiva es diverso al que muestran al momento de rivalizar entre ellas (Kaysen, 1951).

En estos casos, los agentes de mercado logran sostener precios irregularmente altos mediante una interacción repetida entre ellos y el establecimiento de castigos entre ellos para mantener la cooperación (Knittel, 2003), sin necesidad de mantener una comunicación fluida entre ellas.

Siguiendo a Knittel, existen ciertos indicios que resultan evidentes en un acuerdo colusorio tácito de fijación de precios. Comprendiendo que es más fácil mantener en el tiempo una colusión entre un número menor de firmas, dado que el incentivo está dado para quedarse en el acuerdo en el tiempo, es más fácil, en opinión del autor, mantener una colusión tácita ante una alta concentración de mercado. Además, para él, resulta razonable el plantear que la colusión será más atractiva para las grandes firmas que para las pequeñas, porque las posibilidades de ganancias son proporcionalmente mayores. (Knittel, 2003)

Con todo, si bien es cierto que las pruebas econométricas permiten determinar en forma fehaciente los comportamientos ejecutados por los agentes, midiendo el grado de competencia del mercado. Para Aldo González, esta forma de prueba no cumple con los estándares requeridos por los Tribunales que tienen

a su cargo la resolución de estos casos, para él existen dos riesgos de error en la sentencia de la colusión: en primer lugar, sancionar a quien no ha incurrido en la conducta, y, en segundo lugar, no sancionar a un agente que haya participado en el ilícito. (Gonzalez, 2011).

Para Knittel, por su parte, la prueba de la colusión tácita, al contrario de la colusión expresa tradicional, es a través de la distribución de precios, dado que su estructura es claramente diversa de un patrón tradicional. Siguiendo la línea de Porter y Zona, plantea que los patrones de precios tenderán a mostrar la igualdad en la distribución del mercado (Knittel, 2003).

En la jurisdicción nacional, dada la especialización jurídica de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, en Chile resulta más certero intentar la estructuración de un caso de colusión desde pruebas materiales, aun cuando su dificultad de obtención sin delación compensada es más difícil de lograr.

a. Prueba directa.

Como ya se ha anunciado con anterioridad, la persecución de conductas colusorias, especialmente la investigación respecto de cartel, genera varios problemas. El primero, estos acuerdos son secretos. Segundo, las agencias gubernamentales tienen dificultades para lograr pruebas convincentes. Tercero, la prueba presentada por las agencias gubernamentales, a falta de evidencias concretas, tales como documentos, acuerdos escritos, o confesiones de las partes involucradas, suele revestir un carácter circunstancial, intentando interpretar una serie de actos que individualmente considerados no tienen mayor valor, pero que estudiados en su conjunto son capaces de entregarnos algunos indicios sobre la existencia de conductas colusorias, lo que no siempre es aceptado por los Tribunales de Justicia.

Respecto de la prueba directa, una de las vías de prueba más importante que se han manifestado en la jurisprudencia del TDLC es la confesión en sus dos formas. Durante el período de investigación es posible para los miembros de un acuerdo entregar antecedentes incriminatorios ante la Fiscalía Nacional Económica mediante la aplicación de la Delación Compensada, cumpliendo con los requisitos exigidos por el DL N° 211. Una vez iniciado el proceso judicial contencioso propiamente tal, las partes requeridas por el regulador pueden reconocer su participación ante el TDLC mediante una confesión tradicional.

El TDLC ha sido claro en el valor de la confesión como prueba directa al plantear: considerando: "Trigésimo tercero. Que, en relación con lo anterior, efectivamente una confesión judicial prestada ante el Tribunal en la audiencia de absolución de posiciones de rigor, constituye una prueba directa de la participación del confesante en el acuerdo colusivo y, cuando es usada contra los

demás requeridos, sólo puede dársele el valor de una prueba testimonial, cuya fuerza probatoria debe analizar este Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para lo cual se apreciará especialmente la precisión y verosimilitud de la declaración, y su conformidad con las restantes pruebas del proceso;⁵

Con todo, la importancia de la interpretación del TDLC está dada por la aplicación de la sana crítica, validando la experiencia personal y profesional de los magistrados a cargo de la definición del caso, en razón de las particularidades de esta materia, al indicar: Considerando: “Trigésimo quinto. Que, sin embargo, cuando ese reconocimiento es efectuado sólo por algunos de los acusados de haber participado en una conducta colusiva, su valor probatorio debe ser apreciado por este Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para lo cual se apreciará especialmente la precisión y verosimilitud de dichos reconocimientos, analizados conjuntamente con el resto de la prueba que obre en el proceso...”⁶

La confesión como forma de prueba es constitutiva de prueba directa en los términos del TDLC, cuando determina: “Sexagésimo cuarto: Que este Tribunal concuerda con lo sostenido en el informe en derecho acompañado por la FNE a fojas 7035 y siguientes en orden a que, “[l]a confesión de un miembro del cartel constituye una prueba directa del acuerdo. Ahora bien, es necesario notar que, desde un punto de vista procesal, la confesión, cuando es usada contra los demás demandados, es prueba testimonial” (p. 66 del informe, a fojas 6880 de autos)”⁷

Asimismo, es importante considerar que la confesión como forma de generación de prueba implica la gestación de una atenuante a favor de los miembros de un acuerdo conciliatorio dentro de un proceso de defensa de la libre competencia, como lo plantea el TDLC, al indicar: “Quincuagésimo. Que, en consecuencia, los reconocimientos prestados en autos por las requeridas AGETV, Transportes Lourdes y Transportes Libertad, mediante los acuerdos conciliatorios celebrados y las declaraciones juradas acompañadas a los mismos, constituyen prueba directa de su participación en el acuerdo colusivo, pero respecto de los demás requeridos sólo puede dársele el valor de una prueba testimonial, la que se apreciará especialmente considerando la precisión y verosimilitud de la declaración y su conformidad con las restantes pruebas del proceso, a efectos de determinar si la prueba rendida en autos es suficiente para formar la convicción que este Tribunal exige en relación con la existencia del acuerdo de precios que imputa la FNE en su requerimiento”⁸

⁵ Sentencia 137-14 de causa Rol C- 248-13, “FNE contra E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada y otros”, página 27.

⁶ Sentencia 137-14 de causa Rol C- 248-13, “FNE contra E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada y otros”, página 28.

⁷ Sentencia 119-2012, de causa Rol C- 184-08, “FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros”, página 54.

⁸ Sentencia 141-15, de causa Rol C-244-12, “FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros”, página 35.

En segundo lugar, una de las principales herramientas en el sentido de lograr este último objetivo se refiere a la incorporación de la delación compensada o *leniency* como una forma de conseguir la confesión de alguno de los miembros del cartel, el cual recibiría la exención de acuerdo al proyecto del Ejecutivo, del total de la multa a la que pudiera ser condenado.

La opción de la delación compensada es utilizada como incentivo para romper el equilibrio entre las fuerzas que preservan el estado del acuerdo colusorio. Quiebra la interdependencia social que presentan todos los elementos que forman parte del acuerdo, ejerciendo influencia en aquellos mismos elementos. (Small, 1900). En definitiva, la impunidad ofrecida por la autoridad al primero de los miembros que entregue información sobre la infracción del grupo permite que se quiebre la lealtad de quienes forman parte de dicho acuerdo.

Respecto del valor probatorio que se otorga a la delación compensada, el TDLC ha prescrito, de acuerdo a su considerando: "Vigésimo quinto. Que este Tribunal ha sostenido con anterioridad, y más precisamente en su Sentencia N° 119/2012, que la confesión de un miembro de un cartel constituye una prueba directa del acuerdo y que, desde un punto de vista procesal, cuando es usada contra los demás demandados, ha de otorgársele el valor de una prueba testimonial"⁹

Asimismo, y en relación a la aplicación de la máxima de la sana crítica, el TDLC ha tomado en consideración los motivos que inducen al miembro de un cartel a solicitar la aplicación del beneficio de la delación compensada, al indicar considerando: "Trigésimo. Que conforme a las máximas de la experiencia y de la lógica es razonable sostener que el motivo de la confesión de Tecumseh ha sido precisamente el de evitar las graves consecuencias que para la empresa pudieran derivarse de la prueba de colusión en su contra, razón por la cual dicha confesión ha de considerarse como un antecedente probatorio importante respecto de la existencia del acuerdo, sin perjuicio del análisis de la restante prueba que obra en autos"¹⁰.

Asimismo, el TDLC ha sido claro que el miembro del cartel que haya actuado como instigador en un acuerdo colusorio no resulta beneficiario potencial de la exención de multa, en razón de las características particulares de esta institución. Lo que se desprende del considerando: "Centésimo vigésimo sexto. Que, habiéndose acreditado la conducta de colusión delatada y no habiéndose alegado –ni menos probado– que Tecumseh fue el organizador de la conducta ilícita y que coaccionó a los demás participantes del acuerdo, corresponde aplicar la exención de multa solicitada por la Fiscalía Nacional Económica en

⁹ Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207 - 10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.", página 23.

¹⁰ Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207 - 10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.", página 24.

su requerimiento, en virtud de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 39 bis del D.L. N° 211”¹¹.

Finalmente, en este punto, es importante recalcar, que para la ponderación de la relevancia de la prueba directa producida a través de la confesión o de la delación compensada de un miembro del acuerdo colusorio, no es en sí misma mérito suficiente para considerarla como una prueba completa, por tanto, serán consideradas en conjunto con otras pruebas que se hayan producido a lo largo del juicio, como se desprende de la lectura del considerando: “Quincuagésimo noveno. Que, en efecto, este Tribunal, al dictar su Sentencia N° 133, tuvo especialmente en consideración para tener por acreditados los hechos, la delación compensada prestada por una de las requeridas (consideraciones centésimo decimotercera, centésimo decimosexta, centésimo vigésimo séptima, centésimo trigésimo primera, centésimo cuadragésimo quinta y centésimo cuadragésimo octava), así como las interceptaciones telefónicas realizadas por la FNE. Por su parte, en la Sentencia N° 134, el pronunciamiento de este Tribunal se limitó a hacer una calificación jurídica de determinados hechos que las mismas requeridas confesaron en virtud de la conciliación parcial alcanzada en ese proceso (consideraciones centésimo decimosexta y centésimo decimoséptima)”¹²

b. Prueba indirecta.

Respecto de la prueba indirecta, resulta necesario el plantear la diversa conformación del TDLC, con su alto grado de especialización al conformarse por abogados y especialistas en el área económica, comprendiendo que la regla de interpretación de base es la sana crítica. Con todo, la prueba indirecta presenta limitaciones en la confirmación de las sanciones especialmente ante la Excelentísima Corte Suprema, al considerar que la experiencia de sus Ministros es diversa y menos especializada que la presentada en el TDLC.

De acuerdo al TDLC, la prueba indirecta presenta problemas para sostener con fuerza la necesidad de sanciones en caso de colusión, con todo, se ha planteado al menos un voto de minoría la importancia de conciliar ambas formas de prueba, cuando indica: “5°) Que, en segundo término, estos sentenciadores estiman que la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta, e incluso sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas debe inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a

¹¹ Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207 - 10, “FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.”, página 58.

¹² Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, “FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.”, página 37.

falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia”¹³

La coherencia de los indicios resulta interesante respecto de la ponderación de la prueba en razón de la sana crítica, dado que permite libremente a los sentenciadores utilizar sus propios conocimientos para interpretar y ponderar los indicios, encuadrados en el marco de la lógica y de las máximas de la experiencia (González Castillo, 2006). Así, de acuerdo al mismo fallo antes indicado: “7°) Que este reconocimiento expreso de los indicios o antecedentes como medios de prueba adicionales a los que contempla nuestro ordenamiento procesal civil resulta coherente, a juicio de estos sentenciadores de minoría, tanto con la naturaleza de los ilícitos que les corresponde juzgar como con el sistema de apreciación de la prueba que, también excepcionalmente, el legislador ha querido establecer para ponderarlos. En efecto, debe considerarse en primer término que es de la esencia de las prácticas restrictivas de la competencia –y sobre todo de los acuerdos– que quienes las lleven a cabo intenten ocultar, por todos los medios posibles, la evidencia material que los pueda delatar (comunicaciones escritas o telefónicas, registros de llamadas, minutas de reuniones, actas, etc.), dificultando de esta manera la prueba directa de tales conductas, por lo que sólo queda en manos de quien requiere o demanda la posibilidad de acreditar los indicios o antecedentes que revelen o manifiesten indirectamente la existencia de dicha conducta. Lo anterior es particularmente necesario en un sistema que, como el nuestro, no ha entregado al organismo fiscalizador –la FNE– las facultades necesarias para obtener compulsivamente la denominada evidencia material, directa o “dura””¹⁴

Esta visión concuerda con lo interpretado por la Excelentísima Corte Suprema, cuando define la sana crítica en sentencia 82 de 2009, “FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros” en su considerando: “Décimo: Que otro de los temas que aborda la reclamación dice relación con las pruebas aportadas al proceso, estimando que las de su parte demuestran de mejor forma que no se ha atentado a la libre competencia. Sin embargo, debe recordarse que en esta materia la prueba se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica, que no es otra que ponderar los distintos medios de prueba de acuerdo a los principios de la lógica y las máximas de la experiencia...”¹⁵

Finalmente, resulta importante concluir que ambas formas de prueba, tanto la directa como la indirecta, tienen sustento, especialmente si es que se conjugan de manera sistemática en la interpretación de un caso. Lo que se desprende de la lectura del considerando: “Sexagésimo primero. Que lo anterior, en todo

¹³ Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77-2005, “FNE contra Isapre ING S.A. y otros”, página 101.

¹⁴ Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77-2005, “FNE contra Isapre ING S.A. y otros”, página 101.

¹⁵ Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación contra sentencia 82 de 09, “FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros”, página 7.

caso, no obsta a que en este proceso igualmente se pueda llegar a la prueba y establecimiento de los hechos imputados, toda vez que –como ya han dicho tanto este Tribunal como la Excma. Corte Suprema– “un acuerdo entre competidores puede ser acreditado por prueba directa o indirecta, conforme lo establece el artículo 22 inciso segundo del D.L. N° 211. La prueba directa corresponde a toda clase de antecedentes que sean explícitos y que no requieran de inferencias para establecer la proposición o conclusión que se sostiene, como lo puede ser el reconocimiento de una parte (sin perjuicio que respecto de los demás acusados tenga el valor probatorio de prueba testimonial), o bien la existencia de documentos donde consten nítidamente los términos del acuerdo, cuestión esta última que difícilmente ocurrirá, atendida la naturaleza típicamente clandestina de los acuerdos colusorios. La prueba indirecta, en cambio, es aquella que, sin probar directamente el hecho que se pretende, permite igualmente tener por acreditado dicho hecho mediante inferencias, de lo que se sigue que es perfectamente posible acreditar una colusión valiéndose únicamente de prueba indirecta o de presunciones que lleven inequívocamente a esa conclusión” (Sentencia N° 133, consideración centésimo quincuagésimo segunda). En síntesis: “el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta” (Excma. Corte Suprema en los autos Rol N° 2666-13, consideración décima)”¹⁶

c. Otros aspectos de la prueba.

1) La prueba testimonial.

Otra forma de prueba clásica que resulta relevante es el caso de los testigos, por lo que resulta necesario revisar la interpretación del TDLC en casos de colusión respecto a dos temas fundamentales. En primer lugar, la aplicación de las normas de las tachas de testigos, con particular énfasis, en razón de su importancia, la dependencia de un testigo de la parte que lo presenta. En segundo lugar, la forma de valoración de la prueba testimonial en casos de colusión.

En relación a las tachas de testigos, en materia de libre competencia es posible citar a un dependiente de la parte que lo presenta, como se desprende de la lectura del considerando tercero inciso tercero: “Asimismo, citando la Sentencia N 33/2005 de este Tribunal, sostienen que el testigo no cabrá dentro de aquella calidad de persona que ha tenido acceso a los hechos materiales de debate en un juicio, única excepción que, según las requeridas, permitirá aceptar la declaración de un testigo que es dependiente de la parte que lo presenta, lo que no concurre en la especie.”¹⁷

¹⁶ Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, “FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.”, página 37.

¹⁷ Sentencia 43-2006, de causa Rol C 74-2005, “FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros”, página 80.

En relación a la independencia del testimonio de un testigo, es decir, la presentación de un subordinado o dependiente en dicha calidad en un juicio de defensa de la libre competencia, se ha determinado por el TDLC que el prestar servicios para la parte que lo presenta no implica necesariamente una pérdida de imparcialidad. Cuando señala en su considerando "Cuarto: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a las tachas deducidas, se acogerá aquella fundada en la causal establecida en el número 4° del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el señor Asenjo señaló ser empleado de PB y ocupar el cargo de subgerente comercial de dicha empresa, de lo cual se desprende inequívocamente que, al tiempo de su declaración, prestaba habitualmente servicios retribuidos para la parte que lo presentó a declarar, y carecía de la independencia necesaria para hacerlo. Sin perjuicio de lo anterior, se rechazará la tacha deducida en su contra por la causal del N° 6 de la mencionada disposición legal, dado que la circunstancia en la que se funda, esto es la calidad de dependiente que tiene el testigo, lo priva de independencia, pero no necesariamente de imparcialidad"¹⁸

La interpretación anterior se basa en los conocimientos particulares de los hechos que pueden constar sólo a una persona que forma parte de una organización presuntamente involucrada en un acuerdo colusorio, como se desprende de la lectura de la Sentencia 87- 2009, que en su considerando segundo dispone: "Que, ponderados los elementos de hecho y argumentaciones de las partes, este Tribunal considera que, si bien el testigo es un empleado dependiente de la parte que lo presenta, en razón de su cargo tiene conocimiento directo de los hechos materia de la causa, por lo que rechazará la tacha formulada sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a su declaración bajo el criterio de la sana crítica, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22, inciso final, del Decreto Ley N° 211;"¹⁹

En segundo lugar, es importante indicar que el mérito de la prueba testimonial deberá ser revisado en razón de la gravedad y precisión de la prueba, a fin de facilitar la comprensión en sí misma o en relación al resto de la prueba obtenida a lo largo del proceso, siempre en el marco de la sana crítica, como se desprende de la lectura del fallo "FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros", cuando indica: considerando "Sexagésimo quinto: Que cabe agregar que el valor probatorio de la prueba testimonial depende de los caracteres de gravedad y precisión que ésta tenga para determinar si puede, por sí sola o unida a la restante prueba rendida, formar convicción del Tribunal, aplicando para ello las reglas de la sana crítica. Hay que recordar al respecto que, si incluso

¹⁸ Sentencia 79-2008, de causa Rol C 132-07, "FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros", página 15.

¹⁹ Sentencia 87-2009, de causa Rol C-157-08, "Gustavo Hasbún Selume contra Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros", página 5.

en los casos de prueba tasada la declaración de un solo testigo puede revestir el carácter de plena prueba, según lo dispuesto en el artículo 384 N° 1 en relación con el artículo 426 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, con mucho mayor razón ello podría ocurrir cuando la prueba debe apreciarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica, como ocurre en esta sede;²⁰

2) La comunicación como prueba de la colusión.

Resulta razonable comprender que los miembros de un crimen de organización se encuentran compelidos a buscar un equilibrio entre la coordinación de sus miembros y evitar la detección de sus comunicaciones (Baker & Faulkner, 1993). Pero la dificultad, de acuerdo a Aven, es lograr el equilibrio entre la coordinación y la mantención del flujo de información entre los miembros del bloque (Aven).

Así, es en las comunicaciones, donde se centra la necesidad de las prohibiciones per se de ciertas conductas anticompetitivas para Cooper, dado que constituyen el centro del descubrimiento de acuerdos explícitos (Cooper, 2009).

La comunicación ha sido considerada por el TDLC como una de las pruebas fundamentales para la acreditación de la existencia de un cartel, tanto por su carácter directo, como por la contundencia de su existencia, al considerar: "... para efectos de comprobar lo anterior, corresponde evaluar primeramente si hubo o no comunicación y coordinación entre las imputadas y, en definitiva, si existió concertación de voluntades que otorgase a las requeridas la capacidad aludida en la consideración anterior. Además, corresponde determinar, en segundo lugar, en qué consistió y con qué objeto se produjo dicha eventual concertación de voluntades;"²¹

Esta visión es consistentemente aplicada por el TDLC, validando incluso aquella comunicación acreditada mediante vías electrónicas, y que permiten construir un marco para la interpretación sistémica con otras pruebas presentadas a lo largo del proceso, como se desprende al revisar el considerando: "Cuadragésimo tercero. Que además de los correos electrónicos referidos, y a mayor abundamiento, debe señalarse que constan en el cuaderno de exhibición de la FNE, Tomo I, correos intercambiados antes y después de la reunión de Nürtemberg, que, si bien no son concluyentes por sí mismos, permiten reforzar la tesis de la colusión y por consiguiente constituyen indicios de la misma, considerando las expresiones que contienen, algunas de las cuales se describen a continuación..."²²

²⁰ Sentencia 119-2012, de causa Rol C- 184-08, "FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros", página 54.

²¹ Sentencia 116-2011, de causa Rol C-217-11, "FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros", página 12.

²² Sentencia 122-12 de causa Rol C-207-10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.", página 29.

Además, la comunicación permite a los miembros de un acuerdo colusorio evitar el riesgo de que miembros del mismo lo incumplan, con miras a la búsqueda de su beneficio personal, “engañando” a los miembros del cartel. (Mathewson, 1986)

Dentro de las amenazas más comunes para proteger el acuerdo colusorio, destacan los cambios en los incentivos para coludirse, es decir, que la salida del acuerdo implicará menores ganancias en el mercado para el miembro díscolo. Con todo, esta idea es discutida por Cooper, quien desarrolló una serie de experimentos que llevaron a la conclusión de que estas expectativas en la práctica no son creídas por los actores del mercado (Cooper, 2009).

Con todo, es importante recalcar que cualquier comunicación en sí misma no es constitutiva de prueba suficiente en el marco de una investigación de colusión en la jurisdicción chilena, como se indica expresamente por el TDLC al establecer: “Trigésimo octavo: Que, en cuanto al cuarto indicio invocado por la FNE, referido a la existencia de numerosas conversaciones telefónicas entre las requeridas en el periodo anterior a la presentación de ofertas, este Tribunal estima que la existencia de relaciones comerciales entre las requeridas se encuentra suficientemente acreditada con las órdenes de compra acompañadas a fojas 91, las facturas acompañadas a fojas 565 y las escrituras acompañadas a fojas 317, que proporcionan una explicación alternativa plausible a dichas comunicaciones;”²³

Esta interpretación fue reafirmada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, al indicar en su considerando undécimo relativo al recurso de reposición presentado en contra de la sentencia 79-2008, “FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros” al establecer: “Que, en efecto, y según se anotó en el fundamento séptimo precedente, los oferentes probaron las relaciones comerciales que las ligaban, de manera que resultaba justificada la comunicación que podría haber existido entre ellas; en otras palabras, la comunicación o tráfico de llamados presentado como indicio no sólo pudo tener como motivo la licitación en comento, sino que otros muy distintos...”²⁴

En los crímenes organizacionales podemos distinguir dos grandes grupos, aquellos que son cometidos por un individuo en contra de una empresa, para su beneficio personal, como es el caso de la estafa, y, un segundo grupo, en el cual los individuos participan en conjunto para beneficiar a la organización, por ejemplo, la colusión.

²³ Sentencia 79-2008, de causa Rol C 132-07, “FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros”, página 23.

²⁴ Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 96-09 contra sentencia 79-2008, “FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros”, página 6.

En los ilícitos grupales, las comunicaciones entre los miembros del grupo son restringidas, así limitan la exposición y posible detección, toda la información entregada tiene por finalidad beneficiar la coordinación entre los miembros. Esta conducta es contraria al comportamiento que normalmente mantendrían sujetos que no están involucrados en un ilícito corporativo, dado que para quienes no son parte de la red la información no se limita, y los no miembros pueden comunicarse sin secretos más allá de las estrategias empresariales básicas (Aven).

Tal es el caso de las comunicaciones sobre precios de productos, que de acuerdo a Porter constituye conocimiento estratégico de una compañía, y, por tanto, es de aquellos que no debiera ser público (Porter, 2013). De tal manera, organizaciones que comunican información sensible como la estructura de precios de una empresa es constitutiva de información sospechosa, como se desprende de la sentencia 137-14 de causa Rol C- 248-13, al indicar en su considerando: "Cuadragésimo octavo. Que, si bien es cierto que el intercambio de información comercial sensible entre competidores puede constituir una práctica que facilite la coordinación ilícita entre agentes económicos y que, por lo tanto, no debería producirse, ella por sí sola no basta para acreditar una colusión si no se acompañan otros antecedentes probatorios..."²⁵

En caso de que no exista información concreta respecto de las comunicaciones mismas, existen otros indicios que pueden desprenderse desde registros telefónicos, como lo son el tráfico y duración de las llamadas, como se plantea en sentencia 63-08, de causa Rol C-103-06, "FNE contra París S.A. y otro", en su considerando "Centésimo tercero. Que, además de la evidencia descrita, configura un indicio relevante que reafirma la convicción de este Tribunal la circunstancia que el tráfico y duración de las llamadas en los días 3 y 4 de abril de 2006 es claramente superior al promedio de llamadas entre Falabella, París y estos proveedores en los meses previos, como se observa en el Gráfico 3;"²⁶

3) Reincidencia de un actor ante casos de colusión.

De acuerdo al TDLC, se considera reincidente a un actor que haya sido sancionada por un ilícito de libre competencia con anterioridad a los hechos que pudieran implicar una nueva sanción ante dicha sede. Lo que se deduce de diversas acciones enmarcadas en el mercado del transporte público interurbano. Como se deduce de la lectura del considerando centésimo trigésimo séptimo de la sentencia 133-14, de causa Rol C-224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros": "Que, por su parte, en cuanto a la reincidencia,

²⁵ Sentencia 137-14 de causa Rol C- 248-13, "FNE contra E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada y otros", página 31.

²⁶ Sentencia 63-08, de causa Rol C-103-06, "FNE contra Paris S.A. y otro", página 66.

este Tribunal estima que ni Pullman ni Bahía Azul pueden ser consideradas como reincidentes, toda vez que a la fecha de comisión de la infracción no habían sido sancionadas en esta sede;²⁷

El criterio de sanción previa, como criterio de determinación de la reincidencia, antes que la reiteración en la comisión de la conducta se plantea como la regla de interpretación que prima en el TDLC, lo que se infiere de la lectura del considerando "Sexagésimo sexto. Que, en cuanto al cálculo del monto de la multa que se impondrá conforme a lo señalado precedentemente, este Tribunal debe tomar en consideración, entre otros, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor. Al respecto, no existe en autos evidencia que permita cuantificar el beneficio económico obtenido por Agmital o sus socios, y no se le puede atribuir a dicha asociación la calidad de reincidente, pues los antecedentes de conductas exclusorias realizadas en el pasado no son suficientes para establecer tal calidad de reincidente, al no haber sido juzgadas y sancionadas en sede de libre competencia;"²⁸

Respecto de los beneficios obtenidos por los miembros de un acuerdo colusorio, no corresponden a un criterio que configure reincidencia en opinión del TDLC, lo que se infiere de la sentencia 82-09, de causa Rol C-140-07, "FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros", al determinar en su considerando: "Cuadragésimo segundo... Al respecto, no existe en autos evidencia que permita cuantificar el beneficio económico obtenido por Interbus o sus socios, y no se le puede atribuir a dicha asociación la calidad de reincidente, pues la declaración jurada de un empresario de buses que intentó operar en la ruta de autos, acompañada a fojas 71, en la que afirma que en el pasado Interbus lo sacó del mercado en la misma forma en que ahora lo hizo con Costa Cordillera, no es suficiente para establecer tal calidad de reincidente, máxime si en sede de libre competencia no se ha aplicado a Interbus en el pasado sanciones de este tipo..."²⁹

Finalmente, la reincidencia considera el tiempo entre sanciones como un criterio atenuante, lo que se infiere de la Sentencia 119-2012, de causa Rol C-184-08, "FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros", de acuerdo al considerando "Ducentésimo cuarto: Que si bien el D.L. N° 211 no establece un período dentro del cual deba haber sido condenado un infractor de sus disposiciones para efectos de determinar su calidad de reincidente, este Tribunal

²⁷ Sentencia 133-14, de causa Rol C-224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros", página 57.

²⁸ Sentencia 102-2010, de causa Rol C 191-09, "FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital", página 26.

²⁹ Sentencia 82 - 09, de causa Rol C-140-07, "FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros", página 26.

estima prudente en este caso no considerar la reincidencia de las requeridas como un elemento relevante para incrementar la multa a aplicar, atendido (i) el largo tiempo transcurrido desde que se dictó por la H. Comisión Resolutiva la Resolución N° 432 y (ii) el hecho que, desde esa fecha y hasta la comisión de la conducta colusoria que motiva la presente sentencia, ninguna de ellas ha sido sancionada nuevamente en esta sede;³⁰

II. Criterios de aplicación de multas por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

De acuerdo a los criterios de aplicación de multas establecidos por el DL N°211, estos se encuentran en el artículo 26, letra c, inciso segundo, en el que se establecen como criterios los siguientes: "...el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación".

Los criterios interpretativos del artículo 26 son aplicados en forma literal, por el TDLC en sentencia 94-08, de causa Rol C-149-07, "FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros", en su considerando: "Nonagésimo sexto: Que para determinar la multa que se impondrá a cada uno de los requeridos, este Tribunal estima del caso considerar, entre otros factores, (i) el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; (ii) la gravedad de la conducta; y (iii) la existencia de circunstancias que modifiquen la responsabilidad de los infractores;"³¹

De la misma forma, se ponderan claramente a propósito de la sentencia 74-2008, del proceso Rol C-21-06, "FNE contra AM Patagonia S.A. y otros", en la cual se indica no sólo la interpretación de los criterios establecidos en la norma antes descrita, sino, asimismo incorpora atenuantes, en su considerando "Trigésimo octavo: Que para determinar el monto de la multa se tendrá en consideración: (i) el beneficio económico obtenido con la infracción, que puede aproximarse a partir del incremento en los precios enfrentados por los afiliados a Isapres que figura en los cuadros Nos 2 y 3 precedentes, y del período durante el cual se habría aplicado el arancel, esto es, entre mayo de 2005 (fecha de las renunciaciones masivas a los convenios individuales) y mayo de 2006 (fecha a partir de la cual se volvieron a suscribir tales convenios por parte de los requeridos). Lo anterior, de acuerdo con la proyección simple a todo

³⁰ Sentencia 119-2012, de causa Rol C- 184-08, "FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros", página 328.

³¹ Sentencia 94-08, de causa Rol C-149-07, "FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros", página 48.

ese período del resultado contenido en el cuadro N° 2, alcanza un beneficio aproximado de \$25.000.000, por concepto de mayores copagos; y (ii) la gravedad propia de toda colusión, que en este caso se vería sin embargo disminuida porque: (a) los requeridos habrían eliminado o limitado los efectos de la infracción por medio de la transformación de Ampatagonia en una sociedad de responsabilidad limitada, con un reducido número de socios, según consta de los documentos acompañados a la contestación; (b) conjuntamente con el propósito ilícito de concertar precios, había otros objetivos que serían lícitos y estarían debidamente acreditados con el video rolante a fojas 669 bis y con las testimoniales rendidas por los requeridos, como el mejoramiento de la gestión de cobranza; y (c) los médicos requeridos, si bien consintieron voluntariamente en el acuerdo, adoptaron algún resguardo respecto de la licitud de su actuar desde el punto de vista de la libre competencia, consultando especialistas y autoridades al respecto, lo que revela un cierto grado de diligencia que, sin duda, debe contribuir a reducir su responsabilidad infraccional;³²

De esta sentencia es posible determinar que existen circunstancias atenuantes que pueden ser consideradas ante la determinación de las sanciones aplicables, como son: el eliminar y limitar los efectos de la infracción, la existencia de objetivos lícitos que se hayan desarrollado conjuntamente con objetivos ilícitos a través de una asociación gremial, finalmente, que parte de los agentes involucrados hubieran tomado resguardos de actuar dentro de la normativa, consultando a especialistas que indicaran la correcta aplicación de la ley, aun cuando esta interpretación se encontrara equivocada en visión del TDLC.

Con todo, la Excelentísima Corte Suprema, exige que las multas sean determinadas a través de un razonamiento expreso por parte del TDLC que justifique el monto aplicado en su contra, al ordenar en su considerando duodécimo: "Que, finalmente, esta Corte se hará cargo de la petición de los reclamantes, efectuada de manera subsidiaria, cual es la de rebajar substancialmente la multa aplicada. Para ello tendrá en consideración, en primer lugar, que la sentencia sobre este tópico no contiene razonamientos suficientes que sustenten debidamente la decisión, por lo que la aplicación de las multas se ha construido casi como una facultad discrecional, sin suficientes motivos, fundamentos y circunstancias sobre los parámetros utilizados para la fijación del monto en cuestión, todo lo cual importa un incumplimiento a lo dispuesto por el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley 211. Como ha sostenido esta Corte en anteriores fallos (Rol N°2339-08), el desarrollo de tales razonamientos es necesario para el logro de un debido proceso, entendido tanto en su dimensión formal o adjetiva como en su extensión sustantiva o sustancial; sobre todo considerando que esta última se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad,

³² Sentencia 74-2008, de causa Rol C- 121 - 06, "FNE contra AM Patagonia S.A. y otros", página 22.

de manera tal que permita también a las partes procurar una adecuada y clara defensa e interponer los debidos recursos;³³

III. Algunas consideraciones en caso de conciliación entre las partes.

La conciliación como forma de poner término al juicio resulta posible, en la medida que estas partes aporten antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica, en las que asumen responsabilidad en los hechos y se comprometen al pago de una multa a beneficio fiscal. Éste criterio ha sido validado reiteradamente por el TDLC, al indicar: “Sexagésimo noveno. Que para los efectos de determinar el monto de la multa que se impondrá a las requeridas por la conducta acreditada, y de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 26 del D.L. N° 211, debe considerarse, entre otras circunstancias, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidentes de los infractores y, en este caso, los acuerdos conciliatorios alcanzados por algunas de las partes con la Fiscalía, así como la colaboración que prestaron algunas requeridas en la investigación;”³⁴

Asimismo, el TDLC ha planteado con claridad que la conciliación puede ser utilizada como un criterio atenuante válido de ser alegado por las partes, como se plantea en sentencia 134-14, de causa Rol C-223-11, “FNE contra Empresa de Transportes Rurales Limitada y otros”, al establecer en su considerando: “Centésimo decimonoveno. Que, en particular y atendida la gravedad de las conductas acreditadas –pues no debe olvidarse que la confluencia de voluntades entre competidores con el objeto o efecto de sustituir las condiciones y riesgos propios de la competencia constituye la más seria de las infracciones a la libre competencia–, este Tribunal impondrá a las requeridas el máximo de las multas pactadas en los acuerdos conciliatorios alcanzados entre ellas y la FNE, sin perjuicio de declarar que, en ausencia de dichos acuerdos conciliatorios y de haberse podido probar los hechos de la causa por vías distintas a la confesión que implica el reconocimiento de los hechos objetivos descritos en el requerimiento, muy probablemente tales multas habrían sido de mucho mayor entidad que las que finalmente se impondrán;”³⁵

Asimismo, la cooperación prestada ante la FNE en un proceso de conciliación implica necesariamente la existencia de una atenuante necesaria en el proceso,

³³ Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N°5937-08 contra sentencia 74-2008, “FNE contra AM Patagonia y otros”, página 4.

³⁴ Sentencia 137-14 de causa Rol C-248-13, “FNE contra E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada y otros”, página 31.

³⁵ Sentencia 134-14, de causa Rol C-223-11, “FNE contra Empresa de Transportes Rurales Limitada y otros”, página 75.

pero sólo en caso de que conste en el proceso la colaboración prestada por el agente investigado en la investigación. Como se plantea en la sentencia 141-15, de causa Rol C-244-12, "FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros", que en su considerando octogésimo octavo indica: "Que, en cuanto al carácter de reincidentes de las requeridas, no constan antecedentes de sanciones aplicadas con anterioridad a las mismas en esta sede, por lo que no puede calificárselas como tales. En lo que respecta a la colaboración prestada por alguna de las partes a la FNE durante su investigación, no consta en el proceso la misma, por lo que tampoco se verá considerado este elemento al momento de determinar la multa;"³⁶

Conclusiones.

La colusión es investigada en razón del daño que se genera en el mercado por acuerdos destinados a controlar el mercado por parte de agentes, que individualmente no cuentan con el poder para controlarlo.

Dentro de la investigación de este ilícito, uno de los principales desafíos está dado por la prueba de la colusión. Distinguiendo entre prueba directa y prueba indirecta. Coincidiendo que ambas resultan aplicables en materia de defensa de la libre competencia, la ponderación que se hace a través de la sana crítica, no implica que el TDLC deba inclinarse por pruebas circunstanciales que no logren una convicción plena de la existencia del ilícito, o de sus participantes.

En relación a las pruebas directas, destacando entre ellas la confesión y la declaración compensada, que al ser interpretadas en conjunto con otros elementos pueden lograr la aplicación de multas en el proceso.

Se revisan los criterios interpretativos del TDLC respecto de la prueba testimonial, en lo referente a dos aspectos sustanciales del proceso. En primer lugar, la aplicación de las normas de las tachas de testigos, con particular énfasis en la dependencia de un testigo de la parte que lo presenta. En segundo lugar, la forma de valoración de la prueba testimonial en casos de colusión.

Y se analiza en detalle la comunicación como prueba de la colusión, tanto en su contenido, como en el contexto que provee para un acuerdo colusorio. Recalcando la importancia de la comunicación como medio de coordinación entre los actores.

³⁶ Sentencia 141-15, de causa Rol C-244-12, "FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros", página 45.

Se revisa en detalle los aspectos interpretativos que permiten calificar la reincidencia de un actor ante actos desplegados contrarios a la libre competencia, en interpretación del TDLC. Comprendiendo que sólo se considerará como reincidente a aquel actor que haya sido condenado en el pasado reciente ante el TDLC. No considerándose como reincidente a un actor por investigaciones de hechos diversos, pero simultáneos.

En relación a las multas, se consideran con claridad los criterios planteados por el artículo 26, letra c, inciso segundo del DL 211, es decir, "...el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación."

Asimismo, el TDLC ha establecido la existencia de atenuantes que pueden ser consideradas en procesos de acuerdos colusorios, tales como, el eliminar y limitar los efectos de la infracción, la existencia de objetivos lícitos que se hayan desarrollado conjuntamente con objetivos ilícitos a través de una asociación gremial, que parte de los agentes involucrados hubieran tomado resguardos de actuar dentro de la normativa, y, finalmente, que el agente investigado haya llegado a un acuerdo conciliatorio con la FNE, participando en el proceso prestando su apoyo, sea a la investigación, a través de la delación compensada, o de una confesión, tras la notificación del requerimiento ante el TDLC.

Bibliografía.

Aven, B. (s.f.). The Effects of Corruption on Individual Communication Behavior. *Organization science*.

Baker, W., & Faulkner, R. (1993). The social organization of conspiracy: Illegal networks in the Heavy Electrical Equipment Industry. *American Sociological Review*, 837-860. Obtenido de <http://links.jstor.org/sici?0003-1224%28199312%2958%3A6%3C837%3ATS00CI%3E2.0.CO%3B2-V>

Clark, R. &. (2013). Collusion with asymmetric retailers: Evidence from a gasoline price-fixing case. *American Economic Journal: Microeconomics*, 97-123.

Cooper, D. J. (2009). Communication, renegotiation, and the scope for collusion. *American Economic Journal*, 247-278.

Crandall, R. W. (2003). Does antitrust policy improve consumer welfare? Assessing the evidence. *The Journal of Economic Perspectives*, 3-26.

Dolbear, F. T., Lave, L. B., Bowman, G., Lieberman, A., Prescott, E., Rueter, F., & Sherman, R. (1968). Collusion in Oligopoly: An Experiment on the Effect of Numbers and Information. *The Quarterly Journal of Economics*, 240-259.

González Castillo, J. (2006). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Rev. chil. derecho [online]*, 93-107 .

González, A. (2011). Prácticas colusivas. En T. d. Competencia, La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario (págs. 143-161). Santiago: Thomson Reuters.

Kaysen, C. (1951). Collusion Under the Sherman Act 1. *The Quarterly Journal of Economics*, 263-270.

Knittel, C. R. (2003). Price ceilings as focal points for tacit collusion: evidence from credit cards. *American Economic Review*, 1703-1729.

Mathewson, F. &. (1986). *New developments in the analysis of market structure*. Cambridge: Cambridge.

OCDE (2002). Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under nacional competition laws. Washington: OCDE.

Porter, M. (2013). *Estrategia Competitiva*. Madrid: Pirámide.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE CHILE. (2002). Mensaje del Ejecutivo N° 132-346. Valparaíso.

Russo, M. V. (2001). Institutions, Exchange Relations, and the Emergence of New Fields: Regulatory Policies and Independent Power Production in America, 1978-1992. *Administrative Science Quarterly*, 57-86.

Small, A. W. (1900). The Scope of Sociology. VI. Some Incidents of Association. *American Journal of Sociology*, 324-380.

Valdés Prieto, D. (2006). *Libre competencia y monopolio*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

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 63-2008, de causa Rol C-103-06, "FNE contra París S.A. y otro".

Sentencia 74-2008, de causa Rol C- 121-2006, "FNE contra AM Patagonia S.A. y otros".

Sentencia 79 - 2008, de causa Rol C 132-2007, "FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros".

Sentencia 94-2008, de causa Rol C-149-2007, "FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros".

Sentencia 82 - 2009, de causa Rol C-140-2007, "FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros".

Sentencia 87- 2009, de causa Rol C- 157-2008, "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 Agrimal".

Sentencia 116-2011, de causa Rol C-217-2011, "FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros".

Sentencia 136-2011 de causa Rol C-234-2011, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.". .

Sentencia 119-2012, de causa Rol C-184-2008, "FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros".

Sentencia 122-2012 de causa Rol C-207-2010, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.". .

Sentencia 133-2014, de causa Rol C-224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros".

Sentencia 134-2014, de causa Rol C-223-2011, "FNE contra Empresa de Transportes Rurales Limitada y otros".

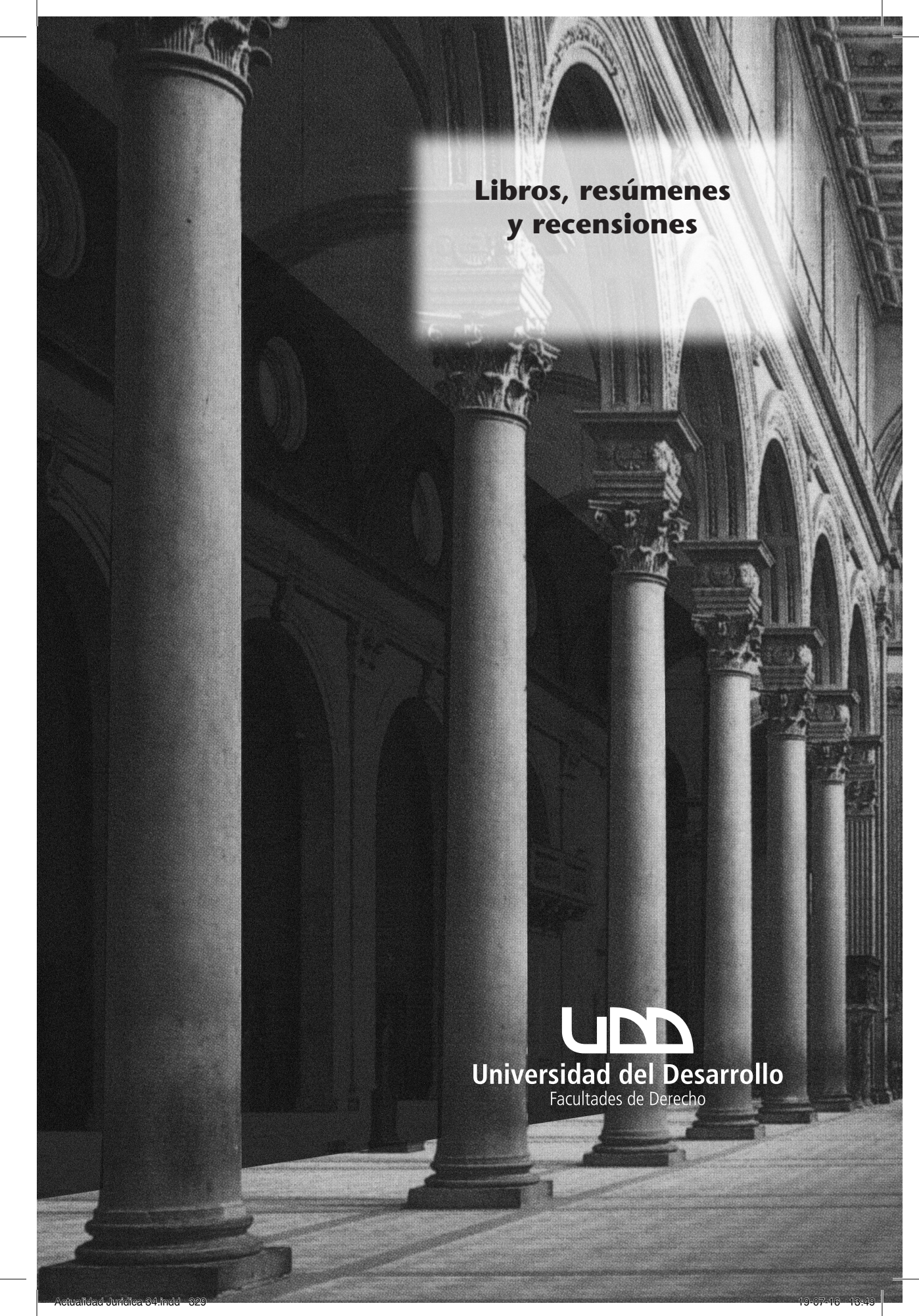
Sentencia 137-2014 de causa Rol C-248-2013, "FNE contra E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada y otros".

Sentencia 141-2015, de causa Rol C-244-2012, "FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros".

Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 5937-08 contra sentencia 74-2008, "FNE contra AM Patagonia y otros".

Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación contra sentencia 82 de 2009, "FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros".

Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 96-2009 contra sentencia 79-2008, "FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros".



**Libros, resúmenes
y reseñas**



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

La unificación de la jurisprudencia laboral. Contexto teórico, análisis doctrinal y temático de Héctor Humeres Noguera y Cecily Halpern Montecino, Santiago: Thomson Reuters, 2015, V + 327p.

ROBERTO CERÓN REYES

Instructor

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CHILE.

Profesor Auxiliar

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Los destacados profesores Héctor Humeres Noguera y Cecily Halpern Montecino publicaron durante el segundo semestre del año 2015, bajo el sello editorial Thomson Reuters y como parte de la colección Repertorios, un interesante estudio dogmático-práctico sobre el recurso de unificación de jurisprudencia laboral –en adelante RUJ–.

La obra se compone de una presentación (pp. 1-12) a cargo del notable procesalista Raúl Tavorari Oliveros, un preámbulo (pp. 13-16); dos sendas partes (pp. 17-144) que, a su vez, se componen de tres capítulos; un utilísimo anexo (pp. 144-324); y un apartado de bibliografía (pp. 325-327).

En el preámbulo del texto los autores dan cuenta al lector de los objetivos de su investigación y el campo de estudio. Así:

“El presente trabajo pretende, de una parte, corroborar si se ha producido una continuidad institucional de precedentes, a base lo sentenciado por el alto tribunal en la resolución de los recursos sometidos a su consideración, y por otra, en qué medida la propia Corte ha seguido un curso de acción coherente consigo misma, que nos permita sostener que se han asentado ciertas tendencias jurisprudenciales en el curso del tiempo.

Para la consecución de nuestros objetivos, se efectuó una investigación consistente en la revisión y estudio de las resoluciones de unificación de jurisprudencia, fallados desde el año 2009 hasta el 30 de abril del año 2015. Esto implicó el análisis detenido de más de 350 fallos, inclu-

yendo en ellos tanto los acogidos como aquellos rechazados... (pp. 14-15)”¹.

En el capítulo I (pp. 19-25) los docentes exponen sobre los recursos en general, sus fuentes y los recursos laborales en el antiguo y en el actual procedimiento laboral. Prosiguen, en el capítulo II (pp. 27-45), con un examen del RUJ. Acá, Humeres y Halpern, haciendo gala de su curiosidad intelectual, clarifican el papel de los precedentes en la unificación de jurisprudencia, rastrean las referencias de derecho comparado del RUJ, emparentado con la tradición jurídica española e informan sobre los antecedentes históricos y discusión legislativa de este medio de impugnación. En efecto, el RUJ apareció recién en la tramitación del proyecto de Reforma Laboral –Ley N° 20.260–, en particular durante su discusión en la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado. Este verdadero “injerto extranjerizante”, cuyo referente español descansa sobre bases constitucionales que el ordenamiento jurídico chileno carece, como es el “principio de unidad jurisdiccional”², se enquistó en nuestro sistema recursivo laboral para uniformar la aplicación de las normas laborales, no sin problemas, como bien advierten estos iuslaboralistas en el apartado de conclusiones

En el capítulo III (pp. 47-68) los autores emprenden un análisis normativo del RUJ. Cabe destacar una idea que reiteran a lo largo del texto: el efecto relativo de las sentencias (artículo 3° del Código Civil) en el RUJ. Al igual que cualquier otra sentencia definitiva, aquella que recae en un RUJ produce dicho efecto, es decir, sólo incidirá en la contienda que resuelve, no afectando las situaciones jurídicas de las sentencias que se acompañan y que le sirven de antecedente, ni tampoco obligará a los jueces inferiores a la hora de resolver las controversias de que conocen, de modo que el efecto “uniformador” de las resoluciones del máximo tribunal se vería restringido. No obstante, los profesores, sirviéndose de los planteamientos de la doctrina nacional, estiman que los alcances del citado precepto legal dicen relación con el efecto de cosa juzgada, limitando los efectos del fallo en la causa respecto de la que se pronunció, a la parte resolutive de la misma. Parafraseándolos: “Este razonamiento nos conduce a la conclusión que el artículo 3°, sin perjuicio de disponer el efecto relativo de las sentencias, lo hace respecto de su parte resolutive, manteniéndose vigente para otros casos, en que la materia de derecho sea la misma, el razonamiento general, esto es, la *ratio decidendi* que condujo al fallo específico”³. Afirmación opinable, al menos.

¹ Respecto de los recursos rechazados, los autores analizaron únicamente los fallados durante los años 2013, 2014 y hasta abril de 2015.

² Para los autores: “No obstante, en la legislación española existe un recurso similar –que sirvió de sustento al establecido posteriormente en la reforma nacional–, el denominado Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina, de la Ley Española de Procedimiento Laboral... La Constitución Española, en el artículo 117.5. Título VI, establece lo siguiente: ‘El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales...’ (pp. 28-29).

³ p. 138.

Si la primera parte del texto es más bien teorizante, la segunda es más bien práctica, ocasión propicia para que la pluma de Humeres y Halpern vuelque toda la experiencia de ambos acumulada en la docencia, en el foro y en la judicatura. Parten en el capítulo I con utilísimo estudio jurisprudencial del RUJ, período 2009-2015 (pp. 71-118), agrupándolos por institución laboral y fecha, donde las materias estudiadas son las siguientes: 1. Ámbito de aplicación del Código del Trabajo, 2. Sujetos de la relación laboral, 3. Contenido ético del contrato individual de trabajo. Deber de lealtad y fidelidad, 4. Jornadas de trabajo superiores a 30 horas deben considerarse jornadas ordinarias, 5. Remuneraciones, 6. Terminación de contrato de trabajo, 7. Nulidad del despido. Sanción del artículo 162 del C.T., 8. Finiquito, 9. Fuero, 10. Subcontratación, 11. Interpretación del Estatuto Docente, 12. Accidentes del Trabajo, 13. Prescripción, 14. Permisos sindicales, 15. Práctica antisindical, 16. Reemplazo de trabajadores en huelga, 17. Contrato colectivo, 18. Derecho de acrecimiento de montepío, 19. Presupuestos fácticos –del RUJ–, 20. Revisión de la prueba en el recurso de nulidad laboral y 21. Rechazo del RUJ por motivos de incumplimiento de requisitos de forma.

En cada uno de los tópicos ya enunciados, se trazan los criterios del máximo tribunal, muchos de los cuales han mutado debido, entre otras razones, a los cambios en la composición de la Cuarta Sala laboral. Sin ser exhaustivos, ello ha ocurrido en las materias signadas con los números 1, 6, 7, 8, 10 y 16.

Continúan en el capítulo II (pp. 119-128) analizando los razonamientos ya examinados, ofreciendo sucintos, pero certeros comentarios que, no dudamos, se transformarán en referencia obligada para todos aquellos que investiguen con mayor profundidad tales tópicos, o bien enjuicien críticamente las resoluciones del Tribunal Supremo.

Las conclusiones de la investigación se compendian en el capítulo III (pp. 129-144), las que son resultado del proceso reflexivo anterior.

Finalmente, el provechoso apartado de “Anexos” contiene las fichas jurisprudenciales de los recursos de unificación acogidos (pp. 157-249), rechazados (pp. 259-313) y las estadísticas del RUJ (pp. 317-324), técnica esta última profusamente utilizada por el profesor Humeres en las actualizaciones de su ya clásico texto *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

En síntesis, se trata de una obra que servirá, sobre todo, a los operadores jurídicos, pues la cantera de materiales que contiene, así como su sistematización, facilitará, ante la inexistencia de bases de datos especializados, la labor de abogados y jueces. Pero también suministrará elementos para el futuro trabajo de profesores y estudiantes, al informar sobre los criterios, asentados o no, esgrimidos por la sala laboral de la Corte Suprema, los que podrían propiciar investigaciones de más largo aliento.

Índice

Revista Derecho Público Iberoamericano

Facultad de Derecho UDD

N° 8 - Abril de 2016

ESTUDIOS

Estudios sobre instituciones político-económicas

Rashid Mohamed Vázquez: *Las Reformas para construir la Unión Económica Europea: ¿una solución definitiva a las deficiencias de la imperfecta Unión Económica y Monetaria?*

Estudios sobre derecho administrativo

Alcides Antúnez Sánchez y Amed Ramírez Sánchez: *La potestad inspectiva v/s la auditoría pública. Ojeada histórica dentro del Derecho Administrativo Ambiental Cubano.*

Brigitte Leal Vásquez: *La colaboración de entidades privadas en materia de inspección y control de riesgos: aproximaciones a la realidad chilena.*

Estudios sobre derechos fundamentales

Ruggero Cozzi Elzo y Cristóbal Aguilera Medina: *Proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Análisis crítico.*

Clemente Dougnac Mujica: *Procedimiento administrativo sancionatorio ante la SVS y Debido Proceso.*

Hugo Rojas Corral: *Sistemas alternativos de resolución de amparos al derecho de acceso a información en el Consejo para la Transparencia.*

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Eduardo Soto Kloss: *Derecho a la identidad y protección del Estado.*

RECENSIONES

José Díaz Nieva: *La corporación como sociedad perfecta*, de Brian McCall.

Juan Cayón: *Eutanasia: un diritto?*, de Danilo Castellano.

Índice

Revista Ius Publicum N° 36/2016

Escuela de Derecho

Universidad Santo Tomás

Estudios

CARLOS A. CASANOVA: *La influencia del cristianismo en la conquista española de América y en la organización del imperio americano*

YAMILA E. JURI: *El derecho y la soberanía política en el giro epocal del siglo XVI*

SERGIO R. CASTAÑO: *Resistencia a la ley injusta y objeción de conciencia*

MARIO CORREA BASCUÑÁN: *Gramsci: A la hegemonía del proletariado por la cultura*

CARLOS I. MASSINI-CORREAS: *Derecho y política sectaria. Nota acerca de un libro de Duncan Kennedy sobre la enseñanza del derecho*

JESÚS GINÉS ORTEGA: *¡Pobres cristianos ricos! Reflexiones preliminares*

MARÍA ESTHER GÓMEZ DE PEDRO: *Familia para la humanización de la sociedad*

JOSÉ E. DURAND MENDIORIZ: *Análisis del proyecto de ley de Aborto en Chile. Crítica de su fundamentación racional*

RUBÉN MIRANDA GONCALVES: *Las bases jurídicas de la protección del patrimonio Cultural subacuático en España*

EDUARDO SOTO KLOSS: *El DFL/M N° 1 de 1982, ley eléctrica, y su gestación*

CRÓNICA

Reflexiones tomistas: ESTHER GÓMEZ DE PEDRO, MAURICIO ECHEVERRÍA.

DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO - LA FAMILIA: *Discurso del Santo Padre Francisco a la asamblea diocesana de Roma. Plaza de San Pedro (Domingo 14 de junio de 2015). Papa*

Francisco. Audiencia general (Miércoles 21 de octubre 20 15). Papa Francisco. Audiencia general (Miércoles 27 de mayo de 2015). Papa Francisco. Audiencia general (29 de abril de 20 15). Papa Francisco. Audiencia general (Miércoles 6 de mayo de 20 15). Papa Francisco. Audiencia general (Miércoles 20 de mayo de 20 15). Papa Francisco. Audiencia general. Plaza de San Pedro (miércoles 7 de octubre de 2015). Mensaje Urbi et Orbi del Santo Padre Francisco. Navidad 2015 (Viernes 25 de diciembre de 2015). Mensaje del Santo Padre Francisco para la 50 Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales. Comunicación y Misericordia: un encuentro fecundo. Mensaje del Santo Padre Francisco para la Celebración de la XLIX Jornada Mundial de la Paz (1 de Enero de 2016). Vence la indiferencia y conquista la paz. Discurso del Santo Padre Francisco a una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal (jueves 23 de octubre de 2014). La música sacra es de rango teológico y no puede desaparecer de la liturgia. Discurso del Papa emérito Benedicto XVI al recibir el Doctorado Honoris Causa de la Academia de Música de Cracovia (Castelgandolfo, 4 de julio de 2015). Discurso del Cardenal Müller a los Obispos de Chile.

Jurisprudencia, reseñaciones y reseñas bibliográficas

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

SUSCRIPCION*	1 AÑO (2 Revistas)	2 AÑOS (4 Revistas)
Nacional	\$ 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

