

# ACTUALIDAD JURIDICA



Año VII

N° 14

Julio 2006

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Poder Judicial:  
¿Modernización o estancamiento?

•  
La Reforma  
Procesal Laboral

•  
Medio Ambiente y  
Desarrollo Económico



Universidad del Desarrollo  
Santiago - Concepción

# ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

**Año VII, N° 14 - Julio 2006**



**Universidad del Desarrollo**

FACULTADES DE DERECHO

# Indice de Contenidos

- **Presentación** ..... 5

## **Tema central 1:** *Poder Judicial: ¿modernización o estancamiento?*

- **¿Hacia el gobierno de los jueces?** P. Rodríguez G. .... 9
- **Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia.** M. Otero L. .... 25
- **Reflexiones sobre la justicia.** L. Bates H. .... 43
- **Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados.** H. Díaz U. .... 55

## **Tema central 2:** *La Reforma Procesal Laboral*

- **Presentación.** C. Halpern M. .... 65
- **La jurisdicción del trabajo: la experiencia de Ginebra.** G. Aubert. .... 67
- **La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo.** H. Humeres N. .... 73
- **Apelación laboral.** H. Oberg Y. .... 91

## **Ensayos y Estudios**

- **El interés social como causa del contrato de sociedad anónima.** E. Alcalde R. .... 117
- **Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa.** I. Aróstica M. .... 149
- **Del transcurso de un plazo y el nacimiento de un acto administrativo presunto de aprobación.** R. Mendoza Z. - B. Oddó B. .... 161
- **¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabčíkovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay.** R. F. Campusano – P. Moraga ..... 179
- **La reforma del derecho francés del divorcio.** M. Grimaldi. .... 201
- **Daños por violencia intrafamiliar.** P. Oyaneder D. .... 215
- **¿Cabén la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguros?** S. Huidobro M. .... 219
- **Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas.** S. Donoso R. .... 233
- **Recopilaciones de leyes castrenses en el derecho patrio chileno del XIX y principios del siglo XX.** O. Dávila C. .... 255

## **Análisis Legislativo**

- **Análisis crítico del proyecto de ley sobre eutanasia y sus antecedentes legislativos.** J. Alvear T. - H. Fábrega V. .... 261
- **Proyecto de ley de tribunales tributarios.** J. García E. .... 285

## **Actividades de las Facultades**

- **Facultad de Derecho, sede Santiago.** A. Fraga Y. .... 301
- **Facultad de Derecho, sede Concepción.** B. Caprile B. .... 307

## **Libros. Resúmenes y Recensiones**

- **"Verdad, Valores, Poder, piedras de toque de la sociedad pluralista"** de **Joseph Ratzinger** . J. Williams B. .... 313
- **Índice Revista *Ius Publicum* N° 16, Marzo de 2006.** .... 319

## Presentación

*Actualidad Jurídica* ha dedicado este número al análisis de la disyuntiva entre “modernización o estancamiento” del Poder Judicial. No cabe duda que en el último tiempo se introdujeron reformas trascendentales, tanto en el ámbito orgánico como procesal. Quizás sea por ello que han quedado en evidencia una serie de anomalías graves que no pueden dejarse de lado sin asumir los costos que ello puede representar a corto plazo. La reforma más importante, indudablemente, corresponde a la nueva justicia penal, que ha innovado sustancialmente el enjuiciamiento criminal y promovido una nueva cultura jurídica en nuestro país. La importancia de esta reforma es de tal envergadura que, sin exagerar, las demás ramas del derecho no pueden mantenerse inmóviles, porque ello implicaría generar un sistema contradictorio, desbalanceado y en constante crisis. De aquí la necesidad de abordar con resolución nuevas reformas, lo que ya ha ocurrido, pero con escasas perspectivas de éxito, en el campo familiar y laboral. Como quiera que se consideren estas renovaciones, ellas implican requerimientos económicos cuantiosos que no es fácil exigir en el corto plazo.

Un paso importante está constituido por la situación en que se debate la justicia civil y el retraso producido en algunas Cortes de Apelaciones, imposibilitadas de afrontar un trabajo excesivo. Para medir esta realidad basta con señalar que existe una sola Corte de Apelaciones en el gran Santiago, con diez salas y un ingreso anual de miles de causas que resulta físicamente imposible atender en un tiempo prudente. Urge, por lo mismo, crear en Santiago una nueva Corte de Apelaciones (lo que se proyecta para las causas penales) e introducir reformas en la justicia civil. Nuestra Facultad ha planteado, en numerosas publicaciones, respaldadas por investigaciones empíricas, la necesidad de depurar la competencia de los jueces, dejándola reducida a cuestiones estrictamente jurisdiccionales. Por lo mismo, materias puramente administrativas –como ocurre con los juicios sobre cobranza– no deberían mantenerse en el ámbito jurisdiccional, recargando indebidamente el trabajo de los tribunales (cerca del 80% del ingreso), y generando un subsidio en favor de las grandes cadenas comerciales, bancos e instituciones financieras, sin perjuicio de estimular a los deudores a buscar resquicios para sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones. Todo ello debe radicarse en “fiscalías de cobranza” (como ocurre, por

ejemplo, con los llamados juicios de quiebra), financiadas por aquellos que al contratar seleccionaron equivocadamente a sus deudores. Una reforma de esta naturaleza, sin costo alguno para el erario nacional, descongestionaría los tribunales civiles y permitiría que los jueces se abocaran a lo que efectivamente les corresponde: ejercer sus funciones jurisdiccionales. Exigir a los jueces, en este momento, fallos de calidad, debidamente estudiados y que constituyan un aporte para el perfeccionamiento y progreso del derecho, no sólo es irreal, sino injusto, porque los tribunales están saturados de cuestiones meramente administrativas que copan su tiempo y capacidad de trabajo.

Por otra parte, la Corte Suprema no está cumpliendo su tarea primordial, que consiste, fundamentalmente, en uniformar la interpretación jurídica a objeto de proyectar en cada chileno la seguridad que conlleva vivir en un "Estado de Derecho". Su estructura orgánica fue creciendo irregularmente a través de los años, al punto de transformarse en una de las más numerosas del mundo. La división en cuatro salas (funcionamiento extraordinario) ha implicado la coexistencia de cuatro cortes, lo que ha facilitado la incertidumbre y la dispersión de opiniones, muchas veces imposible de comprender por el ciudadano medio, incluso por los abogados. Tampoco se ha abordado el régimen de los llamados "abogados integrantes", a quienes debe desvinculárseles de la Administración y facilitarles su incorporación a la judicatura como una nueva categoría, cuestión que, en alguna medida, indirectamente, ha sucedido con los cinco ministros de la Corte Suprema que no pertenecen a la carrera judicial. La demostración más clara del debilitamiento que afecta al Tribunal Supremo es el desplazamiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (uno de los más importantes en nuestro sistema jurídico) al Tribunal Constitucional, modificación introducida por la Ley N° 20.050.

Finalmente, no podría dejarse de señalar que la independencia del Poder Judicial aparece cada día más comprometida. La judicatura se nos presenta como una potestad dominada por los demás poderes del Estado, partiendo de la premisa inaceptable que su legitimidad sólo puede derivar de la voluntad electoral. Chile necesita tribunales independientes, ajenos a toda subordinación y capaces de enfrentarse, con igualdad de armas, a toda otra autoridad si ésta vulnera el sistema jurídico, afectando el bien común o el derecho de los particulares.

Creemos que todos estos problemas, cada día más acuciantes, merecen un análisis objetivo, sereno, informado y con ánimo constructivo. Como ocurre en todas las actividades públicas, ellas proyectan luces y sombras. Nuestro deber, como Facultad de Derecho, es contribuir a que reine la claridad y se disipe, aunque sea parcialmente, la oscuridad.

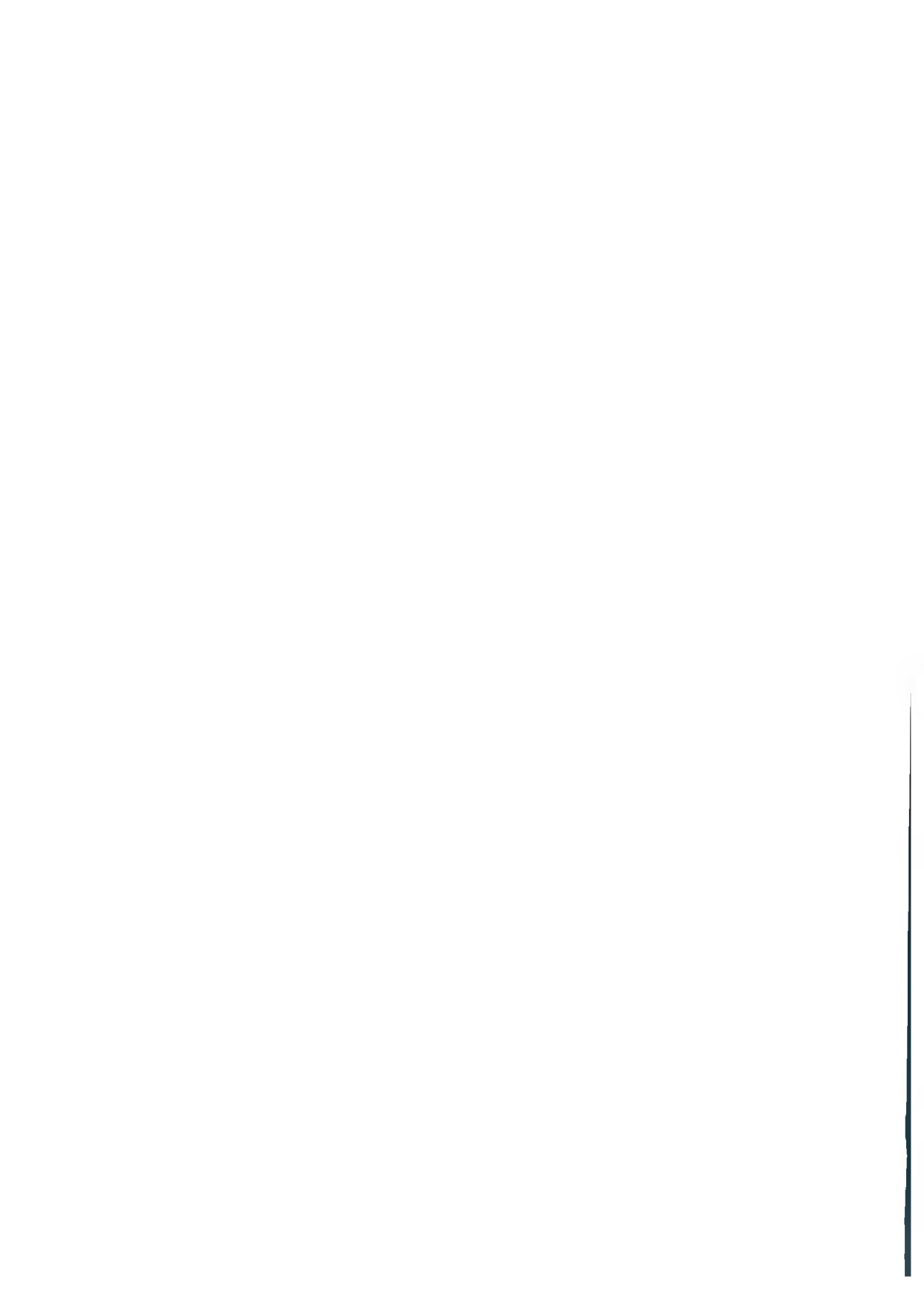
EL DIRECTOR



Tema central  
**Poder Judicial:  
¿modernización o  
estancamiento?**



Universidad del Desarrollo  
Santiago - Concepción





# ¿Hacia el gobierno de los jueces?<sup>1</sup>

**Pablo Rodríguez Grez**

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## I. Un diagnóstico pesimista

Una serie de hechos parecen coincidir con las primeras manifestaciones de lo que podría llamarse el “gobierno de los jueces”. En efecto, desde hace algunos meses comienza a evidenciarse el propósito de quienes ejercen jurisdicción de fallar conforme a sus convicciones morales o ideológicas, con prescindencia de lo que dispone la ley. Para alcanzar este objetivo, no es difícil recurrir a los más diversos pretextos, tales como la adhesión preferente a las disposiciones constitucionales, a los principios escritos y aun no escritos del derecho internacional, a la experiencia histórica y el derecho comparado, a los tratados suscritos y ratificados por nuestro país, etcétera. Este fenómeno puede arrastrarnos –y de hecho en cierta medida esto ya ha sucedido– a una situación en extremo caótica, que, como se demostrará, terminará por destruir uno de los pilares en que descansa nuestra convivencia social, al transformar a los jueces en supremos legisladores.

---

<sup>1</sup> Al referirnos al “gobierno de los jueces” no aludimos a los órganos encargados de la administración del Poder Judicial. Como es sabido, ello ha suscitado una serie de cuestionamientos y proposiciones. Ver Rodrigo P. Correa y Álvaro Flores Monarde en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 6, año 2005, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; y Juan Enrique Vargas Viancos en *Sistemas Judiciales*, publicación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas –CEJA–, Año 5, N° 10. Cabe señalar que existe una corriente que postula la creación de un órgano ajeno a la judicatura que se encargue de las designaciones judiciales, la administración de los recursos destinados a ella, de la jurisdicción disciplinaria y las calificaciones y de la determinación de sus políticas generales. De esta manera, se privaría a la Corte Suprema de las atribuciones que le corresponden en estas materias, sometiendo al Poder Judicial a una especie de “interdicción”, al colocar, por encima de él, a un órgano político, integrado por personas ajenas a la judicatura, llamado a ejercer el Gobierno Judicial con plenos poderes en materia de nombramientos y calificaciones. Por cierto, nada de ello podría ocurrir respecto de los demás poderes del Estado, los cuales están plenamente habilitados, incluso, para administrar y asignar sus recursos. La experiencia revela que por este medio se controla políticamente el Poder Judicial en perjuicio de su independencia y autonomía.

No exagero. Existe en la actualidad un creciente descontento, por cuanto muchas instituciones jurídicas del más alto rango están siendo soslayadas o derechamente preteridas, provocando una sensación de inseguridad e inestabilidad que conspira contra el orden social. Lo anterior se ve magnificado porque no se trata, tampoco, de sentencias unánimes o en que todos los jueces manifiesten una opinión al menos semejante. No. En verdad, las discrepancias son de tal envergadura que da la impresión que los jueces estuvieran sujetos a sistemas normativos diferentes y contradictorios. Si a lo indicado se agrega la divulgación y comentario de estas opiniones por todos los medios de comunicación social y la circunstancia de que frente a cada decisión de importancia se genera un clima de presión que, como quiera que sea, alcanza a los tribunales de justicia, se tendrá un panorama desolador de lo que es en el día de hoy la actividad jurisdiccional. A este fenómeno obedece, por ejemplo, el rechazo de que fue objeto la designación del Ministro Carlos Cerda Fernández como integrante de la Corte Suprema. Este magistrado se ha caracterizado, precisamente, por sostener una posición extrema, llegando a declarar que no aplica la ley cuando contradice sus convicciones morales. Al efecto, hay que recordar que, incluso, se negó, hace algunos años, a decretar el "cúmplase" de una sentencia pronunciada por la Corte Suprema, lo cual le valió la expulsión del Poder Judicial, medida que fue reconsiderada atendiendo a la capacidad, preparación y vocación del afectado.

Es lamentable que nuestro país no advierta esta realidad ni sea capaz de medir sus perniciosas consecuencias. De alguna manera, se está erosionando una actividad sin la cual ni la "democracia" como sistema político, ni el "Estado de Derecho" como presupuesto de convivencia social, podrán fortalecerse y resistir inevitables embates en un futuro no lejano.

## **II. Restaurar la tarea judicial**

La tarea judicial no consiste, como se ha pensado tradicionalmente, en subsumir un hecho concreto en la abstracción expresada en una norma jurídica. El ejercicio de la jurisdicción se realiza a través de la creación de una "regla particular" (sentencia), llamada a resolver un caso específico. Esta "regla" se funda en una norma general y abstracta, la cual le confiere validez. La norma emana del legislador (en Chile, el Congreso y el Presidente de la República), la sentencia, del juez. Cada potestad desempeña en este esquema una función precisa y delimitada, sometida, incluso, a un sistema preventivo de juridicidad, lo cual permite preservar la igualdad e imponer el cumplimiento de las normas (leyes) en cuanto mandatos generales y abstractos destinados a ordenar la conducta social.

Toda norma debe ser "interpretada", esto es, analizada cuidadosamente para establecer su verdadero sentido y alcance. Sólo por este medio es posible aplicarla, lo cual se logra al construir una "regla particular" para resolver el caso específico que se trata de juzgar. El intérprete, por lo mismo, es un "creador de derecho", pero en el ámbito restringido que le permite la norma sobre la cual funda su obra (la regla). Quienes ejercen potestades "normativas" (constituyente, legislativa y reglamentaria) están facultados para obligar a todos los terceros que se encuentren en la misma situación (las normas son iguales para todos). No sucede lo propio respecto del ejercicio de las potestades "regulatorias" (jurisdicción, administración y autonomía privada), las que sólo pueden imponer su mandato a sujetos determinados que se hallan bajo el imperio de sus facultades. Por consiguiente, el juez, el funcionario administrativo y los particulares están obligados a respetar las normas (leyes) para crear las reglas y dotarlas de poder vinculante (obligatoriedad).

A nuestro juicio, la validez jurídica (problema fundamental en el derecho) se confiere a la "regla" en virtud de la transferencia a ella de los "elementos normativos", tarea que ejecuta la respectiva potestad regulatoria. Es a través de este proceso que se da cumplimiento real y práctico a las normas. Nótese que ninguna "norma" puede cumplirse como tal, para ello es necesario "referir" su mandato al caso específico y particular. De aquí que pueda afirmarse que toda norma se cumple a través de las "reglas" (es lógica y materialmente imposible cumplir una abstracción sin antes circunscribirla a una situación concreta), razón por la cual las potestades "normativas" se integran en el funcionamiento del sistema jurídico a las potestades "regulatorias". No podrían, por lo mismo, existir las primeras sin las segundas, ni éstas sin aquéllas, puesto que una contiene un mandato general y abstracto que sólo puede ejecutarse por medio de un mandato subsecuente, particular y concreto. En consecuencia, es consustancial al derecho como sistema, la concurrencia y dependencia de ambos tipos de potestades, ya que, como se dijo, no puede funcionar ninguna de ellas sino complementada por la otra.

Si nos preguntamos por qué vale una sentencia judicial, la respuesta no puede ser otra que ello ocurre porque ha sido elaborada, tanto material como formalmente, en virtud de una norma (así sea la Constitución, la ley o el reglamento). Esto significa que para su dictación se ha seguido el procedimiento instituido en las normas ("debido proceso legal") y se han ejecutado los fines previstos en la misma norma que, por ende, le sirve de fundamento. De aquí que la norma sea fundante respecto de la regla y ésta fundada respecto de la norma. De esta manera, el derecho brinda una garantía invaluable a la seguridad y el orden, porque todas las conductas sociales están calificadas en las normas, sin que pueda quien la aplica resolver arbitrariamente, según sus íntimas convicciones o de acuerdo a su sentido personal de la equidad y la

justicia. La manifestación más elocuente de la justicia consiste, precisamente, en aplicar a todos los imperados las mismas normas, cualquiera que sea su contenido, puesto que de ese modo se nos mide con la misma vara y se asegura la igualdad ante la ley.

Tienen razón los autores cuando advierten que la norma cumple una doble función. Por una parte, ejecuta lo que dispone una norma superior y, por la otra, produce una norma inferior o una regla. Ambas funciones (de "ejecución" y "producción") son la clave para comprender de qué manera se imbrican ambas cosas, haciendo posible el funcionamiento del derecho.

Si una sentencia judicial no está fundada en una norma (y en casos excepcionales, cuando se presenta una "laguna legal", no está fundada en la analogía, los principios generales de derecho o la equidad natural, elementos llamados en nuestro ordenamiento a integrar estas lagunas), simplemente la sentencia es nula y de ningún valor. Ello porque, insistimos, quien le confiere validez jurídica a la sentencia es la norma en que se funda y ello ocurre mediante la transferencia a aquélla (la sentencia) de lo que hemos llamado "elementos normativos", incorporados a la norma por la respectiva potestad en el ejercicio de su cometido. En la representación del orden escalonado del sistema jurídico se aprecia plenamente este fenómeno. La ley vale porque así lo dispone la Constitución; el reglamento vale porque así lo dispone la ley; la sentencia, la resolución administrativa y los actos y contratos valen porque así lo dispone la ley y, en su caso, el reglamento. Por consiguiente, la validez jurídica es **derivada y no originaria**, está dada por el mandato de una norma superior y, más concretamente, por la transferencia de los elementos integrados a la norma, a la estructura y contenido de la regla (sentencia).

La filosofía jurídica se ha planteado el problema de definir la validez de la Constitución, en cuanto estatuto superior fundante de todo el ordenamiento jurídico. Este problema, de carácter eminentemente teórico, ha sido objeto de diversas respuestas, ninguna de las cuales desvirtúa lo antes señalado. Sea que ella valga por recoger valores inmanentes revelados, o porque estos valores se afinan en la naturaleza racional del hombre, o porque corresponde a un supuesto lógico de validez, o porque nace de un acto originario institutor del derecho (posición que nosotros sustentamos al afirmar el tránsito entre una "era ajurídica" y una "era jurídica"), lo cierto es que nadie pone en duda es que la sentencia judicial, en cuanto regla referida a una situación concreta y particular, es un mandato fundado que arranca su validez de una norma superior fundante.

El análisis precedente nos parece fundamental para comprender cómo funciona el derecho en cuanto sistema, de qué manera el mandato normativo se va concretando hasta resolver casos particulares, quiénes ejercen las potestades, y

de qué modo se controla y supervigila el recto ejercicio de las mismas. Mientras todo esto no sea comprendido, difícilmente puede precisarse la función que cabe al juez en el ejercicio de la jurisdicción.<sup>2</sup>

No es difícil evaluar en este marco conceptual lo que ocurre cuando los jueces, llamados a dictar sentencia, se desvinculan de las normas y en lugar de aplicarlas, fundan sus decisiones en su sentido de justicia; o en las directrices ideológicas a que son afines; o en los valores sociales, morales, culturales o políticos que profesan; o en los intereses que aspiran a realizar; o en aquello que consideran debería ser el contenido de las normas; etcétera.

Desde otra perspectiva, se ha sostenido que la norma (ley) es fruto del ejercicio de la soberanía a través de los poderes colegisladores. Por consiguiente, la ley expresa la voluntad del pueblo (principal, pero no único, titular del ejercicio de la soberanía). Así lo expresa, por otra parte, el artículo 1° del Código Civil, cuando dice que la ley es “una manifestación de la voluntad soberana...”. Los jueces, los funcionarios públicos y los particulares (titulares todos ellos de las potestades regulatorias) no pueden desvincularse del mandato normativo, apropiándose del ejercicio de la soberanía y transformándose en legisladores habilitados, incluso, para derogar en el hecho las normas vigentes. Esta conducta contraviene todas las estructuras del sistema jurídico, haciendo imperar la inseguridad y el desorden.

Suele decirse, en tono admonitorio, que el “juez no es un esclavo de la ley”. Esto es correcto, porque su tarea es interpretar la ley y construir una “regla”, incorporando en ella nuevos elementos que no se hallan en la norma, pero cuidando, muy especialmente, no contradecir los “elementos” de esta última de cuya transferencia a la “regla” dependerá su validez, como se explicó en lo que antecede. Es por ello que hemos afirmado que el juez es un creador de derecho, pero en el marco limitado que le fija la norma, la cual le deja un espacio, mucha veces amplio, para completar su tarea. Por eso Kelsen sostiene que la norma superior determina el contenido de la norma inferior o de la regla (en nuestra terminología), “pero esta determinación no es nunca completa” y agrega: “La norma de grado superior no puede vincular exhaustivamente al acto que la ejecuta. Siempre tiene que quedar

---

<sup>2</sup> A esta materia hemos dedicado dos libros: “El derecho como creación colectiva” y “La estructura funcional del derecho”. Nuestro esfuerzo apunta a describir el sistema normativo y la forma en que éste funciona, ya que de ello puede deducirse que el “estado de guerra” o “estado de naturaleza” en que según Hobbes o Rousseau vivíamos originalmente, fue sustituido por un “estado de guerra política”, en el cual la lucha subsiste, pero ella se da por la conquista de las “potestades”. Quien controla las “potestades” domina la sociedad. De allí que hayamos definido el derecho como “fuerza institucionalizada”, porque, a partir de la creación del Estado, éste monopoliza (concentra) la totalidad de la fuerza, transformándola en “coerción” y poniéndola exclusivamente al servicio del cumplimiento de la norma jurídica. La “coerción”, a su vez, pasa a ser la nota distintiva del derecho (el rasgo propio de lo jurídico frente a las demás normas que operan en la vida social).

un margen más o menos amplio de libre apreciación: de modo que, por relación al acto ejecutivo de creación o mera ejecución material, la norma de la grada superior tiene siempre el carácter de un marco que dicho acto se encarga de llenar".<sup>3</sup>

Como puede apreciarse, la función "creadora" del juez es reglada y no discrecional, está condicionada por las normas en que funda su producción, siendo ellas (las normas) las que dotan de validez jurídica a las reglas mediante la transferencia de los elementos normativos que se incorporan a éstas (las sentencias).

En síntesis, la jurisdicción que ejercen nuestros tribunales sólo es legítima cuando ella se basa en las "reglas" (sentencias), fundadas en las normas emanadas de los poderes colegisladores y nunca, bajo circunstancia alguna, en las preferencias de cada juez, que, al imponer sus convicciones por sobre los elementos contenidos en la norma fundante de su decisión, no sólo genera reglas sin validez jurídica, sino que arrebató a los poderes colegisladores sus atribuciones y facultades. Es éste, por lo tanto, un camino seguro para destruir el "Estado de Derecho" y generar la inseguridad y el caos.

### **III. La experiencias de los últimos años**

Escribir sobre la experiencia de los últimos años implica un compromiso difícil de asumir, porque son muchos los errores, contradicciones y vacíos que se observan en nuestra jurisprudencia. Además, no es menor el riesgo de ser mal interpretado, porque esta materia esconde una dosis nada despreciable de valoraciones e intereses políticos.

Lamentablemente, resalta en este análisis lo ocurrido a propósito del juzgamiento de la situación de Chile durante un período de excepción por efecto de una fractura institucional (1973-1990). En este período dos de los tres poderes del Estado quedaron en receso, siendo sustituidos por órganos de emergencia que asumieron sus funciones en un proceso revolucionario en que, frente al vacío existente, el poder vuelve a manos de quien es capaz de hacerse obedecer.

Comencemos por señalar que juzgar conductas desplegadas hace más de 30 años, en un contexto histórico inusual, en el que operaba un activo movimiento de resistencia subversiva con apoyo externo, en medio de un panorama internacional hostil y privaciones económicas de todo orden, ofrece dificultades

<sup>3</sup> Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Gernika. Año 1993. Pág. 64.



casi insuperables. Más aún, precisamente por tratarse de confrontaciones fratricidas de raíz ideológica, se extreman las sensibilidades y se radicalizan las odiosidades y el revanchismo. Esta es la amarga realidad que han debido encarar nuestros jueces. Más allá de los apremios y presiones a que han sido constantemente sometidos.

Ante este escenario, quedan de manifiesto las dificultades que se presentan a un tribunal obligado a aplicar la ley en un ámbito absolutamente diferente de aquel que imperaba a la fecha de ocurrencia de los hechos, cuando predominaban instituciones, valores, sentimientos y experiencias ya totalmente superados. Desconocer este contexto histórico constituye el primer escollo en el camino que debemos recorrer para dar una respuesta jurídica a una situación inserta en un pasado ya casi remoto. ¿Han reparado nuestros jueces en esta circunstancia? La respuesta queda de manifiesto en la casi totalidad de sus resoluciones.

En su afán por restaurar el prestigio de los tribunales de justicia, lesionado por la desprotección de que fueron objeto quienes intervenían en la resistencia al régimen militar, los jueces, en lugar de asilarse en instituciones jurídicas milenarias, presentes en la legislación que regía en la época que se trata de juzgar, han optado, mayoritariamente, por desconocerlas, recurriendo a interpretaciones inaceptables o simplemente extendiendo sus facultades con prescindencia del mandato normativo. Como es obvio, ello ha provocado una escisión en el seno de los mismos tribunales, la que queda en evidencia en la mayoría de las sentencias pronunciadas. Basta leer una sentencia del Pleno de la Corte Suprema para comprobar la casi inverosímil dispersión de votos que contiene y las prevenciones que formulan casi todos los ministros que concurren al fallo.

El problema que enfrenta Chile desde 1990, fecha de término del Gobierno Militar, es de índole política, pero ha sido hábilmente desplazado al ámbito judicial, con el objeto de deslindar responsabilidades y poner en manos de la judicatura una calificación que, atendido el tiempo transcurrido y la naturaleza del conflicto, es una tarea imposible de abordar con éxito. No cabe duda que esta tarea desgastará el ya deteriorado prestigio del Poder Judicial, al exponerlo a la crítica política, que, por su naturaleza y motivaciones, es particularmente corrosiva.

Como consecuencia de lo señalado, mal que nos pese, inevitablemente, se ha politizado la judicatura. De antemano se conoce o, al menos se presume con fundamento, la posición de cada uno de los jueces y hasta se puede anticipar el contenido de sus opiniones y sentencias. A lo anterior hay que agregar que cada decisión es objeto de un verdadero "enjuiciamiento público", lo que, sin

duda, resiente la función de administrar justicia, generándose una atmósfera irrespirable para todos quienes participan en estas delicadas tareas.

La **primera conclusión** que extraemos de esta amarga realidad es que ha sido la ciudadanía, a través de sus agentes políticos, la que ha provocado esta crisis, la que presiona cobrando a los tribunales una cuenta que ella misma provocó en el pasado, y la que los ha obligado a abocarse al conocimiento de situaciones que, salvo calificadas excepciones, no comprometen la responsabilidad jurídica sino la responsabilidad política.

Desde otro punto de vista, es evidente que se ha desencadenado un gran esfuerzo por dar connotación penal a hechos que sólo pueden ser juzgados políticamente. Las demandas de que son objeto nuestros tribunales apuntan a un blanco perfectamente definido que consiste en estigmatizar lo ocurrido en Chile entre 1973 y 1990. Estos objetivos no pueden ser soslayados por los jueces, que, atendida la especialidad de sus funciones, están obligados a prescindir de toda connotación política. Comprendo, sin embargo, que atendida la naturaleza de los cargos, esa actitud no es fácil de mantener, mucho menos cuando algunos jueces (los menos) sirven esta finalidad sin percibir las consecuencias que seguirán de ello a muy corto plazo.

La **segunda conclusión** a que puede arribarse es que existe toda una estrategia "política" encaminada a execrar todo un período de nuestra historia, que, como es obvio, tuvo una dinámica propia derivada de sus causas y de los factores que desencadenaron una de las peores crisis de que se tenga memoria.

No puede silenciarse, tampoco, el hecho de que el poder político haya organizado, al margen de los tribunales de justicia, sendas comisiones investigadoras, a las cuales se ha dado el más alto rango, para indagar las graves violaciones a los derechos humanos que se imputan al Gobierno Militar. Este procedimiento, inédito entre nosotros, ha confundido a la ciudadanía respecto de una cuestión que es de competencia exclusiva de la judicatura. Las conclusiones de ambas comisiones (bautizadas con el nombre de quienes las encabezaron) han influido en los tribunales y, no pocas veces, inducido sus resoluciones. Estimamos que no se ha medido como corresponde esta anomalía, que importa una grosera intromisión del poder político en tareas que son propias de la judicatura. A lo anterior hay que agregar el hecho de que un Jefe de Estado –al momento de restablecerse la institucionalidad democrática– se sintió autorizado para "instruir" (no puede calificarse de otra manera) a la Corte Suprema de qué manera debía interpretarse la ley de amnistía dictada en el año 1978, infringiendo con ello un mandato constitucional expreso.





La **tercera conclusión** que surge de estas experiencias es clara. La injerencia del poder político ha contaminado a nuestros tribunales, los procedimientos empleados han violentado la independencia judicial y obligado a los jueces a asumir posiciones incompatibles con sus funciones, todo lo cual se ha visto agravado por la estructura orgánica del Poder Judicial.

Nadie ignora que la carrera judicial está condicionada por las decisiones del Poder Ejecutivo (Gobierno) y, en un caso especial, por el Senado de la República (designación de los ministros de la Corte Suprema). Los ministros, jueces, relatores, secretarios, etcétera, son designados por el Presidente de la República. Pienso que el fundamento último de este sistema reside en el hecho de que sólo se admite la legitimidad que da la elección popular a quienes están llamados al ejercicio de la soberanía. De aquí que se traspase esta legitimidad del Jefe del Estado a los jueces. Huelga decir que ello constituye un error mayúsculo. Tanta legitimidad tienen, a nuestro juicio, las autoridades elegidas democráticamente, como aquellas establecidas en la Constitución, cuyo origen se halla en una carrera funcionaria descrita y regulada en la ley. Basta señalar que la "legitimidad democrática" de la judicatura –en lo concerniente al ejercicio de la soberanía– se consigue a través de una doble vía: la vinculación del juez a la ley (que de acuerdo al artículo 1° del Código Civil es una manifestación de la voluntad soberana), y por la estructura orgánica constitucional del Poder Judicial (que está reconocida expresamente en los artículos 5°, 6° y 7° de la Carta Política Fundamental). Con todo, el sistema actual, como es obvio, predispone a los jueces a favor de los intereses de quienes ejercen el poder político, razón por la cual muchos de ellos terminan identificados con el gobierno de turno. Si bien la intervención del Senado en la designación de los ministros de la Corte Suprema restringe la influencia del Gobierno, incorpora otro ingrediente netamente político en la generación de la judicatura. Por este medio, es comprensible la politización de la administración de justicia, porque la carrera judicial está condicionada por este tipo de factores, absolutamente ajenos a lo profesional. En estas condiciones es casi imposible que un juez pueda sustraerse del influjo político cuando, además, las causas de que conoce tienen esta índole.

La **cuarta conclusión** que proponemos es obvia, la politización de la justicia es consecuencia inevitable de que la carrera judicial esté condicionada por los otros poderes del Estado, lo cual implica la injerencia tanto del Ejecutivo como del Senado en las promociones y designaciones judiciales. Así las cosas, reclamar un Poder Judicial realmente independiente y autónomo, exento en particular de influencias políticas, resulta, por decirlo de alguna manera, absurdo.

Finalmente, no puede tampoco ignorarse el hecho de que el Poder Judicial está subordinado, en la mayor parte de sus actividades, a los servicios y apoyo que le brindan organismos dependientes del Poder Ejecutivo. Así, por vía de ejemplo, la policía civil y uniformada, el régimen carcelario, la asistencia médico-legal, todo lo concerniente al registro civil e identificación de las personas, los organismos técnicos relacionados con la minería, con la defensa del consumidor, con los intereses fiscales, etcétera, quedan en manos del Ejecutivo. De este hecho se desprende que la actividad de los fiscales y jueces queda condicionada por este tipo de entidades que no dependen del Poder Judicial. Cabe sobre este particular formularse una pregunta fundamental: ¿La mayor parte de los servicios indicados están concebidos para apoyar el ejercicio de la judicatura? Si respondemos positivamente, no se divisa por qué razón, salvo que se trate de una estructura administrativa obsoleta, ellos no dependen del Poder Judicial. De manera que hallamos aquí otro escollo para el ejercicio independiente de la jurisdicción, lo cual, sin duda, redundará en un claro menoscabo de su naturaleza y la pureza de su misión.

La **quinta conclusión** a que llegamos podría sintetizarse diciendo que el Poder Judicial en Chile no cuenta con el apoyo logístico necesario, el cual proviene de otro poder del Estado, perdiendo, de esta manera, un espacio importante de su independencia y capacidad de obrar sin sujeción a intereses ajenos a su gestión.

De las conclusiones registradas en lo precedente, puede deducirse que uno de los problemas más dramáticos de la judicatura, en este momento, es una evidente politización de los jueces. Aclaremos sí que de esta politización los jueces no son responsables (no puede exigirse a nadie un comportamiento o sacrificio heroico), sino el sistema que los colocó en situación de resolver problemas históricos que se vienen arrastrando desde hace décadas y que han sido esquivados irresponsablemente por los llamados a encararlos. Esta anomalía se ve agravada, como se dijo, por el hecho de que, orgánica y estructuralmente, los jueces no integran un "Poder" que esté libre de injerencias, ya que, incluso, el destino de su carrera está en manos de poderes de naturaleza esencialmente política.

En este contexto, resulta aberrante exigir a la judicatura una conducta distinta de la que ha tenido, lo cual nos obliga a denunciar los primeros síntomas de una "crisis" promovida y estimulada por los demás poderes del Estado, que corroerá gravemente su prestigio, credibilidad y la seguridad que está obligada a proyectar.



#### **IV. Conflicto generacional**

Nadie ignora que la reforma procesal penal constituye un avance muy significativo, cualesquiera que sean las insuficiencias que deban suplirse en el futuro próximo y que en buena parte se encararon en el período de funcionamiento gradual con que se aplicó. El establecimiento de este nuevo sistema penal ha traído consigo la incorporación al Poder Judicial de una falange de funcionarios (fiscales, jueces de garantía, jueces de tribunales orales, defensores públicos) formados e imbuidos en otros principios, que no son siempre aquellos que predominan entre quienes han seguido por años la carrera judicial. Se trata de una "nueva generación", que, indefectiblemente, chocará con la anterior, provocando un vacío que no tardará en manifestarse.

Cabe señalar, a riesgo de aparecer como retrógrado, que atendidos los niveles de delincuencia existentes en Chile y, sobre todo, la introducción en nuestro país de lacras como el narcotráfico, cuya capacidad de corrupción afecta actualmente a la mayor parte de las naciones del mundo y particularmente a las de este continente, un sistema "garantista" pone en grave peligro nuestra seguridad y convivencia. No puede ignorarse la experiencia foránea. El narcotráfico hunde sus garras, por lo general, en todos los sectores más sensibles de la sociedad, especialmente en el ámbito político, razón por la cual tiene una clara influencia en el ejercicio de las potestades públicas. Ello trae consigo la desintegración institucional, porque se corrompe el poder político y con ello la estructura misma del Estado.

¿Es posible atenuar el sentido "garantista" de la reforma procesal penal en materias tan sensibles como el narcotráfico? Se dirá, seguramente, que ello implicaría un retroceso que desvirtúa el avance logrado después de arduos esfuerzos de varias generaciones. No es esta mi opinión. Lo revela lo ocurrido en Estados Unidos, en que, respecto del terrorismo, otra de las lacras más peligrosas de nuestro tiempo, ha asumido una actitud que, sin duda, altera su larga tradición judicial de amparar el "principio de inocencia" y las libertades públicas, incluso a costa de graves daños y peligros para la comunidad.

De aquí nuestra convicción en el sentido de que la reforma procesal penal y la nueva generación que parece haber asumido su funcionamiento y dirección, deben sensibilizarse respecto de determinados ilícitos que, por su trascendencia social y la facilidad con que penetra las capas más influyentes de la comunidad, ponen en serio riesgo la estabilidad y normal funcionamiento del orden social.

En el evento de que lo señalado se ignore o minimice, caerá sobre el Poder Judicial una ola de descontento y desconfianza, atribuyéndosele la plena responsabilidad de lo que ocurra y causando trastornos que muchos países ya han experimentado. Desde otro punto de vista, el choque generacional –que es normal en toda etapa histórica– quedará de manifiesto, en perjuicio de nuevas ideas que deben imponerse, pero de manera gradual, si hechos como los descritos nos exigen transitar más pausada y prudentemente. No es extraño escuchar críticas acerbas en contra de los jueces, hablar de la “puerta giratoria” para referirse al sistema de libertades provisionales, acusar a las autoridades judiciales de no brindar la protección debida a las víctimas, destacar las garantías excesivas que de que goza el victimario. Todo ello menoscaba el prestigio de la justicia y estimula, lo cual es aun más grave, a hacerse “justicia por propia mano”.

Por lo tanto, el problema que planteamos no es baladí ni debe considerarse un “subproducto” de un avance que todos deseamos y celebramos. Los sistemas procesales deben adaptarse a la realidad que impera en la sociedad. Lo que no puede sacrificarse es la fe en la justicia y la seguridad jurídica que demanda la población, todo lo cual constituye uno de los deberes fundamentales del Estado.

## V. Instituciones jurídicas mutiladas

Una revisión objetiva y cuidadosa de nuestra jurisprudencia respecto de procesos de connotación política, especialmente a partir del año 2000, nos induce a denunciar que varias de las instituciones jurídicas más esenciales han sido mutiladas, aduciendo, como se dijo, diversos pretextos, más formales que materiales.

Existen casos en que no se ha respetado el **principio de legalidad del delito**, consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política del Estado (“Ningún delito será castigado con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”). Asimismo, hay figuras delictivas que han sido interpretadas extensivamente contrariando el sentido de la ley.

No se ha respetado el efecto de **cosa juzgada** en varios juicios, reabriéndose procesos que estaban afinados mediante sentencia o sobreseimiento definitivos. Una persona, declarada por sentencia de la Corte Suprema, incapacitada para ser sujeto pasivo de un proceso penal, ha sido encausada en otros procesos declarándose precisamente lo contrario o eludiendo un pronunciamiento al respecto atendido el estado de la causa. Se ha sostenido, por ejemplo, que



en un “antejuicio” –como el desafuero– no cabe hablar ni exigir un “debido proceso legal”. La cosa juzgada, como es sabido, constituye uno de los pilares del derecho y la forma de asegurar que un mismo caso no sea juzgado sucesivamente, haciendo desaparecer la seguridad jurídica. Pero hay más. Tampoco se ha respetado el llamado “efecto reflejo de una sentencia”, conforme el cual, aun no concurriendo en estricto derecho los requisitos de la cosa juzgada, no puede una decisión contrariar lo que se sostiene en otra en relación a aptitudes del mismo imputado. Si una persona está incapacitada para enfrentar un proceso judicial, no se advierte cómo puede estar capacitada, simultáneamente, para enfrentar otro proceso de la misma naturaleza.

En ciertos procesos, no en todos, los tribunales se han negado a aplicar la **ley de amnistía**, que, como es sabido, hace desaparecer la ilicitud de una conducta transformándola en lícita. En esta materia se han multiplicado las excusas. Los tribunales comenzaron, a instancia de un Jefe de Estado –según lo manifestado en lo precedente– por sostener que la amnistía no impedía agotar la investigación del hecho punible (que dejó de serlo por mandato de la misma ley). Luego se ha sostenido que las personas presuntivamente detenidas por los servicios de seguridad y de quienes se ignora hasta la fecha su paradero, se hallarían “secuestradas” y, siendo éste un delito continuado (o permanente al decir de alguna doctrina penal), no opera la ley de amnistía, porque ella se aplica a los autores, cómplices o encubridores que hayan incurrido en hechos delictuosos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. Otra jurisprudencia afirma que estos delitos, atendida su naturaleza, son inamnistiables por aplicación de tratados internacionales, algunos de los cuales, incluso, no se hallaban vigentes en Chile a la fecha de ocurrencia de los hechos. Como si lo anterior no fuere suficiente, se ha propuesto (proyecto que se tramita actualmente en el Senado) la derogación de la ley de amnistía (lo cual jurídicamente carece de toda relevancia, ya que ella ha operado al momento mismo de entrar en vigencia sin que los efectos de una ley derogatoria puedan aplicarse con efecto retroactivo, eliminando un beneficio excepcional ya concedido).

Otro tanto ha ocurrido con la **prescripción de la acción penal**. Delitos cometidos hace más de 20 o 30 años son investigados por los tribunales, contrariando un texto expreso de la ley (artículo 107 del Código de Procedimiento Penal), que ordena al tribunal no proseguir la acción penal cuando cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, se establezca que la responsabilidad penal del inculpado se encuentra extinguida. Para soslayar esta prohibición se afirma que se trata de una excepción de fondo que sólo puede ser resuelta en sentencia definitiva, o que la prescripción “puede” haberse interrumpido por la comisión de otros delitos (respecto de los cuales no hay condena), o que se trata de delitos imprescriptibles o, como se dijo, de delitos permanentes que se siguen cometiendo a lo largo de 20 o 30 años hasta la fecha.

Probablemente, el flagrante desconocimiento del “**debido proceso legal**”, instituto establecido en la Constitución Política de la República, sea lo que más severamente erosione la legalidad vigente. Nadie puede ser juzgado si no está en situación de ejercer los derechos que le acuerdan la Constitución y la ley. No cabe duda que el ejercicio de la jurisdicción, a partir de la Carta de 1980, está condicionado por el “debido proceso”. Ello implica que no puede un tribunal ejercer su cometido ni dictar sentencia sin un proceso previo legalmente tramitado. Esta garantía fundamental, además, está reconocida en los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país que, incluso, fijan las condiciones mínimas en que puede sustanciarse un juicio civil o penal. Lo anterior se ve agravado por la circunstancia de que, en algunos casos, respecto de la misma persona, se ha reconocido que no es posible procesarla, y en otros, que ello es perfectamente procedente.

Lo que se señala, a juicio nuestro, reviste una extrema gravedad por varias razones. Desde luego, surgen contradicciones insalvables en las decisiones pronunciadas por un mismo tribunal, lo cual, por decir lo menos, resulta desconcertante. Se ha generado una sensación de profunda “inseguridad jurídica”, ya que no es posible predecir lo que se resolverá en casos perfectamente análogos y que afectan a una misma persona. Se han dejado de aplicar instituciones jurídicas esenciales que gravitan en el derecho desde hace siglos y que corresponden a la forma de clausurar situaciones que se arrastran por años o que se hallan sujetas a la extinción de la responsabilidad penal por tener origen en el quebrantamiento de la institucionalidad (cuestión de origen político que no cabe calificar a los tribunales de justicia). Con todo, lo más grave es la comprobación de que los tribunales pueden recurrir a una multitud de “pretextos” para dejar de aplicar la ley o para aplicarla cuando ello no corresponde. Dicho de otro modo, al parecer, los jueces pueden eludir el mandato legislativo y disponer lo que juzguen conveniente de acuerdo a sus íntimas convicciones políticas o morales. Para ello basta con construir un razonamiento justificatorio, por absurdo o errado de que éste sea. Por esta vía se destruirá inapelablemente el “Estado de Derecho” y quedaremos a merced del “gobierno de los jueces”.

No está de más agregar una circunstancia relevante. ¿Puede juzgarse un hecho de naturaleza eminentemente política fuera del contexto histórico en que él ocurrió? ¿Puede juzgarse lo que sucedió en Chile entre los años 1973 y 1978 (años considerados en la el Decreto Ley N° 2.161 sobre amnistía) con absoluta prescindencia de aquella realidad? La cuestión reviste una enorme importancia, porque la justicia no puede operar en el vacío, sino en relación a hechos y situaciones concretos y específicos. A partir de 1973 el país vivió una etapa de excepción en que las instituciones o no funcionaron o lo hicieron sobre bases absolutamente irregulares. Se sustituyó el Poder Legislativo y

Constituyente por una Junta Militar, la Presidencia de la República se confió al Comandante en Jefe de la rama más antigua de la Defensa Nacional, se disolvieron los partidos políticos, se restringió el movimiento sindical, se vivió un largo período bajo “estado de sitio”, etcétera. Todo ello fue consecuencia de un quiebre institucional en el cual las F.F.A.A. y de Orden no tuvieron responsabilidad alguna, siendo arrastradas por la ciudadanía a intervenir para evitar una guerra civil o conjurar una situación política antidemocrática. La situación del país se fue normalizando en forma gradual hasta 1990, año en que se puso en vigencia íntegramente la Constitución de 1980, volviendo a funcionar las instituciones tradicionales con importantes modificaciones. ¿Tiene esta realidad importancia para interpretar la ley y establecer responsabilidades que, en el fondo, son de origen político? Esta es la cuestión. Creemos nosotros que prescindir de este escenario es negar lo que constituye la médula de la tarea jurisdiccional. Nada sucede en el vacío. Todo está condicionado por las circunstancias, mucho más cuando ellas son de esta envergadura. Lamentablemente nada de ello ha sido considerado por los jueces, que actúan como si la historia no tuviera nada que decir...

Para muchos abogados lo que señalamos es inexplicable. Los jueces –felizmente no todos– no han estado a la altura de su cometido, confundiendo sus legítimas preferencias con la recta dirección de sus decisiones. Es cierto que ser juez es una tarea difícil, ingrata, casi siempre incomprendida. Nunca las partes que intervienen en un proceso salen del tribunal plenamente satisfechas. Por lo general, una de ellas o ambas quedan disconformes, convencidas de la virtud de su causa. La grandeza del juez no consiste sólo en conocer la ley, la jurisprudencia y la opinión de los expertos. **La grandeza del juez reside en su capacidad para sustraerse de sus simpatías, afecciones, afinidades ideológicas o religiosas, prejuicios sociales o de cualquier otra índole, y prestar atención lealmente al mandato legal de la manera en que éste sea científicamente entendido.** Los jueces no son esclavos de la ley, pero tampoco prestidigitadores capacitados para hacer que ella diga “blanco” o diga “negro”, dependiendo del caso que son llamados a resolver. Tampoco es posible descontaminar a los jueces de todo influjo político, porque ellos viven, al igual que nosotros, inmersos en una comunidad en que se agitan y confrontan ideas, acusaciones y convicciones de todo orden. Por lo tanto, no reclamamos de los jueces una asepsia total. Ello es imposible y, muy probablemente, más dañino. Pero sí una recia personalidad para comprender cuál es su misión y la tarea que les impone la sociedad.

Finalmente, creemos que ha llegado el momento de instar a nuestros magistrados a una severa reflexión acerca de esta realidad. La formación de los jueces no se improvisa. Es falso que la llamada “carrera judicial” pueda ser sustituida por personas ajenas al largo proceso de aprendizaje que implica administrar

justicia. La experiencia, en esta materia, es una condición insuperable. Igualmente perjudicial es entregar a los poderes políticos facultades para promover a quienes se les atribuye una afinidad aparente. Hemos sostenido que la reforma constitucional que incorpora a 5 ministros de la Corte Suprema ajenos a la "carrera judicial" es altamente inconveniente, tanto como los llamados "abogados integrantes" designados por la autoridad política de turno. Los primeros ingresan al Tribunal Supremo sin la experiencia que confieren años de trabajo en la misma actividad y sin la preparación práctica que se requiere para integrar el más alto tribunal de la República. Los segundos, atendida su periódica designación por la autoridad política, están desprotegidos ante ella, al igual que las partes cuando se trata de un juicio en contra de la Administración (situación que se hizo frecuente como consecuencia de haber entregado a los tribunales ordinarios de justicia el conocimiento del contencioso administrativo). Por lo menos, de subsistir esta institución, los "abogados integrantes" deberían ser designados por los mismos tribunales, ampliándose el plazo de sus funciones y con un severo régimen de incompatibilidades y prohibiciones.

Todos estos elementos confluyen para arrastrar a la Justicia a una crisis que, aun cuando hoy día no se evidencia, parece estarse incubando en su interior. Es hora, por lo mismo, de poner extrema atención en estos hechos, que de subsistir y aumentar, provocarán un desgaste irreversible que costará años reparar.

No se confundan estas líneas con un "Yo acuso" al estilo de Emile Zola. Mi propósito no es otro que alertar a quienes corresponda para que examinen estos hechos que nadie, con un mínimo de objetividad, podría negar. Una solución sólo puede surgir del seno mismo del Poder Judicial y no de una imposición del poder político, como invariablemente ha ocurrido a través de nuestra historia.





# **Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia**

**Miguel Otero Lathrop**

Profesor Titular de Derecho Procesal,

**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Presidente del Instituto Chileno de Derecho Procesal

## **PRÓLOGO**

Se me ha solicitado escribir un artículo sobre “El Poder Judicial, modernización o estancamiento”. La realidad es que el tema requiere un estudio muy profundo y acabado sobre la organización de los tribunales de justicia, su composición, funcionamiento, leyes de procedimiento –por cuanto existe gran número de leyes distintas del Código de Procedimiento Civil y del Código Procesal Penal, que establecen diversos procedimientos– y su aplicación práctica. Además, habría que analizar el comportamiento de los abogados, actores igualmente principales en el proceso de hacer justicia. Ello impide abarcar con seriedad el tema propuesto.

Ello no obstante, hay que reconocer que, en materia penal, la justicia ha experimentado una gran modernización y que su funcionamiento aún se encuentra en rodaje. Por ello, obviamente, habrá que hacer algunos ajustes, pero es innegable el profundo y beneficioso cambio experimentado en esta materia.

No sucede lo mismo en materia civil, por cuanto se requiere un cambio similar al penal en materia de procedimiento y actuación de los tribunales y refundir los múltiples procedimientos en unos pocos que se apliquen a todas las materias entregadas al conocimiento de los tribunales civiles.

En materia de familia, errores propios de la inexperiencia están haciendo naufragar una reforma necesaria, derivada fundamentalmente de normas de procedimiento muy teóricas que no se condicen con la realidad, la cultura y la idiosincrasia chilenas. Se hace necesario introducir urgentes reformas para que el sistema pueda funcionar adecuadamente.

Igual situación se producirá en la justicia laboral por las mismas causales, lo que inevitablemente producirá efectos totalmente contrapuestos a lo que se espera de la reforma del procedimiento.

Hay consenso en que es necesario hacer una reforma importante a la organización y funcionamiento de los tribunales, comenzando por la propia Corte Suprema. Al menos, ésta es la conclusión a que ha llegado el Foro de la Reforma del Código de Procedimiento Civil, designado por el Ministerio de Justicia para proponer un nuevo Código Procesal Civil, en el cual participan distinguidos profesores de Derecho Procesal de las principales Facultades de Derecho de distintas universidades.

Lo anterior me ha llevado a hacer algunos comentarios y críticas a situaciones puntuales, derivadas de mis cincuenta años de ejercicio profesional y de docencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Naturalmente, ésta es una visión particular sujeta a críticas y desacuerdos, pero, al menos, abre la oportunidad de debate sobre los temas tratados que estimo son de real urgencia. Destaco que son apreciaciones que ameritan una mayor extensión y profundidad, limitándome a plantearlas en la forma más breve y sucinta, en espera de estudios más acabados.

Me ha parecido conveniente, para justificar mis comentarios, comenzar por hacer un análisis de la razón de ser del Poder Judicial, de la finalidad de la jurisdicción, de lo que caracteriza al Estado de Derecho y su vigencia en Chile, como también analizar la situación en que se desenvuelven los jueces y ministros, la función de la Corte Suprema y otras materias conexas.

## **DESARROLLO**

### **Generalidades**

#### **Razón de ser del Poder Judicial**

En toda agrupación humana, a partir de la misma familia, existen tres actividades o responsabilidades claramente determinadas. La primera es la de dirección del grupo, que conlleva la facultad de administrar y preocuparse por el bienestar de la comunidad; la segunda es la de determinar las normas de conducta por las cuales se van a regir los miembros de ésta, y la tercera, sancionar a quienes trasgredan esta normas.

En un comienzo, las tres funciones se reunían en una sola persona, el jefe o padre de familia. Al integrarse la familia a otras, el nuevo grupo social determinaba quién asumía el control y la dirección de éste, concentrándose en el "jefe" la plenitud de los poderes y responsabilidades de administrar, normar y juzgar. Ello no obstante, las tres funciones aparecen claramente diferenciadas y con finalidades distintas.

El administrar implica obtener los recursos para cumplir la finalidad social de la comunidad, preocuparse de su subsistencia, bienestar y seguridad, como también organizar el funcionamiento de la organización social dada. El normar es establecer las reglas de conducta que cada miembro de la comunidad debe observar para preservar la paz y armonía sociales y establecer las sanciones aplicables a quienes las infrinjan. El juzgar implica determinar si existió o no la conducta antinormativa y, de existir, aplicar las sanciones establecidas para dicha infracción, como única forma de impedir la autotutela y garantizar la paz social, en base a hacer "justicia".

En la medida que la agrupación social aumenta, se forman los clanes, las tribus, los estados feudales, los reinos y finalmente los Estados, como los conocemos hoy. Sin embargo, durante todo este período de cambios de estructuras de poder, las necesidades de administrar, normar y juzgar se mantuvieron sin cambio alguno, salvo en cuanto a qué persona o a qué órgano de la comunidad debe asumirlas, con las facultades consiguientes.

Esta realidad es tan evidente que, en los tiempos modernos, se reconoce su existencia e importancia consagrándose la división de los poderes del Estado, cualquiera sea su organización política. Así se reconoce el Poder Ejecutivo, encargado de administrar, el Poder Legislativo, encargado de legislar, y el Poder Judicial, encargado de juzgar, o sea, de ejercer la jurisdicción.

## La jurisdicción

Los conceptos de democracia, Estado de Derecho y debido proceso dan a la jurisdicción un campo mucho más amplio que el de resolver conflictos entre partes. Se incorpora a la jurisdicción el poder y la facultad de resolver los conflictos que se susciten entre las personas naturales o jurídicas y los organismos del Estado o entre éstos entre sí. En otras palabras, el Poder Judicial pasa a ser garante de los derechos humanos y definidor de la interpretación, alcance y aplicación de las leyes, llegando a poder declarar la inaplicabilidad de una ley por inconstitucionalidad. Hoy esta última facultad se ha radicado en el Tribunal Constitucional.

A lo anterior, se agrega la facultad de poder prevenir las consecuencias de un posible conflicto frente a la amenaza de una conculcación de alguno de los derechos que señala el artículo 20 de la Constitución Política del Estado. De igual manera, ello se aprecia en la acción de certeza, destinada a precisar el alcance o extensión de una determinada norma legal o la validez de un determinado acto jurídico cuando hay dudas a su respecto. En estos casos la sentencia judicial pone fin a la amenaza al derecho constitucional y precisa el alcance o extensión de una determinada norma legal o determina preventivamente la validez o nulidad de un determinado acto jurídico.

De lo anterior, podemos definir la jurisdicción como aquel atributo de la soberanía en virtud del cual el Estado tiene el deber y la facultad de prevenir, conocer y resolver, a través de un debido proceso, los conflictos de relevancia jurídica que se susciten dentro de su territorio. Se entiende por conflictos de relevancia jurídica aquellos que conllevan la imputación de una conducta antinormativa que, real o aparentemente, afecta la paz o la convivencia social o el orden público o vulnera, amenaza o desconoce un derecho particular, amparado legalmente. Se ejerce por medio de tribunales de justicia o bien por medio de funcionarios u organismos específicos cuando la ley les delega expresamente el conocimiento y resolución de determinados conflictos y que, transitoriamente al ejercer esta facultad, adquieren la calidad de tribunal. Y se expresa mediante decisiones que se denominan resoluciones judiciales, las que, al quedar ejecutoriadas, producen el efecto de cosa juzgada. Esto es, la cualidad de inamovilidad e irrevocabilidad de lo resuelto en el caso particular en que recae la resolución.

El hecho o la conducta, para que sea objeto de la jurisdicción, debe ser antinormativo. Esto es, real o aparentemente, contravenir, violentar o desconocer una norma de conducta obligatoria. Es por ello que los conflictos de orden moral, religioso, ideológico, no son materia de la jurisdicción.

## Del ejercicio de la jurisdicción

De acuerdo con el artículo 73 de la Constitución Política de la República, los tribunales establecidos por la ley son los únicos con facultades para conocer las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado. En el artículo siguiente dispone que una ley orgánica constitucional<sup>1</sup> determine la organización, atribuciones y calidades que respectivamente deban tener los jueces, siendo menester oír previamente a la Corte Suprema sobre aquellas leyes que modifican la organización o atribuciones de los tribunales.

Existen jueces ordinarios, especiales y arbitrales. Además, los tribunales especiales se pueden clasificar en integrantes o no integrantes del Poder Judicial.<sup>2</sup>

Ahora bien, tanto los tribunales ordinarios como los arbitrales están regulados en el Código Orgánico de Tribunales y el resto de los tribunales se encuentran regulados en sus respectivas leyes especiales. A su vez, el inciso 1° del artículo 79 de la Constitución establece que la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación, exceptuándose sólo el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, los tribunales electorales regionales y los tribunales militares en tiempo de guerra.

Respecto a la generalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los jueces, son los tribunales ordinarios –jueces de letras, Cortes de Apelaciones, tribunales unipersonales de excepción y Corte Suprema– a quienes corresponde, a falta de regla especial, conocer de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> De conformidad al inciso 2° del artículo 63 de la Carta Fundamental, son leyes orgánicas constitucionales las que requieren, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

<sup>2</sup> Incisos 2° y 3° del artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>3</sup> Inciso 1° del artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales.

## **Observaciones y sugerencias al sistema actual de administración de justicia**

### **Oportunidad de la justicia**

Se ha señalado que la razón de ser de la función jurisdiccional es solucionar los conflictos de relevancia jurídica a objeto de asegurar la convivencia y paz sociales. Para lograr este objetivo se requiere que la justicia sea oportuna, eficaz y no burocratizada.

Esto requiere de procedimientos judiciales adecuados a la naturaleza de los conflictos, jueces probos, doctos y eficaces, dotados de elementos humanos y de apoyo técnico que les permita agilizar y desarrollar su función en la mejor forma posible y, muy principalmente, que la carga de trabajo que se les imponga sea humanamente compatible con un desempeño racional y adecuado de la función jurisdiccional. A lo anterior cabe agregar que se les entrega el conocimiento y resolución de materias que son claramente administrativas e impropias de esta función.

Hoy, en Chile, este requisito no se da en forma alguna. Los tribunales ordinarios y especiales de primera instancia están sobrecargados de trabajo, con serios retardos en la solución de los conflictos que exceden de lo permisible. En determinadas Cortes de Apelaciones sucede lo mismo y, en especial, en la Corte de Santiago, que acumula un retraso de más de cuatro años. A su vez la Corte Suprema en la resolución de los recursos de casación de forma y fondo tiene un atraso entre dos y tres años.

Lo anterior determina que un juicio ordinario puede llegar a demorar, con suerte, entre seis y siete años.

Los jueces y ministros carecen de asesores letrados que les estudien la doctrina y la jurisprudencia requeridas para resolver cada caso, que presenten los pro y los contra de las distintas soluciones y sea el juez o ministro, en su caso, el que tome la determinación y la redacción final del fallo. El juez debe fallar y no tramitar. La tramitación debiera estar a cargo de los secretarios letrados del tribunal en calidad de jueces adjuntos y entregarse todas las materias administrativas a un administrador público.

No se justifica en modo alguno tener abogados desempeñando funciones meramente administrativas, en circunstancias que están en el escalafón primario de jueces. Lo lógico es que estos secretarios pasen a desempeñar una función realmente jurisdiccional como jueces adjuntos encargados de la tramitación, y los jueces titulares presidan las audiencias de conciliación, queden a cargo de



las resoluciones que reciben la causa a prueba, la concesión y alzamiento de medidas precautorias y dicten las sentencias definitivas y las sentencias interlocutorias que pongan fin al juicio o hagan imposible su continuación.

Es humanamente imposible que, con la carga de trabajo actual y la carencia de medios de soporte, los jueces y ministros puedan estudiar a fondo cada causa, realmente analizar la prueba documental –cuando ésta es múltiple– y dictar sentencias que sean un modelo de la aplicación del derecho a los hechos determinados en la causa. Hay que reconocer que, en la situación actual, su labor es realmente titánica, pero no se les puede pedir que la justicia sea realmente oportuna.

Además, debiera dotarse a los Juzgados y a las Cortes de los medios técnicos modernos para facilitar su tarea, como ser el uso de Internet, que les permitiría el acceso directo a las fuentes de información legal y jurisprudencial, a la biblioteca del Congreso Nacional y a las bibliotecas de las universidades. Asimismo, se requiere que el personal auxiliar sea calificado y tenga los estudios y conocimientos adecuados para desarrollar la función que se les encomienda.

A lo anterior, hay que agregar la necesidad de que se reste a los tribunales el conocimiento y resolución de materias claramente administrativas que no son propias de la jurisdicción.

### **El Estado de Derecho y la justicia**

La igualdad ante la ley; la igualdad en el trato y en la aplicación de la ley y que la autoridad, sea del Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, ni aun bajo circunstancias extraordinarias, puede arrogarse más facultades que aquellas que expresamente la Constitución y la ley le otorgan, es lo que caracteriza el Estado de Derecho. “El fin justifica los medios” está expresamente rechazado por la Constitución Política.

Preservar el Estado de Derecho es una función propia del Poder Judicial y consustancial con ella es la de resguardar los derechos que la Constitución asegura a todos los habitantes de la República, sin excepción alguna. Ello obliga a que el Poder Judicial sea independiente de los otros poderes del Estado y, en especial, del Poder Ejecutivo. Es frente a éste que debe resguardar a la persona humana en todos sus derechos, por cuanto es la autoridad ejecutiva la que tiene el poder de conculcarlos.

Además, la función de juzgar debe ser objetiva y no emocional. Los hechos deben analizarse dentro del contexto social, político, económico y cultural en que se dieron.

## El Estado de Derecho en Chile

Hoy no existe igualdad en la aplicación de la ley, lo que viola el Estado de Derecho, entre otras, por las siguientes causas:

a) Falta de independencia del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo.

Preservar el Estado de Derecho y resguardar los derechos que la Constitución asegura a todos los habitantes de la República, sin excepción alguna, es función propia del Poder Judicial. Ello obliga a que éste sea realmente independiente de los otros poderes del Estado y, en especial, del Poder Ejecutivo. Es frente al Ejecutivo que debe resguardar a la persona humana en todos sus derechos, por cuanto es la autoridad ejecutiva la que tiene el poder de conculcarlos.

Lamentablemente, en no pocas oportunidades, el Poder Judicial solidariza con el Poder Ejecutivo confundiendo el interés del Estado con el interés del Gobierno de turno y, en lo patrimonial, privilegiando el interés fiscal por sobre el interés particular. De otro lado, el Presidente de la República nombra anualmente a los abogados integrantes de las Cortes de Apelaciones y cada tres años a los de la Corte Suprema. Es un hecho repetido –en todos los gobiernos– que los votos desfavorables a sus intereses o deseos se castigan con el no nombramiento en el próximo período.

La integración de las salas cobra mayor relevancia cuando se trata de causas en que tiene interés el Fisco o se trata de procesos que afectan a funcionarios o ex funcionarios del gobierno de turno o a miembros de los partidos políticos que lo conforman. En estos casos, las salas no debieran ser integradas, en caso alguno, por abogados integrantes, por cuanto éstos no gozan de inamovilidad, sino que, por el contrario, sus nombramientos dependen de la mera voluntad del gobierno de turno

b) Discriminación en la interpretación y aplicación de la ley.

Es un hecho que durante el Gobierno Militar el Poder Judicial no cumplió adecuadamente su obligación de defender los derechos humanos. Hay múltiples factores que podrán invocarse para justificar tal actitud, los que deben ser debidamente ponderados dadas las circunstancias que se vivieron en esa época, lo que no obsta a que muchos de los jueces sientan en su fuero interno una sensación de culpabilidad que los lleva a un deseo de castigar, de una forma u otra, a los presuntos o reales autores de las violaciones de los derechos humanos.





En un afán de reivindicación ante la opinión pública, se han desconocido normas claras de procedimiento penal, se han creado figuras delictuales absolutamente imposibles de darse, como el secuestro permanente, se ha buscado una forma distinta de aplicar la ley de amnistía de como se aplicó a los miembros de la Unidad Popular y, lo que es más grave, se justifica este proceder aduciendo que es la única manera de castigar. En otras palabras, el fin justifica los medios.

Frente a estas realidades, se debe condenar irrestrictamente el asesinato y la tortura, quienquiera los haya cometido y cualquiera sea la justificación que se pretenda; las leyes penales y procesales penales deben aplicarse con igual criterio a todo delincuente, sin distinción alguna; las reparaciones a quienes hayan sido víctimas de violaciones de sus derechos humanos deben otorgarse a todos los que la han sufrido, sin distinción alguna del gobierno bajo el cual ocurrieron; y la humanidad para tratar a una persona senil y enferma debe aplicarse sin distinción política alguna. La Corte Suprema, como última instancia en el "hacer justicia", debe mantenerse al margen de toda consideración política que pueda aparecer menoscabando la imparcialidad y objetividad que deben revestir sus pronunciamientos.

De igual manera, en estos procesos, la decisión judicial parece depender de la tendencia política de cada juez, con lo cual se falta a la debida imparcialidad que debe revestir un fallo judicial. Tanto es así, que la propia prensa vaticina los resultados de una futura decisión en base al presunto color político de los que integraran el tribunal, vaticinio que desafortunadamente se cumple.

#### c) Resoluciones contradictorias.

La garantía constitucional de "igualdad ante la ley" sólo se materializa cuando su interpretación y aplicación, ante hechos similares, es una misma para toda la república. En una gran mayoría de países existe un Tribunal Supremo, cuya finalidad es precisamente establecer dicha uniformidad, por lo cual su jurisprudencia pasa a ser obligatoria para los demás tribunales, situación que no se da en Chile.

Si bien en materia civil ello es preocupante, en materia penal es gravísimo. No es aceptable que en un mismo proceso los hechos sean constitutivos de delito para algunos inculpados y para otros no.

Para el público no es entendible cómo, radicada una causa criminal en una misma sala de una Corte de Apelaciones, pueden producirse fallos absolutamente contradictorios, como ha ocurrido en el proceso que actualmente tramita la ministra Gloria Ana Chevecic. En efecto, una sala confirmó un sometimiento

a proceso de determinadas personas e incluso ordenó efectuar una serie de diligencias tendientes a ampliar la investigación. Tiempo después, la misma sala, pero con una distinta integración de jueces, revoca una resolución similar y declara no existir delito en los mismos hechos considerados delictuales en la resolución anterior.

El resultado de esta contradicción es que, por iguales hechos, algunas personas siguen procesadas y a otras se les deja sin efecto su procesamiento, lo que es una clara violación del principio de igualdad ante la ley. Una misma conducta no puede ser delictual para algunos y para otros no.

Precisamente, para evitar este tipo de situaciones se estableció la "radicación" en las causas penales y en ciertas materias civiles, para que fueran los mismos ministros de la Corte de Apelaciones los que conocieran de todas las apelaciones que se interpusieran en un mismo proceso, evitándose de este modo decisiones contradictorias. Lamentablemente, la "radicación" es meramente nominal y se refiere únicamente al número y al lugar físico de la sala y no a sus integrantes, con lo cual la finalidad de la radicación queda totalmente desvirtuada.

La integración de las salas de la Corte de Apelaciones se sortea y varía de año en año, con lo cual se pierde la finalidad de la radicación. Se mantiene nominalmente la sala, pero varían sus integrantes, con lo cual se producen situaciones como la que se ha señalado. Lo lógico es seguir el ejemplo de la Corte Suprema y que la integración de las salas de la Corte de Apelaciones se mantenga por un período mínimo de tres años, lo que evitaría estos fallos contradictorios.

En la Corte Suprema, para evitar decisiones contradictorias en materias similares, se adjudicó privativamente a cada sala un determinado tipo de materias. Es más, para mantener esta unidad de criterio, la Corte Suprema no ha variado la integración de las salas, generando una verdadera especialización en los ministros que las integran. De igual manera se asigna a los abogados integrantes. Ello no obstante, en materia civil, la propia Corte Suprema, ante normas idénticas, en un fallo unánime declaró la inconstitucionalidad de una determinada norma legal y, tiempo más tarde, por mayoría de votos, la misma norma fue declarada constitucional. El resultado es claro, para una empresa la ley se aplica y para otra no.

¿Igualdad ante la ley?

En materia del recurso de protección y del recurso de amparo económico, existen fallos contradictorios sobre la procedencia del recurso de queja en contra de la resolución de la sala tramitadora de una Corte de Apelaciones que no admite a tramitación el recurso. Para algunas salas, el recurso de reposición es

considerado como recurso jurisdiccional para los efectos de denegar la procedencia del recurso de queja y para otras no, por cuanto es conocido y resuelto por el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida.

Lo mismo ocurre respecto de la procedencia del artículo 54 de la Ley 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, sobre el auto acordado que rige la tramitación del recurso de protección, en cuanto a la interrupción del plazo para interponer acciones jurisdiccionales cuando se ha deducido un recurso administrativo. Una sala estima que la interrupción no procede tratándose de la acción de protección, y otras, que sí procede.

La integración de las salas cobra mayor relevancia cuando se trata de causas en que tiene interés el Fisco o se trata de procesos que afectan a funcionarios o ex funcionarios del gobierno de turno o a miembros de los partidos políticos que lo conforman. En estos casos, las salas no debieran ser integradas, en caso alguno, por abogados integrantes, por cuanto éstos no gozan de inamovilidad, sino que, por el contrario, sus nombramientos dependen de la mera voluntad del gobierno de turno.

En los últimos tiempos hemos visto que el voto del abogado integrante ha sido determinante, en algunos casos, para resolver a favor de los procesados cuya suerte afecta o interesa al gobierno. Es muy posible que el voto corresponda realmente al sentir del abogado integrante y que no haya pesado en su decisión el interés del gobierno. Sin embargo, para la ciudadanía, queda la duda, justa o injusta, de que no hubo la debida independencia en la decisión.

Lo anterior hace necesario que las salas de Corte de Apelaciones o de la Corte Suprema que deban conocer de causas en que tiene interés directo el Fisco o de procesos en que los que aparezcan involucrados funcionarios o ex funcionarios del gobierno de turno o connotados militantes de los partidos que lo integran, sean integradas exclusivamente por magistrados. Ello permitirá resguardar el prestigio de nuestros tribunales, garantizar la debida independencia de los abogados integrantes y eliminar toda circunstancia que permita poner en duda su ecuanimidad e independencia.

## **La Corte Suprema**

La razón de ser de una Corte Suprema es garantizar la igual aplicación e interpretación de la ley para materializar la igualdad ante la ley. Es por ello que, en la mayoría de los países, la Corte Suprema funciona en pleno y su jurisprudencia es obligatoria para todos los demás tribunales.

Esto significa que, ante hechos o circunstancias similares, los tribunales deben aplicar la ley de igual manera. Sólo es posible apartarse de la jurisprudencia cuando los hechos difieren o se trata de situaciones no contempladas en el precedente. Es por ello que la Corte Suprema debe funcionar en pleno y sus fallos deberían contar con la mayoría de los votos de sus miembros en ejercicio. Sólo así se puede hablar de jurisprudencia obligatoria de tan alto tribunal.

En Chile la situación es totalmente diversa. No hay una Corte Suprema, hay cuatro, por cuanto cada sala representa a la Corte y conoce de materias específicas y de otras que pueden ser de conocimiento de cualquier sala. Esto implica que hay una Corte Suprema en lo civil, otra en materia penal, otra en materia administrativa y laboral, y otra en materias constitucionales.

A su vez, cada sala está integrada por cinco ministros, o sea, por una cuarta parte de los ministros que integran la Corte, sin que se sepa cuál es la opinión del 75% restante, y es posible que la mayoría pueda tener una opinión no expresada, pero que sea distinta del fallo de la sala, incógnita que nunca se despejará. Lo más grave es que se ha dado el caso que el voto de un solo ministro de la Corte más el voto de dos abogados integrantes y contra el voto de dos ministros titulares, constituye la opinión de la Corte Suprema. Ello sin contar que, en materias que son de conocimiento de cualquiera de las salas, se producen opiniones discordantes entre éstas, como se ha señalado anteriormente, con lo cual cabe preguntarse ¿cuál es la opinión de la Corte Suprema y dónde esta la igualdad ante la ley?

En estas circunstancias, las decisiones de las salas de la Corte no pueden constituir una jurisprudencia obligatoria, por cuanto no representan el sentir mayoritario del tribunal y, por ello, a nivel de Cortes de Apelaciones se producen decisiones contradictorias entre sí, por cuanto no hay un tribunal que establezca obligatoriamente cuál es la verdadera interpretación y aplicación de un determinado precepto legal.

A la situación anterior, cabe agregar el atraso entre dos a tres años en que se encuentra respecto del conocimiento y fallo de los recursos de casación en la forma y en el fondo, que son los que deben constituir su función jurisdiccional prioritaria. Este atraso se debe, en parte, a que está recargada de materias administrativas que no deben ser de su competencia, sino de órganos administrativos especializados y, en parte, a que debe conocer de materias jurisdiccionales que no son propias de una Corte Suprema.

Además, cabe destacar la orfandad de medios con que se enfrentan los ministros, a quienes se les da una oficina y un secretario (a), en circunstancias que debían tener a lo menos dos ayudantes letrados que hagan el trabajo



de búsqueda de doctrina y jurisprudencia, preparen los borradores de fallo con las distintas alternativas y, al igual que en la Corte Suprema de USA, sea el ministro el que decida sobre la alternativa y la doctrina a aplicar y sobre la redacción final del fallo. Así tendríamos piezas jurídicas que sienten doctrinas jurídicas y constituyan una jurisprudencia que oriente a los demás tribunales y al foro en general. Con el número de fallos que cada ministro debe redactar, en las condiciones actuales, sin la debida colaboración y sin medios técnicos y materiales adecuados, ello es imposible

Es por ello que, reduciendo drásticamente las materias de que deba conocer a aquellas realmente importantes desde el punto de vista de la interpretación y aplicación de la ley y eliminándole las funciones administrativas, la Corte Suprema podría funcionar en pleno, sería factible reducir el número de ministros que la integran y establecer que sus decisiones sienten jurisprudencia obligatoria para todos los restantes tribunales. Esta jurisprudencia sólo podría alterarse cuando los hechos de una causa sean distintos de aquellos que determinaron la jurisprudencia existente. El ejemplo de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América es un ejemplo digno de imitar.

En otros países, existen dos Cortes Supremas, una en lo civil y otra en lo penal, que conocen de los asuntos en pleno y cuya jurisprudencia es obligatoria. También es un ejemplo digno de considerar.

### **Calificación de los jueces y ministros de Corte de Apelaciones**

Hoy la calificación se hace sin antecedentes objetivos. No existe una hoja de vida en la cual se deje constancia de los fallos que ha emitido, en qué materias, y cuál ha sido el resultado de los mismos, cuántos se han confirmado y cuántos se han revocado, recursos de queja deducidos en su contra y cuáles han sido acogidos y cuáles rechazados. No existe un historial acerca del desempeño jurisdiccional del juez o ministro.

Además, en esta hoja de vida debiera archiversse toda publicación de prensa referida a su comportamiento y actuación como juez o ministro.

La falta de estos antecedentes hace imposible hacer una calificación justa que corresponda al real desempeño magisterial y a los méritos del juez o ministro. En una gran mayoría de los casos, los calificadores no conocen a los calificados y se guían por el informe de otros jueces o ministros que no siempre corresponde a la realidad.

Es más, las calificaciones desafían la curva de Gauss. La gran mayoría de los jueces terminan siendo calificado como buenos o muy buenos o excelentes,

por cuanto no hay forma de conocer su verdadero desempeño profesional. Tiene que haber un escándalo público para que a un juez se le califique de regular o malo.

Tampoco se cumple el mandato legal de justificar la calificación de muy bueno o de deficiente.

### **Formación de quinas y de ternas para la designación de ministros de Corte Suprema y de Cortes de Apelaciones**

Lo anterior demuestra que las quinas y ternas no siempre corresponden a los méritos de los candidatos, sino a los besamanos que éstos deben hacer frente a quienes hacen la quina o la terna. El interesado debe pedir audiencia para exponer sus méritos y darse a conocer a cada ministro, el que normalmente no lo conoce personal ni profesionalmente. El resultado depende de la buena, regular o peor impresión que el postulante haya causado en cada audiencia personal, por cuanto el sistema no proporciona antecedente alguno acerca de su real desempeño profesional.

Este sistema es absolutamente injusto para los jueces que sirven en ciudades y pueblos alejados que no están en contacto permanente o no desempeñan sus funciones en el lugar en que se hace la terna o la quina y que deben pedir permiso para ausentarse de su lugar de trabajo para cumplir con este ritual, por cuanto de lo contrario se considera que no han manifestado interés en el cargo.

Además, la quina o la terna deberían hacerse votando separadamente cada nombre, de manera que no pueda haber ningún integrante de la terna o de la quina que no haya obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros titulares de la respectiva Corte. Actualmente, por una defectuosa redacción del inciso noveno del artículo 75 de la Constitución, es posible, y así ha ocurrido, que pueda figurar en quina un candidato que no saca ni el 40% de los votos de los miembros en ejercicio del tribunal.

De otro lado, la norma que impide figurar en terna o quina al juez que haya sido sancionado disciplinariamente, se aplica sólo considerando la calificación pasada. En efecto, si el juez ha sido sancionado durante el periodo en curso para la calificación anual, dicha sanción no se considera al momento de formar la terna o la quina, por cuanto sólo se toma en cuenta la calificación vigente que corresponde al periodo anterior. Esta es una inconsecuencia manifiesta.

## **Desjudialización de ciertas materias**

Es un hecho que el trabajo de los tribunales en materia civil recae en más de un 80% en cobranzas judiciales y materias no contenciosas. Las primeras debieran ser objeto de procedimientos administrativos o arbitrales y no ser los tribunales los cobradores de los bancos y de las grandes tiendas.

En cuanto a las materias contencioso-administrativas, como su propia denominación lo indica, no deben ser objeto de la jurisdicción y pueden ser entregadas a funcionarios administrativos o auxiliares del Poder Judicial, como los notarios. Esta medida ha sido propuesta en numerosas oportunidades en círculos académicos y, de implementarse, implicaría desatocar a los tribunales civiles y permitirles, sin aumentar su número, resolver los juicios oportunamente.

## **Modificación al Código de Procedimiento Civil**

Hay consenso en el Foro designado por el Ministerio de Justicia en cuanto a la necesidad de sustituir el procedimiento escrito actual por un procedimiento oral, inmediato y concentrado para la decisión del conflicto, manteniendo la escrituración en la fase de discusión, demanda y contestación. Esto es, el proceso debiera llevarse en audiencias públicas, que deben desarrollarse sin solución de continuidad en el juicio oral, con asistencia obligatoria del juez, ante el cual se rinde toda la prueba, lo que conlleva la inmediatez, continuidad y concentración del proceso. Además debería dotarse al juez de facultades que le permitan esclarecer debidamente los hechos, partiendo de las pruebas acompañadas por las partes, y asegurar a las partes el debido cumplimiento de la garantía constitucional del "debido proceso".

Esta reforma requiere tiempo y además implica modificar las estructuras administrativas de los juzgados civiles y sus lugares de funcionamiento, aparte que compromete la inversión de ingentes nuevos recursos fiscales. Todo ello demuestra que contar con una verdadera reforma a la justicia civil llevará no menos de tres a cuatro años, en forma optimista.

Dado lo anterior, es muy necesario y posible hacer algunas reformas inmediatas al actual Código de Procedimiento Civil, única manera de superar la enorme demora que existe en la tramitación y solución de los conflictos. El Instituto Chileno de Derecho Procesal tiene estudiado un proyecto de reforma inmediata que soluciona en gran parte estos problemas. Este proyecto será entregado al Ministerio de Justicia y a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado.

## Recurso de apelación

Es un hecho que el actual colapso en el funcionamiento de las Cortes de Apelaciones, especialmente en la de Santiago, entre otras razones, obedece a la enorme cantidad de recursos de apelación pendientes en materia civil, muchos de ellos relativos a cuestiones meramente accidentales, cuya resolución debiera adoptarse conjuntamente con conocer y resolver la apelación de la sentencia definitiva.

En efecto, nuestro Código de Procedimiento Civil contempla y privilegia la interposición de diversos recursos no sólo en contra de la sentencia de fondo o de mérito que resuelve el asunto controvertido, sino también en contra de una serie de resoluciones intermedias, que inciden en cuestiones accesorias o en trámites procesales, como es el caso de las sentencias interlocutorias y, en ciertas hipótesis, también en contra de autos y decretos.

En los hechos, una causa que se tramita en primera instancia y que no ha sido resuelta por sentencia definitiva, da y puede dar origen a diversos recursos de apelación que inciden en el procedimiento, pero que, muchas veces, son fallados por la Corte de Apelaciones después de dictada la sentencia definitiva en primera instancia o bien falladas en etapas procesales avanzadas que hacen inútil o tardío el pronunciamiento de ésta sobre dichas apelaciones incidentales.

Es de toda lógica que las apelaciones de resoluciones intermedias o meramente procedimentales se tramiten y sean resueltas conjuntamente con la apelación de la sentencia definitiva. Así, toda apelación en contra de ese tipo de resoluciones, una vez interpuesta, quedaría en suspenso, o sea, diferida, para ser conocida conjuntamente con la apelación de la sentencia definitiva, si ésta se dedujera.

El tribunal de primera instancia, al pronunciarse sobre la apelación de la sentencia definitiva, debería pronunciarse, en la misma resolución, respecto de las apelaciones interpuestas en contra de las referidas resoluciones intermedias. Lo anterior se conoce como apelación con "efecto diferido", pues, precisamente, difiere el pronunciamiento de la apelación de esas resoluciones intermedias al pronunciamiento sobre la apelación de la sentencia definitiva.

Esta institución, ampliamente incorporada en modernos códigos procesales extranjeros (v. gr. el Código General del Proceso de Uruguay), se encuentra presente en el artículo 698 N° 7 del Código de Procedimiento Civil a propósito de los procedimientos de menor cuantía, de suerte que, en rigor, entre nosotros no constituye novedad, aun cuando su ámbito de actuación ha sido mínimo por la escasa aplicación práctica de dichos procedimientos.

De otro lado, existen una serie de resoluciones a las que por su trascendencia en la suerte del proceso no puede aplicárseles el efecto diferido, como por



ejemplo aquellas que se pronuncian sobre la incompetencia o inhabilidad del tribunal, sobre la nulidad del procedimiento, el abandono del mismo, etcétera, que en general podríamos entenderlas como aquellas sentencias interlocutorias susceptibles de poner término al juicio o hacer imposible su continuación.

También, por su enorme trascendencia en el ámbito patrimonial del demandado y de las resultas del juicio, hay que considerar aquellas resoluciones que se pronuncien sobre medidas precautorias. En todos esos casos, no sería razonable aplicar la apelación con efecto diferido, debiendo mantenerse el actual estatus de otorgamiento, esto es, con efecto devolutivo. No obstante y en razón de esa misma trascendencia debieran contar con preferencia para figurar en tabla y en su vista y fallo, al igual que las solicitudes de orden de no innovar decretadas con motivo de recursos concedidos hoy en el solo efecto devolutivo.

Las razones anteriores motivaron al directorio del Instituto Chileno de Derecho Procesal, al contestar una petición de informe hecha por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados respecto del proyecto de ley que crea dos Cortes de Apelaciones en Santiago, proponer las siguientes modificaciones al Código de Procedimiento Civil:

- **Sustituir el artículo 193 por el siguiente:** *“La apelación concedida respecto de una sentencia definitiva, sin limitar sus efectos, se entenderá que comprende el devolutivo y el suspensivo.*

*Todas las apelaciones que no recaigan en sentencia definitiva o en sentencia que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación, quedarán diferidas y se verán conjuntamente con la apelación que recaiga en la sentencia definitiva o en la sentencia que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación, según el caso. En el evento que no se apele de la sentencia definitiva, se tendrán por desistidas todas las apelaciones diferidas.*

*Sólo se exceptúan de la norma precedente, las sentencias interlocutorias que resuelvan sobre la competencia del tribunal, declaren la nulidad de todo lo obrado, pongan fin al juicio o hagan imposible su continuación y las resoluciones que decreten, denieguen o alcen medidas precautorias. En estos casos, la apelación de la sentencia que acoja la incompetencia del tribunal, declare la nulidad de todo lo obrado, ponga fin al juicio o haga imposible su continuación se concederá en ambos efectos. Las apelaciones que recaigan en la resolución que deniegue la incompetencia del Tribunal, rechace el incidente de nulidad de todo lo obrado, ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o decrete, deniegue u ordene alzar medidas precautorias, se concederá en el solo efecto devolutivo.*

*En todos los casos a que se refiere el inciso precedente, concedida la apelación, ya sea en ambos efectos o en el solo efecto devolutivo, la parte apelada tendrá el*

*plazo de cinco días para formular las observaciones de hecho y de derecho que le merezca la apelación. Evacuado este trámite o en su rebeldía, el expediente original o las compulsas, en su caso, se elevarán de inmediato al Tribunal Superior. Estas apelaciones serán distribuidas por el Presidente de la Corte, mediante sorteo, entre las salas en que esté dividida, se resolverán en cuenta, sin esperar la comparecencia de las partes, y gozaran de preferencia para su fallo sobre las causas de tabla”.*

• **Sustituir el artículo 194 por el siguiente:** *“Sin perjuicio de las excepciones expresamente establecidas en la ley, se concederá apelación sólo en el efecto devolutivo:*

*1° De las sentencias definitivas dictadas contra el demandado en los juicios ejecutivos y sumarios;*

*2° De la sentencia pronunciada en el incidente sobre ejecución de una sentencia firme, definitiva o interlocutoria.”*

• **Sustituir el artículo 7° transitorio por el siguiente:** *“Las apelaciones incidentales, en cuyos autos principales no se hubiera dictado aún sentencia definitiva y que, a la fecha de publicación de la presente ley, no hubieren figurado en tabla en la Corte de Apelaciones respectiva, se devolverán al tribunal de primera instancia y quedarán diferidas para verse conjuntamente con la apelación de la sentencia definitiva. Será responsabilidad del Presidente de la Corte respectiva el adoptar las medidas administrativas necesarias para dar cumplimiento a esta disposición dentro del plazo máximo de 90 días contados desde la fecha de publicación de esta Ley”.*

### **Generalización de los procedimientos ante los tribunales superiores de justicia.**

En todas aquellas materias en las que corresponda a los tribunales superiores de justicia actuar como tribunales concedores de reclamos o de apelaciones respecto de resoluciones de carácter administrativo, es preciso uniformar las normas respectivas. Hoy hay decenas de procedimientos y plazos distintos, lo que atenta al buen ejercicio de los derechos de los afectados y crea disparidades que afectan el debido proceso y la igualdad en la aplicación de la ley.

### **Profesionalización del personal administrativo y auxiliar.**

En muchos casos el personal administrativo de secretaría y auxiliares carece de toda formación profesional y pasan a ser autodidactas, lo que impide el debido y oportuno funcionamiento del tribunal en las labores respectivas.



# Reflexiones sobre la justicia

**Luis Bates Hidalgo**

Abogado

Profesor de Derecho Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## Necesidad de una visión de conjunto

Las reflexiones que siguen sobre la justicia, con las limitaciones propias de un artículo de esta naturaleza, son el resultado de actividades públicas y privadas realizadas en los ámbitos académicos, del ejercicio privado de la profesión, de servicio público, de la judicatura y en el ámbito internacional. El desempeño del cargo de Ministro de Justicia permite además conocer en profundidad el proceso legislativo y, finalmente, adquirir una visión global, teórica y práctica, de todos los componentes que integran el sistema de justicia del país y sus correlaciones. Se dice que una primera condición para trabajar por la justicia es haber sido testigo de sus problemas.

Nos referimos al estado actual de la justicia que administran los jueces, porque la justicia conforma una acepción más amplia, que se encuentra inmersa en todos los actos de la vida cotidiana de las personas, por ejemplo, en las relaciones con la familia y con los dependientes en el trabajo, al calificar a los estudiantes, la justicia social, distributiva, conmutativa, etc. Focalizamos las siguientes reflexiones a lo menos en tres temas que nos parecen importantes: el objeto o la materia del trabajo judicial; la singularidad de los casos que conocen los jueces y las variables que influyen en la calidad del servicio que la ciudadanía espera de ellos.

## I. El objeto o la materia de la función judicial

La misión que se asigna al Poder Judicial es la de administrar justicia, o como expresa la Constitución Política del Estado, “conocer de las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado”. Esta función se cumple mediante la búsqueda de la verdad judicial y la declaración del derecho, en el contexto de un debido proceso.

Se trata entonces de resolver conflictos de relevancia legal mediante la declaración de los derechos que les asisten a las partes en decisiones jurisdiccionales definitivas. Es precisamente este carácter de “cosa juzgada” de aquellas decisiones lo que diferencia el quehacer judicial del proceso legislativo, pues las leyes pueden modificarse y de hecho suelen modificarse más de la cuenta. Sin embargo, al ponerse el acento en la resolución de conflictos vía jurisdiccional, suele olvidarse que lo que interesa realmente a las personas no son solamente decisiones judiciales basadas en la verdad judicial, el derecho y la justicia, sino que les resuelvan efectivamente sus problemas en lapsos razonables.

En el análisis del funcionamiento de la justicia útil es recordar que la materia con la que trabajan los jueces es precisamente el **conflicto humano**, individual o colectivo, con intereses contrapuestos de variada naturaleza –económicos, políticos, sociales, incluso espirituales– y sus ingredientes de pasión, engaño, odio, violencia, miedos y otros.<sup>1</sup>

Por ello, las decisiones judiciales no son siempre bien comprendidas por aquellos a quienes no se les declara el derecho y la justicia que reclaman. “Nada me parece justo en siendo contra mi gusto”, se lee en una de las obras de Calderón de la Barca. En efecto, para las partes, y también para muchos abogados, la justicia solo existe cuando las resoluciones judiciales les favorecen y, en caso contrario, suelen atribuir sus resultados adversos a factores ajenos al mérito de las causas poniendo en duda la facultad soberana de los jueces de aplicar el derecho a los casos particulares de que conocen. A diferencia de otras profesiones, los jueces trabajan entonces con un material **particularmente delicado** –el **conflicto humano y su entorno**–, el que se erige en una importante barrera que dificulta la correcta comprensión ciudadana de sus funciones.

---

<sup>1</sup> Ver: *Conflictología*, del profesor Eduard Vinyamata, Editorial Ariel, y *El conflicto*, de Krismanurti.

## II. La singularidad de los casos

Los casos de que conocen los tribunales son diferentes unos de otros, empezando por la individualidad de las personas involucradas. No hay dos experiencias iguales, cada una es como una huella dactilar de la vida. A diferencia de la política, que trata con temas generales, la justicia trata con casos particulares, personas y conductas humanas. La función de los jueces es adaptar las generalizaciones de la ley a la complejidad cambiante de las circunstancias y a la singularidad de las situaciones específicas. Las abstracciones de las leyes las adecúan entonces los jueces a las exigencias diversamente flexibles y complejas de la realidad. **Dentro de este contexto, resulta difícil que la opinión pública se imponga de todos los hechos y alcances legales que integran un caso y atendida su naturaleza, los medios de comunicación social informan solo fracciones de aquél. Es éste un factor adicional que atenta contra la debida comprensión ciudadana del quehacer judicial.**

## III. Variables que influyen la calidad del servicio judicial

Un economista francés –Frederic Bastian– expresaba que todas las cosas en la vida tienen la forma de un polígono, al que generalmente vemos un solo lado, por lo que resulta difícil consensuar opiniones.

Lo importante, decía, es ver el polígono, es decir, desarrollar esa cualidad preciosa que se llama vista de conjunto y que permite apreciar un problema en todos sus diversos aspectos o componentes. Un análisis serio y justo requiere ser hecho con visión global sobre el estado actual de la justicia de nuestro país e identificar los factores que la condicionan, lo que permite, a su vez, una mejor asignación de las responsabilidades. Hoy, estas últimas se focalizan con fuerza en la cara más visible del sistema de justicia: la de los jueces, en circunstancias que la función judicial depende de una multiplicidad de variables que estos últimos controlan solo parcialmente. Algunas de esas variables son las **leyes** sustantivas y de procedimientos que elaboran los poderes colegisladores; los **recursos públicos** que asigna el poder político al sector justicia; el funcionamiento y las subculturas de las **instituciones** que integran el sistema legal del país, y que no siempre apuntan en una dirección común, por ejemplo, las del propio Poder Judicial, la de los servicios públicos que auxilian a la administración de justicia dependientes del Poder Ejecutivo; las policías civil y uniformada, el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y otros; la **profesión legal** y la **cultura cívica y legal de la ciudadanía** poco informada o mal informada por un periodismo que no tiene la suficiente preparación para cumplir su importante función de formar opinión pública en

materias elementales de derecho y de justicia. De modo tal que las noticias del sector, particularmente las de carácter penal, se difunden sin un mínimo de información cívica y legal que facilite una mejor comprensión de las mismas y eleve los niveles cívicos de las personas.<sup>2</sup> Al proceder del modo señalado, la prensa genera una especie de justicia paralela con sanciones sociales que no siempre coinciden con las decisiones que imparten los tribunales. Siendo la justicia de aquellos temas de opinión y lugares comunes, deseable sería que el legítimo control ciudadano del trabajo judicial, las críticas y comentarios, se ejercieran de la manera más informada posible. La justicia es algo demasiado serio para trivializarla o transformarla en espectáculo o en una forma de entretenimiento. Voltaire afirmaba que las personas se burlan de lo que no entienden. El Poder Judicial es en nuestro país el más débil y desconocido de los poderes del Estado y sus integrantes, por razones de tradición, convicción, carencia de destrezas, temor a enfrentar los riesgos propios de la exposición pública o respeto a las jerarquías, no hacen lo suficiente por explicar a la ciudadanía en términos comprensibles la naturaleza de su trabajo, sus logros y dificultades. Es un poder esencialmente reactivo más que proactivo. Esta realidad integra el problema más amplio de la insuficiente divulgación de los temas de derecho y de justicia en lenguaje comprensible sobre los asuntos que afectan la vida cotidiana de las personas, y los derechos humanos particularmente de los sectores más débiles y vulnerables de la población. Es creciente la distancia que existe entre los actores del sistema legal y judicial y esos sectores de la población y los esfuerzos para disminuirla no son significativos.<sup>3</sup> Ello tiene que ver, finalmente, con la democracia del "diario vivir" y la profundización del sistema democrático de gobierno.

De lo dicho, se desprende que parece más justo y preciso, entonces, referirse al "sistema de justicia" del país, con visión integral de todos sus componentes. De este sistema, los jueces y tribunales son solo una parte importante, debido al poder cuasimonopólico de que disponen para resolver conflictos en un Estado de Derecho democrático; al ejemplo que irradian a la sociedad según como cumplan sus funciones y a lo que pueden hacer "desde adentro" para mejorar y humanizar el gobierno y la gestión judicial con más autocrítica y transparencia y menos defensas corporativas, porque los jueces demasiado asimilados al sistema son relativamente incapaces de enfrentarse a él.

---

<sup>2</sup> Sobre la relación justicia y medios de comunicación ver: *Derecho y Periodistas. Cómo se informa y cómo se juzga*. Poder Ciudadano, República Argentina.

<sup>3</sup> Las universidades, los órganos públicos, los colegios profesionales y los parlamentarios deberían desempeñar un papel gravitante en la solución de este problema.

## a. Las leyes

Existe en nuestro país una clara e histórica tendencia a sobrevalorar la importancia de las leyes en la solución de los problemas de la más variada índole. Es una especie de "huida" de los problemas sociales, políticos o económicos a las leyes, con olvido de que éstas son –más allá de su definición legal– promesas que el cuerpo social se hace a sí mismo, expresadas en palabras no siempre claras para el ciudadano común y que presumen acciones fáciles. Pronunciadas las palabras, es decir, elaboradas las leyes, suele creerse que todo está ya hecho, en circunstancias que con ellas recién se inicia el complejo proceso de implementación, interpretación, aplicación y seguimiento o evaluación de las mismas con barreras, a veces imprevisibles, que inciden en su eficacia y eficiencia: barreras políticas, burocráticas, de información, culturales, etc. En lenguaje militar, las leyes son como la aviación y su aplicación como la infantería. Porque el derecho es lenguaje, pero también vida, situaciones existenciales, historias personales irreductibles, intransmisibles, únicas. La necesidad de personalizar las relaciones humanas tiene un apartado excelente en la obra de Herrendorf.<sup>4</sup> De esta y otros trabajos se deduce la necesidad de humanizar la justicia y las limitaciones de las leyes en la solución de los problemas sociales. Dice Herrendorf:

*"Mientras la humanidad no prefiera seguir deshumanizándose, como lo ha hecho hasta hoy tan eficazmente –con el auxilio, por cierto, del derecho–, habrá que aprender a comprender el universo de "cada cual", pues la justicia no es para todos, sino para cada uno. Y en este "cada uno" está contenido todo el humanismo occidental, que es platónico, es judío, es cristiano y es existencialista.*

*El mundo se deshumaniza; las universidades aborregan alumnos numerados y expiden diplomas; las administraciones maltratan a los ciudadanos en laberintos de hueca quietud, donde cada cual es algo menos que un expediente; los medios de información y distribución de chatarra intelectual emboban la mente y masifican los espíritus, en un fofó destilar de avalanchas de "grandes novedades" inventadas que aturden y enceguecen.*

*La venta de ilusiones y el alquiler de paraísos es una forma más de la vida en bloque; el mundo masificado y en vías de expansión tiene ejemplos terroríficos, como China y Japón, graneros de gente anónima. Si lo único que puede salvarnos es un nuevo renacimiento, como quiere José Isaacson, que además nos libere del terrorismo intelectual y la estética de la mugre, tal vez los primeros pasos de esa resurrección esperanzada sea un intento por repersonalizar otra vez las relaciones sociales.*

*Y la justicia tiene que ser una relación de cada hombre con su destino".*

<sup>4</sup> El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan. Abeledo Perrot, pág. 102.

Las deficiencias de algunas leyes y la falta de consideración sistemática por los aspectos que gravitan en la aplicación de las mismas, son factores que terminan deslegitimando el sistema legal y judicial del país y, finalmente, el sistema democrático de gobierno. En el ámbito de la inflación penal y su relación con el fenómeno de la delincuencia, se advierte, por ejemplo y con claridad, la insuficiencia de las leyes y del quehacer judicial para abordar un problema que tiene preferentemente componentes sociales, económicos, de salud y otros. No es lo mismo dictar leyes que implementarlas, interpretarlas y aplicarlas a conductas humanas. El juez juzga conductas humanas, debe tratar con ellas y advertir lo valioso o disvalioso de las mismas. Y debe considerar además la situación en la cual fue desplegada esa conducta. Para ello, el juez debe estar vital y existencialmente preparado. Por su parte, los abogados juegan en este aspecto un papel gravitante insuficientemente analizado en la literatura especializada. El abismo que a veces separa estos ámbitos del derecho y la justicia ha llevado a algunos (Lyon) a distinguir entre la justicia de la ley y la justicia de su aplicación o entre los códigos míticos y los códigos prácticos (Moreno Ocampo). Hombres ilustres de la humanidad, como Einstein, Jefferson y otros, han expresado que nada es más destructivo para el respeto de los gobiernos y del derecho que aprobar leyes que se aplican mal o no se cumplen.

## **b. Los procedimientos**

Las causas civiles y criminales las conocen y resuelven los jueces en el marco de los procedimientos diseñados por los legisladores. Suelen calificarse de oscuros y engorrosos; "tumbas del derecho de fondo"; ininteligibles para el hombre común; vehículos que facilitan la "justicia del trámite" en desmedro de los resultados; "dulce" de procesalistas y de abogados expertos en atajos para dilatar los casos. Un antiguo refrán expresa que los litigios son árboles frutales plantados en el jardín de la casa de un abogado... Pero lo cierto es que la crónica lentitud de la justicia, y por lo tanto su denegación, depende en medida importante de los procedimientos vigentes, concebidos para épocas sustancialmente diferentes de la actual. A su turno, los procedimientos condicionan de modo importante la parsimonia con que se desempeñan jueces, abogados y funcionarios y según sus características, pueden incentivar o frenar la corrupción judicial.<sup>5</sup> La irracionalidad de la lentitud judicial oprime a los usuarios de la justicia violentando derechos humanos, por un lado, y la justicia se niega a sí misma, declarando su ineficiencia, su inutilidad sustancial, por otro. En nuestra opinión, en materias de procedimientos se necesitan cambios sustanciales, flexibles y creativos, que sean capaces de equilibrar las

---

<sup>5</sup> La oralidad y la publicidad de la reforma procesal penal hecha en Chile ha hecho prácticamente desaparecer las corruptelas judiciales del sistema antiguo



exigencias de realización de la justicia en el contexto del debido proceso con los ritmos de los tiempos modernos. Se necesita aproximarnos en este sentido a la experiencia europea, cuya Corte de Derechos del Hombre ha condenado a varios países, conformando jurisprudencia internacional, por incumplir la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales sobre “juzgamiento en plazo razonable”, especificando en sus fallos las causas que generan las tardanzas y las respectivas responsabilidades. Es patente y dañino al país, por ejemplo, el divorcio existente hoy entre la necesidad de solucionar los conflictos económicos con rapidez y los procedimientos legales existentes para resolverlos. Lo anterior se ha traducido en el fomento del arbitraje comercial como formas más pragmáticas de resolver los conflictos de esa índole. La reforma procesal penal realizada en Chile y sus réplicas en otros ámbitos del derecho, si bien excede lo meramente procedimental, tiene en el cambio de procedimiento una importante razón de sus satisfactorios resultados, entre los que destaca de modo incontrovertido la mayor celeridad en que hoy se resuelven los conflictos penales.

### **c. Recursos económicos**

En la asignación de recursos al Poder Judicial, la sociedad chilena ha sido históricamente poco generosa. Los porcentajes del Presupuesto Nacional asignados se mantuvieron por décadas en rangos tradicionales. La silenciosa y tolerada situación económica en que se mantuvo al Poder Judicial minó la capacidad de asombro de muchos en contraste con la importancia, naturaleza y cantidad de los conflictos que la sociedad traslada a sus decisiones generando un verdadero shock demográfico ante los tribunales. De aquí la importancia de las decisiones políticas de los últimos gobiernos, que se han traducido en recursos inéditos en la historia de Chile para el sector justicia, alcanzando una cifra superior al 2% del Presupuesto de la Nación. A simple vista puede apreciarse cómo ha cambiado en la última década la cara de la justicia en el país.

La creación de la Academia Judicial para la capacitación de los jueces y funcionarios, el desarrollo que ha experimentado la Corporación Administrativa del Poder Judicial, la creación de instituciones nuevas y el reforzamiento de las existentes y los cambios de procedimientos han creado las condiciones necesarias que permiten avizorar con optimismo la justicia del Bicentenario en la medida que se continúe la obra en marcha, con perseverancia, convicción, claridad de metas y recursos.

#### **d. La cultura legal de los operadores del sistema: el componente de la profesión legal**

El derecho y la justicia “es lo que los abogados hacen”, expresa un autor.<sup>6</sup> Las deficiencias o insuficiencias profesionales y éticas de los abogados y de los demás operadores del sistema impactan negativamente el trabajo judicial y viceversa, pues las falencias y debilidades de los jueces afectan de igual modo el trabajo de aquellos a modo de vasos comunicantes. Lo que los abogados hacen depende en gran medida de hábitos inveterados y de las características de la educación legal, particularmente sus metodologías. Estas últimas continúan priorizando el manejo abstracto de doctrinas y de códigos en clases conferencias que colonizan la gimnasia mental del estudiante, por sobre métodos más atractivos y motivadores y sin una genuina preocupación por las personas y sus conductas, la ética, los valores, y los principios que deben inspirar la nueva justicia, deshumanizando de este modo el proceso de aplicación de las leyes. Los operadores del derecho, particularmente el abogado litigante y su disposición a la guerra en que se transforma el litigio, se han movido históricamente dentro de hábitos profesionales y debilidades de un sistema judicial que en muchos aspectos los beneficia y, por lo tanto, consciente o inconscientemente lo sostiene. Una definición clara y temprana de los intereses de los clientes que se desea representar en la vida profesional puede contribuir a satisfacciones personales.

#### **e. El litigio como forma preponderante de solución de conflictos**

Abogados y jueces provienen de un tronco común que después se diversifica entre las variadas ramas laborales que ofrece la profesión: una de ellas es el litigio ante los tribunales.

La cantidad de asuntos que el creciente número de nuevos abogados (alrededor de 1.700 al año) conduce a los tribunales contribuye a la asfixia del sistema e influye la calidad y oportunidad de las respuestas jurisdiccionales. El litigio, con su sistema adversarial de ganadores y perdedores –en el que el abogado es el principal protagonista–, predomina de modo incontrastable como método de solución de los más variados conflictos. Suele advertirse la promoción de malos litigios, frívolos y hasta fraudulentos. Los abogados son una pieza importante, si no determinante, del sistema de justicia. Son los primeros jueces que conocen de los conflictos, sin embargo no desincentivan el litigio como forma de solución de los mismos, a pesar de ser reconocidamente costoso, penoso, destructivo e ineficiente y a pesar de que no altera las causas de los mismos. Algunos autores afirman que ¡hay que despertar a la justicia

---

<sup>6</sup> Jacobo Feldman, *Del hacer al ser del abogado*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1972

existente!, pues hemos llegado a ser ciegos de cómo se perjudica la vida de las personas cuando se llevan los conflictos humanos a los tribunales. Uno de los grandes desafíos o misión de futuro para el presente milenio es, en mi opinión, trabajar en opciones para hacer una sociedad menos litigiosa; en que se resuelvan las controversias, en la medida de lo posible, sin necesidad de ir a los tribunales; retornar a éstos al equilibrio de lo absolutamente necesario, atendida su importancia y legitimidad social como forma de solución de controversias. Aproximarnos a un sistema en el que la función del profesional del derecho sea, como sugería el abogado Gandhi, **unir** a las partes más que imponer mediante la fuerza del derecho decisiones judiciales con vencedores y perdedores. Krishnamurti afirmaba, por su parte, que “cualquier profesión que contribuya a generar y mantener divisiones y conflictos entre los seres humanos es, evidentemente, un medio de vida incorrecto”.

Promisorios métodos alternativos y menos tradicionales que el automático recurso al litigio como forma de solución de conflictos son la **negociación**, la **conciliación**, la **mediación**, y el **arbitraje** o una combinación de los mismos para cierta tipología de conflictos. Ellos exigen, sin embargo, preparación del profesional del derecho diferente de la actual, concurrencia de otras disciplinas del saber y cambios culturales de lento desarrollo. Es decir, no solo cambios en las instituciones formadoras de los abogados y en los que operan más directamente el sistema legal y judicial, sino, además, de la ciudadanía y su percepción de los abogados.

En la medida que se perpetúe la percepción de la abogacía como instrumento de litigios más que de solución pacífica de los mismos, en los que “yo gano y tú ganas”, seguirán la educación y la profesión legal contribuyendo al desarrollo de los conocimientos y las destrezas inherentes al litigio, y seguirán los abogados sobrecargando el ya asfixiado sistema judicial.

“Es de sabios dirigir las inquietudes a problemas y no a personas, a soluciones y no a excusas”, expresa un antiguo refrán. ¿Cómo pueden hoy los abogados colaborar con la justicia en su función legal de defender ante los tribunales los derechos de las partes litigantes? En nuestra opinión, primero, incorporando a su quehacer un sentido de totalidad, una conciencia más clara de lo que hacen y de la estructura en que se mueven y no exclusivamente proteger el interés del cliente que representan. Por lo tanto, con mayor sensibilización al bien común o impacto social y económico del litigio, a los beneficios y ventajas de las soluciones alternativas y amistosas de conflictos y al negativo impacto que la incompetencia profesional y las infracciones éticas tienen en la calidad del servicio judicial. En este sentido, los abogados y sus gremios tienen escasa autocrítica. Segundo, con más distancia de los intereses de sus clientes, de los componentes emocionales del conflicto hu-

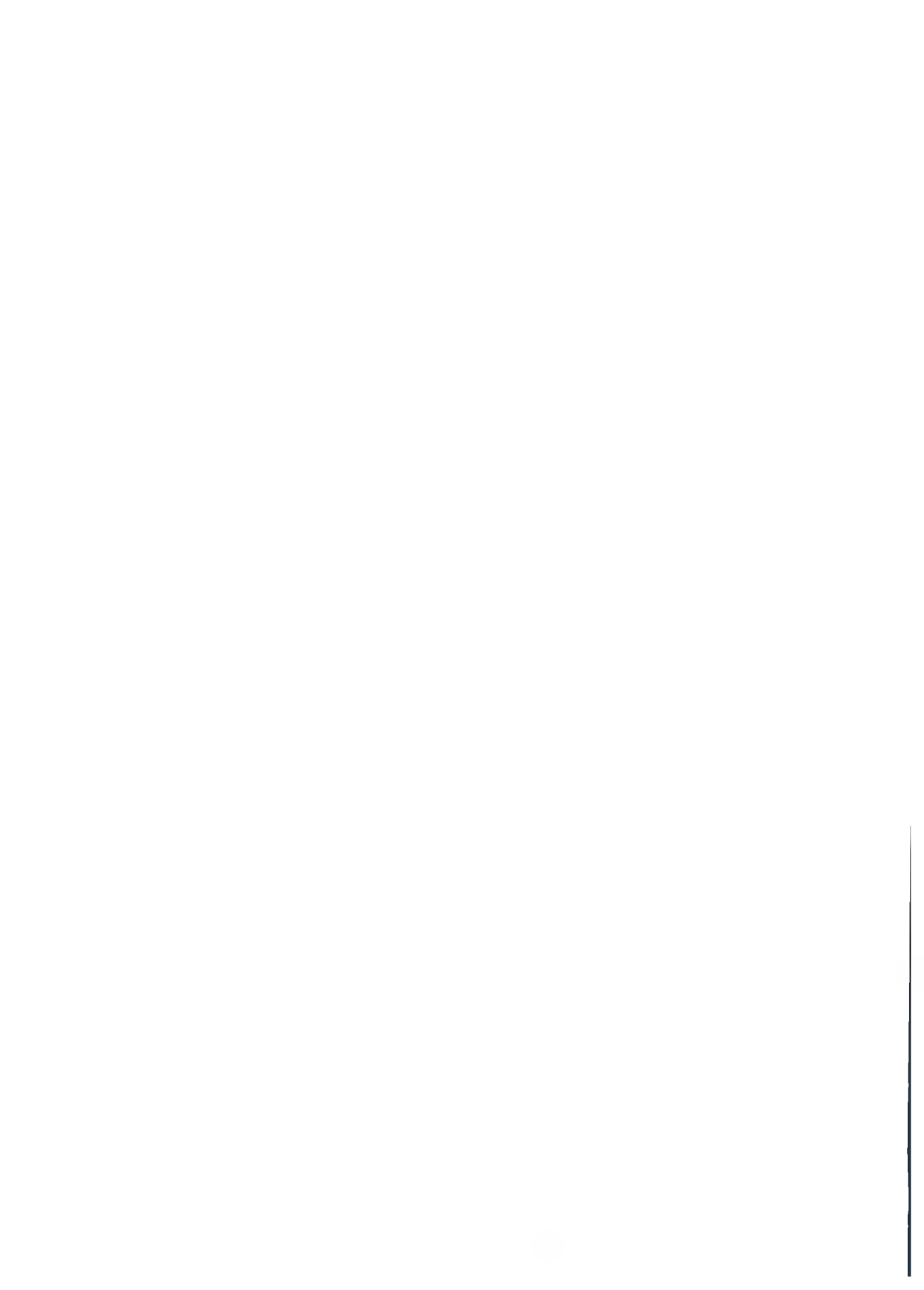
mano, y consideración de que la verdad total o parcial también puede estar en la contraparte. Porque como su “representante”, el abogado es el técnico profesional que suele identificarse con los valores e intereses de su cliente, poniendo su “mercadería” –el derecho– al servicio de éste, desdoblándose a menudo como ser humano. Su acción combatiente se despliega a través de los verbos del abogado: demandar, probar, alegar, contestar, ejecutar, recusar, querellar, transar, embargar, etc., en el contexto de una sociedad de agudas desigualdades sociales y un mundo de negocios y multiplicidad de lazos patrimoniales, en el que la moral convencional carece de peso propio y solo es utilizada por el profesional en otras esferas de su vida justificando por sí misma su actuación profesional. La moral del triunfo y del éxito profesional, compuesto por el halago, el dinero y el poder, conducen a una ética endeble que justifica como herramientas válidas claras infracciones a la misma.<sup>7</sup> En las circunstancias del mundo actual de competencia despiadada por el dinero, el poder y la ventaja, es difícil adecuar los comportamientos profesionales a la ética, entendida ésta como un cerco que uno mismo se impone para no dañar a los demás. Se carece del tiempo espiritual para formular una toma de conciencia de sí mismo. Tercero, promoviendo relaciones más fluidas y de confianza con los jueces, tal vez al estilo inglés.

## Las reformas

La reforma al sistema de justicia es un tópico recurrente en todos los países. Pensamos que son históricos los importantes esfuerzos de los últimos gobiernos –particularmente los de los Presidentes Frei y Lagos– en recursos e iniciativas orientadas al ámbito penal, de familia, laboral, penal juvenil y otras áreas del derecho y de la justicia. Estas reformas han ido más allá de los necesarios cambios legales y de gestión. Han creado una nueva institucionalidad y condiciones para cambios culturales de los agentes del sistema y de la ciudadanía. Se nutren de principios y marcos valóricos orientados a liderar una mística de algo nuevo que logre entusiasmar. Gabriela Mistral: “Cada día creo más en que las reformas o salen del tuétano del alma y asoman hacia fuera firme como el cuerno del testuz del toro, o bien se hacen en el exterior como cuernillos falsos pegados con almidón”. Las reformas no pueden basarse solo en un ideal o un sistema. Las reformas reales crean hábitos, despiertan lealtades, concitan apoyos, se hacen propias. Lo son cuando empiezan en las personas y éstas son capaces de romper con sus propios hábitos de pensamiento y patrones de acción, y de romper con las reticencias derivadas de la inseguridad de lo desconocido y de la pérdida de poder que para muchos significa un cambio de sistema.

<sup>7</sup> Sobre consejos éticos a sus estudiantes ver: *Letters to a young lawyer*, del profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, Alan Dershowitz, 2001.

Urge, por lo tanto, apoyar decididamente y con perseverancia los esfuerzos gubernamentales, de la sociedad civil y los de los órganos más directamente encargados de la elaboración y aplicación de las reformas, poniendo el acento en lo positivo y constructivo más que en la crítica injusta o hecha con fines subalternos. Continuar divulgando sus valores y contenidos, en el contexto de un generoso esfuerzo mancomunado por crear la nueva justicia del presente siglo. Una gran justicia debe ser progresiva o pronto dejará de ser una gran justicia. Por otra parte, la inspiración y colaboración foránea a las reformas debe asumirse acorde con los ambientes sociales, económicos, políticos y culturales en que será aplicada.





## **Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados**

**Hugo Antonio Díaz Uribe**

Presidente del Colegio de Abogados  
Regional Concepción

No me cuento entre los que hubieren querido que el viejo almacén del Poder Judicial continuara como estaba. Era evidente que hacía agua por todos lados. Pero hemos sido críticos de la implementación de muchas reformas que han venido ocurriendo. Siendo así, escribimos con dolor y con indignación. Con dolor por cuanto vemos el irrefrenable costo en dinero de lo que se implementa. Siempre pensamos que más y mejor podría haberse hecho en este país pobre, con pobreza dura, con menos detrimento al erario nacional. Con indignación, ya que Chile no es de aquellos que cambian Constituciones, procedimientos y leyes a cada rato, y creo que no estamos haciendo bien las cosas y que esta creación puede durar mucho tiempo. Quizás pudimos haberlas hecho mejor sin tanto costo...

Precisaremos, desde luego, que entendemos por Poder Judicial el que señala el artículo 76 de la Constitución Política, esto es, el que detenta "la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado". Podemos apreciar que en los últimos tiempos se ha desarrollado un esfuerzo para modernizarlo, esto es, para estructurarlo en lo orgánico y procesal acorde a los nuevos tiempos, conforme el país se va insertando en un mundo global.

Los tratados de libre comercio han hecho urgente esta transformación con el fin de motivar a los grandes capitales, a las grandes empresas, a invertir en

Chile, otorgándoles garantías judiciales más o menos similares a las que rigen en sus países de origen. Pensamos que las grandes políticas en este sentido van detrás de este objetivo, muy sensible para los inversionistas y tanto más si se considera que formamos parte de la comunidad latinoamericana, mal percibida por los países desarrollados. La apertura de nuestra economía ha ido haciendo apremiante introducir profundas transformaciones en el ordenamiento jurídico interno, tanto orgánico como sustantivo.

Tan pronto se produjo en Chile el interés por ingresar al mundo globalizado comenzó a vislumbrarse que se aproximarían grandes transformaciones en el Poder Judicial, el que, por lo demás, estaba petrificado en una situación poscolonial-español, perdurable aún, conforme a una cantidad de facultades que los poderes políticos del Estado se resisten a desprenderse.

Entendemos que la necesidad de obtener una inserción en la comunidad internacional es la que ha hecho posible avanzar en algunas modernizaciones del Estado. Lo mismo ha ocurrido en otros países del continente, debiendo asumir, desde luego, que ello no corresponde a decisiones soberanas de cada país, puesto que si no se adoptan, se queda fuera del mundo que emerge.

Un ciudadano originario de una cultura europea, por ejemplo, no podría comprender o aceptar un sistema procesal penal como el que teníamos, donde el juez del crimen desempeñaba múltiples funciones, generalmente desmembradas hacía tiempo en entes autónomos, tal cual se pretende en Chile ahora después de la Reforma Procesal Penal.

Las políticas de los últimos gobiernos han estado dirigidas a preparar el aterrizaje de Chile en el mundo globalizado, dominado por los tratados de libre comercio, a los que Chile se ha debido someter, ya que no tenía alternativas.

## **Reformas implementadas y/o propuestas**

El Poder Judicial es aquel encargado de ejecutar todas las disposiciones legales que tienden a reprimir las violaciones o atropellos que cometen los individuos contra la ley, dirimiendo además los conflictos que se producen en la vida ciudadana. En nuestro orden constitucional, antes lo dijimos, emerge de lo previsto por el artículo 76 de la Constitución Política; pero hoy se acepta la existencia de funciones jurisdiccionales que no corresponden exclusivamente al Poder Judicial. Tampoco sus potestades quedan limitadas al marco de lo establecido en la disposición recién citada. A la sazón se advierten en algunas materias facultades ajenas a su quehacer natural.



No obstante, es verdad que, en el estado actual de las cosas, ha cargado con el peso mayor del problema de la delincuencia, y no son suficientes los reclamos que se hacen reivindicando su función propia conforme al artículo 76 de la Constitución, que, claro está, no comprende la de fijar una política de Estado frente a la delincuencia en su prevención, represión y readaptación. Estas continúan siendo de la exclusiva competencia de los otros dos poderes del Estado y muy particularmente del Ejecutivo, como resulta de la simple lectura del artículo 24 de la Constitución cuando señala que "El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado" (inciso primero). "Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes" (inciso segundo).

Digamos que en la actualidad la doctrina se inclina por una separación de los Poderes del Estado con menor rigor conceptual, puesto que se acepta la participación mixta en muchos aspectos. Es de esta manera como se ha llegado a determinar la llamada "*función jurisdiccional*", en cuanto extiende a otros entes ajenos al Poder Judicial potestades de resolver conflictos que en estricto rigor deberían pertenecer solo al Poder Judicial. Surge, así, el concepto de *funciones jurisdiccionales*, con una connotación distinta a la de función judicial. Se señalan, a modo de ejemplo, las que practican las distintas Superintendencias, al imponer sanciones; Impuestos Internos, a través de su Director Nacional, cuando aplica penas pecuniarias, etc.

Las sanciones pecuniarias se insertan en un nuevo orden penal como una manera complementaria o sustitutiva de las penas restrictivas de libertad individual. Se plantea por un sector de la doctrina, particularmente los civilistas, romper el monopolio del derecho penal en cuanto a la represión de la delincuencia. Para ciertos delitos de no mayor connotación social se concibe esta manera de penalizar. Incluso a veces los civilistas hablan de "tipicidad", concepto propio, como es sabido, de la teoría del delito penal.

Como un paso importante en esta orientación, se mencionan las facultades punitivas que se dan a otros órganos del Estado ajenos al Poder Judicial, política que, en nuestro concepto, va por el correcto camino, pues pone coto a un mayor hacinamiento carcelario y, sobre todo, humaniza la justicia criminal, la que ve de esta manera reducido su quehacer a lo que verdaderamente debe judicializarse y pensarse con restricciones a la libertad personal. El proceso penal y la cárcel, como consecuencia final del proceso penal, trascienden la función legítima de las penas, pues son siempre en extremo degradantes no solo para el individuo, único objeto preciso e insustituible de éstas. Familias enteras, comunidades o entidades ajenas al proceso y la pena, sufren su rigor por la publicidad desmedida de juicios en simple estado de tramitación.

El secreto del sumario era en el antiguo procedimiento una garantía del sospechoso de haber cometido delito (hoy imputado) para no dañar su imagen y la de su entorno familiar y social (ver historia fidedigna del antiguo Código de Procedimiento Penal).

Los partidarios de esta forma de considerar la pena observan como un paso importante la consagración en el Código Procesal Penal de los acuerdos reparatorios, mencionados por los artículos 241 y siguientes, conforme a los cuales se terminan los juicios que allí se mencionan. Ven también con buenos ojos la ampliación de la justicia arbitral; la actuación de los mediadores de conflictos, especialmente familiares y comerciales.

## **Principales reformas impulsadas por el gobierno**

### **A) Reforma Procesal Penal**

Ya implementada, como es sabido, en todo el país. Ha consistido esencialmente en la sustitución del sistema procesal inquisitivo por otro abierto, en que se separan las funciones de investigar y la de juzgar. Se planteó en su tiempo por el Ministerio de Justicia que el nuevo sistema procesal penal implica una inversión de 341 mil millones de pesos en nueva infraestructura, recursos humanos y capacitación, y 16 mil millones de pesos adicionales en informática y nueva tecnología. Se aumenta en un 400% el personal dedicado a perseguir los delitos y se pasó de 1.500 a 7.500 profesionales y funcionarios con dedicación exclusiva al Sistema de Justicia Penal del Estado.

Frente a este formidable esfuerzo económico del país cabe preguntarse si deberá considerarse en algún momento el éxito del sistema, que, obviamente, no puede tener otra finalidad que el combate a la delincuencia; la defensa social del país de la agresión que es objeto el ciudadano corriente respecto de la delincuencia, y, en fin, si controlada la delincuencia se alcanza un grado mayor de seguridad para los habitantes honrados y trabajadores y la reinserción social del delincuente a través de su rehabilitación.

Conspira en contra de una ponderada evaluación de este costo la autocomplacencia y el exitismo que proclaman los funcionarios del Estado y que no se compadece con la realidad que informa todos los días la prensa y con la inseguridad que sufre el habitante corriente en el momento actual. No conocemos mediciones posteriores a la entrada en vigencia del nuevo sistema que permitan apreciar la utilidad de la inversión fiscal como de una rentabilidad adecuada, respecto de la menor que existía anteriormente.

## **B) Tribunales de familia**

La Ley N° 19.968 creó los nuevos Juzgados de Familia e Infancia, con judicatura especializada en materia de familia e infancia, absorbiendo toda la competencia de los tribunales de menores e importante parte de la justicia civil.

Se instauró un sistema oral, flexible, imparcial, concentrado e inmediato, conforme lo publicita el Ministerio de Justicia; pero en la práctica esto no ha resultado real, no siendo pocos los que añoran el sistema anterior, ante el colapso evidente de la nueva justicia.

Desde luego, como ha sido tónica constante de estas reformas, el costo resulta cuantioso, especialmente en cuanto a la utilización de recursos públicos en la contratación de personal, señalándose por el Ministerio de Justicia –en valores no actualizados– “\$ 55 mil millones para nuevos actores, capacitación, infraestructura, equipamiento e informática” (fuente, página Internet del Ministerio de Justicia).

**C) Nueva Ley de Matrimonio Civil N ° 19.974**, cuya entrada en vigencia fue el 18 de noviembre de 2004.

Conocida como “Ley de Divorcio”, ya que consagró el divorcio vincular, en sustitución de la práctica admitida por la ley y los tribunales de la llamada generalmente “nulidad de matrimonio”, que actuaba como sustituto del inexistente divorcio vincular. Digamos que la nulidad de matrimonio subsiste en la nueva legislación sin sentido práctico, por la generosidad de causales y de facilidades que contiene la nueva ley.

## **D) Nueva justicia juvenil**

Establece una judicatura especializada que se preocupará de delincuentes cuyas edades fluctúen entre los 14 y los 18 años, esto es, para los delincuentes adolescentes, mediante un procedimiento oral y acusatorio, priorizándose su educación y reinserción social. Las penas a aplicar diferirán de las del delincuente adulto, puesto que se marcará énfasis en la reparación del daño causado mediante la prestación de servicios a la comunidad y lo que se denominará la libertad asistida. La privación de libertad se reservará para casos especialmente graves, como homicidio y robo con violencia, todo a cumplir en recintos especiales.

Como es sabido, la vigencia de esta ley acaba de ser prorrogada, por lo que no constituye más que una proposición a futuro, manteniéndose lo actualmente existente.

## **Percepción sobre las políticas gubernativas**

Creemos que legislando en materia de procedimientos o sobre reformas del Poder Judicial hay muchos "espontáneos", que creen poder hacerlo respondiendo al impulso del momento generalmente surgido de lo espectacular de un caso o de su resonancia en la prensa. La más de las veces persiguiéndose presencia en la prensa para posteriores fines electorales.

Así es como se ha legislado sin oír a los técnicos, más propiamente despreciándolos, porque no otra cosa es lo que ha acontecido en todas estas materias, que vienen importadas del extranjero. Lejanos están los días en que los legisladores se dejaban guiar de la mano de sabios conocedores de la doctrina, la idiosincrasia nacional y la experiencia de tribunales. La Ley 10.271, que tantas trascendentes reformas introdujo al Código Civil, fue obra casi exclusiva del abogado y decano Arturo Alessandri Rodríguez. Doctos teóricos son en la actualidad los autores de la Reforma Procesal Penal, que ni separó las funciones investigativas, de la defensoría y las jurisdiccionales. Todas están concentradas en órganos del Estado, el que por naturaleza es omnipotente y puede aprovechar de esta concentración de funciones (de potestades) con fines políticos. Particularmente en países sujetos a un presidencialismo, donde el Presidente de la República concentra gran poder. Ha ocurrido.

Los abogados hemos reclamado sin éxito de este escenario, porque puede llegar a ser muy perjudicial; como lo fue antes la concentración del poder en manos de los soberanos, lo que condujo a un logro importante, como es la separación de los poderes del Estado, conforme a la doctrina de Montesquieu. No resulta conciliable este estado de cosas con las palabras de la Presidenta Bachelet del 21 de mayo pasado: "Una democracia robusta es aquella que cuenta con una justicia imparcial, que sirve a los ciudadanos sin distinciones".

En este contexto emergen preocupantes las palabras también de la Presidenta en la misma ocasión cuando expresó lo siguiente: "Vamos a ampliar la capacidad institucional de resolver las controversias en el ámbito vecinal. Se trata de acercar más y más el sistema de justicia a los ciudadanos. Fortaleceremos, además, todo el aparato que defiende los derechos de los ciudadanos y del consumidor".

Si agregamos a lo anterior la queja permanente del Poder Judicial en cuanto a su dependencia de los poderes políticos por carecer de atribuciones para administrar los recursos que se le asignan en el Presupuesto de la Nación; y a la marginación progresiva de los abogados en los litigios judiciales, siendo clara la tendencia a reducir costos de la justicia favoreciendo una suerte de asesoría administrativa sustitutiva de la letrada, tal cual ocurre en los juicios de

arriendo, de familia, posesiones efectivas, etc., vemos un panorama sombrío. Resulta propicio recordar, en este momento, las palabras del ex Presidente de la Corte Suprema señor Mario Garrido Montt, en entrevista concedida al Diario La Segunda el 25 de julio de 2003. Manifestó allí claramente su sentir: "El Poder Judicial debe ser el Tercer Poder del Estado y no un poder de tercera".

En la misma ocasión el ex ministro Hernán Álvarez dijo: "No es bueno que un Poder Judicial, con independencia jurisdiccional, tenga que estar sujeto en sus finanzas a entes externos como el Ministerio de Hacienda".

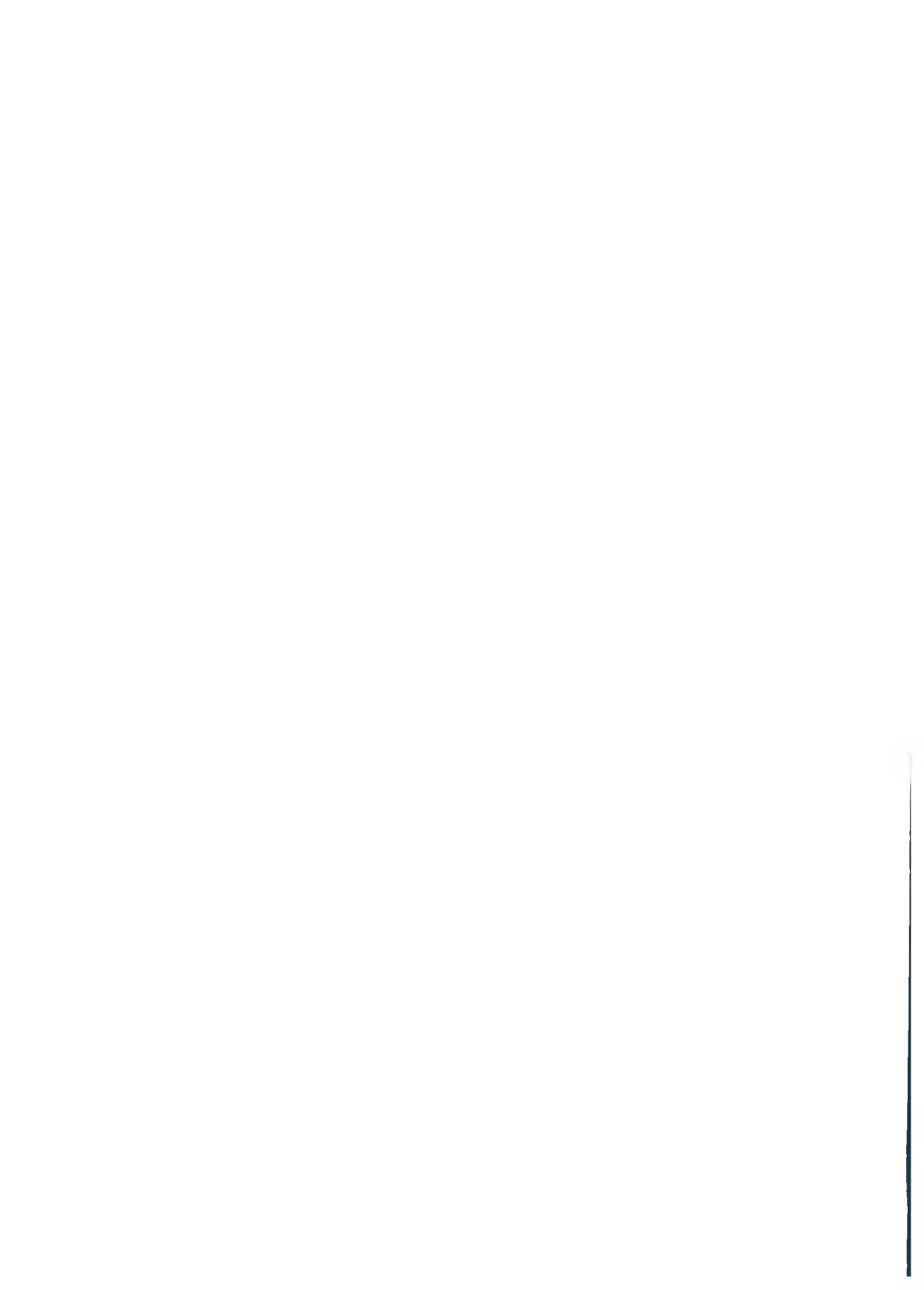
Más claramente aún el ministro del alto tribunal Alberto Chaigneau del Campo agregó: "Nadie es absolutamente autónomo si no se maneja solo. El presupuesto lo presenta el Ejecutivo y si los tribunales le han pisado los callos, podría decir que no hay plata y que los recursos deben destinarse a otras cosas. Eso significaría una presión. No ha pasado, espero que no pase nunca; pero para evitarlo queremos autonomía económica".

## **Conclusiones**

1. Consideramos que no existe una política coherente en cuanto al Poder Judicial;

2. Tampoco sabemos a dónde va nuestra institucionalidad, sobre todo si se anuncia por la Presidenta en el Mensaje del 21 de mayo pasado que este año daremos comienzo al proceso de la reforma de la justicia civil. ¿Para qué? ¿Qué conocimiento de ello tiene la ciudadanía, si ni siquiera la conoce el Colegio de Abogados? ¡Cuidado!, en lo sustantivo podemos llegar muy lejos, sin necesidad de modificar la Constitución. Bastaría con rediseñar antiguas y buenas instituciones cobijadas al amparo del más que centenario Código Civil.

Al Colegio de Abogados le preocupa que todo este modo de andar, en lo orgánico y sustantivo, particularmente, se haga a espaldas de los abogados, que, por último, somos quienes hasta ahora hemos representado a los ciudadanos en conflicto.

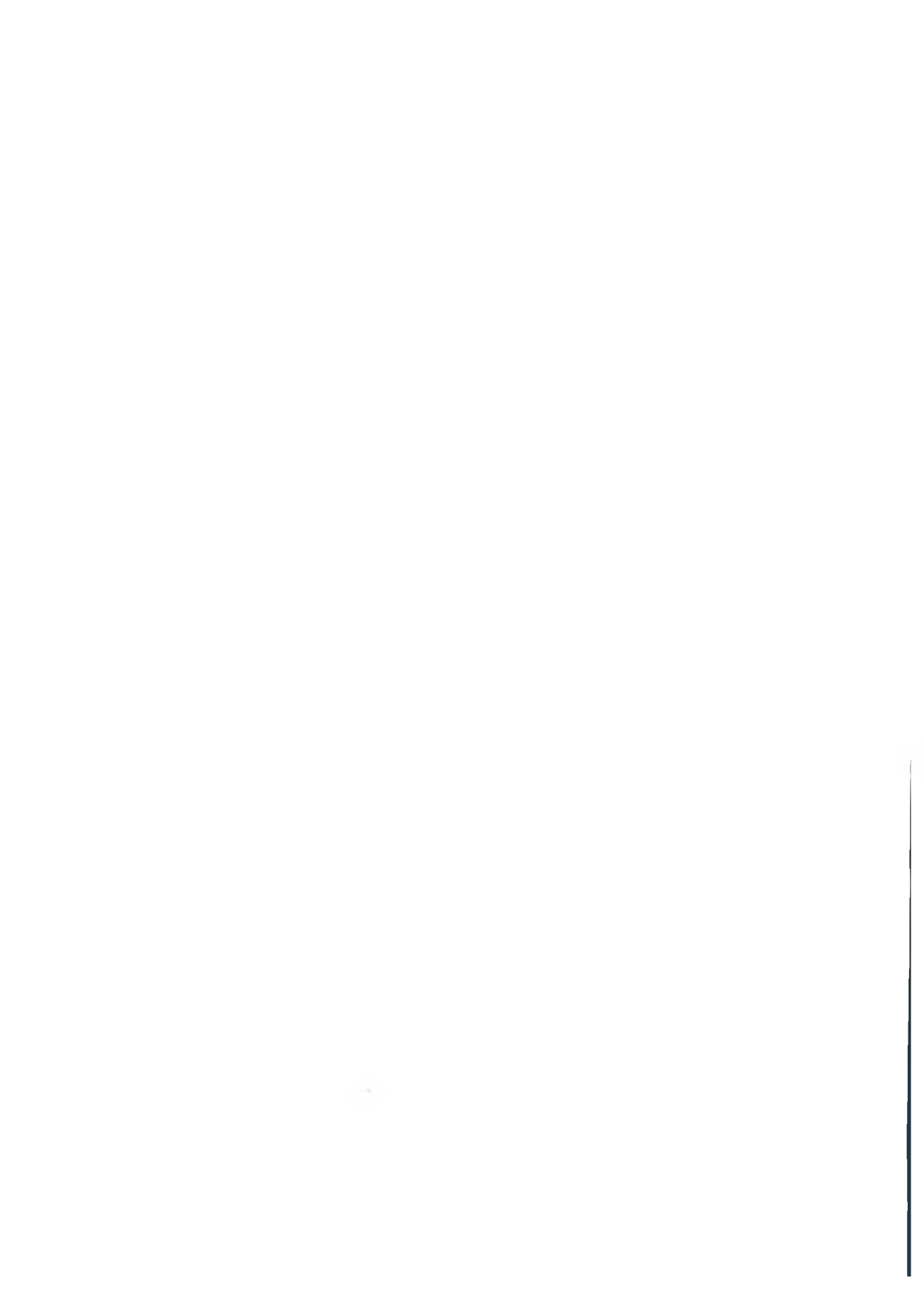




# **La Reforma Procesal Laboral**



**Universidad del Desarrollo**  
Santiago - Concepción







## Presentación

### **Cecily Halpern Montecino**

Directora de Carrera  
Profesora de Derecho del Trabajo  
y Seguridad Social  
**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Durante el año 2005 y a principios del 2006, mediante las leyes N°s 20.022, 20.023 y 20.087, vigentes a contar de este año las dos primeras y a partir de marzo próximo la última, cambia el sistema procesal laboral contemplado en la legislación chilena, adecuándose sus procedimientos a los desafíos que proyecta el dinamismo del Derecho del Trabajo.

Sin lugar a dudas, la entrada en aplicación de estas normas requiere de su adecuado conocimiento por parte de los actores y jueces, con el propósito de contribuir a la celeridad presente como uno de sus principios prioritarios y, conforme a lo proyectado por el legislador, al logro de la inmediación efectiva de la judicatura laboral. Sin embargo, y tal como ocurre en todo cambio legal, la praxis seguramente irá requiriendo ajustes para cumplir la intención del legislador.

Las transformaciones procesales incorporadas por los textos antes señalados son de gran envergadura.

En efecto, la Ley N° 22.022 creó los Juzgados Laborales y los Tribunales de Cobranza Previsional, concretando lo que el llamado Foro Laboral, órgano integrado por expertos, encargado de proponer estos cambios, requería: en primer lugar, separar de la competencia de los jueces del trabajo la cobranza de las cotizaciones previsionales, puesto que ello demoraba el conocimiento de causas en que sí existía una real controversia jurídica y que requerían mayor tramitación procesal y un lato conocimiento por parte del juez, como los juicios ordinarios laborales por despido injustificado y otros. Este cambio orgánico debía ir de la mano con la adecuación de ciertas normas de carácter previsional de modo de complementar la normativa: ello se concreta en virtud de la Ley N° 22.023, que establece el procedimiento para el cobro de las cotizaciones

previsionales impagas. Es nuestro verdadero deseo que estos cambios recojan los frutos que todos esperamos; sin embargo, dado el mínimo de recursos invertidos en esta reforma, si se los compara con aquellos colocados en la reforma procesal penal, nos permitimos augurar tropiezos que pueden significar no un avance, sino un retroceso en la materia.

Por último, mediante la Ley N° 20.087, se sustituye el procedimiento ordinario contemplado en el actual Libro V del Código del Trabajo, reemplazándolo, como dijimos, por uno que pretende ser más dinámico, inspirado en modernos principios procesales que garantizan la rapidez en la tramitación, como la oralidad, la concentración y la inmediatez; esta norma crea también nuevos procedimientos, como el llamado procedimiento monitorio y el de tutela laboral, que seguramente traerán consigo grandes impactos.

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, consciente de la importancia de estas innovaciones, organizó en el mes de agosto de 2005 el seminario "Actualización sobre la Reforma Procesal Laboral", que contó con la destacada participación de don Gabriel Aubert, profesor de la Universidad de Ginebra, quien aportó sus reflexiones sobre la realidad que en la materia se puede apreciar en Europa; don Héctor Humeres Noguera, profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, quien además integró el Foro Laboral que asesoró al trabajo legislativo que hoy día es ley; y del señor Cristóbal Pascal, en representación del Ministerio del Trabajo.

Las exposiciones de los dos primeros, más el trabajo que sobre el recurso de apelación en materia laboral nos ofrece el profesor de Derecho Procesal de la Universidad del Desarrollo, don Héctor Oberg Yáñez, es lo que a continuación les entregamos como un adelanto a la implantación e implementación total del nuevo sistema de justicia laboral en nuestro país.

# La jurisdicción del trabajo: la experiencia de Ginebra\*

**Gabriel Aubert**

Abogado

Doctor en Derecho

Profesor de Retórica

**UNIVERSIDAD DE GINEBRA, SUIZA**

Experto en derecho laboral europeo,  
internacional y comparado

Traducción: Macarena Humeres M.

Asistente Universidad de Ginebra

## La composición del Tribunal

En Europa, la composición de las jurisdicciones en materia del trabajo varían según las tradiciones.

Así por ejemplo, según la tradición germana, los Tribunales del Trabajo son presididos por un juez de carrera, acompañado de dos asesores, uno representante de los empleadores y otro representante de los trabajadores.

En la tradición francesa, el Consejo de los "Hombres Buenos"<sup>1</sup> está compuesto de dos empleadores y de dos trabajadores, un juez letrado interviene solamente en la hipótesis en que los magistrados no logren ponerse de acuerdo, es decir, muy raramente.

En Alemania, el Tribunal del Trabajo está integrado a una estructura especializada en todas las instancias. En efecto, sobre el Tribunal del Trabajo (*Arbeitsgericht*) se encuentra el Tribunal del Trabajo de "Land" (*Landesarbeitsgericht*), compuesto de un juez profesional y de dos jueces honorarios, que no son necesariamente juristas, y que son elegidos entre los representantes de los empleadores y de los trabajadores. La jurisprudencia es unificada, en la instancia suprema, por el Tribunal Federal Alemán del Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*), que sesiona con la siguiente composición: tres magistrados de carrera, acompañados de un asesor patronal y de un asesor sindical.

---

\* Este trabajo corresponde a la transcripción de la conferencia que el autor expuso con fecha 25 de agosto de 2005, en el seminario "Actualización sobre la Reforma Procesal Laboral", organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

<sup>1</sup> N.T.: Magistratura del Trabajo, conocido también como Juzgado de lo Social.

Francia, en cambio, cuenta con una jurisdicción especializada del trabajo sólo en primera instancia. Los fallos del Consejo de los "Hombres Buenos" pueden ser remitidos a la Corte de Apelaciones, compuesta exclusivamente de jueces letrados. El fallo de la Corte de Apelaciones puede ser atacado a su vez ante la Corte de Casación, la que, como la Corte de Apelaciones, está compuesta en su totalidad por jueces de carrera.

En Suiza cada cantón posee sus propias reglas de organización del poder judicial. Procederemos a continuación a examinar el caso de Ginebra, que mezcla las reglas del sistema germano con las del sistema francés. La jurisdicción del trabajo está regida por la "Loi sur la juridiction des prud'hommes, juridiction du travail",<sup>2</sup> en vigor desde el primero de marzo del año 2000.

En primera instancia se encuentra el Tribunal de los "Hombres Buenos", compuesto de cinco magistrados (alternando tres empleadores, dos trabajadores; tres trabajadores y dos empleadores). El tribunal no es presidido por un juez de carrera, no obstante, el presidente debe poseer un título que acredite sus competencias jurídicas.

Cada tribunal corresponde a un "grupo" de actividad, cinco en total. Así el presidente de cada grupo (o su suplente) presidirá un tribunal. Los grupos corresponden a actividades diferentes, así el primero se refiere, en términos generales, a la construcción y la industria, el segundo, a la hotelería, el tercero corresponde al turismo, el transporte, la agricultura y el comercio (no alimentario), el cuarto, a la administración (se entiende por ésta los bancos, seguros, y sociedades de servicios), y por último en el quinto grupo, profesiones diversas entre las que podemos citar a modo de ejemplo las profesiones médicas, las jurídicas, las artísticas, la prensa, la informática y la economía doméstica.

Es posible recurrir del fallo del Tribunal de los "Hombres Buenos" ante una Corte de Apelaciones, compuesta de un juez de carrera, aconsejado por dos asesores empleadores y dos asesores trabajadores, los que no tienen necesariamente (y en la práctica rara vez) competencias jurídicas particulares.

La sentencia de la Corte de Apelaciones puede a su vez ser vista, si es necesario, por el Tribunal Federal, compuesto exclusivamente por jueces de formación.

En consecuencia, el sistema ginebrino es análogo al sistema francés en el sentido que el tribunal, en primera instancia, no es presidido por un juez de carrera, y asimismo, la más alta instancia nacional, el Tribunal Federal, está compuesto exclusivamente de jueces profesionales.

<sup>1</sup> Dicha Ley puede ser consultada, en su versión en francés en el sitio Internet: <http://www.geneve.ch/legislation>, rúbrica Recueil systématique genevois (RSC), E 310.

En cambio, como en Alemania, la segunda instancia cantonal está compuesta de un juez de carrera y de asesores patronales y sindicales.

Finalmente, y sobre otro aspecto, es un hecho que las jurisdicciones del trabajo en Europa se caracterizan por su diversidad. Así podemos constatar que en Francia dichas jurisdicciones conocen solamente de litigios entre las partes del contrato individual de trabajo, en cambio en Alemania conocen además de aquellos que se producen entre empleadores u organizaciones de empleadores de una parte y uno o varios sindicatos de la otra parte. Los litigios relativos a la Seguridad Social no son de la competencia de las jurisdicciones del Trabajo.

## **El procedimiento**

En el Tribunal de los “Hombres Buenos” en Ginebra el proceso comienza por una tentativa de conciliación. La persona que ejerce el cargo de conciliador tiene un título al menos equivalente al de quien ostenta el cargo de presidente del tribunal (es decir, que certifique que cuenta con ciertos conocimientos jurídicos). El conciliador trata de lograr un acuerdo entre las partes, es por ello que está habilitado, si es pertinente, a dar las instrucciones necesarias para que el expediente sea completado. Las audiencias de conciliación se realizan a “puertas cerradas”.

Las partes comparecen personalmente, pudiendo ser asesoradas por un familiar, un abogado o un mandatario calificado profesionalmente. Excepcionalmente el presidente del tribunal puede autorizar a una parte a ser representada por estas mismas personas. En el caso de una sociedad, ésta puede ser representada por un miembro de su personal; el representante debe contar con los poderes necesarios para transigir.

No obstante haber aumentado estos últimos años, el número de expedientes resuelto ante el conciliador no es considerable. La tasa de éxito en la conciliación es hoy en día de aproximadamente un 21%.

Si la conciliación fracasa, el expediente es transmitido de oficio al tribunal. En la práctica este último recibe una demanda detallada acompañada de piezas. La parte demandada es autorizada a responder a la demanda dentro de los treinta días siguientes a la conciliación. Las partes pueden igualmente solicitar la audiencia de testigos, los cuales, según las causas, pueden ser numerosos. En general el tribunal se esfuerza para no audicionar más de tres o cuatro testigos por parte, no obstante, si las circunstancias lo justifican, puede recibir un número mayor. El acta de la audiencia es particularmente importante, ya

que servirá de base no solamente al fallo de primera instancia, sino también, a menudo, a la decisión de la instancia de apelación. Las declaraciones de los testigos son resumidas, estando cada parte habilitada a pedir al presidente completar el resumen que consta en el acta (la cual es leída al final de la audiencia) en caso de omisión.

En principio, son las partes las encargadas de aportar las piezas que les parezcan pertinentes. Sin embargo el tribunal puede, de oficio, exigir al empleador o al trabajador que produzca documentos considerados como útiles para resolver el litigio. igualmente, corresponde a cada parte designar a sus testigos, no obstante, el tribunal puede, de oficio, convocar a un testigo cuyo testimonio le parezca necesario.

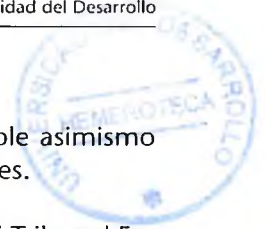
En todas las diligencias los magistrados son asesorados por un actuario (*greffier*), quien recibe los escritos, procede a las citaciones y es el encargado de tomar el acta de las audiencias, que le es dictada por el presidente del tribunal. El actuario es un jurista, es en dicha calidad que puede intervenir en las deliberaciones del tribunal, en las cuales, a menudo, ejerce una importante influencia. Dentro de sus competencias se cuenta igualmente la de redactar el fallo.

Una gran parte de los litigios es liquidada en una o dos audiencias. Algunos procesos sobre problemas complicados o cuyo valor (litigioso) es importante, requieren a veces más audiencias. En promedio, el procedimiento ante el Tribunal de los "Hombres Buenos" dura entre ocho y doce meses. El tribunal se esfuerza asimismo en lograr la conciliación de las partes, lográndolo en un número no menor de causas. **El porcentaje de causas resueltas por conciliación es de un 12% ante el Tribunal de los "Hombres Buenos" y de un 6% ante la Corte de Apelaciones.**

Ante la Corte de Apelaciones las partes pueden alegar los hechos y el derecho. Sin embargo, el apelante debe indicar en su escrito los puntos sobre los cuales solicita que la investigación de los hechos sea completada. Naturalmente debe indicar en qué crítica la aplicación del derecho por el Tribunal de los "Hombres Buenos", sin embargo, la Corte de Apelaciones es libre de aplicar las reglas que una u otra de las partes no hubiese invocado.

Las diligencias adicionales posibles para completar los hechos, siendo limitadas ante la Corte de Apelaciones, se realizan en general en una sola audiencia, muy raramente en dos.

El número de fallos del tribunal apelados ante la Corte de Apelaciones es bastante elevado, representa un 33.67% de las causas falladas por el tribunal en el 2003, y un 45.58% en el 2004. Es necesario precisar que un tercio de los fallos



apelados son confirmados por la Corte de Apelaciones. Es posible asimismo que la Corte de Apelaciones logre una conciliación entre las partes.

Finalmente, el fallo de la Corte de Apelaciones es apelable ante el Tribunal Federal. Este último no examina, en principio, los hechos, salvo si su constatación puede ser considerada como arbitraria, es decir, como evidentemente insostenible en vista del expediente. El Tribunal Federal está facultado, en cambio, para pronunciarse libremente sobre el derecho.

El porcentaje de fallos remitidos al Tribunal Federal es de aproximadamente un 20%, lo que es relativamente bajo.

El procedimiento ante el Tribunal Federal es rápido. En principio dicha jurisdicción comunica su decisión dentro de los cuatro a seis meses que siguen a la presentación del recurso. Se ha podido constatar una notable mejoría en los últimos años sobre este punto, ya que en el pasado podía ocurrir que un procedimiento ante el Tribunal Federal durase uno o dos años.

La ley no prevé un plazo para fallar. En efecto, la duración de los procedimientos no puede depender de una disposición legal, sino del número de jueces y colaboradores de estos últimos, así como de la organización de los tribunales.

Podemos decir así que en Ginebra la oralidad juega un rol importante en los Tribunales del Trabajo. En efecto, aunque en la primera y segunda instancias los escritos y las piezas presentadas por las partes permiten establecer una gran parte de los hechos pertinentes, queda la audiencia de los testigos, que en muchos casos resulta esencial en la resolución de puntos definitivos.

Como en todo el mundo, en Europa las jurisdicciones del trabajo están sobrecargadas. En Suiza las posibilidades de apelación o de recurso ante una instancia suprema son limitadas por el valor litigioso, si este último no sobrepasa los 30.000 CHF (aproximadamente 11.600.000 pesos chilenos), en principio el Tribunal Federal no examina nuevamente la aplicación del derecho; interviene solamente si la decisión atacada es manifiestamente insostenible. En Alemania, el recurrente puede apelar a la instancia superior sólo si el fallo cuestionado contiene la autorización de recurrir, o si la instancia superior autoriza el recurso, lo cual hace solamente en la medida en que el caso presente una cuestión de derecho importante o si las jurisprudencias de los tribunales inferiores son divergentes.

Actualmente en Estados Unidos hay una tendencia a la expansión de la mediación y el arbitraje de conflictos individuales de trabajo. Según la American Arbitration Association, el 85% de los casos remitidos a la mediación son arre-

glados por un acuerdo y no por una decisión judicial. Por otra parte, el arbitraje de los conflictos colectivos juega un rol importante, incluso en los sectores no cubiertos por una convención colectiva, la legislación favorece el arbitraje de los litigios individuales. En Europa, la mediación y el arbitraje de conflictos individuales son raros. Tienen un lugar muy importante tradicionalmente en cambio en el derecho colectivo.



# La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo<sup>1</sup>

(Referencia a las Leyes N° 20.022, 20.023 y 20.087)

**Héctor Humeres Noguer**

Director del Departamento

Derecho de la Empresa

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Profesor Titular Derecho del Trabajo

y de la Seguridad Social

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Deseo agradecer en primer término a la Universidad del Desarrollo por la oportunidad que me ha brindado de poder exponer ante un público tan calificado mi pensamiento en relación a una materia de tan alto interés, tanto doctrinario como práctico, como lo es la Reforma Procesal Laboral en actual desarrollo.

Quisiera comenzar esta exposición señalando que desde hace un tiempo existe clara conciencia entre los especialistas a nivel nacional de que los actuales juzgados laborales se encuentran claramente desbordados en su capacidad para enfrentar el gran volumen de procesos que les toca conocer, lo que arroja un balance, diría, deplorable, porque lo que sienten los trabajadores y también los empleadores es que nuestra justicia laboral es ineficiente, lenta, tardía, burocrática. Los juicios demoran entre dos y tres años, y eso se debe, fundamentalmente, a la sobrecarga anotada, porque los juzgados del trabajo tienen sobre 8.000 causas ingresadas al año. Ustedes se dan cuenta que eso desborda cualquier juzgado del trabajo y significa que hoy en día las estadísticas están indicando que el 25% de las causas terminan con sentencia, un 15% en conciliación y un 60% en archivo. Que solo un cuarto de las causas ingresadas terminen con sentencia definitiva o que más de la mitad de las causas sean archivadas implica claramente que la gente se aburrió de litigar y no quiso seguir con el juicio, lo que constituye un síntoma inequívoco de que algo está mal. Pero además de lo anterior, se cuenta con un procedimiento antiguo, por escrito, que no facilita la tramitación rápida y eficaz de los juicios laborales.

---

<sup>1</sup> Este trabajo corresponde a la transcripción de la conferencia que el autor expuso con fecha 25 de agosto de 2005, en el seminario "Actualización sobre la Reforma Procesal Laboral", organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

Lo anteriormente anotado provocó que el año 2000 se citara a un “Foro para la Reforma de la Justicia Laboral”, en el cual participaron mas de 50 personas entre académicos, jueces, ministros de Corte, personeros de los Ministerios de Justicia y del Trabajo, connotados especialistas, bajo la mirada atenta del gran profesor y tratadista Patricio Novoa, que en paz descanse, y quien le dio su brillo y sello especial a estas labores. Se trabajó en él durante dos años, con un gran respeto por las naturales diversas posiciones, no siempre convergentes, pero que en definitiva permitieron realizar un trabajo bastante fructífero.

¿Qué propuso el foro? En definitiva, propuso reformas en materias orgánicas, técnicas y procedimentales.

En las materias orgánicas, en las cuales estuvimos todos de acuerdo, se concluyó que lo más relevante era aumentar fuertemente la cantidad de juzgados del trabajo y recalco ahí la palabra cantidad sustancial, porque al intercambiar ideas se concordaba en que, por lo menos, deberían existir unos 80 juzgados laborales para tener la tranquilidad de que un juicio laboral pudiese tramitarse en forma expedita. Existen parangones en el mundo, en especial con el procedimiento español.

España tiene una mayor población activa que Chile, pero cuenta con 330 juzgados laborales, para un juicio muy similar al nuestro; nos debería estar indicando algo dicha cifra, cuando estamos intentando instaurar un sistema similar en nuestro país, con apenas un poco más de 40 jueces.

Esta idea de generar una cantidad de juzgados suficiente tuvo absoluto consenso; ella fue recogida en la Ley N° 20.023, al establecer tribunales especiales de cobranza. Al extraer la cobranza judicial de cotizaciones y traspasar a juzgados especiales esta gran carga burocrática que perturba la marcha del juzgado del trabajo común, se colabora fuertemente con la posibilidad de acelerar la expedición de los juzgados laborales.

En las materias técnicas se planteó la creación de unidades administrativas para descargar a los jueces de un trabajo mecánico y burocrático que a nada conduce y les resta el tiempo que ellos deben utilizar en agilizar los juicios y emitir las sentencias respectivas; también se hizo gran hincapié en aumentar la capacitación de los jueces, aspecto en el que todos estuvimos acordes.

Es sabido que todos debemos capacitarnos constantemente y yo creo que los jueces laborales van a requerir una profunda capacitación para enfrentar este nuevo desafío; yo agregaría algo: no solamente los jueces, también nosotros –los abogados–, ya que el manejo de un juicio oral en materia laboral es absolutamente diverso a lo que estamos acostumbrados aquí en Chile.



Tuve suerte de presenciar recientemente en Madrid y Barcelona, comisionado por la OIT, audiencias de juicios laborales orales (unas 40 causas más o menos), y pude constatar que el rol que tiene un abogado en esa clase de juicios es notoriamente distinto al que estamos acostumbrados aquí en Chile; es una versión activa, el abogado interroga directamente a los testigos, al deponente y sobre sus espaldas recae gran parte de la audiencia. Es, pues, un gran desafío el poder adecuarnos a esta clase de juicios; las simulaciones efectuadas en Chile en relación a esta clase de juicios han permitido verificar que se trata realmente de un cambio extraordinario y yo creo que es un tema en el cual nosotros, como abogados, si queremos colaborar con la justicia, debemos tener mucha conciencia de este fenómeno.

En materias procedimentales, se optó por un procedimiento concentrado, vale decir, salir de lo escrito y pasar a lo oral, de acuerdo a las nuevas corrientes que hay hoy día en materia de procedimiento, no solamente en lo laboral, también en lo penal, en familia, y se avecina en lo civil. Hoy día todo va hacia lo oral; creo que por dos motivos: por la rapidez (celeridad) y por la cercanía que provoca con los justiciables (inmediación).

Hay que acercar la justicia a la gente, porque la gente no entiende muchas veces lo que nosotros los abogados hacemos ni lo que estamos haciendo, y ello acarrea desconfianza; muchas veces no nos creen, porque no saben, no entienden lo que pasa y yo creo que el juicio oral tiene esa gran ventaja: acerca el procedimiento a la gente, la gente entiende mucho más cuando está en un juicio oral, que cuando está en uno escrito, y yo creo que la rapidez, si es que se implementa bien, también es una ventaja, no solo para los trabajadores. Yo creo que la empresa del mundo actual requiere también rapidez, requiere celeridad, no están los tiempos hoy día para ver, justamente, esos periodos de largas discusiones en tribunales; el tiempo es hoy en día un bien muy escaso, a todos nos hace falta, a todos; como consecuencia, a la empresa también le interesa, creo yo, un juicio rápido.

Ya habíamos comentado la preferencia por la concentración, lo que se traduce en juntar la prueba, en lo posible, en una o dos audiencias; debo señalar que existieron dos posiciones, ya que algunos estaban por una audiencia, y otros estaban por dos. Pero de todas maneras la idea era concentrar en no más allá de dos audiencias la prueba, no como ocurre hoy en día, que tenemos entre tres y cuatro comparendos, y al final transcurre demasiado tiempo.

Concentrado y rápido, la celeridad, esto significa que el juez tiene facultades extraordinarias, el juez tiene un rol activísimo en un juicio oral, ya no es un espectador, como hoy día, detrás de un escritorio, que entra y sale de la sala; aquí él va a estar presente, va a manejar el juicio, él deberá conducirlo, trans-

formándose en un actor relevante en materia del juicio y va a poder eliminar actuaciones inconducentes o las que él estime dilatorias, sin que las partes puedan decir nada a este respecto.

### **¿Cuáles son las particularidades de este nuevo procedimiento a base de los principios que ya he señalado?**

A. Como ya se dijo, teníamos en la contestación de la demanda la opción de hacerlo escrito u oral. La mayoría optó por la respuesta de la demanda oral; otros pensábamos que lo escrito sigue siendo fundamental para dejar establecido cuáles son las pretensiones de las partes.

B. En materia de audiencias ya señalé que un sector pensó que lo más adecuado era tener una sola audiencia de contestación, conciliación y prueba de inmediato, que es lo que hasta ahora a lo menos refleja el proyecto. Otro sector pensó, por otros motivos, que lo más adecuado era tener dos audiencias: una de contestación y conciliación y una segunda prueba, en un sistema muy parecido al hasta hoy día vigente en nuestro Código del Trabajo, con la idea clara de que el juez tuviera la ocasión de efectuar una adecuada conciliación y enseguida fijar el auto de prueba y dar la oportunidad de que las partes vieran sus medios de prueba para cubrir una segunda audiencia. Ello difiere de lo planteado por el Proyecto, que plantea que en la misma audiencia las partes tienen que llegar con sus pruebas, sin saber cuáles serán esos puntos de prueba, ya que los podemos imaginar, pero no lo sabemos con certeza. Esa es una pequeña, pero gran diferencia.

C. Además, se analizó el tema del acta de la audiencia, lo que es un problema complejo, ya que el juicio oral se refleja en una transcripción que se hace a un documento escrito, y no hay mucho acuerdo en lo que "ese documento" debe llevar; a saber, ¿un simple resumen?, ¿sólo algunas razones? Desearía comentar brevemente mi experiencia española: me llamó la atención que al lado del juez se instalara un funcionario a tomar nota y él hace el acta, y yo pedí ver el acta, y les puedo señalar que el acta es sumamente críptica, tenía entre 10 a 15 líneas después de dos horas de discusión que duró la audiencia ante el juez.

Yo me acerqué a uno y pregunté cómo fallaba, porque realmente no entendía como de un acta tan pequeña el podría recordar todo lo que pasó en la audiencia, porque ella no se graba. Y me dijo: bueno, es que yo tomo mis notas; entonces el juez español tiene él sus propias notas a base de las cuales emite sentencias. Me parece bien, por último, que él tenga su propio apoyo y lo haga. La respuesta es ¿y las partes? ¿Cómo pueden hacer un buen recurso el día de

mañana si las actas que tienen de comparendo no dan suficiente constancia de lo que ocurrió en ese minuto?

En el foro se planteó la posibilidad de que un mecanismo que se utiliza en otros países, consistente en una grabación automática, la que se transcribe a un computador. En consecuencia, la tecnología está. Pero hay temas de costos de por medio, ya que es bastante costosa; pero creo que estaríamos de acuerdo en que el acta fuera siempre lo más fidedigna posible, pues en caso contrario, estamos perdiendo esa constancia de gran importancia en el juicio.

D. En materia de recursos en la apelación hubo concordancia que debían restringirse, porque se ha hecho mucho uso y abuso del recurso, eso es evidente, pero no hubo acuerdo en si debía ser eliminado totalmente, o bien si dejarlo, pero con bastantes restricciones. Ha prosperado en el proyecto la posición más radical, siguiendo la línea de la reforma penal, pero debe tenerse presente que el juicio del trabajo no es igual que el penal, ya que aquí no tenemos fiscales, jueces de garantía y toda una serie de mecanismos de control accesorios que están durante el juicio; hay jueces solamente y por eso justamente se comentó la posibilidad –que no prosperó– de la instauración de un juzgado colegiado; vale decir, con tres jueces, porque al menos existiría un control mutuo de lo que está pasando en ese minuto en el pensamiento y aprehensión de los hechos por personas diversas, que es distinto a que ello lo haga un solo juez.

En lo relativo a la casación en la forma, se señaló que tenía escasa aplicación, por lo que era necesario restringirla al máximo posible y dejar abierta la posibilidad para que la Corte de Apelaciones lo hiciera de oficio, como ocurre hoy en día muchas veces en causas laborales; en cuanto a la casación en el fondo, se concordó en la necesidad de mantenerla solamente por infracción de ley que influyera en la parte resolutive de un fallo, ya que la importancia que realmente tenía era para unificar la jurisprudencia, que es un asunto que a nosotros los laboristas nos pena constantemente, porque tenemos en la Corte de Apelaciones una Sala Laboral que no siempre es la misma, pero sí en la Corte Suprema afortunadamente, aunque su jurisprudencia a veces no es seguida en forma tan acuciosa en las otras instancias.

Es un tema difícil, pero muy relevante, porque especialmente nosotros, los abogados, tenemos que saber aconsejar a los clientes en cuanto a la línea a seguir.

E. En relación al daño moral y los derechos fundamentales, tuvimos bastantes discusiones, pero en definitiva prosperó como idea que fuera el mensaje original al Parlamento, señalándose que ya no bastaba con que hoy el juzgado acogiera el daño moral en muchas causas, sino que debía establecerse como

algo formal para que las partes pudieran reclamar; ello en sí era un punto relevante en materia de derechos fundamentales, ya que pese a la existencia del recurso de protección, se manejó en ese instante la posibilidad de instaurarlo en forma amplia. De hecho, la decisión en el Mensaje para el Parlamento fue ampliarlo a la mayoría de los derechos fundamentales, política que fue rescatada mediante una instancia especial en materia laboral, llamada "tutela de los derechos fundamentales".

Lo expuesto anteriormente fue lo que el Foro señaló, y lo que se entregó al Gobierno después de dos años de trabajo, y éste lo propuso en su Mensaje al Parlamento; esa reforma se plasmó en tres proyectos de ley, hoy en día, las leyes 20.022 y 20.023 y está el Mensaje actualmente en el Senado, en la Comisión de Trabajo. Se espera que de aquí al 9 de septiembre evacúe su informe a la Comisión y siga su trámite Parlamentario.<sup>2</sup>

Examinemos a continuación esta reforma. La Ley N° 20.022, que fue publicada en el Diario Oficial el 30 de mayo de 2005, aumentó la cantidad de los jueces del trabajo –no los juzgados– a 40 y estableció 9 Juzgados de Cobranza; debe observarse el articulado transitorio que tiene esta ley y que señala que de estos 40 jueces van a entrar en vigencia 27 juzgados de jueces laborales y 7 de cobranza previsional el 1° de enero del 2007.

Llama un poco la atención esta circunstancia, porque la verdad es que hoy día tenemos 20 jueces del trabajo y vamos a pasar, realmente, a tener 27, con un juicio oral que es mucho más demandante de tiempo para el juez. Quisiera establecer aquí una primera impresión, porque aparece aquí el real talón de Aquiles de esta reforma. Estimo, y lo digo sinceramente, con el debido respeto, que si no vamos a hacer una buena reforma, más vale que no la hagamos; sería preferible reformar por último el actual procedimiento, pero no cometer el error de instaurar un sistema insuficiente que cree grandes expectativas en los justiciables y que después esto fracase; esa constituiría una solución más mala que lo que hasta hoy día tenemos; este es un tema que yo creo debería preocuparnos.

Chile es un país en vías de desarrollo, pero ustedes conocen las cifras de lo que se ha invertido en la reforma procesal penal, y al compararlas con lo que se pretende asignar a la reforma procesal laboral, producen consternación; no se explica por qué siempre la Justicia del Trabajo es tan falta de recursos en nuestro país, por qué tenemos juzgados tan mal habilitados, gente mal pagada, juicios que no corresponden. Pero al examinar esta reforma, se tiene la clara

<sup>2</sup> N. del E.: A la fecha de esta exposición, la actual Ley N° 20.087, a que alude el expositor, se encontraba en tramitación. Con fecha 3 de enero de 2006, se publicó en el Diario Oficial su articulado, señalando un período de vacancia legal en su vigencia a partir del día 1° de marzo de 2007.

sensación de que nos quedamos cojos, que no estamos partiendo bien; quizá sería preferible reformar éste de buena manera, pero no hacer una reforma nueva, con grandes ilusiones de que esto va a cambiar, si realmente no va a ser así. Ello puede ser bastante más deficiente desde ese punto de vista, ya que si bien la intención puede ser muy buena, resulta más que evidente que son escasos los 9 Juzgados de Cobranza judicial instaurados en todo Chile, lo que nos lleva a pensar que este cambio no es lo que realmente necesitamos para implementar en buena forma un cambio de esta envergadura. Nos parece, simplemente, fuera de lugar.

A su turno, la Ley N° 20.023, publicada en el Diario Oficial un día después, el 31 de mayo de 2005, modifica la ley de cobranza judicial N° 17.322 y el Decreto Ley N° 3.500. Se instauró para agilizar los juicios de cobranza de cotizaciones previsionales, tema de gran interés; en ella se hacen más expeditas las notificaciones, se implanta la solidaridad para los subcontratistas, se les otorgan atribuciones directas a las instituciones administrativas, se la da por primera vez al trabajador la facultad de accionar directamente contra el empleador moroso para obtener el cobro de sus cotizaciones impagas, todo lo cual nos parece un adelanto bastante notable.

También se otorgan facilidades administrativas para que las entidades cobren judicialmente; existen aquí aspectos relevantes que deseo resaltar: la opción que tendrá el juez de retener en Tesorería impuestos a devolver al empleador moroso para imputarlos a esta cobranza de cotizaciones; vale decir, habrá un cruce de información entre Juzgado y Tesorería para rescatar esos dineros y aplicarlos a las cotizaciones impagas.

En cuanto al último proyecto, el relativo al procedimiento en sí, y que se encuentra a la fecha en trámite parlamentario, tiene más de 100 artículos; ha tenido una larga tramitación, y algunas cosas han salido del proyecto original, otras se han incorporado, pero yo creo que en general va bien, aunque en mi opinión le falta un periodo de maduración.

Los principios en que concordó en su oportunidad el Foro Laboral, y que hemos comentado precedentemente, se manifiestan de la siguiente manera en este proyecto de ley:

- a) Concentra todas las actuaciones en una sola audiencia.
- b) La demanda que hace un trabajador se notifica a la parte demandada, la que va a tener que hacer una minuta y acompañarla al juzgado 5 días antes, a lo menos, de la audiencia; éste va a concurrir a la audiencia y va a responder verbalmente, en ese minuto el juez constatará si existe conciliación, y si no la

hay, va a tomar la prueba de inmediato. La audiencia va a ser pública, pudiendo asistir cualquier persona que lo desee, no como hoy día, que ustedes saben bien que entran las partes junto a sus abogados.

El juez tiene que presidir personalmente la audiencia; en este punto el legislador está siendo extremadamente fuerte y hay causal de nulidad del juicio. Asimismo, se comprende en el proyecto de ley<sup>3</sup> que el secretario de los juzgados de jurisdicción común podría subrogar al juez en un juicio laboral. En este punto deseo acotar que esto ya nos ocurrió en Chile anteriormente, con consecuencias nefastas, lo que no hace aconsejable repetirlo. También se encuentra facultado el juez para requerir antecedentes, los que él estime pertinentes, esto es, cualquier antecedente que la ocasión amerite, sin ninguna limitación, ninguna, y puede además decretar medidas precautorias o cautelares inclusive antes que se ratifique la demanda al demandado, lo cual es una cosa bastante especial hoy día en nuestro procedimiento. De todo lo actuado en esta audiencia deberá levantarse un Acta de Registro, lo que se establece sin mayores detalles en cuanto a la forma de materializarlo.

c) La demanda escrita: esta demanda escrita que presenta el trabajador al tribunal se puede notificar a las entidades de seguridad social cuando se cobren cotizaciones previsionales, para que la respectiva entidad previsional (AFP, Isapre, Fonasa, Mutua CCAF, AFC, etc.) se haga parte del juicio del trabajo y coadyuve al trabajador a cobrar lo que se le debe por parte del empleador moroso. El juez además puede decretar la caducidad de la acción de forma inmediata, si estima que está fuera de plazo, y lo que es más notable, el juez puede advertir a la parte demandante que su demanda adolece de defectos; en consecuencia se la puede corregir. Deseo hacer notar que se trata de un juicio con abogado, no nos estamos refiriendo a aquel litigante que comparece por su cuenta, aquí hay un abogado presente, pero el juez está autorizado a enmendar de oficio las demandas de los trabajadores.

Asimismo, y como lo señalé anteriormente, sin esperar la contestación, el juez puede declarar medidas cautelares, o de resguardo hacia los trabajadores. A continuación, la parte demandada debe ingresar una minuta con alegaciones cinco días antes del comparendo de rigor, esta minuta tiene importancia porque va a predeterminar la contestación oral que después el demandado hace en la audiencia, vale decir, se está entregando con antelación a la audiencia, por requerimiento del juez y la contraparte, lo que va a constituir la defensa y los planteamientos a efectuar en la audiencia posterior, por lo que la defensa oral que se haga posteriormente en la misma audiencia deberá ceñirse a la minuta.

---

<sup>3</sup> Ídem nota anterior.





d) Luego, en la audiencia misma el demandado contesta oralmente, a base de la minuta que se entregó con anterioridad; el juez puede fallar en forma inmediata las correcciones al procedimiento, no como ocurre hoy en día muchas veces, que quedan para definitiva, después de haber tramitado todo el juicio. De esta forma el Juez puede resolver de forma inmediata, que es lo que todos anhelamos que se haga, y es lo que realmente corresponde si queremos contar con una justicia expedita.

e) En cuanto a la prueba, la oportunidad para rendirla es la audiencia a la que me he referido; en ella, el juez va a fijar los puntos de prueba, lo que admite solo la interposición de un recurso de reposición, y eso es inapelable, no tiene ninguna otra alternativa; se va a acompañar lista de testigos y se puede llevar a cabo la confesión también en la audiencia. La pregunta que nos surge es cómo se entera la parte demandada y cuáles van a ser los medios de prueba que va a utilizar, porque, insistimos, se puede vislumbrar qué va a ocurrir en la audiencia, pero no se tiene la certeza, no se sabe cuál es el pensamiento que tiene el juez con precisión y qué me va a decir en esa audiencia, respecto a los puntos de prueba.

Como se ha señalado, el juez puede requerir información, pero ¿cómo? ¿a quién? A entidades públicas, a las empresas o cualquier otra persona natural o jurídica, cualquier antecedente que él estime que contribuye a aclarar la materia en discusión; esta facultad no conoce ningún límite, está expresado así, tal cual, en el proyecto, siendo muy interesante ver qué va a ocurrir con este tema en la jurisprudencia, ya que las facultades que el juez tiene al respecto son extraordinarias, y de su decisión no existe reposición ni apelación posible.

La prueba confesional es directa, como ya lo señalé, con un rol activísimo del abogado, y también del juez, entre los dos podrían interrogar al deponente, sin que haya pliego, porque las preguntas son abiertas, no existiendo una instancia en la que se pueda señalar cuáles son las preguntas, sino que ello se realizará según se vaya produciendo el interrogatorio; así, se irán aumentando las preguntas o derivándolas hacia otro sector que se crea de interés, siempre que esté vinculado con la materia del juicio, lo cual decidirá el juez.

En materia de testigos, hay que señalar que se reduce notablemente la cantidad, cualquiera sea la materia o envergadura del juicio, sólo 4 testigos por cada parte, no como hoy día, que son 2 por cada punto de prueba, con lo que se les restringe sustancialmente, y el juez puede decidir que no se interroge a algún testigo si él estima que es inconducente para la causa; si no está vinculado o si las partes están tratando de eludir el tema, puede prescindir de la prueba testimonial; además los testigos no son tachables en juicio laboral. Respecto a los juicios por término de los servicios, se reitera la tesis de que el empleador

debe acreditar primero los hechos motivo del despido –invirtiendo aquí el peso de la prueba–, lo que implica que el demandado va a comenzar probando si lo que él dijo en la carta de despido es o no efectivo.

Las partes podrán hacer también observaciones a la prueba, en forma oral, no como hoy día, en que ellas se realizan por escrito, y el juez va a apreciar la prueba igual que hoy en día, de acuerdo a la sana crítica, en eso no hay cambios ni hay ninguna alteración; luego, esta prueba va a ser reproducida en un acta –circunstancia que ya se ha comentado en sus alcances– señalándose en el Proyecto que ella debe dar cuenta del lugar, fecha, discusión de las partes, un resumen de la conciliación, de las alegaciones y una relación circunstanciada de los instrumentos de la prueba, pero sin ser más explícito, y éste es un punto que llama la atención, porque es muy relevante para los derechos de las partes el poder contar con un sistema que otorgue la mayor confiabilidad en este aspecto.

f) La sentencia debe ser dictada por el Juez que presidió la audiencia, no hay más alternativa; si ese juez por algún motivo no puede hacerlo, debe iniciarse el juicio de nuevo, hay que retroceder en el tiempo y rehacer el proceso, porque se da mucha importancia a que el Juez haya presidido la audiencia y haya tomado conocimiento exacto de lo que ocurrió en la sala.

La sentencia, que se dicta en la misma audiencia o dentro de decimoquinto día, tiene consideraciones que no las voy a relatar aquí, porque son muy parecidas a las que se conocen hoy día y se aplican en nuestra legislación, con una pequeña diferencia: el juez tendrá que señalar los preceptos constitucionales, legales o de tratados internacionales ratificados por Chile o los principios de equidad en que se funda el fallo. Los principios de derecho están enunciados en doctrina, tanto común como laboral, pero será interesante verificar cuál será el orden de prioridad que seguirá el Juez del Trabajo al respecto. ¿Se va a ceñir al Código Civil? ¿Va a seguir un orden o priorizará un principio de derecho o un principio de equidad en que se funda el fallo? Esto es un tema que debería preocuparnos, porque se ignora cuáles son los principios que él manejará; quizás en doctrina conocemos los principios, pero ¿dónde están los que gozarán de prioridad en su aplicación? ¿Cuáles serán los que utilizará el juez para fundamentar el fallo? Es un tema complejo, tanto más si, como ustedes podrán apreciar más adelante, las sentencias definitivas no son apelables.

g) En materia de recursos, acerca del recurso de apelación, el Proyecto<sup>4</sup> no dice nada, pero se tiene la impresión de que esa sentencia de la Corte de Apelaciones es recurrible de casación ante la Corte Suprema, pues sí se aplica

<sup>4</sup> Ídem nota 2.

en forma supletoria el Código de Procedimiento Civil y estando la causal adecuada, parece que podría interponerse el recurso. La ley no lo prohíbe, pero es un tema en el cual habrá que aguardar la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema. Se puede así apreciar que, en materia de recursos, hay un cambio bastante importante en relación a lo que hoy día existe como práctica en un juzgado laboral.

h) En cuanto a procedimientos especiales, el Proyecto<sup>5</sup> refiere tres de ellos: el de tutela, el monitorio y el referente a la aplicación de multas. En el de tutela laboral, se establece para que los trabajadores puedan resguardar los derechos fundamentales que les corresponden, vale decir, que están contenidos en la Carta Fundamental. Debemos recordar que tenemos vigente en Chile un recurso de protección que tiene el mismo destino, por ende, la pregunta que podríamos hacernos es si quizá lo que está ocurriendo es superponer un nuevo procedimiento sobre la materia. El Mensaje del Proyecto<sup>6</sup> era bastante amplio en este aspecto, ya que en él figuraban prácticamente todos los derechos referidos a las garantías, pero hoy día, después de algunos acuerdos celebrados en el Parlamento, debe señalarse que ellos son exactamente los mismos que están protegidos por el recurso de protección, de lo que surge válidamente una interrogante: ¿valdrá la pena tener dos procedimientos exactamente iguales para el mismo objetivo? Quizás sí, porque hay una pequeña diferencia, como ustedes lo podrán notar luego, pero es un tema que debe analizarse en profundidad, ya que lo que señala el Proyecto de Ley<sup>7</sup> es que, interpuesta la denuncia por tutela, no es posible interponer el recurso de protección, vale decir, no se pueden ejercer las dos opciones simultáneamente.

También se puede iniciar el procedimiento por actos discriminatorios. ¿Cuáles son esos? Los que están contemplados en el artículo segundo del Código del Trabajo; existe allí un catálogo bastante amplio al respecto, que ha crecido en el transcurso del tiempo y puede que siga creciendo. Aquí está quizá la diferencia con el recurso de protección, ya que en caso de despido, señala el Proyecto,<sup>8</sup> cuando se estime que éste obedece a una violación de derechos fundamentales, se puede interponer denuncia por tutela, y mientras esté vigente dicho juicio de tutela, se suspenderán los plazos por despido injustificado; y si dicho procedimiento le es adverso al trabajador, le renacerá a éste su derecho a tener un juicio por despido injustificado.

Se debe, además, realizar una mención adicional: cuando exista despido por causa de tutela laboral y el juez falle a favor del trabajador, este podrá optar

---

<sup>5</sup> Ídem nota 2.

<sup>6</sup> Ídem nota 2.

<sup>7</sup> Ídem nota 2.

<sup>8</sup> Ídem nota 2.

entre la reincorporación o el pago de una indemnización. Cuando opte por la reincorporación, el demandado deberá pagarle todas las remuneraciones desde el día de despido hasta el día de reintegro. Como se puede apreciar, si el juicio se extiende en el tiempo, estamos hablando de una cantidad ingente de recursos, y si el trabajador opta por el de la indemnización por año, el juez de la causa le fijará una indemnización adicional, la que puede fijarse entre 3 a 11 meses; con ello, se está prácticamente duplicando el monto de la indemnización; en conclusión, el tema de los derechos fundamentales y juicio de tutela, creo yo, es un tema central en el Proyecto, muy relevante.

También se debe hacer notar que la legitimación activa para esta denuncia de tutela pertenece desde luego al trabajador, lo que parece obvio, pero también tiene dicha legitimación el sindicato o la entidad sindical correspondiente, y la tiene también, actuando de oficio, la Inspección del Trabajo, la cual además puede emitir un informe, el que goza de presunción legal de veracidad.

El tribunal además puede aplicar también un procedimiento muy sumario, breve, rápido, porque se trata de reponer un derecho fundamental. El tribunal puede así suspender los efectos del acto impugnado, vale decir, puede reincorporar al trabajador a la empresa, lo que le otorga un ligero aire de inamovilidad, ya que por esta vía se determina que el trabajador se reincorpore de inmediato a la empresa. Se debe hacer notar, asimismo, que aparte de la reincorporación y el pago de la indemnización, el juez, si la empresa se niega a acatar, le puede fijar una multa de 100 a 150 UTM, que la puede reiterar hasta que cumpla.

El tribunal, además de aplicar las multas a las que me he referido, remitirá copia a la Inspección del Trabajo, para que quede constancia en la hoja de vida de la empresa y sea publicada cuando sea menester; en consecuencia también tenemos aquí una sanción moral importante para la empresa infractora, y ya no es solamente el dinero lo que está en juego en relación a esta materia, es bastante más que eso.

En lo referente al procedimiento monitorio, este procedimiento no estaba originalmente en el proyecto; fue incorporado en la tramitación parlamentaria y se aplica a las causas por despido cuya cuantía no exceda de 4 ingresos mínimos, hoy en día, \$ 510.000. Es, por consiguiente, un juicio de poca monta, mirado desde el punto de vista global, pero para muchas pequeñas y medianas empresas –que son la gran mayoría de los empleadores de este país– no es de tan poca monta; para muchos de ellos éste va a ser un juicio importante.

Este juicio monitorio se inicia con una conciliación obligatoria en la Inspección del Trabajo, en el juzgado, por lo que nos encontramos aquí con una mezcla entre la Administración y el tribunal; las partes son llamadas a una conciliación

a la Inspección, y si esto fracasa, remitirá los antecedentes al juez del trabajo, quién los examinará y citará a una audiencia donde acogerá o desechará la demanda. Sin más, en consecuencia, podría encontrarse una empresa con la situación de que si no concilia en la Inspección del Trabajo, los antecedentes van a ser remitidos al juez, quien la va a condenar; en ese instante el demandado puede interponer un reclamo en contra de esa sentencia del juzgado y allí tendrá lugar el juicio monitorio propiamente tal, de una sola audiencia de conciliación y prueba dentro de decimoquinto día.

Al parecer alguien pensó que esto podía implicar una cierta exageración y permitieron que se pudiese interponer un recurso de nulidad. Si así no fuere, en realidad la indefensión aquí para el demandado podría ser importante, el que no tendría mucho que hacer, ya que al no haber conciliación y teniendo la presentencia posiblemente en contra, tendría muy pocas posibilidades de revertir el proceso.

En cuanto al reclamo por multas, éste se realiza en audiencia única –siguiendo los parámetros ya señalados–, y la sentencia que se dicta es inapelable, lo que pondría fin a las discusiones que hemos tenido los laboristas en cuanto a si esta sentencia es inapelable; el juez va a determinar la procedencia de estas multas, en una audiencia única de conciliación y prueba. Establece el legislador aquí algo muy importante: la responsabilidad subsidiaria para los ejecutivos de la empresa, lo que representa una innovación. Hasta hoy día se la conocía solamente en materia de cobranza previsional –en relación a lo informado en las planillas de cotizaciones–, lo que puede ocasionar que los que en definitiva paguen sean los ejecutivos de la empresa, quienes responden en forma subsidiaria de esta multa y se aplica contra toda reclamación de la resolución de la Inspección del Trabajo.

Quisiera ahora hacer unas breves reflexiones para tratar de enriquecer el debate de los puntos tratados; para eso quisiera referirme primero al debate parlamentario, dejando constancia que muchas entidades concurren a la Cámara de Diputados y al H. Senado y consta en las actas que ninguna de ellas se opuso a legislar, lo que hay que hacer presente, pues significa que se produjo un consenso a nivel de país en cuanto a que el sistema requería de un cambio.

Entre los aspectos tratados en el curso del último tiempo, resalta el relativo a querer otorgarles competencia a los jueces de policía local para conocer de las causas laborales; esto lo acoto porque recuerdo que durante el año 1966 se promulgó en Chile la mal llamada “Ley de Inamovilidad”, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se llevó a efecto un foro similar a éste, comentando esta ley, la cual en su artículo sexto señala que se les otorga com-

petencia a los jueces de policía local para conocer de las materias que dicha ley regula en los lugares donde no exista juzgado laboral. Durante el debate, una persona que estaba en el fondo de la sala pidió la palabra, se identificó como juez de policía local y rogó porque eliminaran esta norma, por estimarla aberrante, señalando al efecto que los jueces de policía local no estaban capacitados ni contaban con la infraestructura ni personal necesario como para enfrentar este tipo de causas.

Parece que este comentario nunca llegó a ciertos oídos parlamentarios, ya que entre ellos se ha visto a varios convertidos en acérrimos defensores de esta idea, que están planteando entusiastamente entregar otra vez competencia en estas causas a los jueces de policía local; para ilustrar esta iniciativa, opté por investigar cuáles son las clases de causas de que conocen los jueces de policía local, y son nada menos que 47 leyes; no les voy a leer la descripción correspondiente a cada una de ellas, pero les puedo asegurar que se trata de un listado variopinto, en el que hay de todo. Aun más, al tratar de este tema con el Presidente del Instituto de Jueces de Policía Local, éste me señaló que tenían pendientes más de 300.000 denuncias por infractores de las autopistas; señalando, además, que hay mucha diferencia entre un juez de policía local de Santiago y uno de regiones, en las que el juez concurre a su despacho dos mañanas por semana y tiene una sola persona que trabaja con él.

Estimo que este punto no puede ser admitido. Perdónenme, estamos postulando una reforma para tener juicios especializados, no jueces que estén conociendo estas importantes causas como referencia solamente, sin contar que sería necesario dar una real y efectiva capacitación a más de 300 jueces en el país.

Se trató también el tema de la sala especializada en la Corte de Apelaciones; si ustedes indagan un poco, constatarán que hoy día existe un proyecto de ley en el H. Senado, del 14 de julio de este año, justamente vinculado con la especialización de las salas en la Corte de Apelaciones, y ahí se dice claramente lo siguiente: "en las Cortes de Apelaciones en que funcionen 2 o más salas, podrán ser éstas divididas en salas especializadas, correspondiendo a cada Corte, mediante auto acordado, establecer las formas de la distribución de las materias bianualmente; en estos casos, los ministros serán asignados a cada sala por el Presidente de la Corte atendiendo particularmente a su experiencia, preparación y capacitación en las materias correspondientes. Se considerará especialmente para estos efectos el haber servido como jueces de letras especiales y acreditar la participación en cursos de especialización en ambos casos, según la materia que se trate"; en los interinatos y suplencias se acude a los mismos y luego se hará la misma referencia al caso de los abogados integrantes. ¡Bravo! Ojalá este proyecto prospere, porque realmente clama el

cielo tener salas especializadas en la Corte, hoy día rotan todos los ministros todos los años, alguno de ellos sabe más de laboral que otros, algunos menos, lo que se traduce en una variedad de criterios muy grande, lo que se traduce en que la sala falló A hoy día y mañana falló B, sin que haya ninguna diferencia, salvo los integrantes.

También se comentó la posibilidad de perfeccionar el principio de concentración, otorgando competencia a los secretarios de los juzgados; estimamos que tampoco es la vía de solución en este minuto. Cuando se hizo así años atrás tuvimos un retardo en los procesos laborales gigantesco, los secretarios no sabían laboral, no tienen por qué saber tampoco, no es su área de especialización

En relación al impulso de oficio, me parece bien, pero esto que el juez le corrija la demanda al demandante que tiene abogado, parece una pequeña falta de equidad que no corresponde, porque para ello está el abogado. Por la misma vía podría exigirse que se le corrija al demandado también; el juez no está para esto, sus facultades son acelerar el juicio, pero los abogados nos tenemos que hacer responsables de lo que estamos haciendo y estamos contratados para hacer un buen trabajo. En caso contrario, puede suceder que se dé lugar a una multiplicidad de demandas de formato, para que ingresen rápidamente al juzgado y ahí el juez las corrige; creo que no es el sentido de la ley y no ayuda a que los abogados respondan por su trabajo.

Respecto a la contestación de la demanda, parece que hay que dar la oportunidad al demandado para responder por escrito, ya que éste queda demasiado ceñido por el tema de la minuta, de la que no va a poder salir.

Es necesario velar por los derechos de las partes, porque al contestar la demanda en forma oral pueden quedar vacíos, los que se traspasarán luego al acta de la audiencia, en la que también puede producirse una equivocación y no quedar constancia exacta de las peticiones o defensas formuladas, o es insuficiente, por lo que parece preferible que se vuelva a la respuesta por escrito.

Esto se encuentra además engarzado con el tema de la audiencia, tema del cual también parece más aconsejable que sea una primera audiencia de contestación y conciliación, en la que se fijen los puntos de prueba, y una segunda, que puede ser muy rápida, en la cual vengan las partes con su medio de prueba y se rinda como corresponde la prueba. Ello cooperaría fuertemente a la certeza, y a la facilidad para establecer los hechos, y que en definitiva las partes no se vean perjudicadas por alguna acción apresurada.

Pareciera que en materia de celeridad hay que dar una segunda vuelta al Recurso de Apelación, por lo menos en lo tocante a los derechos fundamentales;

también debería revisarse lo concerniente al recurso de nulidad, cuyo fallo no es recurrible, porque pueden surgir graves injusticias y pareciera que lo importante, en definitiva, es obtener una jurisprudencia uniforme, y ello no se va a lograr si estas causas no tienen la oportunidad de ser concordadas por la Corte Suprema, salvo el caso en que se establezca que existe una jurisprudencia discrepante, lo que parece una medida sana, pero no es la única.

En cuanto al procedimiento monitorio, pareciera que indudablemente aquí hay que hacer algo, ya que sobre todo en el caso de las pymes pueden ser tremendamente afectadas con juicios pequeños, pero que sumados son de envergadura para ellas; aparece aquí un desequilibrio en las partes. Está bien resguardar la buena fe y la celeridad, pero también la igualdad ante la ley –que es nuestro gran principio–, y pareciera aquí estar afectada.

A propósito de la buena fe, están establecidos los resguardos por los derechos de los trabajadores, y surge una pregunta; ¿y los empleadores? ¿No tienen derechos? ¿Esos no existen? No están, pareciera que estuviéramos frente a una omisión respecto a la igualdad de las partes, porque pueden ser muchas las causas que están vinculadas con derechos fundamentales. Así, por ejemplo, el trabajador podría el día de mañana invocar que el empleador le causó un agravio psíquico a su derecho fundamental de usar el computador, aunque estuviese navegando por la Internet por simple entretención, porque eso es parte de la privacidad –según lo ha dictaminado la Dirección del Trabajo–, porque han asimilado los correos electrónicos a la correspondencia privada. Pregunta: ¿y el empleador no tiene ningún derecho sobre esa herramienta, sobre el uso y utilización de esa máquina que es de su propiedad? ¿no le pertenece a él, como un esmeril, un serrucho u otro elemento de alguna empresa? ¿Por qué la diferencia? Pareciera que aquí hay un vacío respecto a los derechos de los empleadores.

Respecto a la nulidad del despido, también pareciera que hay que estudiarla un poco más, ya que todas las personas vinculadas con una empresa saben que cuando se rompe la relación laboral, la inamovilidad no es la solución, es muy difícil recomponerla forzosamente; por ello pareciera ser más aconsejable optar por la indemnización, que además aquí está, pero a diferencia de la antigua ley de inamovilidad, el que elige aquí no es el empleador, es el trabajador, él tiene en sus manos decidir si se reincorpora o, mejor, se indemniza; es un cambio bastante importante.

En relación a las multas por prácticas antisindicales, ellas constituyen un hecho muy relevante, desde luego porque se aplican a una multitud de cosas, y en segundo lugar porque el monto del piso donde se aplican sube notablemente, en un 1000%, porque de 10 UTM se alza a 100 UTM; surge entonces la pre-



gunta ¿qué justifica una alza de esta naturaleza?, ¿hay muchas multas impagas hoy día?, ¿se portan tan mal los empleadores? ¿necesitamos recursos?

En lo concerniente a la parte orgánica y su financiamiento, ustedes pueden apreciar que los recursos que están asignados a la reforma laboral son ostensiblemente inferiores a los de la reforma procesal penal y a los de la de familia; pareciera, entonces, que cualquier comentario al respecto está de más. Por ello cabe también preguntarse si el país realmente quiere o no reformar la Justicia del Trabajo, porque con esta cantidad de recursos ello es imposible. ¿Qué justifica tan abismal diferencia? ¿O los trabajadores o las miles de empresas del país no merecen un buen trato? Pareciera que no admite ninguna discusión, inclusive la Corte Suprema lo ha dicho tajantemente que esto es insuficiente, pero ella lo único que podrá hacer de aquí al año 2007, cuando se instalen los 9 juzgados de cobranza previsional, es pedir que se acelere el proceso de instalación.

Este es un punto de fondo, y pareciera que debe insistirse que si esto no cambia, mejor sería posponer la reforma, porque honestamente el resultado puede ser nefasto; en efecto, con sólo 27 Jueces y con audiencias que duren en promedio –cuando el caso sea fácil– una hora, si no dos, el sistema va a estar más colapsado que hoy día. Ello será así aunque derive la cobranza, lo que implicará que la gente común vea aun más distante la justicia de lo que la ve hoy día, y eso es un grave problema. El tema se ha planteado tímidamente y ha salido en los periódicos algunas veces, pero no se ha visto un debate en serio en este punto; la Justicia Laboral merece que se le otorgue un trato a lo menos igual a la de Familia, ya que quizás pueda concordarse en que el tema penal tiene más de relevancia, por la libertad de las personas, pero es difícil comprender cómo lo laboral puede quedar tan tremendamente postergado, una vez más.

También es de hacer notar el real rol que debe asumir la Dirección del Trabajo en el proceso monitorio, ya que no se divisa por qué aún se insiste en que ella cumpla funciones paternalistas en relación a los trabajadores, cuando han cambiado las cosas en Chile; en general, el trabajador hoy día es bastante responsable, conoce bastante bien la ley y es capaz de luchar por sus derechos personalmente, y si no está en condiciones de hacerlo, podrá el juez pedir la intervención de la Inspección del Trabajo respectiva.

Les pido sinceras disculpas por haberme excedido en el tiempo asignado, pero el tema es muy apasionante, pero deseo finalizar trayendo a la memoria aquí una frase de nuestro gran jurista don Andrés Bello, que decía en el Mensaje de nuestro gran Código Civil que “yo no presumo ofreceros bajo estos respectos una obra perfecta; ninguna tal ha salido hasta ahora de las manos del hombre,

pero no temo aventurar mi juicio enunciando que por la adopción del presente proyecto se desvanecerá mucha parte de las dificultades que ahora embarazan la administración de la justicia en materia civil; se cortarán en su raíz gran número de pleitos y se granjeará tanto mayor confianza y veneración de la judicatura, cuanto más patente se halle la conformidad de sus decisiones a los preceptos legales". Pareciera que no debiéramos olvidarnos de este mensaje que nos dejó el ilustre sabio, porque hay mucho en juego en esta reforma.

No ha existido una reforma de esta envergadura en materia procesal laboral en las últimas siete décadas; han existido algunas modificaciones, pero nada tan relevante; no debe dejarse pasar esta ocasión, es una responsabilidad del Gobierno, del Parlamento y de todos nosotros cooperar para tener adecuada justicia laboral, porque si no tenemos una adecuada justicia laboral, los justiciables la sentirán cada vez más lejana, y no podemos olvidar que la paz social constituye un bien sumamente relevante, no solamente en materia laboral.

Termino recordando al ilustre Maestro Mario La Cueva, quien recogiendo una frase de una obra de Luigi Pirandello sentenciaba que "vivir sin temores es el destino del hombre" y la justicia laboral indudablemente debe colaborar vigorosamente en ese afán. Hago votos porque obtengamos el necesario consenso para que esta reforma sea la adecuada y tengamos una Justicia Laboral como se lo merece de verdad nuestro Derecho Laboral.



# Apelación laboral

**Héctor Oberg Yáñez**

Profesor Titular de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

## Aspectos generales

La Ley N° 20087, publicada el 3 de enero de 2006, que sustituye el procedimiento laboral que contempla el Libro V del Código del Trabajo, y que entrará en vigencia el 1 de marzo de 2007, aporta algunas novedades en materia de recursos, particularmente tratándose del recurso de apelación, respecto del cual formularemos ciertas observaciones.

Siguiendo la línea del Código de Procedimiento Civil, el legislador laboral no da un concepto de lo que debe entenderse por recurso de apelación, y sólo se limita a señalar en el art. 477 del Código del Trabajo cuál es el objeto de tal recurso. Su fundamento es la existencia de la doble instancia que se da en nuestro país para la mayoría de los asuntos, como fluye de los arts. 188 y 189 del Código Orgánico de Tribunales, y que también opera en materia laboral, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante.

Tradicionalmente desde el punto de vista civil propiamente tal, la apelación se le clasifica como un recurso ordinario. Con todo, dicha afirmación no rige respecto de este medio de impugnación en materia laboral, dado que en ella asume el carácter de un recurso extraordinario, ya que se concede en forma excepcional en contra de determinadas resoluciones judiciales, señalando taxativamente en cada caso las circunstancias, condiciones y causales que exige para su interposición y admisibilidad.

En lo que atañe a las normas por las cuales se rige este recurso, opera lo prescrito en el art. 474 del Código del Trabajo, cuyo texto es del tenor siguiente: “Los recursos se regirán por las normas establecidas en este Párrafo, y supletoriamente por las normas establecidas en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil”, supletoriedad de sumo interés, puesto que no todos los aspectos de este recurso están regulados en este párrafo del Código Laboral.

### **Resoluciones apelables**

De acuerdo con lo establecido en el art. 476 del C. del Trabajo, sólo serán susceptibles de este recurso de apelación laboral:

a) las sentencias definitivas de primera instancia. En su contra no proceden más recursos.

b) Las sentencias interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación. No distingue la ley la instancia en que ellas se dictan, de modo que podrán apelarse ya sean de primera o segunda instancia. En esta última posibilidad el tribunal superior llamado a conocer del recurso será la Corte Suprema. Lo indicado parece un absurdo, pues una resolución de categoría inferior –sentencia interlocutoria– tiene posibilidades de ser revisada por el máximo tribunal del país, en desmedro de la sentencia definitiva, que carece de tal remedio. Además, la apelación de una interlocutoria no tiene que sujetarse a los objetivos que cita el art. 477 del texto laboral, siendo suficiente motivo que le ponga término al juicio o haga imposible su continuación, y sea que establezca derechos permanentes a favor de las partes o resuelva sobre un trámite que deba servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria.

c) La resolución que se pronuncie sobre medidas cautelares, sea que la otorgue o que rechace su alzamiento, en cuyo caso la apelación se concede en el solo efecto devolutivo. Al consignar el legislador que esta resolución es susceptible de apelarse, acoge aquella tesis que se plantea en las medidas cautelares en relación a la naturaleza jurídica de ella, al estimarla como una interlocutoria, dejando de lado, entonces, aquella otra que la considera como un simple auto. Así, en consecuencia, mantiene una unidad de criterio en este aspecto.

d) Las resoluciones que fijan el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social. Sobre el particular debe tenerse en cuenta lo prescrito en los arts. 466 y 469 C. del T. Esta norma hay que entenderla que prevalece sobre lo dispuesto en el art. 472, que ordena que las resoluciones dictadas conforme a este párrafo (el 4º) son inapelables. Justamente lo relativo a

la liquidación de las prestaciones está incluido en tal apartado. De ahí entonces la razón para contemplar como excepción el recurso de apelación que puede deducirse contra dicha resolución.

Hay que advertir que en este caso no basta interponer el recurso de apelación cumpliendo con las exigencias del art. 478, sino que a ellas hay que agregar el ofrecimiento de garantía suficiente considerando el monto de la liquidación o reliquidación.

Es preciso destacar que la ley al demandar este requisito (art. 476) no es clara, pues en este caso “la apelación requerirá del ofrecimiento de garantía suficiente...”, y ofrecer es “prometer, obligarse uno a dar, hacer o decir algo”, en otras palabras, no hay necesidad de consignar o depositar en forma previa una cantidad de dinero determinada para lograr la concesión del recurso de apelación, como parece entenderlo el legislador al indicar en el inciso final del art. 476 que “en caso de rechazarse el recurso, la garantía se destinará al pago de lo ordenado en la sentencia”.

¿Cómo se va a destinar al pago un mero ofrecimiento? Se contradice la ley, y habrá que entender que no requiriéndose de una consignación previa, es suficiente el ofrecimiento que exprese el apelante. Si el juez entiende que debe depositarse una garantía –cuyo monto tampoco determina la ley–, incurriría en un abuso grave, y faltaría a la primera regla de hermenéutica legal, cual es la de atenerse al tenor literal de la ley cuando su sentido es claro.

### **Plazo de interposición del recurso (art. 478 C. del T.)**

Según la disposición aludida, el recurso de apelación debe deducirse en el término fatal de cinco días hábiles, que se cuentan desde la notificación de la resolución respectiva, practicada en forma legal a la parte que lo entabla.

Luego este plazo presenta las siguientes particularidades:

1. Es un plazo individual, pues corre para cada parte desde el instante en que se notificó legalmente el fallo respectivo.
2. Es un plazo fatal, no porque lo califique así alguna norma de este párrafo 5º, sino porque el art. 435 menciona que los plazos establecidos en el Libro V, en este caso el Capítulo II párrafo 2º, tienen el carácter de fatales. Es un término preclusivo, ya que como lo anota la ley, “la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar un acto se extingue, por el solo ministerio de la ley, con el vencimiento del plazo”, y el tribunal, de oficio o a petición de

parte, proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, sin necesidad de certificado previo.

3. No se suspende por la solicitud de aclaración, rectificación o agregación de la sentencia definitiva o interlocutoria. Se trata en la especie de una aplicación supletoria del art. 190 del C. de Procedimiento Civil, y que no es contraria a los principios que informan este procedimiento laboral. Empero sí se suspende durante los días feriados. No así durante el llamado feriado judicial (art. 313 C.O.T.), que no rige tratándose de las causas laborales.

4. Es improrrogable. No se puede ampliar por motivo alguno, a menos que opere la interrupción de la instancia.

5. Es un plazo de días hábiles y completos.

### **Formas de interponer el recurso**

La apelación laboral debe interponerse por escrito, que deberá ser someramente fundado, agregamos tanto en los hechos como en el derecho en que se apoya, y contener las peticiones concretas que se formulan.

Es cierto que la escrituración para tales efectos no se encuentra establecida en forma expresa, pero al requerirse que el apelante al deducir el recurso lo funde someramente y exprese las peticiones concretas, tales exigencias sólo es posible cumplirlas a través de la escritura. Ni aun el procedimiento monitorio admite una apelación verbal.

Hay que destacar que todo lo relativo al recurso de apelación se desarrolla por medios escritos, lo que está en contradicción con la declaración contenida en el art. 425 de este Código Laboral, que pregona que "los procedimientos del trabajo serán orales...", y que "todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones...".

Se está, entonces, en presencia de una de las excepciones. Regirá la oralidad para la primera instancia y la escrituración para la segunda.

Contempla la ley la posibilidad que el apelado pueda formular observaciones a la apelación deducida hasta antes de la vista de la causa. Reconocen en este caso trámites que hace largos años existieron en la tramitación del recurso de apelación, como eran la expresión de agravios y la contestación a la expresión de agravios. Claro está que con una distinta denominación para aparentar una novedad acorde con los nuevos tiempos.

## **Efectos del recurso de apelación laboral**

Acerca de los efectos de la apelación nada dice el Código Laboral. Sólo hay referencias al efecto devolutivo tratándose de ciertas sentencias interlocutorias, pero respecto de la apelación interpuesta contra sentencia definitiva se guarda silencio, y cabría entonces preguntarse si es factible aplicar supletoriamente las disposiciones que sobre el tema se contienen en el Código de Procedimiento Civil, haciendo uso de la facultad que confiere el art. 474 del texto laboral.

Siguiendo este parecer, la apelación laboral contra sentencia definitiva debe concederse en ambos efectos atento a lo que registra el art. 195 C.P.C., y considerando que ya se estableció que contra ciertas interlocutorias se otorga en el solo efecto devolutivo. Empero es posible pensar que tal apelación debe concederse en el solo efecto devolutivo para así mantener el espíritu y la intención de la ley de favorecer al trabajador al evitar que el cumplimiento de lo resuelto se dilate más allá de un tiempo prudente. Por lo demás, este criterio estaría conformándose a los principios formativos del proceso laboral indicados en el art. 425, entre los cuales se encuentra justamente el de la celeridad, pensamiento que está reafirmado en el art. 428. Sirve, asimismo, como apoyo de esta tesis lo indicado en el art. 432, que al establecer ciertas reglas comunes para el procedimiento laboral expresa textualmente que “en todo lo no regulado en este Código o en leyes especiales, serán aplicables supletoriamente las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas sean contrarias a los principios que informan este procedimiento”. En consecuencia, de seguirse aquel camino de conceder esta apelación laboral en ambos efectos, será contrario a los principios formativos de este procedimiento, y por ende deberá el juez disponer “la forma en que se practicará la actuación respectiva”. Con mayor razón si la sentencia contiene prestaciones que deba cubrir el empleador.

Si a la postre se concede en el efecto devolutivo esta apelación laboral, y en el silencio de la ley, será menester hacer aplicación de todas aquellas normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil que aluden a la apelación que se otorga en este efecto, entre otras, proceder a fotocopiar o compulsar las piezas pertinentes para continuar con el procedimiento de ejecución y lograr así el cumplimiento de las prestaciones contenidas en el fallo, todo ello bajo el apercibimiento que también contempla la ley procesal civil para el caso de no acatar lo prescrito por ella.

Cumplidos los trámites de la primera instancia, los antecedentes se remiten a la Corte de Apelaciones dentro de tercer día de notificada la resolución que concede el último recurso de apelación (art. 479). Aparentemente se trata de

un plazo fatal, considerando su redacción, pero no es así, pues su incumplimiento no significa que se produzcan los efectos propios que se derivan de esa alternativa, que en la especie sería el no despacho de la causa al tribunal de alzada, y dejar, entonces, inoperante el recurso interpuesto. Es un absurdo siquiera pensarlo así. Esta redacción sólo trata de dejar de manifiesto que es una obligación perentoria de índole administrativa que deberá acatar el secretario del tribunal o el encargado de la unidad administrativa de administración de causas, y que si se infringe se le podrá sancionar disciplinariamente. Luego, es esta la interpretación que cabe darle a este término, que además tiene el carácter de común.

Por el hecho de practicarse la notificación de la resolución que concede el recurso, las partes se entienden emplazadas para la segunda instancia, no siendo necesaria la comparecencia de éstas a la nueva instancia que se abre. Por consiguiente, no hay deserción del recurso por motivo de incomparecencia, pero sí se podrá declarar inadmisibile el recurso por ser extemporáneo, o por no contener fundamentos o peticiones concretas, o por no ajustarse a los objetos indicados en el art. 477, lo que hará el tribunal de primera o segunda instancia, según corresponda, de oficio (art. 191 inc. 2° C.P.C., art. 425 C. del T.).

### **Objeto del recurso de apelación laboral (art. 477)**

Según el artículo indicado, la apelación laboral "sólo podrá tener por objeto":

- a) Revisar la sentencia de primera instancia cuando ha sido dictada con infracción de garantías constitucionales, o de normas legales que influyan sustancialmente en lo dispositivo del fallo.
- b) Revisar los hechos declarados como probados en primera instancia, en la medida que se advierta que en su determinación se han infringido en forma manifiesta las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.
- c) Alterar la calificación jurídica de los hechos, sin alterar las conclusiones fácticas del tribunal inferior.

Es en este artículo donde se modifica el criterio que regía hasta hoy al recurso de apelación, y que lo transforma en un recurso extraordinario. Estas circunstancias permiten calificarlo de un recurso de casación encubierto, disfrazado de apelación. Por consiguiente, no hay otras causales que justifiquen la interposición del recurso, que ha devenido en un recurso de derecho estricto.



“La apelación laboral, por ende, solo procede por infracción de normas; y excepcionalmente para revisar los hechos, siempre que éstos hayan sido determinados por infracción de normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; también procederá para alterar la calificación jurídica de los hechos, pero sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior. La apelación laboral en la ley es la única compatible con el procedimiento oral... y con la obligación de inmediatez del juez de la causa” (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, opinión de don Rafael Carvalho S., pág. 5). Desaparece así el concepto típico, clásico y tradicional de agravio, tan propio del recurso de apelación civil, para transformarse en materia laboral en la infracción a “una norma”.

Por su parte, don Augusto Bruna V., en la misma Comisión ya citada, formuló objeciones, entre otras normas, a “las que regulan el recurso de apelación, que producen –en la práctica– su desaparición..., pues buscan copiar la normativa española sobre la materia, pero sin atenerse a las diferencias intrínsecas y reales de ambos países” (pág. 7 del Informe).

Lo que se prescribe en esta materia laboral no tiene nada que ver con lo que el Código de Procedimiento Civil (art. 186) indica como finalidad de la apelación civil, ya que en ella su objeto es “obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior”. Dejando en claro que la Comisión Mixta que se pronunció en aquel entonces sobre el proyecto del Código de Procedimiento Civil, en esta materia, entendió “que en la palabra “enmienda” están comprendidas no sólo la modificación parcial, sino la revocación completa de la sentencia, y en esta inteligencia se aprobó este artículo del Proyecto”.

Es del caso que las causales a) y b) del artículo en examen aluden a que la sentencia de primera instancia será “revisada” por el superior jerárquico, y sucede que la palabra “revisar” no está definida en la ley laboral ni en ninguna otra, lo que lleva a examinar su contenido a la luz del Diccionario de la Real Academia Española, que sobre el particular manifiesta: “ 1. Ver con atención y cuidado. 2. Someter una cosa a nuevo examen para corregirla, enmendarla o repararla”. Naturalmente las dos acepciones son aplicables a esta apelación laboral, y habrá que entender que al utilizarse esta palabra se está confiriendo al tribunal de alzada competencia para enmendar con arreglo a derecho la sentencia definitiva que ha sido apelada.

a) La primera de las causales invocada es la infracción de garantías constitucionales; no se señala cuáles, de suerte que ellas tienen un carácter genérico. Hay que observar, además, que la infracción es a las “garantías” y no a los “derechos constitucionales” que pueda comprender el texto constitucional.

Tales infracciones, por otra parte, deben influir sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Luego, estas infracciones deben tener el carácter de trascendentes, las nimias no servirán de fundamento a una apelación laboral.

Agrega esta letra a) como otro capítulo justificativo para intentar el recurso que nos preocupa, la infracción de normas legales, las que también deberán influir sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Tales infracciones no sólo serán al Código del Trabajo, dado que tienen el carácter de legales, cualquier normativa que se contenga en los códigos, decretos leyes, decretos con fuerza de ley, reglamentos, etc. En otras palabras, todo aquello que constituye derecho, incluso la costumbre, si una ley se remite a ella.

Esta causal no es sino el traslado de lo dispuesto en el art. 772 del C. de Procedimiento Civil, que establece como requisito del escrito por el cual se deduce el recurso de casación en el fondo manifestar en qué consiste el o los errores de derecho y señalar cómo éstos influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

b) El segundo objeto del recurso en referencia expresa que la sentencia de primera instancia será revisada cuando los hechos se declaren como probados, en circunstancias que en su determinación se han infringido en forma manifiesta las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Es el equivalente a la infracción de las leyes reguladoras de la prueba que existe en el procedimiento civil, y que posibilita la interposición de un recurso de casación en el fondo.

El tribunal, según se expresa por el legislador (art. 456), apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, y por ende al hacerlo "deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencias en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador". Lo registrado es suficientemente explícito, y por ende si los hechos que se dan por probados no se avienen o no concuerdan con alguno de estos aspectos, podrá recurrirse de apelación.

Concuera esta causal con lo estatuido en los N°s 4 y 5 del art. 459, que requieren, como requisitos de la sentencia definitiva, "el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación", así como "los preceptos constitucionales, legales o los contenidos

en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda". Hay, pues, una diversidad de matices comprendidos en esta causal, y que podrán hacerse valer según sea el punto debatido en la litis. Es lo cierto que pretendiéndose restringir el recurso de apelación laboral por este motivo, no es menos que al interpretar las normas ligadas a él se abre un insospechado abanico, que va a requerir de los tribunales superiores un intenso quehacer interpretativo. Con todo, es de esperar que estas insuficiencias no sirvan a los sentenciadores de comodín para excluir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, asilándose en una declaración de inadmisibilidad.

c) El tercer objetivo del recurso alude a la alteración jurídica de los hechos, sin alterar las conclusiones fácticas del tribunal inferior. Los hechos fijados por el tribunal a quo se mantienen, lo que puede hacer variar el superior es la calificación jurídica de los mismos. Es lo que en materia de casación se conoce con el nombre de incensurabilidad de los hechos. Estos hechos son inamovibles, y debe haber una congruencia entre los hechos que fija el inferior y aquellos que son conocidos por el superior. Los jueces del fondo, si bien tienen facultades soberanas para la apreciación de los hechos y calificarlos jurídicamente, tal calificación puede ser alterada por el tribunal superior, con la sola limitación de no poder cambiar las conclusiones fácticas del inferior. El tribunal superior debe pasar por los hechos conforme lo estableció el tribunal inferior, no puede modificarlos, pero sí calificarlos jurídicamente de una manera distinta. Hay en esta causal de apelación algo que merece ser considerado con cierta atención. Si se observa el tenor de las dos causales precedentes, hay en ellas una referencia a que el recurso de apelación laboral procede contra una sentencia definitiva de primera instancia. Criterio que no sigue en la letra c) de este art. 477, ya que en ella no existe alusión a que la sentencia recurrida sea de primera instancia. Efectivamente, solo se menciona al "tribunal inferior". De esta forma, es posible concluir que se puede apelar, fundado en esta causal, de la sentencia definitiva dictada por una Corte de Apelaciones para ante la Corte Suprema, considerando que dicho tribunal de alzada jerárquicamente tiene la calidad de ser inferior respecto del Supremo Tribunal, y que la sentencia que se pronuncia en alzada es una sentencia definitiva, constituyendo una excepción a lo establecido como regla general de ser apelables solamente las sentencias definitivas de primera instancia. Y al constituir una excepción el legislador se vio en la necesidad de contemplarla expresamente. Contribuye a la sustentación de esta idea lo que expresa el art. 484, en orden a que "las causas laborales gozarán de preferencia para su vista y conocimiento en la Corte Suprema".

Pese a la afirmación categórica que en contra de la sentencia definitiva no proceden más recursos, es evidente que en el procedimiento laboral tiene vigencia el recurso de hecho, pues él no está dirigido en contra de la sentencia defini-

tiva, sino que ataca la resolución que el tribunal emite el pronunciarse sobre la concesión del recurso de apelación. Asimismo, tienen lugar los recursos de aclaración, rectificación y enmienda, cuyas finalidades no tienen el carácter de impugnativas de la sentencia definitiva. Considerando la prohibición, sí quedan excluidos los recursos de casación. En lo que atañe al recurso de queja, dependerá de la doctrina que siga sobre el particular. Si se opta por seguir la letra de la ley, cerrando la posibilidad a otros recursos, será factible intentarlo; empero, de estimar que el art. 477 letra c) abre una nueva instancia limitada ante la Corte Suprema, no será posible impugnar el fallo de una Corte de Apelaciones por la vía del recurso de queja, pues la regulación de éste lo impide.

### **Tramitación en segunda instancia**

Si bien la comparecencia no es necesaria en esta instancia, la causa que llegue al tribunal de alzada tendrá que cumplir con aquellos otros trámites contenidos en el Código de Procedimiento Civil, particularmente con la certificación del secretario acerca de la fecha en que se reciben los autos en la Secretaría del tribunal. Este trámite tratándose de la apelación laboral es trascendente si se considera que el art. 481 prescribe que "su conocimiento se ajustará estrictamente al orden de su ingreso al tribunal", lo que se aparta de la reglamentación de la apelación civil (art. 162 CPC), dado que en ésta la vista y decisión de la causa se realiza tan pronto como están en estado, y no por su orden de ingreso.

Estas causas laborales gozan de preferencia para su vista y conocimiento. No se trata de una preferencia especial, sino de una de carácter general, que deberá tener en consideración el Presidente del Tribunal al formar la o las tablas del caso, so pena de ser sancionado si incumple esta preferencia. Aun más, para facilitar este conocimiento y decisión del asunto laboral es preciso designar un día de la semana, a lo menos, para conocer de ellos, y si no hay un número suficiente de este tipo de causas, el presidente de la Corte de Apelaciones determinará la forma en que ella se completará. No está claro si en aquellas Cortes en que exista más de una sala, todas ellas un día a la semana se abocarán a conocer de causas laborales, o si será suficiente que una sola sala se destine a este objetivo para dar por cumplida esta obligación.

De existir un retraso en el conocimiento de estas causas por el hecho de que su número haga imposible su vista y fallo en un plazo no superior a dos meses, que se cuentan desde su ingreso a la secretaría, y funcionando la Corte de Apelaciones dividida en más de dos salas, su presidente determinará que una de ellas se aboque en forma exclusiva a conocer de estas causas y por el tiempo que sea necesario para superar el atraso. No sigue, entonces, la idea del retardo contenida en el Código Orgánico de Tribunales, sino al número

de causas laborales en existencia, y constatar que ellas no podrán ser vistas en un plazo no superior a dos meses de seguirse el procedimiento ordinario de incorporación a la tabla de tales juicios laborales. Con todo, lo anotado no obsta a que la Corte esté funcionando extraordinariamente si se dan los requisitos para ello, y que la sala así creada sea destinada exclusivamente a conocer de los litigios laborales.

Aparece como inoficioso que se diga que estas causas deben ajustarse a los trámites tradicionales contenidos en el Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico de Tribunales para su vista y fallo. Eso sí que con un alcance, en esta materia laboral la apelación de la sentencia definitiva no se ve en cuenta, solo lo será previa vista de la causa, así se desprende de este art. 481. No obstante, y aplicando supletoriamente las disposiciones procesales civiles (art. 199), la apelación de las otras resoluciones que la admiten se verá en cuenta, a menos que cualquiera de las partes solicite alegatos, en cuyo caso se dispondrá traer los autos en relación y continuarán los trámites de rigor.

### **Prueba en segunda instancia (art. 480)**

Para esta legislación especial en segunda instancia no se admitirá prueba alguna. Excepcionalmente la Corte podrá admitir prueba documental, siempre que la parte que la presente justifique haber estado imposibilitada de rendirla en primera instancia. Nada se dice acerca de la forma en que deba realizarse esta justificación, pues no basta la mera alegación de haber estado imposibilitado de producirla. Por consiguiente, tratándose de una cuestión accesorias, se le dará una tramitación incidental, y se dará aplicación a lo que estatuye el art. 443 sobre el tema, adaptándolo a las peculiaridades de la segunda instancia laboral que se contienen en esta disposición.

Amén de la prueba documental que puede recepcionarse excepcionalmente, es también dable producir prueba sobre las circunstancias que constituyen la causal invocada, y siempre que ella haya sido ofrecida en el escrito en que se interpuso el recurso. La recepción de esta prueba se lleva a efecto en la audiencia conforme a las normas existentes para el procedimiento ordinario laboral. Pero surge una interrogante vinculada a este aspecto, ¿cuál es esta audiencia? Ante el silencio de la ley, es menester manifestar que en la segunda instancia no hay otra audiencia que la de la vista de la causa –salvo excepciones que no vienen al caso considerar–, de forma tal que esta prueba sólo se referirá a la apelación laboral de la sentencia definitiva, o de aquellas otras en que se pidan alegatos, prueba que deberá rendirse en tal ocasión y dejar su resolución para definitiva.

Terminada la vista de la causa el tribunal la fallará sobre tabla o bien la dejará en acuerdo, caso en el cual tiene un plazo de cinco días para fallar, y que se contará desde el término de la vista de la causa. Desde luego, en toda esta fase rigen las reglas que sobre la materia existen en el Código Orgánico de Tribunales, especialmente en todo lo relacionado con el acuerdo.

¿Pero será posible que el tribunal de la instancia pueda decretar medidas para mejor resolver? Una vez más el legislador guarda silencio, y ante este vacío ¿podrá ocurrirse supletoriamente al art. 207 del Código de Procedimiento Civil, que sí las autoriza? En primera instancia no hay problema, al tenor del N° 10 del art. 453, según el cual en la audiencia preparatoria el juez puede decretar diligencias probatorias, con la salvedad que ellas se van a realizar en la audiencia de juicio. El problema en cuestión no admite hacer valedera para la segunda instancia, por analogía, esta solución reservada para el primer grado. No obstante, puede recurrirse a los principios formativos del proceso laboral, cuyo art. 429 indica que “el tribunal, una vez reclamada su intervención en forma legal, actuará de oficio”, situación que se da al interponer un recurso de apelación laboral, y ejerciendo esa potestad oficiosa “decretará las pruebas que estime necesarias, aun cuando no las hayan ofrecido las partes”. Luego, puede concluirse que la Corte de Apelaciones sí está habilitada para decretar medidas para mejor resolver, las que deberán cumplirse fijando un plazo prudente, que permita hacer efectivo el otro principio formativo del proceso, esto es, el de la celeridad que contempla el art. 425 para estos juicios laborales.

La Corte en su fallo debe hacerse cargo de las argumentaciones formuladas por las partes (art. 482 inc. 2°). Obsérvese que no sólo el tribunal se va a pronunciar sobre los motivos o causales de la apelación, sino que también de las argumentaciones de las partes, argumentos que se contendrán en el escrito de la apelación, así como en el escrito del apelado por el cual formula observaciones a la apelación, y también aquellos argumentos que pueden contener los alegatos de los abogados en la vista de la causa. La ley no indica la ocasión o la oportunidad en que tales argumentaciones se hicieron, de ahí la amplitud de esta facultad que se otorga al tribunal superior.

Por otra parte, hay que entender por argumentaciones el “razonamiento que se emplea para probar o demostrar un proposición, o bien para convencer a otro de aquello que se afirma o se niega” (Diccionario de la Real Academia Española). Es esta noción, entonces, la que hay que considerar en el momento oportuno al no tener un concepto jurídico propio. Por ende, revestirán especial importancia las minutas de los alegatos que los abogados puedan dejar al término de la audiencia, según lo señala el art. 223 inc. 6° del C. de Procedimiento Civil, que rige en forma supletoria.

Fuera de los distintos contenidos del fallo del tribunal superior, éste también tendrá que pronunciarse sobre alguna acción o excepción que se hizo valer en el juicio, pero sobre la cual el sentenciador de la primera instancia omitió pronunciarse (art. 483 inc. 1°), y en la medida que ellas aparezcan de los antecedentes que obran en poder del tribunal ad quem. Obviamente tales acciones y defensas se resolverán aparentemente en única instancia, pero de seguirse aquella tesis que planteamos precedentemente en orden a que el fallo de segunda instancia puede ser también apelado, tal decisión podría ser revisada por la C. Suprema. Hay aquí una razón más para permitir esta tercera instancia a fin de lograr alterar la calificación jurídica de los hechos que pudo haber efectuado la Corte de Apelaciones en su fallo.

Por último, y en forma facultativa, la Corte podrá fallar las cuestiones tratadas en primera instancia y sobre las cuales no se pronunció el fallo apelado por ser incompatible con lo resuelto. Situación similar a la que contiene el art. 208 del Código de Procedimiento Civil, con el alcance que el Código del Trabajo eliminó aquella oración del enjuiciamiento civil que establece “sin que se requiera nuevo pronunciamiento del tribunal inferior”, ausencia que podría pensarse permitirá al tribunal superior remitir los autos al inferior a fin de que éste emita dicho pronunciamiento. Con todo, hay que tener en cuenta que esta situación no debería darse, ya que el art. 458 del C. del Trabajo prescribe que “la sentencia definitiva se pronunciará sobre las acciones y excepciones deducidas...”, no aludiendo a que es posible omitir aquellas que sean incompatibles con lo resuelto. Solamente se hace referencia a tal incompatibilidad respecto de los incidentes cuando éstos sean previos e incompatibles con dichas acciones o excepciones.

### **Incidentes en segunda instancia**

Nada se dice sobre el particular en la segunda instancia, salvo la referencia que hemos indicado precedentemente. Por ende, así como hay cuestiones accesorias que pueden suscitarse en la primera instancia y que van a requerir un pronunciamiento del tribunal, con o sin audiencia de las partes, es factible que surjan en segunda instancia.

Al no estar regulada esta materia en el procedimiento laboral, es preciso recurrir al Código de Procedimiento Civil, particularmente a su art. 220, que dispone que estas cuestiones accesorias pueden resolverse ya sea de plano o darle tramitación incidental. En este último caso el tribunal puede fallarlas en cuenta u ordenar que se traigan los autos en relación para resolver. Las resoluciones que recaigan en los incidentes en esta instancia, se dictan sólo por el tribunal de alzada y no son apelables (art. 210 CPC), a menos que se trate de

la declaración que establece la incompetencia del tribunal para entender en la cuestión sometida a su conocimiento, caso en el cual conocerá de la apelación el tribunal superior que corresponda. En la especie lo será la Corte de Suprema, empero si es ésta la que hace tal declaración, no hay posibilidad de recurrir contra la misma (art. 209 CPC).

Mentes ilustradas podrían pensar que al fallar un incidente estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o que hacen imposible la continuación del juicio se estaría frente a una sentencia interlocutoria que admitiría un recurso de casación en la forma al tenor del art. 766 del C. del Procedimiento Civil. Sin embargo, tal pensamiento no se ajusta a lo dispuesto por el legislador laboral, dado que en la especie no tiene aplicación supletoria el Código de Procedimiento Civil, toda vez que el C. del Trabajo en su art. 474 admite la supletoriedad exclusivamente para que se apliquen las normas de los recursos contenidos en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil y no las del Libro Tercero de este texto legal.

Reafirma lo anotado el tenor del art. 432 del C. del Trabajo, que expresa que en lo no regulado por este Código, se aplicarán las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil. Se omite, entonces toda alusión al Libro III de este cuerpo legal, lo que permite descartar la posibilidad de aplicarlo en forma supletoria, excluyendo así la interposición de un recurso de casación formal.

### **Invalidación oficiosa**

El art. 483 inc. 3° desarrolla para el recurso de apelación laboral ideas que son propias de un recurso de casación. En efecto, se expresa que en todo caso la Corte deberá invalidar de oficio la sentencia apelada, cuando aparezca de manifiesto que se ha faltado a un trámite o diligencia que tenga el carácter esencial o que influya en lo dispositivo del fallo. El mismo fallo señalará el estado en que quedará el proceso y lo devolverá dentro de segundo día de pronunciada la resolución. Mas no será necesario cumplir estas obligaciones cuando el vicio que da lugar a la invalidación de la sentencia sea alguno de los objetivos contenidos en las causales a) –infracción de garantías constitucionales o de normas legales o con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo– o c) –alteración de la calificación jurídica de los hechos– del art. 477 del Código Laboral. Tampoco operará este tipo de obligación para el tribunal ad quem si la sentencia apelada se pronunció omitiéndose cualquiera de los requisitos enumerados en el art. 459. En tales casos, el mismo tribunal tiene que dictar acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, la sentencia que corresponde con arreglo a la ley.



Asume en esta norma el recurso de apelación laboral caracteres propios de una casación, pues a través de una apelación jamás podrá invalidarse o anular un fallo en términos generales; sus objetivos son enmendar con arreglo a derecho el fallo apelado, y en materia laboral limitado a los objetivos que indica el art. 477. Pareciera que este legislador le ha tenido alergia al vocablo casación, su utilización es poco menos que una ofensa para el trabajador, un resabio de una legislación pretérita que hay que dejar de lado para ser novedoso y audaz. Se olvida que las cosas son jurídicamente lo que en verdad son, y no lo que sus autores quieren que sea. Desde luego, estas disposiciones no tienen antecedentes dentro del procedimiento laboral, y esa razón llevará, tarde o temprano, a la aplicación de doctrina, cuando no de artículos, que rigen para la casación civil, lo que puede importar una anomalía para el sistema laboral que está regido por otros principios e imbuido de un espíritu social.

No contempla esta ley una enumeración de los trámites o diligencias que se consideran esenciales para hacer uso de esta facultad, al estilo empleado en el art. 768 del C. de Procedimiento Civil, en virtud de lo cual quedará al arbitrio del sentenciador decidir si la omisión del trámite de que se trata es de tal naturaleza. Por cierto, podrá atribuirse este carácter de esencial a la infracción que haga el juzgador recurrido en la forma de apreciar la prueba producida, dándose por quebrantado el art. 456. También podrá argumentarse que lo sea el incumplimiento de las obligaciones prescritas por el art. 458, o la falta de alguna de las menciones que están dispuestas para la sentencia definitiva en el art. 459, en la medida que tales deficiencias aparezcan de manifiesto, o que influya en lo dispositivo del fallo. A la postre, será la práctica, buena o mala, la que irá clarificando este aspecto.

Si se observa la redacción de esta norma, queda en claro que su contenido no importa un ejercicio facultativo para el tribunal; por el contrario, es una obligación perentoria que necesita acatar el superior que está conociendo del asunto. Lo registrado es una diferencia esencial con la casación civil en la forma oficiosa, que sí reviste el carácter de facultativo.

No es obligación del tribunal, asimismo, llamar a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa que lo hagan sobre los posibles vicios que permitirán invalidar la sentencia apelada, ni mucho menos indicarles tales motivos y ni siquiera insinuar la intención del tribunal de invalidar el fallo.

Invalidada la sentencia, el tribunal ad quem debe determinar el estado en que queda el proceso, y lo devolverá dentro de segundo día de pronunciada la resolución. Habrá que entender que la devolución se realiza al tribunal que corresponda, esto es, aquel que no esté inhabilitado para seguir conociendo del asunto. Tampoco es preciso esperar para proceder a esta devolución que

la resolución respectiva esté notificada, pues el plazo se cuenta desde su pronunciamiento, lo que adquiere importancia para intentar un eventual recurso de queja, cuyo plazo sí se contará de la notificación pertinente de aquella resolución, de acuerdo a lo prevenido en el art. 548 del Código Orgánico de Tribunales.

Empero, lo manifestado precedentemente no rige cuando el tribunal invalida de oficio una sentencia fundado en un vicio contemplado en los objetivos contenidos en las causales a) o c) del art. 477, "y en haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 459". En relación con la redacción que se utiliza en este inciso, en la parte transcrita, cabe advertir la impropiidad del uso de la conjunción "y", toda vez que la función que ella cumple es la de unir palabras u oraciones. Por consiguiente en la situación descrita en la ley se está requiriendo que exista un vicio para invalidar la sentencia, pero además que dicho fallo se haya dictado con omisión de cualquiera de los requisitos del art. 459. Las exigencias, entonces, son copulativas, y el tribunal de alzada para acogerse a esta excepción requerirá la presencia de este doble requisito. En verdad, estimamos que lo realmente querido por el legislador era manifestar en forma disyuntiva las causales en referencia, y para llevar a la práctica tal pensar debió utilizar la conjunción disyuntiva "o", y no la conjunción copulativa "y".

De esta forma, y siguiendo el texto legal, el tribunal ad quem al invalidar oficiosamente el fallo es el llamado a dictar la sentencia que corresponda con arreglo a la ley acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente. Es la llamada sentencia de reemplazo. Como puede apreciarse, subsisten las referencias y alcances a la casación en la forma civil, pese a que esta ley reniega de ella.

### **Adhesión a la apelación**

Vinculada íntimamente a la apelación se encuentra la adhesión a la apelación, que como sabemos la define el art. 216 inc. 2ª del Código de Procedimiento Civil. En doctrina procesal se le llama también apelación posterior.

En el silencio del legislador laboral sobre esta materia, ¿será posible traer este recurso al campo de la apelación laboral?

Según la legislación procesal civil, para adherirse a la apelación se requiere que el apelado pida "la reforma de la sentencia apelada en la parte que la estime gravosa". En otras palabras, precisa que exista un gravamen que le afecte, esto es, una carga, una obligación que pesa sobre él. Y considerando las causales que habilitan intentar una apelación, es posible una adhesión en

la medida que haya infracción a las garantías constitucionales o de normas legales, o que las normas sobre valoración de la prueba se hayan infringido en forma manifiesta, o que la calificación jurídica de los hechos no se ajuste a derecho.

En lo que atañe a la oportunidad para hacer uso de este recurso, nada se dice en materia laboral. Recurriendo al procedimiento civil en ayuda, diremos que el apelado puede adherirse a la apelación tanto en primera como en segunda instancia. En primera instancia puede efectuarse antes de elevar los autos al tribunal superior y dentro del plazo de tres días que tienen el juzgado para remitir los antecedentes al de alzada (art. 479). El escrito que se presente al efecto debe cumplir con los requisitos mencionados en el art. 478 del C. del T., y si esta norma se incumple, la adhesión a la apelación debe ser declarada inadmisibile.

Al igual que lo estipulado para la adhesión civil, y aplicando ésta en forma supletoria, será del caso que el secretario del tribunal o quien haga las veces de tal, registre la hora en que esta solicitud se presenta para así conocer si existe o no una apelación pendiente o por el contrario si ésta fue desistida.

Empero también es posible adherirse en la segunda instancia hasta antes de la vista de la causa, tomando en cuenta que no es necesaria la comparecencia de las partes en este grado jurisdiccional. Al igual que lo indicado precedentemente, el escrito debe cumplir con las exigencias del art. 478, so pena que si así no se hiciere, se declare inadmisibile el recurso.

## **Recurso de hecho**

Como es habitual en el legislador laboral, nada expresa sobre el llamado recurso de hecho, y ante esta omisión volvemos nuestra mirada al art. 474 C. del T. para determinar si procede o no este recurso, pariente tan cercano al de apelación. Si nos atenemos al tenor literal de esta norma laboral, que expresa que "los recursos se regirán por las normas establecidas en este Párrafo, y supletoriamente por las normas establecidas en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil", podría llegarse a lograr una respuesta negativa frente a la duda que ha surgido. En efecto, la citada disposición indica, en primer término, que en materia de recursos las normas que los rigen son las establecidas en el Párrafo 5º, Capítulo II del Título I del Libro V del Código de Trabajo, y si tales articulaciones son insuficientes, hay que recurrir en forma supletoria a las del Libro I del C. de Procedimiento Civil. Y es del caso que el aludido párrafo 5º no contiene ninguna referencia al recurso de hecho, y mal podría por consiguiente aplicarse supletoriamente las disposiciones del C. de Procedimiento Civil, pues

lo suplementario sirve para completar algo que falta. En la especie ese "algo" a completar es inexistente, y lo que no existe no puede suplirse.

Vista así esta problemática, el recurso de hecho no tendría aplicación en materia laboral.

Empero, y para sostener la procedencia del recurso de hecho, es posible recurrir al art. 432 del C. del Trabajo, que abre el Párrafo 2° con el epígrafe de "Reglas Comunes", y que expresa: "En todo lo no regulado en este Código o en leyes especiales, serán aplicables supletoriamente las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas sean contrarias a los principios que informan este procedimiento. En tal caso, el tribunal dispondrá la forma en que se practicará la actuación respectiva".

Pues bien, precisamente, este recurso de hecho está inserto en el Título XVIII del Libro I del C. de Procedimiento Civil en sus arts. 196, 203, 204, 205 y 206, regulatorios del recurso de apelación. De esta forma sería posible entonces intentar dicho recurso de hecho, ¿pero cuál de ellos, el legítimo o el falso?

Para dar respuesta a esta pregunta hay que estarse a los arts. 196 y 203 del C. de Procedimiento Civil, que contemplan las siguientes situaciones de procedencia del recurso de hecho, y examinar si ellas son aplicables al procedimiento laboral:

1. El tribunal inferior deniega un recurso de apelación que debió concederse. No cabe duda que si se da este caso, el recurso de hecho propiamente tal o legítimo procederá, considerando que se prescribe que "sólo serán susceptibles de apelación laboral las sentencias definitivas de primera instancia, las interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, las que se pronuncian sobre medidas cautelares y las resoluciones que fijan el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social". Lo que se reafirma en la misma disposición al manifestar que en contra de la sentencia definitiva no procederán más recursos. Téngase en cuenta que con el recurso de hecho no se está impugnando la sentencia definitiva, sino aquella resolución que deniega el recurso de apelación que se dedujo en su contra.

El plazo para intentar este recurso será el que contempla el art. 203 del C. de Procedimiento Civil, que se remite al art. 200 del mismo texto legal, término (5 días en general) que se contará desde la notificación de la negativa. El tribunal llamado a conocer de él es el superior jerárquico de aquel que emitió la resolución denegatoria.

2. El tribunal inferior concede una apelación que es improcedente. El recurso de apelación laboral aparece restringido a aquellas resoluciones citadas en el art. 476 del C. del Trabajo, de tal manera que si el juez se aparta de su texto y concede este recurso fuera de esos casos, es posible recurrir de hecho (art. 196 C.P.C.) y obtener del superior ante el cual se interpuso el recurso la declaración de improcedencia. El plazo para deducir el recurso es el que señala el art. 200 del C.P.C. (5 días por lo general), y que se computa desde que los autos se reciben en la secretaría del tribunal de segunda instancia.

3. La tercera alternativa comprende los posibles errores en que puede incurrir el juez al conceder un recurso de apelación en cuanto a los efectos en que el mismo se otorga.

Nada contempla el art. 476 del C. del T. sobre los efectos en que debe concederse la apelación laboral de la sentencia definitiva, y sólo alude a ellos cuando indica que la apelación que otorgue o rechace el alzamiento de medidas cautelares, así como las resoluciones que fijan las liquidaciones o reliquidaciones de beneficio de seguridad social, se concederán en el solo efecto devolutivo.

¿Querrá significar esta omisión que deba aplicarse el art. 195 del C. de Procedimiento Civil? En otras palabras, que la apelación deberá otorgarse en ambos efectos. Este criterio no puede seguirse en esta materia laboral, atendiendo a lo que prescribe el art. 432 del C. del T., en orden a que las disposiciones del Libro II del C. de Procedimiento Civil no son susceptibles de aplicarse supletoriamente cuando sean contrarias a los principios que informan al procedimiento laboral. Y es obvio que conceder una apelación en ambos efectos contradice aquellos principios procedimentales laborales que están contenidos en el art. 425 del C. del T. Particularmente el de celeridad. Por ende, será del caso que el juez frente a este silencio haga uso de la facultad legal que le está acordada y “dispondrá la forma en que se practicará la actuación respectiva” (art. 432); luego e integrando la ley procesal, concederá el recurso de apelación en el solo efecto devolutivo.

Si el sentenciador así no lo entendiera, su resolución errónea será posible de un recurso de hecho, que deberá intentarse dentro del término de cinco días ante el superior jerárquico del juez a quo, que se contará desde que se reciban los autos en la secretaría del tribunal ad quem.

## **Término del recurso de apelación**

El recurso puede terminar por medios normales y anormales, estos últimos, a su vez, son anormales directos e indirectos.

Finaliza la apelación normalmente por la sentencia que resuelva la cuestión de fondo, la que deberá dictarse dentro del plazo de cinco días y que se cuenta desde el término de la vista de la causa. En otras palabras, el asunto se resuelve sobre tabla, o bien se deja en acuerdo para juzgarlo en el término de cinco días. Aun cuando la ley (art. 482) le da a este plazo el carácter de fatal, es obvio que aquella sentencia que se dicte más allá del vencimiento del mismo no será nula, pues se traerá a colación lo dispuesto en el art. 64 inc. 1° del C. de Procedimiento Civil por aplicación supletoria del Libro I Título VIII de dicho código, en virtud de lo establecido en el art. 432 del C. del Trabajo, y que considera la no fatalidad de los términos "para la realización de actuaciones propias del tribunal".

Termina anormalmente por medios directos esta apelación laboral por el desistimiento de ella, o por la declaración de inadmisibilidad. No opera en esta materia la deserción del recurso por incomparecencia del apelante, dado que la comparecencia a la segunda instancia no es necesaria en materia laboral (art. 479 inc. 3°). En lo que respecta a la inadmisibilidad, ella se fundará en que el recurso es extemporáneo, o que ha sido interpuesto respecto de una resolución inapelable, o por no ser fundado o por no contener la apelación peticiones concretas.

Sin perjuicio del actuar oficioso del tribunal en esta materia, la parte apelada, en todo caso, puede pedir la declaración pertinente, ya sea verbalmente o por escrito. Del fallo que dicte el tribunal de alzada puede pedirse reposición dentro de tercer día (art. 201 C.P.C), el cual también podrá ser impugnado por un recurso de casación en la forma, toda vez que se trata de una sentencia interlocutoria de aquellas que hacen imposible la continuación del juicio (art. 766 C.P.C.); en la especie conocer y resolver la apelación que se dedujo en su momento.

Como dijéramos anteriormente, la apelación que se hace valer en este procedimiento laboral se concederá en el solo efecto devolutivo. Por ende, será el caso de aplicar el art. 197 del C. de Procedimiento Civil, adaptándolo en lo relativo al plazo que él contempla (cinco días) al mandato del art. 478 del C. del Trabajo, vale decir, reducirlo a tres días para depositar en la secretaría del tribunal el dinero que el secretario o quien haga las veces de tal estime necesario para cubrir el valor de las fotocopias o de las compulsas respectivas, y bajo la sanción, para el evento de incumplirse con esta obligación, de tener

al apelante por desistido (deserción) del recurso sin más trámite. Para dar por acreditada esta circunstancia será suficiente el atestado del secretario del tribunal o quien haga las veces de tal, y con su mérito el juez resolverá de plano. Esta resolución es susceptible de impugnarla a través de un recurso de reposición, cuya tramitación se sujetará a las reglas generales.

El efecto que se sigue de la declaración de deserción del recurso es su extinción, y una vez ejecutoriada dicha resolución aquella sentencia que fue objeto de apelación queda firme.

El desistimiento como medio anormal directo también es posible aplicarlo para extinguir un recurso de apelación. Entendiendo por desistimiento del recurso la renuncia expresa de éste formulada por aquel que lo interpuso, y a falta de normativa especial que lo rijan, se recurrirá a los arts. 148 y siguientes del C. de Procedimiento Civil por aplicación supletoria de las normas civiles. En nada perjudica al procedimiento laboral esta figura procesal civil, por el contrario, concuerda con aquel principio formativo tan caro a los laboristas, cual es el de la celeridad. La solicitud pertinente puede presentarse ante el tribunal inferior antes que se eleven los autos al tribunal de alzada; o bien, presentarse ante el tribunal superior si el expediente ya se encuentra en poder de dicho tribunal. En cuanto a la tramitación a que debe ceñirse este incidente especial es simple. Efectivamente, los tribunales estiman que debe resolverse de plano, sin tramitación alguna y sin necesidad de oír al apelado, porque se trata de un derecho que atañe exclusivamente al apelante y que en nada perjudica al apelado.

Otro medio anormal directo para extinguir el recurso de apelación es la prescripción del recurso. Tratándose de la sentencia definitiva, este medio de extinción no opera, pues hay que tener presente que el art. 481 inc. 2º expresa que "si el número de causas en apelación hiciese imposible su vista y fallo en un plazo no superior a dos meses, contado desde su ingreso a la secretaría...", y por su parte el C. de Procedimiento Civil requiere una pasividad de las partes por "más de tres meses sin que se haga gestión alguna para que el recurso se lleve a efecto y quede en estado de fallarse..." (art. 211).

Considerando, en consecuencia, además la actividad que debe emprender el Presidente de la Corte de Apelaciones en caso de retraso, y encontrándose el tribunal respectivo dividido en más de dos salas, no hay manera de que pueda darse el plazo contemplado en la normativa procesal civil para aplicar la prescripción.

No acontece lo mismo con las apelaciones de las sentencias interlocutorias, a las cuales sí será posible aplicar supletoriamente la regla procesal civil que

rige la materia. En efecto, en este aspecto sólo se requiere "el plazo de un mes cuando la apelación verse sobre sentencias interlocutorias..." (art. 211).

Mas, y no obstante lo manifestado precedentemente, es posible sostener que este medio anormal directo de extinguir una apelación carece de aplicación en el procedimiento laboral, cualquiera que fuese la naturaleza de la resolución apelada, toda vez que él es contrario "a los principios que informan este procedimiento", particularmente al de "impulso procesal de oficio", que demanda una injerencia directa del juzgador en la marcha regular de la litis y que impide la pasividad de las partes, que permitiría obtener una declaración de prescripción.

En cuanto a los medios anormales indirectos, como el abandono del procedimiento, éste "no será aplicable" (art. 429 inc. 1° C. del T.) en lo laboral; si lo será el desistimiento de la demanda, que se sujetará a las reglas de su propia normativa (arts. 148 a 151 C.P.C.), a pesar del texto del art. 423 del C. del T., que prescribe que "el tribunal una vez reclamada su intervención en forma legal, actuará de oficio". A raíz de este mandato, es el juez quien determinará el funcionario que practicará la primera notificación a la parte demandada (art. 436 C. del T. ), quedando así fijada la relación procesal que habilita para el desistimiento de la demanda. Si ésta no se encuentra notificada, podrá ser retirada sin trámite alguno. En cuanto a la transacción, no hay reparos para aceptarla como medio extintivo de una apelación, y será regulada por las normas del C. Civil (art. 2446 a 2464), más aún cuando el propio art. 426 del C. del T. indica que el mandatario "se entenderá de pleno derecho facultado para transigir...", facultad que de ser catalogada de extraordinaria en el mandato judicial en el proceso civil, deviene en ordinaria en materia laboral.

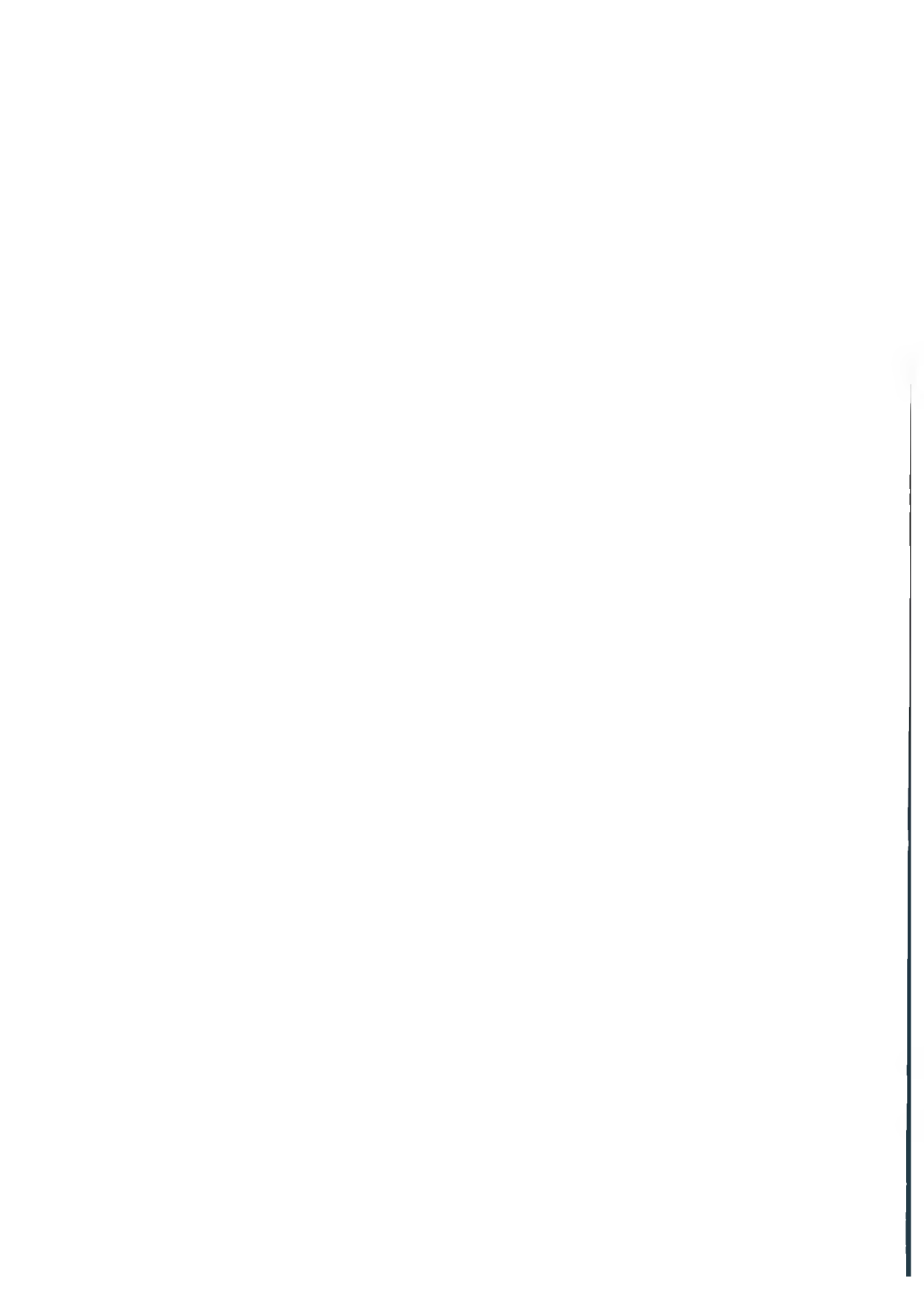
Se ha dejado como último mecanismo extintor de una apelación a la conciliación, medio que tiene un reconocimiento expreso en la primera instancia, con carácter obligatorio, "terminada la etapa de discusión", oportunidad en que el juez deberá proponer las bases para un posible acuerdo. Con todo, no es este el momento procesal a que aludimos, pues en esa situación no hay apelación. Será la segunda instancia la que llame a conciliación a los contendores aplicando supletoriamente lo contemplado por la ley procesal civil, pues no se opone al espíritu que anima el legislador procesal laboral. Por ende, esta conciliación –parcial o total– no sólo pondrá fin al recurso de apelación, sino que también al juicio en sí y con efecto de cosa juzgada.





## **La apelación laboral y la orden de no innovar**

Aun cuando nada se contenga sobre este aspecto en materia procesal laboral, es evidente que ella no tiene asidero en dicha legislación. La razón de tal afirmación se encuentra en que las disposiciones insertas en el Código de Enjuiciamiento Civil que permitan la dictación de una orden de no innovar en una apelación no son susceptibles de aplicarse supletoriamente en lo laboral, en atención a que ella es "contraria a los principios que informan este procedimiento" laboral (art. 432 C. del T. ). En efecto, su concesión implicaría paralizar el cumplimiento de la sentencia condenatoria de primera instancia, con lo cual los derechos del actor se burlarían o serían ineficaces, considerando el tiempo que transcurre para lograr una decisión del tribunal de alzada. Se incumple, además, el principio formativo de "celeridad" incorporado en el campo procesal laboral (art. 425). Por ende, la concesión de una medida de tal naturaleza importaría un abuso grave de parte de aquellos que la otorgaron, que ameritaría intentar un recurso de queja en su contra (art. 545 COT) para poner pronto remedio al mal que la motiva; pues se está en presencia de una sentencia interlocutoria que hace imposible la continuación del juicio.

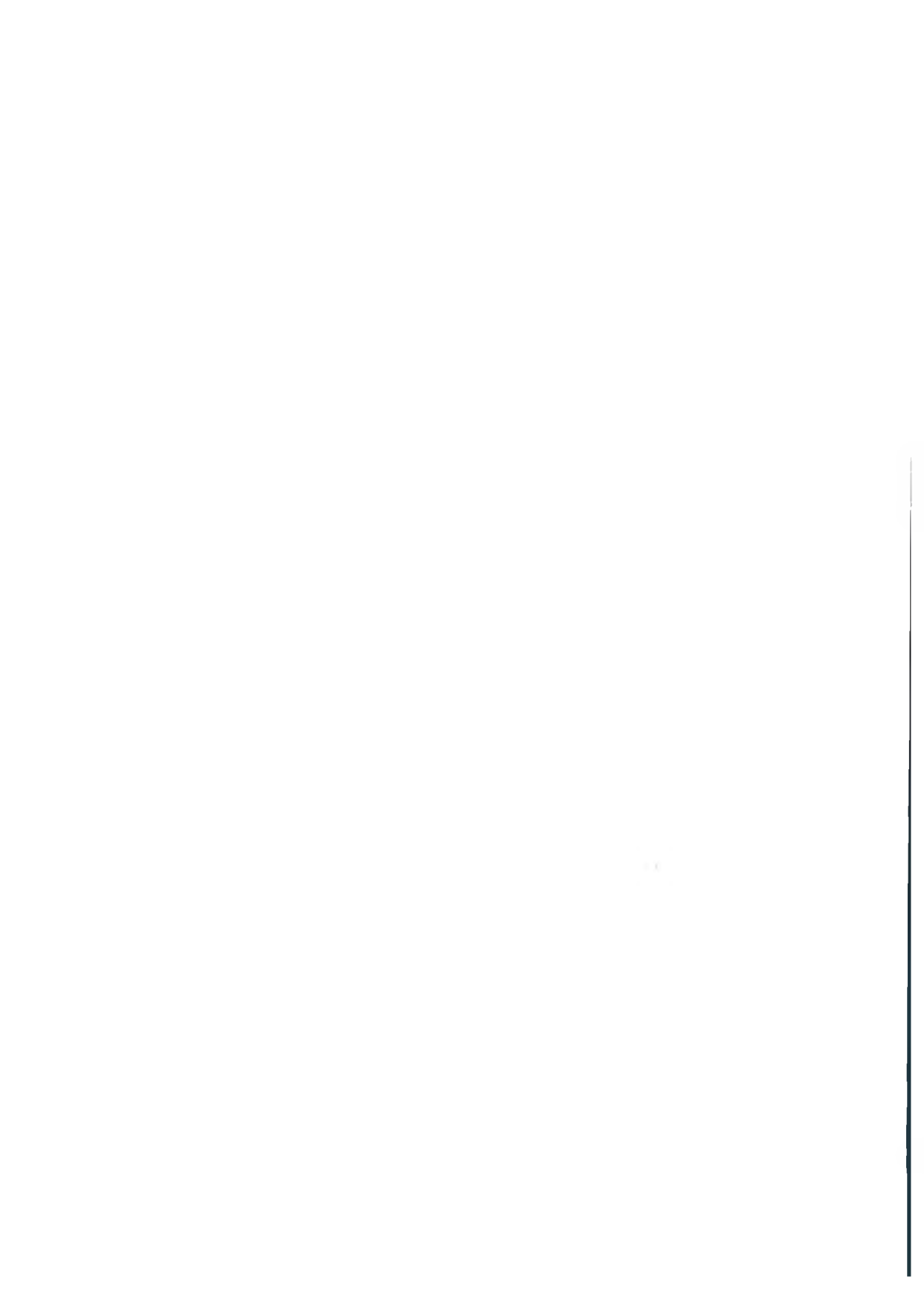




# Ensayos y Estudios



Universidad del Desarrollo  
Santiago - Concepción



# **El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado**

**Enrique Alcalde Rodríguez**

Profesor de Derecho Civil  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

El presente artículo aborda la temática referida al concepto de *interés social* y su estrecha relación con la *causa* de la sociedad anónima, así como las vinculaciones que existen entre ambas nociones y su proyección en el ámbito de funcionamiento de este tipo societario.

Como se procurará demostrar a partir de las líneas que siguen, pensamos que la noción de *causa* aplicable al contrato de sociedad y su relación con la autonomía privada, como principio rector en el plano de la contratación, permiten, en gran medida, explicar la solución que debe seguirse frente a los conflictos de interés que se susciten durante la existencia de una sociedad anónima, posibilitando una labor de *interpretación e integración* de las exigencias que reclama el tráfico jurídico y económico cuando nos enfrentamos –según ocurre a diario– con aquellas hipótesis en que se presenta una colisión entre los intereses particulares y el interés de la propia sociedad o compañía.

Definir qué se entiende por interés, desde una perspectiva jurídica, no resulta una tarea sencilla, ora porque se incurre en generalidades que poco o nada indican respecto del real contenido de esta noción, ora porque la delimitación de su sentido y alcance necesariamente supone adherir a una específica concepción, no sólo respecto de la materia especial que analizamos, sino que en torno a la configuración misma de los derechos subjetivos.

En un sentido amplio, y por lo mismo excesivamente genérico, el interés puede ser entendido como la legítima aspiración que posee un sujeto en orden a que un determinado bien le sirva de medio para satisfacer una cierta necesidad. Pese a la amplitud de sus términos, una tal aproximación nos permite destacar desde ya uno de los elementos esenciales al concepto, cual es el que consiste o trasunta la idea de una cierta "relación" entre un sujeto de derecho y un objeto o bien determinado.<sup>1</sup> Dicha relación, para los fines que interesan, es "jurídica", en cuanto el bien u objeto de que se trata es considerado, por el Derecho, como el medio apto o adecuado para que su titular se encuentre en condiciones de obtener el beneficio que este mismo bien está llamado a prestar.

Si analizamos, ahora, los términos y características de la "relación" que subyace en el concepto de interés, podremos colegir que, supuesta la existencia de una pluralidad de sujetos (socios), la sociedad puede ser considerada como un medio para satisfacer una necesidad que es común a todos ellos o, bien, como un instrumento que es funcional a las aspiraciones de sólo uno o algunos o incluso de terceros ajenos a la estructura misma de la sociedad, como los trabajadores, proveedores, consumidores o el propio Estado. Independientemente que tal objetivo o aspiración "individual" sea, en sí mismo, legítimo o no, o que la consecución del mismo se halle en contradicción o en armonía con las aspiraciones de los restantes socios (y en este sentido interés "común"), llamaremos al primero "interés social" y al segundo, "interés particular".

En la doctrina comparada se ha debatido largo tiempo en torno al contenido del llamado "*interés social*". Como bien apunta un autor, el estudio retrospectivo de las distintas teorías acerca del interés social formuladas desde comienzos de este siglo, constituye el reflejo de la constante polémica que desde entonces se ha suscitado respecto de las características cualitativas del derecho societario. Se trata, en definitiva, de determinar si es éste un ordenamiento instrumental que provee un catálogo de fórmulas jurídico-organizativas para el desarrollo de actividades en común, o si, al contrario, es una normativa dotada de una función ordenadora de índole política, económica y social. Bajo la primera perspectiva, la sociedad comercial, como organización técnico-jurídica de colaboración, reviste carácter funcional-subjetivo, en cuanto se trata de una fórmula destinada a normar los intereses individuales de la pluralidad de personas que la integran. Por lo mismo, la regulación de la incidencia que el desarrollo de la actividad empresarial, que constituya el objeto social, tenga en la estructura económica general y el amparo de la pluralidad de intereses que ella comprenda, han de corresponder a las disciplinas específicas, tratándose de aspectos

---

<sup>1</sup> Conforme lo precisa Roimiser, desde una perspectiva científica, el interés asume relevancia cuando adquiere significado objetivo, es decir, que sale de la esfera psíquica, e indica la existencia de una relación jurídicamente relevante entre un sujeto y una entidad idónea, desde el punto de vista valorativo, para satisfacer una necesidad. ROIMISER, Mónica, *El Interés Social en la Sociedad Anónima*, Depalma, Buenos Aires, 1979, págs. 2 y 3.

extrasocietarios por su naturaleza. Desde la segunda óptica, el instituto accionario es un instrumento al servicio de un sistema político-económico integral cuya regulación comprende la tutela de intereses públicos. Sobre esta base, la empresa se nos revela como una categoría autónoma portadora de intereses plurales y heterogéneos, desplazando al concepto de actividad empresaria y convirtiéndose en la cédula madre del régimen societario, que asume así una dimensión netamente política.<sup>2</sup>

A fin de simplificar la exposición del tema, recordemos que en torno al concepto de "interés social" se han postulado básicamente dos grandes teorías, siendo en este sentido conocidas las discusiones entre quienes postulan a su respecto una noción inspirada en las doctrinas "institucionalistas" y aquellos que defienden un criterio basado en los principios "contractualistas"; y, en fin, algunos para los cuales resulta incluso estéril intentar siquiera elaborar una definición en la materia.<sup>3</sup>

Cada una de estas aproximaciones al concepto exhibe, a su vez, diversas opiniones, algunas inconciliables entre sí, pero que presentan como denominador común un intento por describir su contenido esencial. Dentro de las corrientes *contractualistas*, las hay desde aquellas que reducen el interés social a la mera sumatoria de los intereses individuales del conjunto de accionistas, hasta aquellas que lo identifican con el interés que representa la mayoría de los socios. En todo caso, lo particular y distintivo de esta posición consiste en situar el tema en la estructura misma de la compañía, concibiendo dicho interés como uno de los elementos que integran o forman parte del contrato de sociedad. Por la inversa, las doctrinas *institucionalistas* entienden la sociedad anónima como un instrumento al servicio de la organización social, en cuyo modelo y evolución compete una participación activa a la autoridad. Una perspectiva como ésta tiende naturalmente a confundir el "interés social" con los objetivos que poseen otros actores de la comunidad –v.gr. trabajadores, consumidores, proveedores, acreedores y público en general–, pudiendo, en el extremo, incluso llegar a desdibujarse mediante su identificación con las exigencias derivadas del "interés nacional".

Pensamos que nuestro ordenamiento jurídico, según se verá más tarde, adhiere a una concepción *contractualista* de la sociedad, de lo cual resulta evidente que el concepto de interés social necesariamente dice relación con los intereses de quienes son partes en el contrato, es decir, los propios accionistas, y con exclu-

<sup>2</sup> ROIMISER, op. cit., págs. 3 y 4.

<sup>3</sup> En este último sentido apunta, v.gr. Etcheverry, que "un interés perteneciente a "todos" los socios es difuso, no homogéneo y frecuentemente se alude a él para establecer el concepto objetivo de interés social. Ya dijimos que materializarlo es una entelequia." ETCHEVERRY, Raúl, *Algunas reflexiones sobre la contraposición de intereses en el ámbito de la dirección de las sociedades anónimas*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Depalma, Buenos Aires, 1984, pág. 450.

sión de otros sujetos que puedan interactuar con la sociedad, por legítimos que sean sus intereses y por mucho que se vean afectados por las decisiones adoptadas por aquella. De igual modo, es evidente que en el seno de una compañía confluyen múltiples intereses entre sus diversos accionistas, algunos de los cuales, incluso, pueden haber sido determinantes para consentir en la asociación, v.gr. ejercer influencia o control en la gestión de la sociedad o participar en la determinación del grado de riesgo de la actividad social. Tales intereses, supuesta su licitud, cuentan también con la protección y amparo legislativo. No obstante, tal circunstancia, así como el hecho de tratarse de intereses que se poseen en cuanto socios, no constituyen el interés social. En efecto, la misma expresión "social" en cierta forma nos revela que para calificar como tal debe tratarse de un interés compartido por todos los socios, un interés que les es común y que conduce, a todos ellos, con independencia de sus otras motivaciones personales o individuales, a constituir la sociedad o bien ingresar a ella.

Creemos que cuando el legislador regula el contrato de sociedad, obviamente se representa qué es aquello que determina que las partes recurran a esta forma jurídica asociativa, cuál es la voluntad presunta –o "causa"– de los contratantes, aquella finalidad que todo socio persigue por el mero hecho de ser tal y es, por tanto, común y compartida por cualquier accionista. A nuestro juicio, la respuesta no es otra que el objetivo de desarrollar, en conjunto, una cierta actividad en vistas de repartir entre sí los beneficios pecuniarios que de ello provengan. Por tal razón, y siendo éste el fin común, presumible en cualquier socio medianamente razonable, tal objetivo debe ser respetado por cualquier accionista, aun en desmedro de sus propias aspiraciones individuales, por legítimas que sean si se las analiza en sí mismas.

A partir de lo expuesto, se concluye que la noción de "interés social" posee una significación *objetiva* –y por tanto, independiente o ajena a las motivaciones personales o psicológicas de los accionistas– que se traduce en la consecución del *lucro* o utilidad *de la misma* sociedad, considerando, para ello, y entre otros factores, su plazo de vigencia y los riesgos inherentes al giro de actividad que desarrolla.<sup>4</sup> Así entendido, el *interés social* viene a condicionar aquello que se debe ejecutar, o abstenerse de ejecutar, a fin de satisfacer la función *típica* de esta figura contractual, y corresponde a aquello que hallándose comprendido dentro del objeto social, sea adecuado o apto para que los accionistas aumenten las utilidades provenientes del giro y disminuyan el riesgo de pérdidas, respondiendo así a una finalidad que es compartida por los mismos.

---

<sup>4</sup> Tal concepto ya lo adelantamos en ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Relaciones entre el Interés Social y el Interés Personal de los Directores de una Sociedad Anónima", *Revista Actualidad Jurídica*, N° 5, 2001. En nuestro medio jurídico, aunque sin entrar a mayores fundamentaciones sobre la base de nuestra legislación positiva, parecen adherir a nuestra opinión ZEGERS, Matías, y ARTEAGA, Ignacio, "Interés Social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, N° 2, 2004, pág. 267.





Considerando nuestra definición precedente, es posible apreciar la muy estrecha relación que existe entre el interés social, por un lado, y el *objeto social* y la *causa* del contrato, por el otro.

Aun cuando algunos han pretendido identificar el objeto social con el interés social,<sup>5</sup> ambas nociones son claramente diversas y deben diferenciarse a fin de no incurrir en equívocos. El *objeto o giro social* se refiere a la actividad concreta que los socios se han propuesto ejecutar a fin de que la persona jurídica obtenga los beneficios que más tarde se distribuirán entre sí. Por lo mismo, el objeto dice relación con el *medio o instrumento* que se destina a la consecución del interés social.

Adicionalmente, el objeto social cumple un rol fundamental a la hora de entender o no configurado un *conflicto de interés* y aplicar a su respecto una sanción, especialmente cuando se trata de configurar un aprovechamiento indebido de oportunidades comerciales que corresponderían a la sociedad. En este sentido, los comportamientos que impliquen privilegiar un interés particular en desmedro del interés social, sólo serán reprochables o, incluso antes que eso, constitutivos de una hipótesis de *conflicto*, en la medida que el negocio de que se trate pertenezca a la categoría de aquellos comprendidos dentro del giro o actividad (objeto) que compete a la sociedad. Así, por ejemplo, si un administrador, v.gr. director o gerente de una sociedad inmobiliaria, decide acometer por sí mismo un negocio de transporte público, no cabe plantear situación de conflicto alguno con la sociedad. Ocurre, pues, que atendida la naturaleza contractual que cabe atribuir a la sociedad anónima, aquello que los socios convengan en materia de *objeto* permite tanto establecer el espectro de actividades susceptibles de ser realizadas al margen de la sociedad, como determinar qué tipo de actividades o negocios pueden serles exigidos a los administradores –y cuáles tienen ellos la facultad de realizar– en orden a satisfacer las exigencias que impone la noción de interés social.

Por otra parte, es innegable que la sola enunciación del contenido que asignamos al concepto de interés social deja de manifiesto la muy estrecha relación que existe entre éste y la *causa* del mismo contrato. En efecto, si entendemos por aquél la finalidad que todos los socios persiguen obtener mediante su vinculación a través de la sociedad, fácil será identificar dicho objetivo común con la *causa final* del contrato que la origina.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, ROIMISER, op. cit., págs. 52-60.

<sup>6</sup> Sin perjuicio de lo dicho, conviene insistir en el hecho de que la noción de interés social no se agota en la mera referencia a esta finalidad que es participada por la totalidad de los accionistas, toda vez que tal objetivo común (*generación de utilidades que después serán distribuidas*), cuando se acomete a través de una sociedad, debe realizarse, necesariamente, de un modo específico y determinado, cual es la explotación o desarrollo del giro u *objeto social*.

Para la doctrina italiana, que concibe la causa de un contrato como la *función económico-social* que lo caracteriza,<sup>7</sup> independiente de las motivaciones individuales que puedan haber inspirado a las partes, la finalidad que anima a todos los socios es la obtención de beneficios que luego se repartirán conforme a su participación en el capital social o en la forma que lo hayan convenido. En palabras de *Carnelutti*, seguido en esta parte por *Brunetti*, "la causa del acto es el interés que el agente trata de realizar con el acto mismo. Este interés estimula la voluntad mediante un complejo psíquico que es en cierta manera la proyección sobre la pantalla mental de la situación final en la que el acto se resuelve anticipadamente a su realización. La causa está contenida, por tanto, en el ejercicio en común de una actividad económica para dividir las utilidades, en la comunión de fin calificada. Precisamente por eso los medios patrimoniales pertenecen al conjunto social, cuya actividad está dirigida a la consecución del intento común".<sup>8</sup>

A nuestro juicio, el derecho toma en cuenta esta realidad o, si se quiere, este objetivo *presunto*, para efectos de regular el contrato de sociedad y otorgarle su configuración típica; él constituye el fundamento y punto de partida de un conjunto de disposiciones y normas –algunas incluso de orden público–, entre las cuales se encuentran, precisamente, aquellas referidas al interés social y a la forma de enfrentar y resolver la temática referida a los conflictos de interés.

En nuestro medio, pese al muy escaso tratamiento que se ha dado a la materia, existen connotados comercialistas que se oponen a la doctrina recién reseñada. Así, por ejemplo, *Puelma* estima incompatible sus postulados con los principios que deben aplicarse conforme a nuestro propio ordenamiento jurídico, sosteniendo que "nuestra legislación positiva exige en todo acto o contrato una causa real y no presunta. La concurrencia del requisito de la causa real y lícita, entonces, debe examinarse con respecto a cada uno de los socios fundadores. Si ella consiste exclusivamente en la expectativa de obtención de beneficios sociales, será menester, en tal caso, aplicar lo que sostiene *Brunetti*, pero ello no nos habilita para dejar de examinar la problemática de la existencia de otras concausas con relación a un mismo socio fundador y la posible concurrencia de causa ilícita respecto de alguno de los socios."<sup>9</sup>

<sup>7</sup> BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1ª ed., s/a., pág.143. Cariota Ferrara lo precisa diciendo: "La causa exigida por el derecho no es el fin subjetivo, cualquiera que éste sea, perseguido por el contratante en el caso concreto (que entonces no sería pensable ningún negocio sin causa), sino que es la función económico-social que el derecho reconoce como relevante para sus fines", CARIOTA FERRARA, Luigi, *El Negocio Jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956, pág. 487. A su turno, Pietrobon expresará que la causa, como elemento esencial del contrato, viene a ser la finalidad jurídica, objetiva y técnica que vitaliza el negocio; es la razón esencial del contrato, que corresponde a la finalidad perseguida por el mismo según su especial naturaleza. Así las cosas, la causa integra una finalidad inmediata e inherente al acto jurídico, siempre idéntica en cada tipo de negocio. PIETROBON, Vittorino, *El Error en la Doctrina del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 500.

<sup>8</sup> Carnelutti, citado por BRUNETTI, Antonio, *Sociedades Mercantiles*, T. II, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, pág.117.

<sup>9</sup> PUELMA ACCORSI, Alvaro, *Sociedades*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, págs. 122 y 123.

Creemos que la crítica expuesta se fundamenta en una errada interpretación acerca de aquello que nuestro ordenamiento entiende por *causa* y, en particular, respecto del requisito relativo a la “*realidad*” de la misma a que alude el art. 1467 del Código Civil.

Para refutar la crítica de *Puelma*, se hace necesario, primeramente, recordar que de acuerdo a nuestro Código Civil, es la sociedad misma, es decir, el contrato, el que debe tener una causa (art. 2057 del CC), así como el hecho de que la causa es el “*motivo que induce al acto o contrato*” (art. 1467 del CC). Enseguida, el legislador nacional ha precisado que no es necesario que el autor de un acto jurídico o las partes de una convención *expresen* la causa, esto es, el motivo que los induce al acto o contrato. Y creemos que ello es así porque, al configurar la *causa*, nuestra ley atiende, en primer lugar, a un motivo jurídico o abstracto, a un *interés jurídicamente protegido*, que es precisamente el que *presume* en el acto o contrato de que se trata; y dado que lo presume, resulta innecesario *expresarlo* en el pertinente acto o contrato. En efecto, y siguiendo a *Vial*, pensamos que la norma en cuya virtud no es necesario expresar la causa se explica en razón que la ley presume que todo acto o contrato tiene una causa, constituida por los motivos que *normal y ordinariamente* inducen a celebrar las diversas especies o tipos de actos jurídicos.<sup>10</sup> Y tales motivos normales u ordinarios no son otros que la función que el legislador atribuye a cada contrato al momento de tipificarlo. Por lo mismo, la ley no puede sino suponer que el motivo que induce a la celebración del acto jurídico es lícito, en el sentido de que no se opone ni contraviene a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

Ahora bien, dicha causa y su licitud –ambas supuestas por el legislador– pueden no ser coincidentes con el motivo individual, principal y directo que realmente se tuvo en consideración para celebrar un acto jurídico. Tal discrepancia no tiene, en la mayor parte de los casos relevancia; salvo que el motivo individual sea ilícito, es decir, prohibido por la ley o contrario a las buenas costumbres o al orden público.<sup>11</sup> De esta suerte –concluye el citado autor– cada vez que se alegue la ilicitud de la causa, corresponde al juez indagar por el motivo individual que indujo a celebrar el acto jurídico. Este es el motivo (o *causa*) *real*, que puede ser lícito o ilícito, a diferencia del motivo *presunto*, que siempre es lícito.

<sup>10</sup> Por ejemplo, frente a un contrato de compraventa, la ley presume que las partes tuvieron como motivo principal y determinante para su celebración, la necesidad del vendedor de procurarse dinero y la necesidad del comprador de obtener la cosa. VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 208.

<sup>11</sup> En este sentido, Santoro Passarelli anota que los motivos adquieren relevancia jurídica e influyen sobre la validez y la eficacia del negocio solamente si penetran en la estructura negocial y pueden penetrar en ella llegando a ser una modalidad del negocio, en los límites que consienta la causa. Fuera de esta hipótesis de su voluntaria inserción en la estructura del negocio, los motivos no son nunca tomados en consideración por la ley cuando concurren rectamente a determinar la voluntad, sino sólo –y excepcionalmente– cuando la voluntad esté desviada, más precisamente, cuando el motivo sea erróneo o ilícito. SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 210.

Aplicando tales conceptos al específico tema que nos ocupa, y al tenor de lo prevenido por el art. 2053 del CC, ese motivo que la ley presume en todo contrato de sociedad, y que para los socios constituye su "causa", es *la mira de repartir entre sí los beneficios que provengan* de los aportes que a su vez se obligaron a efectuar en común. Ello, naturalmente, no obsta a que las motivaciones personales de algunas de las partes no se condigan con esa causa presunta (que, para emplear expresiones de la moderna doctrina italiana, viene a ser la *función socio-económica* del contrato). En tal evento, el juez estaría facultado para establecer que el motivo que la ley presumió (*repartir entre sí los beneficios derivados del giro*) no es la *causa real*, entrando luego a determinar si la verdadera causa, es decir, el motivo individual, principal y directo que indujo efectivamente a contratar, es o no lícito a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.

De lo visto se deduce también que siendo la sociedad un contrato de tracto sucesivo, el fin, función típica o causa presunta del contrato constituye un parámetro permanente para velar porque el comportamiento de las partes se ajuste a esa función típica, que es precisamente aquella que cautela el Derecho. La noción de "interés social" permite, así, por un lado "objetivizar" la causa del contrato y, por el otro, identificar cuál es el *interés jurídicamente protegido* en este contrato, de modo tal que sea exigible un respeto por la función típica del contrato, al tiempo que se puedan corregir las desviaciones en caso de abusos. Adicionalmente, una vez que la causa se "objetivizó" a través de la noción de interés social, una y otro, "fusionados", por así decirlo, para un aspecto o consideración específico, pasan a ser un límite para las finalidades personales de los accionistas, sirviendo para juzgar sus actuaciones "en concreto" y no ya teóricas (en las que difícilmente habrá desacuerdo).

A nuestro juicio, el concepto de interés social que adopta nuestro legislador sigue claramente los postulados que sirven de fundamento a las doctrinas *contractualistas* que se han planteado en torno al mismo. Por de pronto, nuestro Código Civil adhiere a dicha inspiración ya en la definición misma de sociedad, tipificándola como un *contrato* (art. 2053). Coincidente con ello, su artículo 2061 reconoce los diversos tipos sociales: civiles y comerciales; colectivas, en comanditas y *anónimas*, dando para todas ellas una definición común, conforme con la cual, "*La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan*", formando una "*persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*".

Atendido el hecho que se trata de una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, es evidente que la propia sociedad (e indirectamente los socios), es titular de *intereses jurídicos protegidos*. Y el fin o interés

(o "*mira*", en el lenguaje de Bello) de la (y de *toda*) sociedad, no es otro que la obtención de utilidades en la explotación de su giro y la participación de los socios en ellas a través de la proporción que les compete según sus estatutos (art. 2068). Por lo mismo, para nuestro legislador, dado que *los socios se obligan a poner algo en común con miras a repartir las utilidades* respectivas (art. 2053), resulta claro que el interés social consiste en la obtención de dicho lucro; lucro que proviene, según precisamos, de la explotación o giro de la misma sociedad y que, en razón de ello, es un interés *común* a todos los accionistas. Confirma, a nuestro juicio, esta concepción del interés social, la norma contenida en el artículo 2091 del mismo Código Civil, cuando expresa que: "Los productos de las diversas gestiones de los socios en *interés común* pertenecen a la sociedad; y el socio cuya gestión haya sido más lucrativa no por eso tendrá derecho a mayor beneficio en el producto de ella". De este modo, el precepto transcrito nos sugiere, sin dudas de clase alguna, que es el "interés común" de los socios –y por tanto ningún interés extrasocietario (vgr. de los trabajadores, acreedores, consumidores, Estado, etc)– aquel que debe ser calificado como "interés social", siendo la misma sociedad –y por ende indirectamente los socios, a prorrata de su participación en el capital social– la que se aproveche de las gestiones que los socios realicen en calidad de tales, es decir, "en interés" de todos ellos y en el marco del objeto que ellos mismos definieron para las actuaciones de la sociedad.

Desde una perspectiva jurídica, la trascendencia práctica que deriva de este concepto se vincula con una serie de normas legales que tienen, como supuesto de las mismas, precisamente la obligación de observar una conducta que se conforme con el "interés social". Así, por ejemplo, cabe citar el caso de los denominados *deberes fiduciarios* que pesan sobre los directores y gerentes de una sociedad anónima; o la disposición que obliga a los accionistas a ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y de los demás accionistas; o bien las normas que regulan las operaciones entre entidades que forman parte de un mismo grupo empresarial, por citar sólo algunos.

Bajo la denominación de "deberes fiduciarios", suelen englobarse los deberes de *cuidado* y de *lealtad* que la ley impone a los administradores de una sociedad.

Relativamente a los primeros, el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas prescribe que "*Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios (...)*"; disposición que también se aplica a los gerentes por disposición del art. 50 de la misma ley. La directa vinculación que existe entre el citado precepto y la noción de interés social queda a nuestro juicio de manifiesto si se recuerda que los administradores de una sociedad anónima, respondiendo hasta de la culpa leve, deben cumplir sus funciones procurando satisfacer la

finalidad que ha determinado que los accionistas se organicen a través de la sociedad, esto es, maximizar las utilidades y el valor de la respectiva compañía. Es por ello, también, que la *tasa* o *medida* para juzgar si un director o gerente ha cumplido diligentemente con su función se traduce, en definitiva, en determinar si su conducta ha pretendido efectivamente conformarse con esta necesidad o interés que les es común a todos los accionistas.

Por igual consideración, si abordamos el tema desde el punto de vista del propio director o gerente, el mismo concepto de interés social representa una *garantía* para él en el sentido que para ejercer debidamente el cargo, goza de la autonomía e independencia necesarias para adoptar todas aquellas acciones que, a su juicio, respondan a su obligación de procurar este objetivo participado por todos los socios. De ahí también la importancia de insistir en la relación que existe entre el interés social y el *objeto social*, en cuanto a que los administradores de la sociedad encuentran en este último elemento los “medios” o “instrumentos” a los cuales pueden lícitamente recurrir –sin que pueda exigírseles echar mano de otros– a fin de obtener el lucro perseguido por los accionistas.

Tratándose del *deber de lealtad*, también resulta evidente la vinculación que existe entre el ejercicio del cargo de director o gerente y la noción de interés social. Ello, desde el momento que la ley les obliga a preferir este último en aquellas hipótesis en que se presente un conflicto o colisión con su interés propio o personal. En este contexto se ubican algunas de las prohibiciones que la propia Ley de Sociedades Anónimas ha impuesto a los directores, v.gr. “Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados” (art. 42 N° 1); “Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo” (art. 42 N° 6); o, en general, “...practicar actos contrarios al... al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social” (art. 42 N° 7).

Ahora bien, a propósito del tratamiento de los denominados deberes fiduciarios, se ha dicho –y a nuestro juicio con razón– que las exigencias emanadas de su regulación legislativa corresponden, en último término, a meras aplicaciones prácticas del principio aun más general que impone a los administradores sociales la obligación de ejercitar su cargo en armonía con los requerimientos de la *buena fe* contractual. Con todo, y comoquiera que la existencia de contratos de tracto sucesivo y, además, de muy largo plazo, cuyo es el caso normal de las sociedades anónimas, hace prácticamente imposible regular exhaustivamente y de manera directa las obligaciones que los socios desean imponer a los

administradores del patrimonio común, las referencias legislativas al concepto de “interés social” se erigen así en un criterio o parámetro que sirve de guía o pauta para adoptar decisiones en materias que resultan relevantes para el curso y la vida de la sociedad. En otras palabras, desde la perspectiva que se ha comentado, la posición contractualista con la cual nos hemos aproximado al concepto de interés social permite visualizar o entender esta noción como una *cláusula general de integración contractual*, en cuanto pasa a llenar las inevitables lagunas que resultarían de seguir una técnica contractual tradicional, desempeñando el rol de principio informador en la actuación de aquellos a quienes compete no sólo administrar intereses ajenos, sino incluso ejercer derechos propios en el marco societario, sea que posean una participación mayoritaria o minoritaria en la compañía en la cual conviven. Sobre la base expuesta, se abre entonces un amplio y fecundo ámbito en el cual apreciar los efectos que derivan de recurrir al concepto de interés social, apreciando, en concreto, cómo se desenvuelve éste al momento de suplir la ausencia de una específica y explícita estipulación contractual.

Por otra parte, es sabido que, junto con el denominado “interés social”, en toda sociedad conviven también los intereses “particulares” o “individuales” de sus socios o accionistas. Estos últimos, a su vez, pueden ser tanto lícitos como ilícitos, según cuáles sean las circunstancias concretas del caso a analizar. Lo cierto es que, supuesta la recta adecuación de tales intereses con el ordenamiento jurídico aplicable, ellos –en general– dejan un amplio margen a la actuación de los socios sin que su consecución se traduzca en una violación a las reglas que gobiernan un determinado tipo social. Ocurre, pues, que si bien el ejercicio del derecho de voto debe supeditarse al interés social, éste no se encuentra –ni podría estarlo– definido *concreta, precisa y unívocamente* en la ley. Por lo mismo, el interés societario no puede ser concebido en términos de imponer a los accionistas o administradores una dirección precisa y única que determine el sentido del voto. En definitiva, existe un vastísimo ámbito en el cual concurren a un tiempo una serie de alternativas distintas y dentro del cual es perfectamente legítimo optar sin que ello implique privilegiar el interés personal de un accionista por sobre el interés de la sociedad y de los socios restantes.<sup>12</sup>

En otras palabras, y desde el momento que nos situamos en la órbita del derecho privado, el interés social y su aplicación práctica necesariamente deberán ser interpretados a la luz de los principios que gobiernan esta rama jurídica y, en especial, para el tema que analizamos, conforme al principio de la *autonomía privada*.

---

<sup>12</sup> En igual sentido se pronuncia Lyon, al decir: “la doctrina dominante considera ... que son lícitos los intereses extracorporativos en cuanto no se opongan al interés social”. LYON PUELMA, Alberto, *Teoría de la Personalidad*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993, pág. 210.

En este sentido, recordemos que muchas de las limitaciones que usualmente se postulan en el ámbito jurídico-económico, en desmedro de los derechos de la persona frente al poder público y sus apetitos reguladores, a menudo importan desconocer o bien confundir cuál es, primero, el origen y naturaleza de la facultad que asiste a los particulares para “autonormar” sus relaciones jurídicas, y, segundo, los límites que no ya los privados, sino que la misma autoridad, deben observar en este campo. De igual modo, y debido a la mayor sutileza que encierran sus argumentos, advertimos que existe una forma de invasión en la órbita propia de la autonomía privada que, entre todas, se revela como particularmente peligrosa. Consiste ésta en la apelación a pretendidas “razones” de “bien común” o de un supuesto “interés superior de la sociedad” –o incluso también del propio “mercado”– merced de lo cual se han llegado a vulnerar derechos esenciales de la persona, como si fuera ella, y no la sociedad o el Estado, el ser meramente “accidental”.<sup>13</sup> Todo ello, sin embargo, prescinde del imperativo que tiene el Estado –y cualquiera autoridad– de garantizar a toda persona una esfera de poderes jurídicos, que incluye una capacidad, un estado y la posibilidad de ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas subjetivas y centro aglutinador de normas.<sup>14</sup> En este contexto, son diversos y variados los hechos a los cuales cabe asignar la virtud de hacer nacer, modificar o bien extinguir una determinada relación jurídica, identificándose habitualmente como tales, la ley, el reglamento, la sentencia y la posibilidad de crear reglas de Derecho mediante los actos jurídicos que ejecutan los particulares. Son estas últimas aquellas a las cuales queremos aludir cuando hablamos de *autonomía privada*, la que entendemos, a su vez, como un poder complejo, inherente a la persona humana, y que en función de su capacidad natural de autodeterminarse para la obtención de sus fines existenciales, debe serle reconocido por el ordenamiento jurídico con el objeto que se halle en condiciones de disponer de los derechos subjetivos e intereses jurídicamente protegidos de que es titular, así como de generar y regular los efectos jurídicos que derivan de su actuación en sociedad.

Desde que se comprende, pues, que el Derecho debe manifestarse como un cauce que permita a la persona alcanzar sus fines naturales –tanto en su esfera individual como en la referida a la sociabilidad que le es propia– cabe también reconocer la facultad que a ella asiste para crear *reglas* jurídicas. Y tal poder le pertenece de un modo *originario*, en el sentido que no se trata de una concesión graciosa que le puede haber asignado la autoridad estatal, sino que de una potestad emanada de su propia personalidad, vale decir, inherente a su misma condición de persona. Todavía más. La propia definición de persona

<sup>13</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los Principios Generales del Derecho*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, pág. 203.

<sup>14</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, “El Concepto Jurídico de Persona. Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. N° 17, N° 2, 1990, pág. 320.



y el rol que le corresponde en el ámbito jurídico también ha de serle reconocido desde una perspectiva originaria. En armonía con tal predicamento, ciertamente elocuente es el texto del artículo 5° de la Constitución Política, el cual, directamente y sin eufemismos, prescribe que *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*; derechos estos a partir de los cuales es posible colegir, a su turno, un conjunto de principios que concretizan una efectiva protección de la persona.

En un sentido “institucional”, la autonomía privada se erige en un *principio general de derecho*, toda vez que el respeto a la persona y el reconocimiento de sus fines determinan su misma existencia, siendo dentro de este marco donde el hombre puede realizarse plenamente, constituyendo, además, un deber del Estado contribuir a crear las condiciones sociales que así lo permitan (art. 1° de la C. P. de la Rep.). Por tal razón, la supresión de la autonomía privada como principio general de derecho llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en un puro instrumento de la comunidad. También debido a ello, destaca su rol de criterio inspirador de la labor interpretativa, con lo que se quiere significar que todas las normas jurídicas deberán interpretarse en la forma que resulte más conforme al principio general y de modo que aquellas que representen una excepción a él reciban siempre una aplicación restrictiva.<sup>15</sup>

En lo que se refiere a sus múltiples manifestaciones, la autonomía privada encuentra un cauce natural de expansión y desarrollo, aunque no el único, en el ejercicio de la iniciativa que asiste a los particulares en materia económica. De ahí, entonces, que el constituyente, junto con explicitar su primacía (art. 1° de la C. P. de la Rep.) y restringir la intervención estatal en este plano (art. 19 N° 21, inc. 2° de la C. P. de la Rep.), haya también consagrado una garantía individual destinada a asegurar una de las formas concretas en que ésta se expresa. (art. 19 N° 21, inc. 1° de la C. P. de la Rep.). Tal vez su principal paradigma viene a ser la libertad contractual, la cual se revela como la vía que en mejor medida permite que los particulares participen en la creación del Derecho, generando y a la vez regulando sus relaciones jurídicas, al tiempo que con ello se fomenta una mayor aceptación y prestigio de aquél dentro de la comunidad.

---

<sup>15</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I (1989), Tecnos, Madrid, pág. 391. A este mismo respecto, Rescigno observa que “el reafirmar la autonomía de los sujetos privados y la libertad como “el principio” o “la regla” del sistema no es, sin embargo, un planteamiento puramente ideal, privado de valor práctico”, toda vez que su sentido concreto radica en que “las limitaciones, singularmente y consideradas en su conjunto, son la excepción y, por lo tanto, no pueden ser introducidas o extenderse fuera de las materias y de los casos en los que son previstas”. Citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El Supuesto de la denominada “Autonomía de la Voluntad”, en *Instituciones de Derecho Privado, “Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios”*, Palestra Editores, Lima-Perú y Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2000, pág. 228.

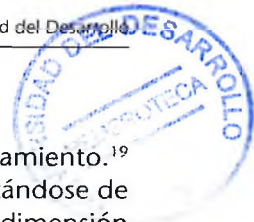
No obstante lo comentado en precedencia, constatamos que en muchas ocasiones –y particularmente en el ámbito de la regulación legal de las sociedades anónimas– en aras de buscar una reglamentación administrativa “justa y equilibrada”, las normas cuya fuente debiera estar radicada en la autonomía privada se ven peligrosamente desplazadas, de suerte que ésta “ya no tendría que respetarse por estar íntimamente vinculada a la naturaleza de la persona como ente racional y libre, sino en cuanto sirva a los fines o intereses de la colectividad”.<sup>16</sup> Asimismo, y como lo destaca *Rodríguez Grez*, constituye un hecho el que en algunos sectores impera aún un marcado interés por la ingeniería social, recurriendo, para satisfacerlo, a una nutrida legislación reglamentaria y a nuevos intentos por introducir el dirigismo contractual, lo cual también se ha traducido en una tendencia a restringir la esencial función interpretativa de los jueces.<sup>17</sup> Como resultado de ello, ya casi no asombra ver cómo en ocasiones se invocan, prescindiendo de su real contenido y efectos, conceptos cuyo solo nombre parece otorgar “patente de corso” para configurar violaciones a principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico. Una de estas nociones es, precisamente, la del *orden público económico*, la cual, presentada en ocasiones con contornos vagos e inciertos, suele ser esgrimida por autoridades regulatorias como argumento para justificar la total o parcial abolición de aquellos. Se olvida así, primeramente y entre otras cosas, que “el concepto de orden público económico que consideró el constituyente dice relación claramente con los derechos de las personas frente al Estado y jamás podría convertirse en un medio para impedirles e imponerles condiciones, exigencias y cortapisas fundadas en consideraciones administrativas discrecionales”.<sup>18</sup>

Fácil será advertir que si se acepta el alcance que atribuimos al concepto de “orden público económico” y, en armonía con éste, la proyección de los principios y garantías ya mencionados, toda normativa de derecho privado deberá también ser objeto de exégesis a la luz de las exigencias constitucionales que se comentan. A este respecto, bien destaca *Alexy* que los derechos fundamentales regulados en una Constitución cumplen dos funciones centrales en el ordenamiento. Por un lado, son susceptibles de atribución individual, en tanto derechos subjetivos, y, por el otro, de atribución objetiva, en cuanto parte de la “norma básica material de identificación de normas” y, en tal función, guía

<sup>16</sup> Díez-Picazo y Gullón, op. cit., pág. 393. En un sentido similar se pronuncia también DE CASTRO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (1971), Madrid, pág. 15.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, “Interpretación, Creación y Desviación en el Proceso de Generación de las Normas”, Ponencia presentada en el Congreso sobre “Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos”, realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991.

<sup>18</sup> FELIÚ S., Olga, “El Ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios”, *Revista Actualidad Jurídica*, Año I, N° 1, enero 2000, pág. 83. Para un mayor análisis de los principios que integran la noción de “orden público económico” pueden verse FERNANDOIS V., Arturo, “El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980”, *Ius Publicum* N° 4 (2000), y RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, “Principios Constitucionales del Estado Empresario”, *Revista de Derecho Público*, Vol. N° 62, 2000, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.



para la *producción e interpretación* de las restantes normas del ordenamiento.<sup>19</sup> De ahí también que tales principios no sólo adquieran vigencia tratándose de las relaciones “autoridad – particular”, sino que posean también una dimensión *horizontal*. Por lo mismo, si la autonomía de la voluntad arranca de la Constitución y debe ser ejercida conforme a ella, “es acertado sostener que la regla matriz que rige el obrar de los particulares, especialmente en sus relaciones *entre sí*, es que puedan hacer y pactar cuanto no se encuentre expresamente prohibido”.<sup>19</sup>

Desde el punto de vista del funcionamiento de la economía, particularmente en aquella que asigna una función esencial al mercado, es innegable la trascendencia que debe atribuirse al contrato en general y, de un modo especial, a la libertad contractual.<sup>20</sup> La frustración de esta libertad, originada tanto en razón de prohibiciones legales como debido a una excesiva regulación, implica desperdiciar posibilidades de mayor bienestar económico y sólo debe aceptarse, por tanto, cuando concurren sólidas razones que justifiquen incurrir en el costo que tal frustración ineludiblemente acarrea.<sup>21</sup> Bajo esta perspectiva, *Butler*

<sup>19</sup> Citado por FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *Constitución y Autonomía de la Voluntad*, “Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello”, T. II, VVAA, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Lexis-Nexis, Santiago, 2005, pág. 1250

<sup>20</sup> Según destaca Barros, el derecho de los contratos favorece una justa ordenación de las relaciones económicas, desde el momento que se traduce en “una relación entre dos o más personas que no se determina según la voluntad de una sola de ellas o de una autoridad, sino conjuntamente por los contratantes de acuerdo con una voluntad común, de modo que el contrato no sólo está determinado autónomamente, sino, además, heterónomamente” (Schmidt – Rimpler). BARROS B., Enrique, “Derecho y Moral. Consideraciones a propósito del Derecho Civil y Penal de los Contratos”, *RDJ*, T. LXXX, N°2, 1983, pág. 55. En otra parte, el citado autor apunta: “Si se revisa la historia del derecho privado y del derecho penal, se comprueba que, llevada al extremo, la idea que subyace al positivismo jurídico es errónea. Que los contratos deban cumplirse; que se deba reparar el daño causado injustamente a terceros; que se deba responder por los hurtos o por las violaciones, no es el resultado de una voluntad imperativa y altamente aleatoria del titular del poder político, sino que responde a una tradición jurídica que se ha mostrado como correcta” (pág. 51).

<sup>21</sup> A fin de apreciar lo que se viene diciendo, imaginemos el siguiente ejemplo: Las partes que están dispuestas a efectuar aportes a una sociedad lo hacen sobre la base de que obtendrán una mayor contraprestación, rendimiento o utilidad mediante la realización de tales aportes que a través del uso de los recursos que los componen en forma individual o en otras actividades. El potencial de la sociedad como mecanismo jurídico para la asignación de recursos a sus actividades más productivas requiere que los titulares de tales recursos cuenten con los instrumentos legales necesarios para tal asignación. Así, por ejemplo, el titular de una patente puede desear explotar la inversión objeto de la misma mediante su aporte a una sociedad, debido a que existen otros socios potenciales con mayor capacidad de comercialización que el dueño de la patente, y a que tales socios potenciales no están dispuestos a realizar el gasto inicial que supondría comprar la patente. Puede ocurrir, sin embargo, que si se impone un límite al valor del aporte de la patente, a efectos de su cómputo como parte del capital social, y *no se permite que acciones con preferencia en el voto y en la distribución de utilidades compensen ese menor valor artificialmente imputado a la patente*, las partes utilicen otros mecanismos jurídicos para vincularse o prescindan totalmente de su vinculación. Así, por ejemplo, puede ocurrir que el dueño de la patente no está dispuesto a aportarla a una sociedad en la que no cuenta con el control de los órganos de gobierno. *En tal caso, las relaciones entre las partes no se estructuran de forma de permitir el uso más económico de sus recursos*. La patente será explotada directamente por su titular, aunque con un rendimiento menor que la explotación irrestricta en sociedad, perjudicando así a ambas partes. Ejemplo tomado de CABANELLAS, Guillermo, *Derecho Societario*, T. I, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, págs. 57 y 58.

apunta que los economistas han comenzado a comprender recientemente la naturaleza económica de la sociedad anónima; tanto así que en los últimos quince años la teoría económica de la empresa ha pasado de la lucha con la identificación de las condiciones económicas que conducían a la formación de éstas, a la disertación sobre sofisticadas cuestiones concernientes a las relaciones intraempresarias. Como consecuencia de esta evolución, los economistas han llegado a ver la empresa como una "conexión de contratos" entre los participantes de la organización, lo cual, a su vez, ha dado origen a la teoría contractual de la sociedad anónima.<sup>22</sup> Dicha teoría entiende que la sociedad anónima está fundada en un contrato privado, donde el rol del Estado se limita a hacer cumplir las convenciones. Por ello, el otorgamiento de la personalidad jurídica por el Estado sólo reconoce la existencia de una "conexión de contratos" denominada sociedad anónima, limitándose a asegurarle a cada contrato así conectado la misma protección legal y constitucional que a otros contratos ejecutables, como a garantizar también la libertad contractual necesaria para que las partes tengan la posibilidad de estructurar sus relaciones a voluntad. Con respecto a esto último, es razonable suponer que las partes de la interconexión de contratos que conforman una empresa se anticipen a los numerosos problemas asociados con la especialización, delegación, producción en equipo y relaciones de representación. De este modo, la libertad contractual permite a las partes estructurar sus relaciones de manera tal de mejorar la mayoría de los costos de representación inherentes a las grandes empresas. Y es también por ello que al definir los derechos, las normas constitutivas de una sociedad anónima desempeñan una función análoga a la de una constitución privada, de manera que las empresas pueden modificar algunos aspectos del derecho societario que les es aplicable, alterando las normas sobre constitución o reglamentos para adecuarlos a sus necesidades específicas. En este sentido, la conveniencia de ciertas normas de derecho societario debe evaluarse en función de las características de cada empresa en particular bajo examen, lo cual determina, tanto desde un punto de vista práctico como teórico, que sólo las partes contratantes pueden conocer el conjunto de normas que resulta más apropiado para las circunstancias. En definitiva –y en palabras del mismo autor– la teoría contractual ofrece una nueva perspectiva de la sociedad y del rol del derecho societario. La sociedad no es, en ningún sentido, un objeto de custodia del Estado, sino, más bien,

---

<sup>22</sup> A propósito de la perspectiva expuesta, Embid Irujo destaca el protagonismo adquirido en los últimos años por las tendencias "desreguladoras", orientadas, en lo esencial, a reducir el ámbito del derecho imperativo, y a aumentar, por consiguiente, el protagonismo de la autonomía de la voluntad. En atención a criterios y hechos diversos, entre los que destacan la globalización de la economía y la divulgación del análisis económico del derecho, con su visión de la empresa como una red de contratos, no puede desconocerse que, aunque de origen anglosajón, esta corriente desreguladora encuentra como estímulo la amplia disconformidad suscitada por el considerable incremento del derecho imperativo a la hora de establecer el régimen de la sociedad anónima. EMBID IRUJO, José Miguel, "Autonomía de la Voluntad, Estatutos Sociales y Derecho de Sociedades de Capital", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 32, N<sup>o</sup> 185-188, Depalma, Buenos Aires, 1999, págs. 212 y 213.

el producto de contratos entre los propietarios y otras personas. Una vez que este punto es aceptado completamente por los legisladores de los Estados y los analistas y operadores jurídicos, la forma societaria se librará finalmente de cadenas legales innecesarias e intrusas.<sup>23</sup>

Según se ha dicho, a la luz de nuestro ordenamiento constitucional y legal –y no sólo por consideraciones de *lege ferenda*– la sociedad anónima debe ser analizada desde una perspectiva “contractualista”,<sup>24</sup> lo cual encierra una evidente trascendencia jurídica y práctica. Si se estima, como nosotros postulamos, que la sociedad anónima –incluso en el supuesto que se trate de aquellas sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores– mantiene la naturaleza jurídica de un contrato, reconociéndosela, al mismo tiempo, como un mecanismo eficaz para la mejor utilización de los recursos, mayor será entonces el ámbito de aplicación y proyección de la autonomía privada a sus respectos.

Volviendo ahora a nuestro análisis en torno al concepto de “interés social”, constatamos que dentro de los cuerpos normativos que, en materia de conflictos de interés, consulta la legislación nacional, ha sido nuestro decimonónico Código Civil el primero en emplear la expresión “interés social” –v.gr. art. 2112– regulando explícitamente algunos casos en los cuales puede existir colisión entre dicho interés y el interés particular de determinados socios o bien de los mismos administradores de la compañía.

Como quiera que, según hemos visto, nuestro legislador –con mayores o menores matices– continúa considerando la sociedad anónima como una figura de carácter contractual,<sup>25</sup> y teniendo además presente que los preceptos de ambos códigos (civil y comercial) rigen supletoriamente a esta última –en cuanto no se opongan a su especial configuración típica– creemos necesario revisar, en primer lugar, los principios que en esta materia se aplican a los tipos societarios por ellos regulados, para enunciar, enseguida, las disposiciones especiales que se consultan en la normativa general que rige a las sociedades anónimas.

---

<sup>23</sup> BUTLER, Henry, “La Teoría Contractual de la Sociedad Anónima” (Traducido del inglés por la Dra. Ana Di Lorio), *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1993-A, Editorial Depalma, Buenos Aires (artículo publicado originalmente en “George Mason University Law Review”, vol. II, 4, pág. 99), págs. 17 y 18 y págs. 42-45.

<sup>24</sup> Lo que en modo alguno se opone a que algunos, v.gr. Messineo, precisen que la naturaleza jurídica de la sociedad se aviene más con la de un acto colectivo que con la figura de un contrato. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. V, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, pág. 296. De hecho, y según veremos, para los efectos que serán analizados en esta obra y, fundamentalmente, en relación con la problemática que plantean los conflictos de intereses, la referida distinción (acto colectivo o contrato) no se traduce en consecuencias de importancia.

<sup>25</sup> De hecho, la disposición del art. 2061 del CC sigue aún vigente, incluyendo explícitamente entre las especies de sociedad a la anónima.

## A) Principios contenidos en el Código Civil

Por de pronto, cabe recordar que dada la naturaleza contractual de la sociedad, las obligaciones que de ella emanan para sus diversas partes deben sujetarse al principio de la buena fe. Dicho principio, al decir de *Fueyo*, constituye un estándar jurídico, un patrón de conducta indicativo “de la orientación que el derecho pretende dar al individuo en sus “relaciones individuales”. De un modo aun más general, el mismo autor precisa: “Cuando el principio se dirige a la “conducta”, la buena fe en su esencia es imperativo de corrección, lealtad, honestidad, cumplimiento, sinceridad, moralidad y apego a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. Cuando el principio se dirige a la “norma”, ésta se interpreta, se integra o se crea con el auxilio del principio general de la buena fe, en cumplimiento de los fines del Derecho. Cuando se dirige a las decisiones, la autoridad –juez o no– obrará como corresponde”.<sup>26</sup>

Como es sabido, nuestro Código Civil se limita a reglamentar las sociedades colectivas civiles, partiendo de la base, primeramente, de tratarse de una sociedad de personas y, enseguida, del hecho que en ella generalmente existirá una identificación entre los socios, por un lado, y los administradores, por el otro. Con respecto a esto último, debe recordarse que conforme al artículo 2071, “la administración de la sociedad colectiva puede confiarse a uno o más de los socios, sea por el contrato de sociedad, sea por acto posterior unánimemente acordado”; previéndose que si nada se ha estipulado en relación al punto, “se entenderá que cada uno de ellos ha recibido de los otros el poder de administrar” (artículo 2081).

A consecuencia de la identificación que existe entre la calidad de socio y el rol de administrador de una sociedad colectiva, es evidente que la posibilidad de conflictos tiende a minimizarse, toda vez que aquella se traducirá, normalmente, en una conciliación natural entre los intereses de que se es titular en carácter de socio y aquellos que se posean en tanto administrador de esos mismos intereses. Ello, sin perjuicio de la plena vigencia del principio general de la buena fe (art. 1546) que pesa sobre los socios en cuanto son partes de un mismo contrato.

Ahora bien, siendo el principio general el que los administradores se miren como *mandatarios* de los socios, gran parte de los conflictos que puedan suscitarse en este ámbito encontrarán, a su vez, un criterio de solución en las disposiciones que rigen el mandato. En este sentido, debe recordarse que el Código Civil entró derechamente a regular los eventuales casos en que pudieran concurrir, a un mismo tiempo, intereses del mandante y del mandatario que fueren opuestos entre sí. En esta línea apuntan, por ejemplo, las normas

<sup>26</sup> FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, págs. 159 y 166.

que se contienen en los artículos 2144, 2145, 2146 y 2147. Las disposiciones citadas, atendida la relación existente entre los socios y la administración, son aplicables, *mutatis mutandis*, a las vinculaciones a que en esta materia da origen la sociedad colectiva.

En lo que respecta a los actos de administración de la sociedad y las facultades que en este ámbito la ley reconoce al administrador, resulta también elocuente la coincidencia entre las disposiciones que rigen el mandato y las aplicables a la sociedad. Así, por ejemplo, conforme al artículo 2131, “el mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar actos de administración” y, en armonía con ello, el artículo 2077, aplicable al contrato de sociedad, prescribe que “El socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato, y en lo que este callare, se entenderá que no le es permitido contraer a nombre de la sociedad otras obligaciones, ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones, que las comprendidas en el giro ordinario de ella”.

Por otra parte, y dado que si la administración se ha conferido a uno o más socios en el acto constitutivo de la sociedad las facultades que de ella emanan forman parte de las condiciones esenciales del contrato, el interés social puede incluso afectar la libertad del socio administrador para renunciar o no a su función. Así, de manera similar o análoga a lo que ocurre con respecto al mandatario (art. 2167), la ley consagra limitaciones para dicha renuncia (art. 2072), en cuanto entiende que puede afectar el interés *común* de los socios y la consideración que tuvieron en vista al momento de contratar; remitiéndose, además y expresamente, a las reglas del mandato ordinario cuando se trate de la renuncia del administrador que se ha designado como tal en un acto posterior a la constitución de la sociedad (art. 2074).

Relativamente a los conflictos que puedan suscitarse entre los socios, no ya con la administración que algunos ejerzan, sino que en su calidad de tales, también nuestro Código Civil se hace cargo de regular los eventuales conflictos, privilegiando siempre el interés social por sobre el interés individual, por legítimo que fuere, que posean los mismos. Como demostración de ello pueden citarse las disposiciones referidas a la renuncia de un socio, la que por regla general no produce efecto si la sociedad “se ha contratado por tiempo fijo, o para un negocio de duración limitada” (art. 2108); la imputación de mala fe para la renuncia que se ve motivada en el hecho de “apropiarse de una ganancia que debía pertenecer a la sociedad” (art. 2111); o la calificación de intempestiva para aquella que, atendida la oportunidad en que se hace, resulta “perjudicial a los intereses sociales”, hallándose obligado “el socio que desea retirarse” a “aguardar para ello un momento oportuno” (art. 2112). Fundados en la misma solución ante hipótesis de evidente conflicto entre el interés personal de un socio y el interés social, el artículo 2090 expresa que

“Si un socio hubiere recibido su cuota en un crédito social, y sus consocios no pudieren después obtener sus respectivas cuotas del mismo crédito, por insolvencia del deudor o por otro motivo, deberá el primero comunicar con los segundos lo que haya recibido, aunque no exceda a su cuota y aunque en la carta de pago la haya imputado a ella”.<sup>27</sup> Bajo la misma inspiración, el artículo 2092 previene que “Si un socio que administra es acreedor de una persona que es al mismo tiempo deudora de la sociedad, y si ambas deudas fueren exigibles, las cantidades que reciba en pago se imputarán a los dos créditos a prorrata, sin embargo de cualquiera otra imputación que haya hecho en la carta de pago, perjudicando a la sociedad...”. Por último, la disposición del artículo 2091, acorde con todo lo expuesto, dispone: “Los productos de las diversas gestiones de los socios en interés común *pertenecen a la sociedad*; y el socio cuya gestión haya sido más lucrativa, no por eso tendrá derecho a mayor beneficio en el producto de ella”.

De todo lo dicho se infiere, entonces, que los conflictos de intereses a que den lugar las relaciones que tengan entre sí los socios de una sociedad colectiva o bien éstos con la administración de la misma, deben resolverse conforme a principios o parámetros que implican salvaguardar la prevalencia del interés social –entendido como el interés “común” de los socios– por sobre el personal o individual de los socios. Asimismo, y en lo que respecta a la colisión entre dicho interés común y el interés de quienes ejercen la administración de la sociedad, el legislador ha previsto principios del todo similares a los que rigen para las partes que se hallan vinculadas mediante un contrato de mandato, lo que también supone privilegiar el interés por cuya cuenta se actúa y, por tanto, ajeno, antes que el interés propio.

Por otro lado, del análisis que ha precedido es dable colegir que el “interés social”, conforme a la noción que tenemos del mismo, es plenamente coincidente con los principios informadores que se aplican al funcionamiento de la sociedad colectiva civil en nuestro propio ordenamiento jurídico. En efecto, mediante las disposiciones que reglamentan la eventual confrontación entre los intereses de un socio y los demás, o bien entre los intereses de un socio y el administrador, queda claro que el interés prevaleciente es aquel que todas las partes tienen en “común” (la consecución del lucro por intermedio de la sociedad) y que su satisfacción debe alcanzarse precisamente mediante “*gestiones hechas en el interés común*”, es decir, a través del desarrollo o explotación del *objeto social* (giro ordinario). Como fácilmente se puede apreciar, con lo anterior no hacemos sino reproducir las notas distintivas que, algunas líneas atrás, hemos destacado para este concepto.

<sup>27</sup> Dicho precepto, a juicio de Colin y Capitant, constituye una elocuente manifestación del principio general en la materia, formulado como la “Subordinación del interés particular de un socio al interés social”. COLIN, Ambrosio, y CAPITANT, Henry, *Curso Elemental de Derecho Civil*, T. IV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949, pág. 619



## **B) Principios contenidos en el Código de Comercio**

De manera aun más explícita que nuestra legislación civil, el Código de Comercio se pronuncia directamente sobre las más comunes hipótesis de conflicto que pueden surgir en las relaciones de los socios entre sí y entre éstos y la administración. Sin embargo de ello, debe tenerse presente que los principios que respecto de esta misma materia consagra el Código Civil, pueden también recibir aplicación tratándose de sociedades mercantiles, no sólo en razón de su generalidad, sino que en virtud de la vigencia supletoria que los primeros poseen con respecto a la legislación comercial.

Aun cuando, en lo substancial, nos hallemos en presencia de unos mismos principios, para efectos de orden nos referiremos, separadamente, aunque de un modo sucinto, a los distintos tipos societarios que reglamenta el Código de Comercio.

### **a) Sociedades colectivas**

Partiendo de la misma base que subyace en la reglamentación de las sociedades civiles, esto es, la coincidencia que en general existe entre los sujetos que son propietarios de la sociedad y aquellos que ostentan la administración de sus intereses comunes, el Código de Comercio ha venido a precisar algunos de los conceptos que ya expresara su homónimo civil.

Los principios rectores que informan las soluciones a seguir en caso de confrontación entre el interés particular de un socio y el interés común o social se hallan consagrados en la norma del artículo 404 del Código de Comercio, que enumera determinadas *prohibiciones* que afectan al socio de la sociedad colectiva mercantil. De un modo especial, cabe destacar, para el efecto que nos interesa, las siguientes prohibiciones:

“2. Aplicar los fondos comunes a sus negocios particulares y usar en éstos de la firma social.

El socio que hubiere violado esta prohibición llevará a la masa común las ganancias, y cargará él solo con las pérdidas del negocio en que invierta los fondos distraídos, sin perjuicio de restituirlos a la sociedad e indemnizar los daños que ésta hubiere sufrido.

Podrá también ser excluido de la sociedad por sus consocios”.

“4. Explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad, y hacer sin consentimiento de todos los consocios operaciones particulares de

cualquiera especie cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio.

Los socios que contravengan a estas prohibiciones serán obligados a llevar al acervo común las ganancias y a soportar individualmente las pérdidas que les resultaren”.

Del precepto citado es posible desprender a lo menos dos consecuencias de importancia.

(i) Primeramente, ratifica lo que se ha venido sosteniendo a lo largo de estas notas en orden a que nuestro legislador, basándose en una concepción “contractualista” del interés social, lo identifica con el interés *común* de los socios, el cual debe a su vez satisfacerse mediante la explotación de las operaciones que se hallen comprendidas dentro del objeto social.

(ii) En segundo lugar, contempla una prohibición especial en lo referido a los negocios que puede desarrollar un socio y que impliquen una competencia con los negocios de la sociedad de que es parte. La restricción, en este ámbito, consiste en realizar actividades que supongan explotar la misma rama de industria en que se desenvuelve la sociedad. Adicionalmente, si el objeto social se ha definido en términos generales, queda prohibido a los socios ejecutar operaciones particulares, de cualquiera naturaleza que fueren, sin la autorización de los restantes, ya que en tales casos la ley presume que su realización podría implicar una potencial competencia para con la sociedad que integra. En todo caso, y según reza el artículo 405, “los socios no podrán negar la autorización que solicite alguno de ellos para realizar una operación mercantil, sin acreditar que las operaciones proyectadas les preparan un perjuicio cierto y manifiesto”.

La situación es diversa si el giro de la sociedad cuenta con una mayor precisión, toda vez que en tales casos los socios no pueden acometer por cuenta propia los negocios particulares que fueren susceptibles de incluirse en el giro de la compañía.

La prohibición que comentamos tiene alcances aun más amplios tratándose del socio industrial, desde el momento que el artículo 406 del mismo Código le impide “emprender negociación *alguna* que le distraiga de sus atenciones sociales”. En otras palabras, respecto del socio que se ha comprometido a aportar su trabajo a la sociedad, la restricción para desarrollar negocios por cuenta propia y al margen de la sociedad rige con independencia de que tales actividades sean o no susceptibles de ser desarrolladas por la misma sociedad.

## b) Sociedades en comandita

Dado que las sociedades organizadas bajo esta modalidad se rigen, en lo que no se opongan con la naturaleza jurídica de este contrato y a las disposiciones especiales que lo regulan, por las normas aplicables a la sociedad colectiva (art. 474), a continuación sólo haremos referencia a los preceptos que modifican o precisan los principios que informan los conflictos de interés en esta última.

La principal disposición en este ámbito se encuentra establecida en el artículo 488, conforme con el cual: "El comanditario que forma un establecimiento de la misma naturaleza que el establecimiento social, o toma parte como socio colectivo o comanditario en uno formado por otra persona, pierde el derecho de examinar los libros sociales, salvo que los intereses de tal establecimiento no se encuentren en oposición con los de la sociedad". La norma transcrita difiere de los artículos 404 y 406 por diversos conceptos, siendo los más relevantes los siguientes:

(i) En primer lugar, para efectos de configurarse un conflicto de intereses no bastaría con la ejecución, por parte del socio comanditario, de una operación particular, siendo necesario a este efecto que proceda a formar un establecimiento de la misma naturaleza que el establecimiento social. Con ello, a nuestro juicio, se estaría exigiendo que las actividades que se emprendan por cuenta propia lo sean bajo una modalidad que implique un cierto grado de proyección de las mismas en el tiempo.

(ii) La sola circunstancia de formar –o integrarse– a un establecimiento de la misma naturaleza que el establecimiento social, no implica, necesariamente, dar por configurado el conflicto, toda vez que la misma norma consulta la posibilidad de que "los intereses de tal establecimiento no se encuentren en oposición con los de la sociedad".

(iii) Enseguida, se entiende que hay conflicto de intereses no sólo cuando el socio explota *directamente* un establecimiento de igual naturaleza que el social, sino que también si tal explotación se realiza a través de otra sociedad que tenga el carácter de colectiva o en comandita.

(iv) Finalmente, y en el supuesto que, verificadas las condiciones reseñadas, deba entenderse configurado el conflicto de interés, la sanción para el socio que incurre en él es también diversa que la contemplada en caso de infringirse la prohibición contemplada para los socios colectivos. En efecto, mientras en este último caso se prevé la obligación de "llevar al acervo común las ganancias y a soportar individualmente las pérdidas que les resultaren", el socio comanditario, en cambio, "pierde el derecho de examinar los libros sociales", lo que

no deja de ser grave si se recuerda que la administración, en este tipo social, pertenece al socio gestor.

### c) Principios y normas contenidos en la Ley sobre Sociedades Anónimas

Atendida la finalidad de este trabajo, nos parece que no corresponde analizar aquí las reglas referidas a los conflictos de interés en la legislación sobre sociedades anónimas, lo que excedería con mucho el propósito perseguido con estas líneas. Por lo mismo, nos limitaremos a enunciar y comentar brevemente las disposiciones particulares que dicen relación con la materia y, específicamente, con aquellos compartimientos que pueden suscitar un conflicto con el *interés social*.

Para efectos de mera sistematización, es posible distinguir, por una parte, entre aquellos preceptos que se refieren directamente a los conflictos que pueden suscitarse entre accionistas y, por la otra, aquellos que miran la vinculación que se da entre la sociedad y sus administradores y en los cuales existe el riesgo de observar una conducta contraria al interés social. En relación con los primeros, los criterios básicos que informan la materia se encuentran, principalmente, en los artículos 30, 39, 89 y 93 de la LSA..

Relativamente a las hipótesis de colisión de intereses entre el interés social y el interés particular de un director o gerente, las disposiciones más relevantes se contienen en los artículos 42 y 44 de la misma ley. El primero de los citados consulta diversas prohibiciones a que se encuentra afecto un director, así como los gerentes, conforme a la remisión que se contiene en el art. 50 de la misma ley. Entre tales prohibiciones, y para los efectos que nos interesan, destacan las contenidas en los N°s 6° y 7° del referido art. 42. Tales disposiciones nos sitúan en un ámbito en el cual es susceptible de presentarse una confrontación entre el *interés social* y el interés personal de los directores, desde el momento que suponen el aprovechamiento de oportunidades comerciales que pudieren ser desarrolladas tanto por los administradores como por la compañía en la cual desempeñan su función.

Como bien señala un autor, las diversas manifestaciones que se originan a partir del deber de fidelidad pueden ser agrupadas en obligaciones positivas o de comportamiento activo, por un lado, y en obligaciones negativas o de abstención, por el otro. El núcleo de las obligaciones negativas puede, a su vez, condensarse en el siguiente principio: el administrador tiene prohibido obtener ventajas propias (o para un tercero) a costa del sacrificio de la sociedad. Dicho en otros términos, el director –o gerente, en su caso– debe abstenerse de todas aquellas actividades que, aun reportándole un beneficio, supongan, sin embargo, un daño para la sociedad y que, por consiguiente, aminoren su valor.

Una de las manifestaciones más relevantes de estas obligaciones de abstención consiste, precisamente, en no desviar las oportunidades de negocio cuando se dé aquella circunstancia. Y ello es así en razón de que el valor de mercado de una empresa viene dado, entre otros factores, por el valor actual de sus expectativas; por lo mismo, la preterición de la sociedad en la explotación de las oportunidades de negocio afecta su valor. La misma opinión hace ver que en la doctrina comparada, no obstante, suele subsumirse en la interdicción de desviar las oportunidades de negocio de la sociedad otra obligación de abstención: la prohibición de utilizar activos sociales para usos distintos de los sociales. En tal sentido, se dice por algunos que el uso por el administrador de activos sociales para la detección, desarrollo o ejecución de cualquier oportunidad de negocio en beneficio propio o de un tercero, hace que sobre ese negocio recaiga automáticamente un derecho a favor de la sociedad. Sin embargo, ello constituye un punto de vista erróneo toda vez que si bien el administrador incurre en deslealtad tanto si se desvían oportunidades de negocio como si se hace uso privado de fondos sociales, la raíz de la deslealtad es de muy distinta índole en uno y otro caso. En la primera hipótesis, sobre una cierta actividad existe originariamente un derecho de la sociedad que impide que el administrador la desvíe para sí o para un tercero y, por ello, es irrelevante si los recursos utilizados en ese comportamiento son propios del administrador, de un tercero o de la sociedad. En el segundo supuesto, en cambio, la deslealtad no deriva del hecho de que el administrador haya interferido en una oportunidad sobre la que la sociedad *ab initio* tiene un derecho, sino de la circunstancia de que se han utilizado activos sociales para propósitos distintos de los que exige la satisfacción del interés social, es decir, la obtención de beneficios para la sociedad. Por ello resulta indiferente si los activos sociales se han utilizado para la cobertura de necesidades personales o familiares o se han invertido en una operación lucrativa propia o ajena.<sup>28</sup>

Atendida la influencia que en muchos pasajes de nuestra legislación societaria y de valores ha ejercido el sistema norteamericano, estimamos oportuno hacer una breve referencia a la forma en que la jurisprudencia y doctrina estadounidense se aproximan a esta materia. De acuerdo con la opinión mayoritaria en las cortes de los Estados Unidos de América, si una determinada oportunidad de negocios es susceptible de ser aprovechada por la sociedad, entonces un fiduciario de la sociedad –tal como un gerente o un accionista controlador– no puede sacarle provecho por sí mismo o “usurparla”, salvo que se le haya dado consentimiento expreso para ello. A partir de este razonamiento, *Brudney y Clark* deducen dos consecuencias fundamentales, a saber: (i) que una oportunidad de negocio es parte del activo de una sociedad, y (ii) que los contratos mediante los cuales la persona delega el poder de administrar su propiedad a

---

<sup>28</sup> PORTELLANO DIEZ, Pedro, *Deber de Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidades de Negocio*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 23-25.

un tercero no tienen por qué enumerar todas las circunstancias en las cuales se teme que el agente así nombrado distraiga oportunidades de negocio que aparecen para la sociedad hacia su beneficio propio. No obstante, los mismos autores previenen que el problema no es tan sencillo como lo que esta rápida solución puede sugerir. No se trata tanto de saber si es legítimo que las oportunidades de negocio que se dirigen a la sociedad, en cuanto constituyen partes del activo que les incumbe administrar, sean aprovechadas por los gerentes y directores a modo de compensación por sus esfuerzos. La verdadera dificultad está ubicada "aguas arriba", al momento de determinar si la oportunidad de negocio en comento es una oportunidad que pertenece clara y especialmente a la sociedad. Para este efecto, se han propuesto dos enfoques diversos, el denominado "categórico" y el llamado "selectivo". El primero –que se estima apropiado para las sociedades anónimas "abiertas"– define la oportunidad de negocio que recae en el ámbito exclusivo de la sociedad de manera tan amplia como para "incluir todos los modos activos posibles de generar ganancias", limitando estrictamente las excepciones permitidas en beneficio de los gerentes y directores. El enfoque "selectivo" –que se propone para las sociedades "cerradas"– opta por una definición más restrictiva, en función de criterios basados en las operaciones prácticas a las cuales se refieren las oportunidades de negocio y en las necesidades y expectativas de la sociedad. El ámbito de las oportunidades fuera del alcance de los gerentes y directores depende entonces de la capacidad de dicho ejecutivo de demostrar que la oportunidad que aprovechó no cabía dentro del campo cubierto por el criterio aplicado en el caso litigioso. Asimismo y conforme a esta tesis, la distinción entre los dos tipos de sociedades mencionados ("abiertas" y "cerradas") se debe principalmente a una diferencia de tamaño y los autores citados aconsejan al legislador tener presente ambos contextos al momento de redactar los textos que regirán las sociedades. Tratándose de sociedades abiertas, se postula que las reglas del derecho de sociedades que definen las relaciones entre los accionistas entre sí mismos y el equipo administrador de la sociedad, constituye algo similar a un "contrato estándar", en el cual los actores que desempeñan los papeles de accionista, director, y de alto ejecutivo están automáticamente de acuerdo por el simple hecho de asumir estos roles. Por la inversa, la idea que los participantes de la sociedad debiesen ser considerados como celebrando voluntariamente un "contrato estándar", o un marco prefijado de roles y relaciones, se considera que tiene mucho menos relevancia en las sociedades cerradas.<sup>29</sup>

Ahora bien, desde la perspectiva de nuestra legislación positiva, planteada que fuere una situación concreta en la cual un mismo negocio pueda ser emprendido directamente por el director (o por una persona relacionada a él), o bien por la sociedad, la ley *no obliga* al primero a que necesariamente sacrifique o

<sup>29</sup> BRUDNEY, Víctor, y CLARK, Robert, *A New Look at Corporates Opportunities*, Harvard Law Review, Vol. 94, 1981, págs. 998-1017.



postergue su propio interés en beneficio de la segunda. Ello debido a que la conducta ilícita, consistente en hacer prevalecer el propio interés antes que el social, únicamente se configura si concurren las siguientes *condiciones*:

a) Que la oportunidad de negocio de que se trate sea susceptible de quedar comprendida dentro del *giro u objeto social*.<sup>30</sup> Ello es así por cuanto el objeto social, según destacamos en su momento, viene a acotar o fijar los límites del interés social, correspondiendo, en definitiva, a aquello que los propios accionistas, en el contrato mismo de sociedad, determinaron como el medio o forma de ejercitar la actividad societaria y procurarse los beneficios que esperan obtener de la compañía;

b) Que la correspondiente oportunidad de negocio haya sido *conocida* por el director *en su calidad de tal*, es decir, precisamente en razón del cargo o posición específica que posee en la sociedad. En consecuencia, estimamos legítimo que en determinadas circunstancias el director de una sociedad, que por razones ajenas a su cargo tomó conocimiento de un negocio susceptible de ser abordado tanto por él como por la sociedad que administra, opte por su propio interés, privando así a esta última de la expectativa o posibilidad de obtener un provecho del mismo; y

c) Que el director haga uso de tal oportunidad comercial, causando un *perjuicio* a la sociedad. En consecuencia, no cabe formular un reproche de ilicitud a la mera existencia de un conflicto que no se ha traducido, en términos prácticos, en un daño para el interés social. En este sentido, por tanto, no puede decirse que el simple hecho de plantearse intereses contrapuestos origine "*per se*" o en sí mismo una situación ilegítima, siendo lo esencial analizar la forma en que se resuelve el pertinente conflicto.

En nuestra opinión, las conclusiones signadas con las letras b) y c) precedentes se imponen a la luz de lo dispuesto en los N°s 6° y 7° del artículo 42 de la Ley de Sociedades Anónimas.<sup>31</sup> El primero, en cuanto prohíbe a los directores: "Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, *con perjuicio para la sociedad*, las oportunidades comerciales de que tuvieron conocimiento *en razón de sus*

<sup>30</sup> Según lo precisan Brudney y Clark, para la jurisprudencia estadounidense, el carácter necesario, esencial o de valor especial de la oportunidad de negocio aprovechada por el director o gerente se manifiesta *cuando esta oportunidad está vinculada con su giro y sólo si las consecuencias de la privación son tan relevantes como para amenazar la viabilidad de la empresa* (véase la nota 57, caso Kaplan v. Fenton, de 1971). La misma solución se aplica para aquellas oportunidades cuya distracción "daña" la empresa. Con todo, para dicha jurisprudencia, el hecho que la privación de la oportunidad de negocio implique una mera baja de ganancia no implica sanción del director o gerente por haberla aprovechado en vez de la empresa (op. cit., págs. 1016 y 1017).

<sup>31</sup> La necesidad de lesión al patrimonio social también puede predicarse respecto de las situaciones reguladas por el art. 44 de la LSA, cuyo inciso final da a entender, en términos inequívocos, que el reproche jurídico hacia la conducta del director implicado sólo tiene lugar en la medida que con su conducta se irroge un perjuicio a la sociedad.

*cargos*"; y el segundo, al impedirles, en términos generales, "usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social".

Finalmente, el artículo 44 de la LSA regula aquellos casos en que la sociedad pretenda celebrar un acto o contrato en el cual uno o más de sus directores pudiere tener interés. Sin entrar al detalle de la referida norma legal, fácil será advertir que el hecho de que un director, titular de un interés propio o de una persona relacionada a él, pretenda realizar una operación en la cual es también parte la compañía en que desempeña tal función, puede configurar para éste un evidente conflicto con el *interés social*.<sup>32</sup> Sin embargo, ante tales situaciones la ley, en general, no impide al director verificar la correspondiente transacción, sino que establece los medios necesarios para resolver el conflicto, fijando las reglas que debe observar a fin de que su actuación resulte legítima y ajustada a derecho. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otras soluciones seguidas por la legislación comparada, no ha establecido la prohibición genérica de que el director afectado emita su voto, disponiendo en cambio su obligación de revelar la situación de conflicto y exigiendo que se cumplan determinadas condiciones de equidad y transparencia para los efectos de concretar la operación. A nuestro juicio, la alternativa adoptada por nuestra ley parece la más apropiada, toda vez que, habiendo obligación de abstinencia para el director, se corre el riesgo que en una determinada situación la decisión de un asunto relevante quede entregada a la minoría (v.gr. si se trata de operaciones que se pretende realizar con los controladores de la sociedad) y, por la otra, de que en determinado caso no sea posible reunir el quórum mínimo necesario para aprobar la operación, con la consiguiente pérdida de una oportunidad de negocio para la sociedad, si tal fuera el caso.<sup>33</sup> Con todo, debe recordarse que si el acto o contrato de que se trata involucra "montos relevantes", el directorio deberá pronunciarse previamente si éste se ajusta a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado y, en el evento que se considere que no es posible determinar dichas condiciones, el directorio, *con la abstención del director con interés*, puede aprobar o rechazar la operación o, en su caso, designar para estos efectos a evaluadores independientes.

<sup>32</sup> En definitiva, "el conflicto de intereses afecta al administrador cuando éste tiene intereses personales incompatibles con los de la sociedad que representa en un determinado contrato, de tal modo que ésta no habría contratado o lo habría hecho en distintas condiciones de no haber mediado la intervención del administrador implicado". RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *Autocontratación y Conflictos de Intereses en el Derecho Privado Español*, Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris, Madrid, 2005, pág. 338.

<sup>33</sup> Por lo demás, estimamos que la solución comentada, en orden a permitir, bajo ciertas reglas, la participación del director en conflicto de interés no es ajena a otros capítulos de nuestra normativa comercial o económica. Así, por ejemplo, también enfrentan una situación de conflicto los directores de una compañía que es objeto de OPA, no obstante lo cual la ley –también con los resguardos de publicidad necesarios a fin de manifestar tal conflicto– no sólo les permite pronunciarse sobre la conveniencia o inconveniencia de la oferta, sino que, incluso, los obliga a emitir opinión en tal sentido (art. 207, letra c) de la Ley N° 18.045).



## Bibliografía citada

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Relaciones entre el Interés Social y el Interés Personal de los Directores de una Sociedad Anónima", *Revista Actualidad Jurídica*, N° 5, 2001.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los Principios Generales del Derecho*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003.

BARROS B., Enrique, "Derecho y Moral. Consideraciones a propósito del Derecho Civil y Penal de los Contratos", *RDJ*, T. LXXX, N° 2, 1983.

BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1ª. ed., s/a.

BRUDNEY, Víctor, y CLARK, Robert, "A New Look at Corporates Opportunities", *Harvard Law Review*, Vol. 94, 1981.

BRUNETTI, Antonio, *Sociedades Mercantiles*, T. II, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.

BUTLER, Henry, "La Teoría Contractual de la Sociedad Anónima" (Traducido del inglés por la Dra. Ana Di Lorio), *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1993-A, Editorial Depalma, Buenos Aires (artículo publicado originalmente en *George Mason University Law Review*, vol. II, 4, p. 99).

CABANELLAS, Guillermo, *Derecho Societario*, T. I, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993.

CARIOTA FERRARA, Luigi, *El Negocio Jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956.

COLIN, Ambrosio, y CAPITANT, Henry, *Curso Elemental de Derecho Civil*, T. IV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949.

CORRAL TALCIANI, Hernán, "El Concepto Jurídico de Persona. Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. N° 17, N° 2, 1990.

DE CASTRO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (1971), Madrid.

DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1989.

EMBID IRUJO, José Miguel, "Autonomía de la Voluntad, Estatutos Sociales y Derecho de Sociedades de Capital", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 32, N°s 185-188, Depalma, Buenos Aires, 1999.

ETCHEVERRY, Raúl, "Algunas reflexiones sobre la contraposición de intereses en el ámbito de la dirección de las sociedades anónimas", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

FELIÚ S., Olga, "El Ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios", *Revista Actualidad Jurídica*, Año I, N° 1, enero 2000.

FERMANDOIS V., Arturo, "El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980", *Ius Publicum* N° 4 (2000).

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "El Supuesto de la denominada "Autonomía de la Voluntad", en *Instituciones de Derecho Privado, "Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios"*, Palestra Editores, Lima-Perú y Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2000.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, "Constitución y Autonomía de la Voluntad", *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, T. II, VVAA, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Lexis-Nexis, Santiago, 2005.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, "Fundamentos Constitucionales del Derecho de los Contratos: Intangibilidad, Autonomía de la Voluntad y Buena Fe", *Cuadernos de Extensión Jurídica* N° 6, Universidad de los Andes, Santiago, 2002.

FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

LYON PUELMA, Alberto, *Teoría de la Personalidad*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993.

MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. V, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

PIETROBON, Vittorino, *El Error en la Doctrina del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

PORTELLANO DIEZ, Pedro, *Deber de Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidades de Negocio*, Civitas, Madrid, 1996.

PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Sociedades*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, "Interpretación, Creación y Desviación en el Proceso de Generación de las Normas", Ponencia presentada en el Congreso sobre "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos", realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991.

RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *Autocontratación y Conflictos de Intereses en el Derecho Privado Español*, Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris, Madrid, 2005.

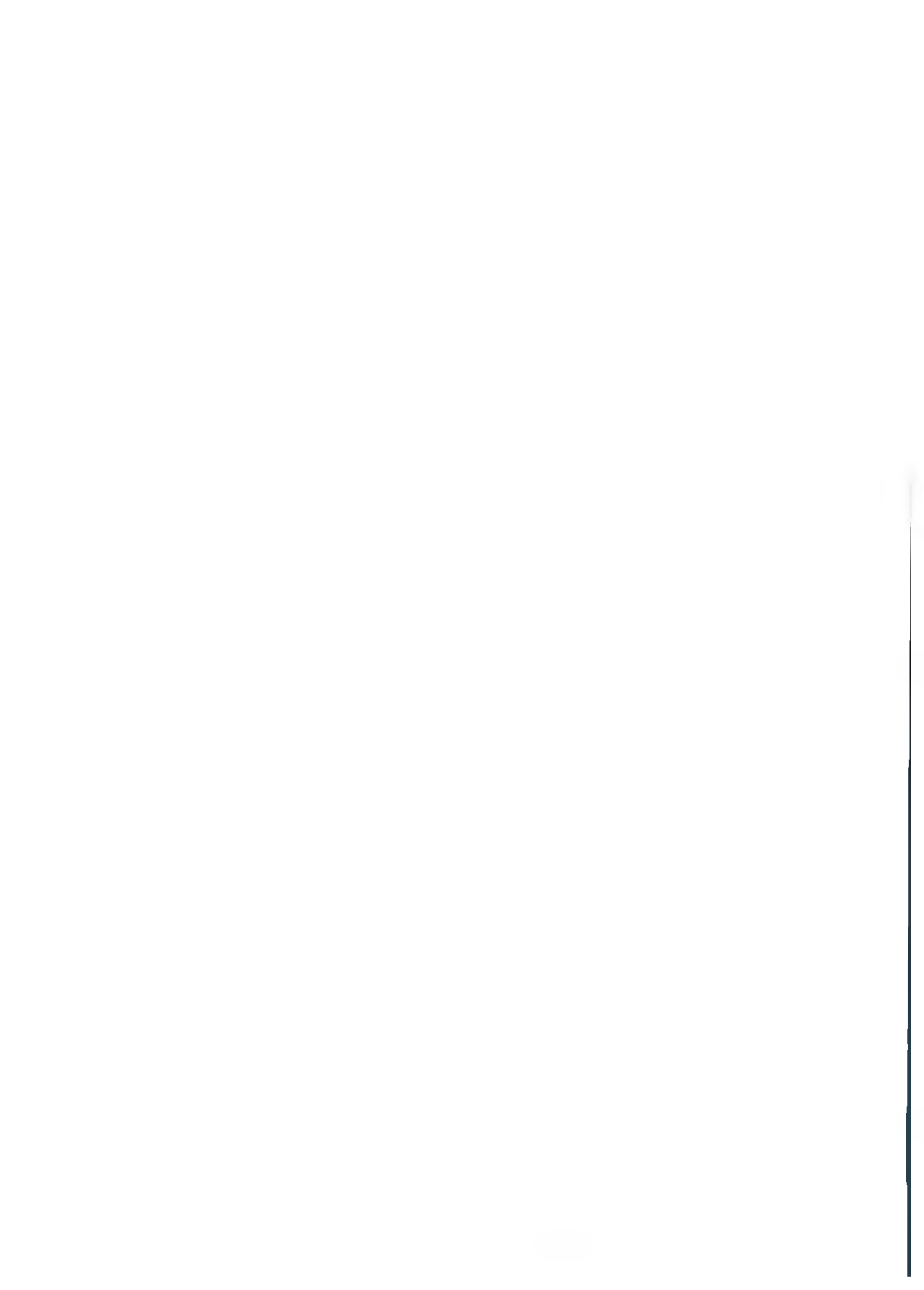
ROIMISER, Mónica, *El Interés Social en la Sociedad Anónima*, Depalma, Buenos Aires, 1979.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, "Principios Constitucionales del Estado Empresario", *Revista de Derecho Público*, Vol. N° 62, 2000, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

ZEGERS, Matías, y ARTEAGA, Ignacio, "Interés Social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, N° 2, 2004.



# Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa

**Iván Aróstica Maldonado**

Profesor Derecho Administrativo  
Director del Departamento de Derecho Público  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## Una deslegalización inconstitucional

1. “Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio”, dice con tono inflexible el art. 3° inciso 1° del Código Civil, como se sabe, al consagrar el viejo principio de que la “*interpretatio generalis et necesaria*” está por definición radicada en el Legislador.<sup>1</sup>

Hoy, su poderosa y suficiente justificación es que si la ley manda, prohíbe o permite en aquellos asuntos que la Constitución (art. 63) enumera como propios y exclusivos del dominio legal, resulta obvio que esa declaración de la voluntad soberana únicamente puede ser precisada –con generalidad vinculante– por intermedio de un acto proveniente del mismo legislador.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Alejandro Guzmán Brito, *La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile*, en “Interpretación, integración y razonamiento jurídicos” (varios autores) Editorial Jurídica de Chile (1992), 41-87.

<sup>2</sup> Lo que, por lo demás, ha sido una constante en la evolución constitucional chilena. Que parte con la Carta de 1818 (título 2 capítulo III art. 3), cuando señalaba que “En los casos particulares que ocurran sobre la inteligencia de lo ya establecido ó que nuevamente se estableciese, ó en defecto de prevención en cualquier estatuto, reglamento, etc., que el Senado diese, resolverá él por sí sólo las dudas, sin las consultas de que habla el artículo antecedente” (al Director Supremo).

Sigue con la Constitución de 1822 (art. 47 N° 32), al prevenir que “Corresponderá al Congreso: Interpretar, adicionar, derogar, proponer y decretar las leyes en caso necesario”, y que es atribución del Tribunal Supremo de Justicia (art. 166 N° 9) “En oír las dudas sobre la inteligencia de la ley, para consultarlas al Supremo Poder Legislativo”. Y continúa con la Constitución de 1823 (art. 149 N° 2), al indicar que la Suprema Corte de Justicia conoce en única instancia: “En las dudas sobre la inteligencia de una ley para consultar el Senado, no poniendo su dictamen intertanto”.

El esclarecimiento de la ley con alcance global e imperativo, entonces, constituye una “materia de exclusiva reserva legal”, según se deriva directa e inmediatamente de la Carta Fundamental.<sup>3</sup>

*Sólo toca al legislador...*

2. Todo muy coherente, muy exacto. Si no fuera por los muchos (demasiados) casos en que el Congreso Nacional cede esa porción de su soberanía a órganos componentes de la Administración.

2.1) No digamos en favor del Presidente de la República, a quien por lo menos durante el siglo 19 la Ley de Ministerios de 1837 (art. 3 N° 4) facultaba para atender –por conducto del Ministerio de Justicia– “Las consultas de los Tribunales sobre interpretación, reforma, derogación de las leyes existentes o formación de estas”.<sup>4</sup>

Pase, en cuanto último resabio del antiguo “referimiento al Emperador”.

No digamos en favor de la Contraloría General de la República, a quien su ley orgánica constitucional N° 10.336 le permite expedir “dictámenes” que obligan a los servicios de la Administración sujetos a su fiscalización (art. 5°), “para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen” (art. 6°).<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Don Carlos Ducci Claro pensaba que el art. 3° inciso 1° del Código Civil sólo tiene jerarquía legal, y no constitucional, por lo que –en su concepto– nada obsta que otra ley faculte a determinados órganos de la Administración para interpretar textos legales de un modo general y obligatorio: *Interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile (1977), 42 y 161.

Opinión que no podemos compartir, porque significa desconocer que la citada norma no hace más que extraer la consecuencia lógica de un principio que está en la Constitución. E implica el absurdo de aceptar que la hipotética derogación del art. 3° inciso 1°, por una ley simple y sin reforma constitucional de por medio, impediría al Congreso Nacional interpretar sus propias leyes a futuro, lo que no es admisible.

<sup>4</sup> La segunda Ley de Ministerios, DFL 7.912, de 1927, fue más cuidadosa al redactar la norma equivalente (art. 7° letra e), señalando que compete al Primer Mandatario, a través del Ministerio de Justicia, “La atención de las consultas de los Tribunales sobre interpretación, reforma o derogación de las leyes existentes y la preparación de los mensajes relativos a dichos asuntos”. La vigente ley orgánica de esa Secretaría de Estado, DL 3.346 de 1980 (art. 2° letra i) le comete “Proponer al Presidente de la República las medidas necesarias para solucionar las dificultades que le sean formuladas en materia de inteligencia y aplicación de las leyes, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5° del Código Civil y 102 del Código Orgánico de Tribunales”.

Siendo, entonces, que la Constitución (art. 76) prohíbe al Presidente de la República “avocarse causas pendientes”, las “medidas” que le sean requeridas por el Presidente de la Corte Suprema al inaugurar el año judicial respectivo, en lo que hace al esclarecimiento de una ley, no pueden sino traducirse en el pertinente mensaje que dé origen a un proyecto de ley interpretativa, a fin de que el Congreso Nacional zanje la dificultad detectada.

<sup>5</sup> La Contraloría General, creada por DFL 400 bis de 1927, pronto vería incorporada esta facultad interpretativa dentro de sus atribuciones por el DFL 2.960 bis de 1928 (art. 7°), luego ampliada por el DL 258 de 1932 (art. 7°), hasta llegar a la citada ley 10.336 (arts. 5°, 6°, 9° y 19).

Sobre el tema, Eduardo Soto Kloss, *El Recurso de Protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile (1982) 365-393. Nuestro *Notas sobre los Dictámenes de la Contraloría General*

Pase, por tratarse de un órgano con rango constitucional y con una trayectoria ya consolidada. Y porque al menos en la designación del Contralor General interviene el Senado (art. 98 de la Constitución), lo que le confiere legitimidad suficiente para pronunciarse sobre la genuina voluntad del legislador.

2.2) Pensamos más bien, no sin cierta mortificación, en que esa facultad interpretativa de las leyes el Congreso la dispensa generosamente a otros muchos organismos fiscalizadores de la Administración. A entidades que además de supervigilar el estricto cumplimiento de la respectiva normativa sectorial (ejerciendo ahí una función típicamente administrativa de control), sin separación de roles, al propio tiempo acumulan competencias legislativas (ésta, la de poder interpretar las leyes de modo imperativo y con radio general) y, aun, jurisdiccionales (al capacitárselos para sancionar su incumplimiento).

Por eso, no es de extrañar que se hayan dejado sentir voces denunciando esta "concentración de poderes" (fiscalizar, normar y penar) en órganos de la Administración.<sup>6</sup>

3. Los ejemplos sobran. Está el DFL 7 (Hacienda) de 1980 (art. 7° letra b) y el Código Tributario (art. 6° N° 1 letra A), que permiten al Director del Servicio de Impuestos Internos interpretar administrativamente las normas tributarias. El DFL 2 (Trabajo) de 1967 (art. 1°) y el Código del ramo (art. 476), que facultan a la Dirección del Trabajo para fijar de oficio o a petición de parte, por medio de dictámenes, el sentido y alcance de las leyes laborales.

Otros casos se encuentran en los estatutos orgánicos de la Superintendencia de Seguridad Social, Ley 16.396 (art. 38 letra f); de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, DL 1.097 de 1975 (art. 12 inciso 2°); de la Superintendencia de Valores y Seguros, DL 3.538 de 1980 (art. 4° letra a); de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Ley 18.410 (art. 3° N° 34); de la Superintendencia de Salud, según su estatuto aprobado por el art. 6° de la Ley 19.937 (art. 6° N° 1), y de la Superintendencia de Casinos de Juego, Ley 19.995 (art. 42 N° 7). O en la Ley 18.168, General de Telecomunicaciones (art. 6°),

---

de la República en actas de las XX Jornadas de Derecho Público, Universidad de Valparaíso (1990) 531-553. Gastón Astorquiza Altaner, *A propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General y su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico. Fundamentos. Condiciones. Criterios*, en "La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° año de vida institucional" (2002) 167-187.

<sup>6</sup> Los profesores Eugenio Evans Espiñeira y Eduardo Soto Kloss han abierto fuegos contra esta práctica, en sugestivos artículos de opinión. El primero en *Interpretación Legal*, El Mercurio (Santiago) 3.7.1999, cuerpo A pág. 2, y en *Legislación y "vías administrativas"*, El Mercurio (Santiago) 12.6.2006 A. 2. Soto Kloss en *La concentración del poder administrativo en Chile (Normar, fiscalizar y juzgar en las mismas manos)*, La Semana Jurídica N° 221 (31 enero-6 febrero 2005) y *La Segunda* (Santiago) 1.12.2004. De este último, también es de citar *Estado de hecho o Estado de derecho. La protección de los derechos de las personas en la Constitución y en la práctica*, revista *Ius Publicum* (Universidad Santo Tomás) N° 8 (2002) 107-124.

que atribuye al Ministro del área la interpretación técnica de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones. Entre varios otros que fatigan la estadística y demuestran la acusada banalización.

4. Acaso cabe explicar esta práctica como un reflejo tardío del “Estado Moderado”.<sup>7</sup> De aquel paradigma concebido en la década de 1930 que quiso hacer del Gobierno el gran rector de la economía; el omnipresente guardián llamado a controlar la realización de las actividades empresariales y comerciales privadas a través de una amplia gama de entidades semifiscales, parcialmente autónomas del Ejecutivo, pero formando parte de la Administración Pública, que asumen un intenso poder normativo tendiente a disciplinar dichas actividades, por medio de una paraleglislación compuesta por meticulosos e innumerables instructivos y dictámenes.

Supongo –otra explicación– que se debe al hecho que el Congreso asume a priori que, respecto de una materia compleja, la ley puede ser leída y releída en muy diversos planos, y sin tiempo ni antecedentes para ser más prolijo o consistente, en afán de un “pronto despacho”, prefiere que ésta sea explicitada a posteriori por una Administración supuestamente “más expedita y especializada”.<sup>8</sup>

## Interpretaciones abusivas e ilegales

1. Pero si nunca vale la pena sacrificar la Constitución, menos se justifica cuando no se cumple –en la práctica– esa expectativa de adosar a la ley unos dictámenes administrativos plenos de rigor técnico, con carácter puramente consultivos y mientras el legislador no pone claridad en la materia.

<sup>7</sup> Un texto acerca del origen y causas de esta concepción es *Herido en el ala. Estado, oligarquías y subdesarrollo. Chile 1924-1960*, de Adolfo Ibáñez Santa María, Universidad Andrés Bello (Santiago) 1ª edición (2003) especialmente páginas 157-160.

<sup>8</sup> O porque en la discusión parlamentaria no se ha arribado a un criterio unitario y autosuficiente, merced al cual la ley pueda bastarse a sí misma, ahora reclutando la opinión de que las leyes tendrían que comprimirse a reglar sólo lo básico o medular de una materia, para dejar el resto a la Administración. Todo ello, sumado, está dando origen a unas normativas tan escuetas e incompletas (in albis o que nunca superaron, en verdad, el estadio de “proyectos de ley”), que siempre se ven expuestas a ser “complementadas” a través de simples reglamentos, o “interpretadas” por medio de meros dictámenes administrativos.

En torno a éste y otros déficit crónicos de la legislación, es ya clásico Jorge Tapia Valdés y su *La técnica legislativa*, colección Seminario de Derecho Público N° 4, Editorial Jurídica de Chile (1960). Eduardo Novoa Monreal, *La crisis del sistema legal chileno*, en RDJ 62 (1965) 1ª. Parte sección Derecho, 227-243 (con quien concordamos en su diagnóstico, que no en sus conclusiones: pp. 230-231). Con mayor acopio de antecedentes históricos, Bernardino Bravo Lira, *Seguridad jurídica y legalidad*, en “Derecho y Seguridad Jurídica” (varios autores) Colección Seminarios (Fac. Derecho Universidad de Chile) N° 6 (1983) 69-90. Una aproximación a los problemas que ello trae consigo, en la práctica, en El Mercurio (Santiago) 12.5.2005 cuerpo B, Economía y Negocios, pág. 6.

En España, Eduardo García de Enterría, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas (Madrid) 1ª ed. (1999) reimpresión (2000), especialmente 47-52.



Es que, lamentablemente, no son pocos los abusos y demasías en que incurren estos funcionarios comisionados para poner claridad en la ley.

Sin que el recuento sea taxativo, cuando por ejemplo:

a) a pretexto de en una interpretación “finalista” de la ley, se torturan los textos hasta hacerlos confesar aquello que conviene al gobierno de turno, poniendo la norma al servicio del Estado y no de la persona humana, como manda la Constitución (art. 1° inciso 4°);<sup>9</sup> o

b) a excusa de darle eficacia práctica a la norma y de explotar todas sus potencialidades, se extienden sus disposiciones hasta cubrir actuaciones administrativas que, en rigor, no encuentran respaldo expreso alguno en la ley, lo que también infringe la Constitución (art. 7° incisos 1° y 2°); o

c) no se reducen estos funcionarios a interpretar únicamente las específicas normas sectoriales afectas a su fiscalización, dentro de su respectiva competencia y especialidad técnica, sino que incursionan en la hermenéutica (por lo común extensiva) que aquellas otras disposiciones relativas al funcionamiento y atribuciones del mismo servicio o entidad pública al que pertenecen, no obstante que –en sede administrativa– la aclaración de estas últimas incumbe privativamente a la Contraloría General de la República, acorde con la ley 10.336; o

d) en ausencia de puntos oscuros que aclarar, en verdad no se restringen a declarar el sentido de las leyes, sino que razonan con miras, o a alterar un estatus jurídico anterior, dirimiendo una situación controvertida, o a innovar en el ordenamiento vigente, expresando una voluntad de mandar, prohibir o permitir. A pesar que, lo primero, sólo podría ser resuelto por una sentencia de

---

<sup>9</sup> La llamada “interpretación finalista de la ley” viene siendo propiciada por la Contraloría General desde su conocido Oficio N° 70.118 de 1970, donde se lee que la ley “constituye un medio para alcanzar ciertas finalidades determinadas por el Poder Público que la aprueba”, de forma que “la ley debe ser apreciada como un instrumento para lograr (los) fines previstos por el legislador y nunca como un fin en sí misma”.

Convengamos que es así. En el recto entendido que la labor interpretativa de una ley exige hacerla operativa y desechar cualquier hermenéutica que conduzca a su ineficacia práctica, porque al igual que los contratos (art. 1562 del Código Civil), la ley es también una manifestación “de voluntad” (en concepto del art. 1° del mismo Código), esto es, que tiene por objeto alterar una situación anterior en algún sentido definido, y no dejarla tal cual como estaba previamente.

Mas este método no puede llegar a validar un “uso alternativo de la ley”, en procura de acomodarla a los propósitos de cada gobernante, porque ello importaría invertir los términos del art. 7° de la Constitución referente al principio de legalidad, en que es la voluntad del legislador la que supedita a los funcionarios, y no al revés. O por ponerlo como ha dicho nuestra Judicatura en los casos *Martínez Morales* (1999) y *Bellsouth Comunicaciones S.A.* (2002), porque, además de encerrar el peligro de relativizar la ley, es inaceptable considerar legítimo el criterio de que “el fin justifica los medios”: Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 96 (1999) 2.5, 73-80, y tomo 99 (2002) 2.5, 189-200, respectivamente.

los tribunales<sup>10</sup> y, lo segundo, debe tener su fuente en una ley modificatoria,<sup>11</sup> acorde con la Constitución (arts. 76 y 66, respectivamente); o

e) lejos de esclarecer una situación, crean mayor confusión con sus pronunciamientos que –más atentos a la coyuntura política que al recto sentido de la ley– un día entienden una cosa y al siguiente otra, con grave quebranto para la seguridad jurídica.<sup>12</sup>

2. No sé hasta dónde las observaciones señaladas pueden ser de alguna sorpresa para quien las ha padecido. Para nosotros, harto más reprochable es que la figura del intérprete administrativo resiente severamente varios principios básicos en que reposa nuestra institucionalidad.

2.1) Por de pronto, porque si algún efecto jurídico concreto puede atribuirse a la declaración hecha solemnemente por la Constitución (art. 4°), en orden a que Chile es una república democrática, esa consecuencia es que tanto las leyes como las aclaraciones que les son menester deben ser objeto de discusión, análisis y producción en el mismo foro parlamentario, así sea por una simple razón de equivalencia.

De allí que no esté previsto que el Legislativo pueda desprenderse o hacer cesión de la soberanía, cuyo “ejercicio” (y no disposición) le confía directamente la Constitución (art. 5° inciso 1°), sin intermediarios. Recordémoslo, la única “delegación” de potestades legislativas conforme a la Constitución (art. 64) es la que recae en el Presidente de la República, sólo en él (y no en otros agentes gubernamentales), exclusivamente para dictar decretos con fuerza de ley (no otros actos de dictamen con fuerza de cosa interpretada), y por el plazo limitado de un año (nunca de manera indefinida).

2.2) Es más, hay prohibición expresa en la Carta de 1980 (art. 64 inciso 2°) para delegar el ejercicio de la función legislativa “en materias comprendidas en las garantías constitucionales”, acorde con el propósito varias veces manifestado en el texto supremo, de que la regulación, complementación o interpretación

<sup>10</sup> Como sucede a menudo con la Dirección del Trabajo, que por esta vía pretende dirimir conflictos laborales que, naturalmente, son de competencia de los juzgados del trabajo. Lo que excede sus facultades y la convierte en una “comisión especial” reñida con la Constitución (art. 19 N° 3 inc. 4°), como se ha dicho reiteradamente en innumerables recursos de protección acogidos: v.gr. en RDJ tomo 88 (1991) 2.5, 281-286, y tomo 99 (2002) 2.5, 212-215 (en pp. 212-213 se citan otras decenas de casos), y 394-399 (en pág. 395 se apuntan otros muchos más).

<sup>11</sup> Entre muchas que se han pronunciado negándole esta posibilidad a los dictámenes y circulares administrativos, v. las sentencias publicadas en RDJ tomo 94 (1997) 2.5, 129-137; tomo 95 (1998) 2.5, 37-40, y tomo 99 (2002) 2.5, 51-58.

<sup>12</sup> Seguramente, aquí han de quedar como “ejemplo de cátedra”, esos tres dictámenes que en menos de tres meses emitió la Dirección del Trabajo el año 2004, respecto del efecto que tendría en los salarios la reducción de la jornada máxima laboral dispuesta por la Ley 19.759 (artículo único N° 7 letra a): oficios ordinarios Nos. 3.118/16 (13.7.2004), 4.388/168 (22.9.2004) y 4.415/171 (8.10.2004).

de los derechos que él asegura, corresponden exclusivamente al ámbito de la ley, por lo que ni la Administración ni ningún otro poder público puede atribuirse la facultad de normar estos aspectos.

Es que esta es, justamente, la “garantía normativa” concebida por esta y todas las Cartas Fundamentales para asegurar los derechos reconocidos a las personas: que su legítimo ejercicio únicamente puede ser disciplinado ley mediante. Y si bien se fija, siempre que la competencia para interpretar una ley sectorial se deriva a algún órgano administrativo, de una u otra forma, a la postre, quedan comprometidos los derechos de las personas afectas a esa normativa (derechos propietarios, laborales, provisionales, tributarios, empresariales, etc.), precisamente porque la eficacia práctica de tales derechos pende, en definitiva, del sentido y alcance que se atribuya a dicha ley que los regula o complementa.

### **Reclamo judicial<sup>13</sup>**

1. Por lo menos, el hecho que las cuestionadas leyes prevengan que se encarga al ente fiscalizador sólo la “interpretación administrativa”, o que ésta es “sin perjuicio de las facultades propias de los tribunales”, como es de estilo, ya deja entrever que el criterio adoptado en un dictamen administrativo –coincidencias aparte– no resulta forzosamente vinculante para los órganos jurisdiccionales. En tanto independientes para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, y sin más deber que atenerse a las leyes o a los principios generales del derecho para fundamentar sus fallos.<sup>14</sup>

Y anticipa que estos actos son susceptibles de enjuiciamiento jurisdiccional, directa e inmediatamente.<sup>15</sup> Más aún si se atiende a la Ley 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, la cual dispone que “todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes” (art. 2º), que ésta debe observar el principio de “impugnabilidad de los actos administrativos” (art. 3º inciso 2º), y que “los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos (administrativos) que establezca la ley... sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar” (art. 10).

<sup>13</sup> No se trata en este acápite sobre la impugnación de las leyes cuestionadas por razón de inconstitucionalidad, de que, en todo caso, tendría que conocer el Tribunal Constitucional (art. 93 Nos. 6 y 7 de la Carta), sino de la posibilidad que los dictámenes administrativos derivados de tales leyes sean discutidos en sede judicial.

<sup>14</sup> El punto es pacífico y hay una larga línea jurisprudencial en esta orientación: entre otras, v. sentencias publicadas en RDJ tomo 78 (1981) 2.1, 93-95; tomo 83 (1986) 2.2, 7-10; tomo 84 (1987) 2.5, 83-85; tomo 85 (1988) 2.5, 262-266; LSJ N° 247 (1-7 agosto 2005) 6-7, etc.

<sup>15</sup> Sobre impugnación de los dictámenes de Contraloría General en recurso de protección, v. RDJ tomo 86 (1989) 2.5, 206-210; tomo 96 (1999) 2.5, 147-153, y tomo 97 (2000) 2.5, 73-82. Para la jurisprudencia anterior, lo citado de Soto Kloss y nuestro, en nota 5 anterior.

Siendo de destacar que dentro de la expresión “acto administrativo” no sólo se entienden comprendidos aquellos decisorios o declarativos de voluntad que se formalizan en decretos y resoluciones, sino que también los “dictámenes o declaraciones de juicio”, según la Ley 19.880 sobre bases de los procedimientos administrativos (art. 3°).

2. Ahora, puestos a precisar qué vías procesales se pueden impetrar al efecto, detengámonos primero en el recurso de protección, consagrado en el art. 20 de la Constitución para amparar a las personas frente a actos ilegales o arbitrarios causantes de cualquier privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de sus derechos.

Especialmente en aquellos fallos que mal entienden que la referida acción conservadora no está destinada a resolver conflictos o dificultades de interpretación o aplicación de normas legales. Que no pueden merecer el carácter de impugnables los dictámenes e informes declarativos de una mera interpretación general, en cuanto serían incapaces por sí solos para afectar la esfera jurídica, concreta y particular de una persona.<sup>16</sup>

Nada más errado. Porque aun si el dictamen recurrido se ha limitado a fijar una interpretación en abstracto, por lo mismo que es “obligatorio” (dentro de cuyos términos forzosamente la autoridad administrativa habrá de subsumir todos los casos individuales que debe resolver a futuro) y “general” (puesto que ha de alcanzar, necesariamente, incluso el caso específico del particular afectado), de suyo, entonces, ese pronunciamiento administrativo puede estimarse desde ya como constitutivo de una “amenaza” cierta y fundada. Susceptible, por ende, de ser dejado sin efecto por el tribunal si tal dictamen es ilegal (en cuando excede o tergiversa la ley que dice interpretar) y con ello amaga el derecho cuya cautela, resguardo o protección preventiva se solicita.

2.2) Todavía más procede la acción constitucional de protección cuando, auscultando los dictámenes administrativos comúnmente recurridos, de su sola lectura surge de manifiesto que, enseguida de interpretar en general, extraen de esta operación unas consecuencias o efectos particulares tales, reveladores de que su verdadero objeto consiste en resolver sobre la situación subjetiva de una o más personas determinadas, directamente y por sí mismos, sin necesidad de mediación de otros actos administrativos posteriores.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> En este criterio, v. la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 30.4.2004 (rol 2.586-2003), confirmada por la Corte Suprema el 23.6.2004 (rol 1.826-04), en LSJ N° 196 (9-15 agosto 2004), y la sentencia de la CS de 28.9.2004 (rol 3.611-2004) en LSJ N° 210 (15-21 noviembre 2004) 5.

<sup>17</sup> El argumento que viene a continuación gira sobre la lógica que los dictámenes interpretativos deben seguir la misma suerte de las leyes interpretativas: que a éstas sólo les corresponde precisar el sentido y alcance de una determinada norma, mas no deducir las consecuencias que deriven o fluyan de la ley interpretada. Tal como lo dice el Código Civil (art. 9° inc. 2°) y lo sentara el Tribunal Constitucional en sentencia de 16.7.1982 (rol 12) a propósito de la Ley 18.152 (considerando 12°).

En circunstancias que si el asunto es de carácter litigioso, *dirimirlo* "pertenece exclusivamente a los tribunales", merced a la Constitución (art. 76), lo que obliga a los órganos administrativos a abstenerse de cualquier pronunciamiento mientras tanto. Y si es de carácter administrativo, *decidirlo* corresponde únicamente a un acto de voluntad sancionado por "decreto o resolución", acorde con la Ley 19.880 (art. 3° incisos 2°-4°), por supuesto una vez satisfechos todos los principios y cumplidos todos los trámites que para esta clase de actos contempla la citada ley.

Por lo tanto, siendo que los "dictámenes o declaraciones de juicio", en la tipología de actos administrativos de la Ley 19.880 (art. 3° inciso 6°), por su propia naturaleza y condición son ineptos para innovar, decidir o expresar una voluntad de cambio respecto de un statu quo anterior, al hacerlo, automáticamente pueden ser calificados como actos "ilegales", que "privan o perturban" los derechos que pretenden alterar.

3. Ciertamente, en nuestro régimen jurídico, no es el recurso de protección el medio único abierto a las personas para impugnar judicialmente la validez de un dictamen interpretativo proveniente de la Administración. Está también la acción de nulidad de derecho público, asimismo de rango constitucional, y la acción declarativa de mera certeza, de origen jurisprudencial.

Por ser ampliamente conocida la primera,<sup>18</sup> detengámonos brevemente en la segunda, menos difundida y comprendida, acaso –como se ha dicho– por tener su fuente en la jurisprudencia de nuestros tribunales.<sup>19</sup>

Trátase de una acción idónea para definir el derecho aplicable a casos determinados, y en los que la Administración trata de imponer interpretaciones o aplicaciones de preceptos legales que no se avienen con su genuino sentido y alcance, afectando a las personas en sus derechos.

Que se ha perfilado en los casos *Sociedad Cooperativa de Servicios de Agua Pichidangui* (1984),<sup>20</sup> *Sociedad Cooperativa de Servicios* (1985),<sup>21</sup> *Copagro* (1987),<sup>22</sup> *Televisión Nacional de Chile* (1998)<sup>23</sup> y *Pesquera Comercial Río Peulla* (2005),<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Gracias a los señeros y enjundiosos estudios del decano Soto Kloss, todos recogidos en su obra *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile (1996) tomo 2, 163-194. Posterior es su *La nulidad de derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el derecho chileno*, en IP (U. Santo Tomás) N° 4 (2000) 55-62.

En cuanto a que esta acción no es objetiva o popular, véanse las sentencias publicadas en *Gaceta Jurídica* 295 (2005), 103-110, y en *Jurisprudencia al Día* (La Semana Jurídica) N° 1 (3-9 abril de 2006) 1-4.

<sup>19</sup> De la cual se encuentran antecedentes ya en el caso *Otero con Falabella*, en RDJ 60 (1963) 2.2, 63-76.

<sup>20</sup> *Gaceta Jurídica* 43 (1984) 115-118.

<sup>21</sup> RDJ 82 (1985) 2.5, 242-245.

<sup>22</sup> RDJ 84 (1987) 2.5, 83-85.

<sup>23</sup> RDJ 95 (1998) 2.5, 257-267.

<sup>24</sup> CJ 295 (2005) 93-102.

principalmente, en el sentido que si la incertidumbre de una específica situación jurídica no ha sido posible zanjarla extrajudicialmente, y existiendo un interés procesal en el actor por eliminar ese estado de inseguridad en que se encuentra, le es dable acudir a los tribunales para dilucidarla, dando lugar a un juicio civil cuyo conocimiento y decisión queda dentro de la potestad jurisdiccional propia de los tribunales de justicia, conforme con los arts. 76 de la Constitución y 1° del Código Orgánico de Tribunales.

Es decir, si el actor no plantea una cuestión puramente académica o que suponga controversia sobre hechos, pero sí posee legitimación activa para recurrir, porque una interpretación dada por la Administración trasciende a lo que son sus derechos u obligaciones, y con miras a prevenir una controversia futura con la autoridad, cuando ésta haya de aplicar su dictamen, en estas condiciones, el ordenamiento procesal le abre inmediatamente la posibilidad de reclamar la intervención de los tribunales, a fin de que una sentencia de índole declarativa precise exactamente cuál es la norma pertinente a su caso y/o cuál es la correcta interpretación que cabe darle a esa disposición.

## Conclusiones

1. Evidentemente, todas aquellas leyes que traspasan a órganos de la Administración la facultad para interpretar sus normas, de un modo general y obligatorio, corren a contrapelo de la Constitución (arts. 4°, 5° inciso 1°, en relación con su art. 63) y del tributario, en este orden de cosas, Código Civil (art. 3° inciso 1°), textos según los cuales si el legislador ha expresado su voluntad en torno a una materia de exclusiva reserva legal, sólo a él le incumbe a posteriori despejarla, por conducto de la ley interpretativa que es de rigor.<sup>25</sup>

La fórmula cuestionada, pues, al entrañar una delegación de potestades legislativas que no consulta expresamente la Carta Fundamental (art. 7°), es ilícita e inconstitucional.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Ley interpretativa que, naturalmente, se incorpora con efecto retroactivo a la ley interpretada, en cuanto "*nihil de novo*" agrega a ella. Para la diferencia entre una ley interpretativa y una ley modificatoria, v. sentencias en RDJ 80 (1983) 2.5, 80-81 y 90-94, y en GJ 171 (1994) 61-67. Un análisis de Eduardo Soto Kloss, en Informe Constitucional N° 310 (27.5.1992).

<sup>26</sup> Que se trata de una delegación extraña a la Constitución, queda de manifiesto en los muchos casos en que el legislador, para revertir una interpretación dada por la Administración, rescata sus facultades poniendo una nueva norma en la materia (aunque no siempre interpretativa con efectos retroactivos, sino que una ley modificatoria que ha de regir para el futuro).

Sobre la extinción, total o parcial, de los pronunciamientos de la Contraloría General, en caso de cambio, modificación o derogación de los preceptos legales que les sirvieron de fundamento, v. sus Dictámenes 7.743, 7.759 y 8.747 de 1982; 6.974 de 1989, y 34.876 de 1999, entre otros.

A la par que gravemente atentatoria contra la seguridad jurídica y el principio de que la ley se supone por todos conocida (arts. 7° y 8° del Código Civil), que de “presunción” deviene en mera “ficción” cuando, en virtud de este mecanismo, a la ley se le incorporan unos dictámenes administrativos, supuestamente aclaratorios, cuyo contenido todos ignoran –hasta que a alguien se le aplican–, por no ser objeto de publicación en el Diario Oficial.<sup>27</sup>

2. Situación tanto más arbitraria cuando –como es de ordinario– esa potestad interpretativa el Congreso la traslada en forma absoluta e indiscriminada, sin indicar limitadamente qué normas precisas de la ley pueden ser materia de una ulterior exégesis administrativa.<sup>28</sup> Con lo cual –como también es habitual– ésta suele alcanzar, incluso, a aquellos preceptos legales que por mandato de la Constitución regulan o complementan derechos esenciales.

Así sea, aun admitiendo que algunos aspectos técnicos de la ley, relativos a la actividad, ciencia o arte por ella regulados (y que un legislador prolijo tendría que deslindar en aras a la certeza jurídica), pueden quedar afectos a una posterior interpretación administrativa, lo que resulta enteramente inaceptable es que ésta llegue hasta el extremo de delimitar el ejercicio mismo de los derechos constitucionales involucrados en la ley.

3. Ahora, independientemente de los reclamos de inconstitucionalidad contra las leyes que enajenan y conceden la referida potestad, por los motivos anotados, asimismo los dictámenes administrativos evacuados en su aplicación son directamente justiciables.<sup>29</sup>

Por los mismos motivos que puede ser impugnado cualquier acto de la Administración, pero especialmente cuando tergiversan o rebasan la ley que dicen interpretar, incurriendo en alguna de las irregularidades que, a título ilustrativo, se reseñaron anteriormente.

Al efecto, procede siempre el recurso de protección previsto en la Constitución (art. 20), en grado de “amenaza” cuando su sola emisión pone en peligro o

---

<sup>27</sup> Otra común anomalía es que, en los contenciosos sobre casos particulares, la Administración suele invocar una “interpretación previa a la que se ha atendido el organismo”, lo que más bien parece un intento de acomodación ad hoc cuando no se exhibe dictamen precedente alguno, formalmente emitido y debidamente comunicado con fecha anterior, en que se haya manifestado el supuesto criterio esgrimido.

<sup>28</sup> Tocante a la inconstitucionalidad de las leyes que confieren atribuciones indeterminadas o absolutamente discrecionales a la Administración, justamente porque encierran el peligro de afectar los derechos de las personas en circunstancias imprevistas por la Carta Fundamental, v. sentencias del Tribunal Constitucional de 4.1.1995 (rol 198) en RDJ 92 (1995) 2.6, 1-12, y de fecha 2.2.1999 (rol 284) en RDJ 96 (1999) 2.6, 31-53.

<sup>29</sup> Vale decir, sin desmedro de las acciones y reclamos que puedan proceder contra los actos administrativos que, después, ponga en ejecución dicho dictamen o pronunciamiento.

intimida el pacífico ejercicio de los derechos fundamentales tutelados por esta vía procesal. O cuando, por sí solo o a través de otros actos administrativos de ejecución, el dictamen recurrido consuma una "privación o perturbación" de esos derechos.

Sin perjuicio, lo anterior, de la acción general de nulidad de derecho público que contempla la Constitución (por armonización de sus arts. 6º, 7º, 19 N° 3, 38 inciso 2º y 76), y demás contencioso-administrativos especiales abiertos a los particulares por leyes específicas.<sup>30</sup>

Además de aquella explicada acción de origen jurisprudencial denominada declarativa de mera certeza, tendiente a hacer cesar un estado de incertidumbre, a través de una sentencia determinante de la norma que corresponde aplicar a una concreta situación, entendida con el sentido y alcance que le asigne el tribunal.

---

30 Que, si bien generalmente aparecen franqueados en la legislación chilena para revisar judicialmente sólo "resoluciones o actos administrativos decisorios", pueden ocuparse aquí cuando el "dictamen o declaración de juicio" (en la nomenclatura del art. 3º de la Ley 19.880), amén de interpretar en abstracto, se pronuncia derechamente sobre una determinada situación jurídica subjetiva, con miras a provocar una alteración en ella.





# Del transcurso de un plazo y el nacimiento de un acto administrativo presunto de aprobación

**Ramiro A. Mendoza Zúñiga**

Abogado

Profesor de Derecho Administrativo

P. UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

**Blanca Oddó Beas**

Abogado

Ayudante de Derecho Administrativo

P. UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

## I. Introducción

Este trabajo<sup>1</sup> es parte de un Informe en Derecho evacuado a solicitud de la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (Telefónica, en adelante) con el objeto de que se analizara, conforme a los principios de derecho público y a las normas legales y reglamentarias pertinentes, la validez y legalidad de un Ordinario<sup>2</sup> mediante el cual la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL, en adelante) aprobó parcialmente el modelo de Cuenta Única Telefónica presentado por Telefónica, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 510, de 2004, que *Establece el Contenido Mínimo y Otros Elementos de la Cuenta Única Telefónica*.<sup>3</sup>

El acto administrativo mencionado fue notificado a Telefónica transcurrido el plazo de 30 días, que establece el artículo 10 del referido decreto, para que SUBTEL se pronunciare expresamente sobre la aprobación del modelo de Cuenta Única Telefónica (CUT, en adelante) presentado por la empresa. De manera que, de conformidad a lo dispuesto en dicha norma, habiendo expirado ese

<sup>1</sup> El contenido del Informe en Derecho aludido, que es de octubre de 2005, ha sido adaptado con el propósito de adecuarlo al formato y extensión comúnmente utilizados para esta clase de publicaciones, manteniéndose, en todo caso, los hechos, argumentos y conclusiones de la forma original. Contraloría General emitió pronunciamiento sobre la materia, según consta en Dictamen 9.695, de 28 de febrero de 2006, que hemos incluido como Anexo. Se publica con la debida autorización.

<sup>2</sup> N° 31.564/PRE N° 20.

<sup>3</sup> Publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de diciembre de 2004.

plazo, debía darse necesaria aplicación al silencio administrativo positivo, y en consecuencia, tenerse para todos los efectos legales, totalmente aprobada dicha proposición.

Ahora bien, a pesar de que en razón de ese efecto aprobatorio toda actuación posterior de SUBTEL respecto a esa misma solicitud debía considerarse extemporánea –en especial– por la evidencia de la expiración del plazo establecido en el referido reglamento y de la procedencia del silencio administrativo positivo, SUBTEL a través del Ordinario ya referido,<sup>4</sup> procedió igualmente a pronunciarse y cuestionar la legalidad del modelo de CUT presentado por Telefónica, aprobándolo parcialmente. Junto a ello, y como respuesta a los requerimientos de la empresa, en orden a dar aplicación al silencio administrativo positivo, argumentó que el plazo establecido en el artículo 10, del DS 510, de 30 días corridos contados desde el ingreso de la propuesta correspondiente a la Subsecretaría sin mediar pronunciamiento alguno de esta última, era sólo una fecha de expiración para el ejercicio de una competencia por parte de SUBTEL, sin importar la época o momento en el que se efectuara la notificación al interesado.

Según damos cuenta, creemos que la actuación de SUBTEL contraviene principios básicos de competencia y legalidad, desde que el plazo dispuesto por la normativa constituye un elemento reglado de la competencia que le entrega el ordenamiento jurídico para pronunciarse sobre la CUT mediante el acabado ejercicio de una competencia que importa el nacimiento y vigencia de un acto en el ordenamiento jurídico, de manera tal que una vez expirado el plazo para el ingreso debido del acto al ordenamiento, caduca la competencia de este organismo para pronunciarse válidamente al respecto.

Asimismo, sostenemos que la interpretación de SUBTEL acerca de la fecha de la dictación del acto equiparándola a la notificación del acto, es inconsistente con el régimen de derecho público que rige la vigencia y eficacia de los actos administrativos, el que se sustenta en una premisa básica, cual es que los actos de la Administración nacen a la vida del derecho, produciendo la plenitud de sus efectos, sólo una vez que han sido notificados a sus destinatarios, principalmente cuando se trata de un acto de efectos particulares o individuales, como de hecho resulta ser la aprobación de la CUT propuesta por Telefónica.

Es innegable la importancia que tiene dilucidar correctamente esta materia, la que entendida de la manera que lo hace SUBTEL, conlleva a relativizar derechos tan básicos como el de impugnación de los actos administrativos a través de los correspondientes recursos jurisdiccionales o administrativos, respecto de los cuales la certidumbre del inicio y expiración del plazo para su interposición

---

<sup>4</sup> Ver nota 2.

resulta esencial. Certidumbre que sólo se adquiere a través de la fecha de la respectiva notificación, la que hará cierto el momento a partir del cual advienen los plazos de incumplimiento y caducidad de los mismos. Además, la argumentación de SUBTEL permite que la sola data de un acto –que aún no ingresa al ordenamiento– valide actuaciones de la Administración, en circunstancias que los procedimientos administrativos, a diferencia de los judiciales, carecen de mecanismos certificadorios respecto de la correlatividad de los números que individualizan a los actos que nacen en ellos y de las fechas en que esos actos son emitidos, de tal suerte que conforme al criterio de esta entidad resulta, en la práctica, imposible dar aplicación a los mecanismos propios de la figura del acto presunto, que conforman el marco común de lo que se ha llamado en nuestro medio los efectos del silencio administrativo.

## II. Antecedentes

En cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 24 bis, de la Ley 18.168, General de Telecomunicaciones,<sup>5</sup> se dictó el Decreto Supremo N° 510 (Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y Economía, Fomento y Reconstrucción) que *Establece el Contenido Mínimo y Otros Elementos de la Cuenta Única Telefónica*.

Dentro de esta regulación, el artículo 10 del decreto señalado establece que *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los tres artículos precedentes, las compañías telefónicas deberán requerir la aprobación de los Ministerios de sus respectivos modelos de Cuenta Única Telefónica, antes de ser emitidos a sus suscriptores, para cuyo efecto los Ministerios canalizarán a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones la aprobación total o parcial, o el rechazo de dichos modelos. Transcurridos 30 días corridos desde el ingreso de la propuesta correspondiente a la Subsecretaría, sin mediar pronunciamiento alguno de esta última, se entenderá aprobada totalmente la propuesta presentada”*.

En atención a esta norma y conforme lo ordena el Artículo Transitorio del mismo Decreto,<sup>6</sup> con fecha 11 de enero de 2005, mediante Carta N° 004, ingresada

<sup>5</sup> Dispone este inciso que *“Las funciones de medición, tasación, facturación y cobranza de los servicios de larga distancia las efectuarán las empresas prestadoras de dichos servicios, sin perjuicio de que éstas puedan realizarlas contratando el todo o parte de tales funciones con el concesionario de servicio público telefónico, quien estará obligado a prestar dicho servicio una vez requerido, según tarifas fijadas de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 a 30 J, por los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Economía, Fomento y Reconstrucción, en adelante “Los Ministerios”, los cuales deberán aprobar o fijar el formato, dimensiones y demás detalles de la cuenta única que recibirá el suscriptor”*.

<sup>6</sup> Dispone el Artículo Transitorio del DS 510 de 2004 que *“A contar de la fecha de publicación del presente decreto en el Diario Oficial, las compañías dispondrán del plazo de quince días hábiles para comunicar a la Subsecretaría de Telecomunicaciones la fecha definitiva de implementación de lo dispuesto en él, fecha que no podrá exceder de ciento veinte días corridos a contar de dicha publicación”*.

a SUBTEL con fecha 12 de enero de 2005, Telefónica sometió a la aprobación de SUBTEL el contenido y estructura de su nueva CUT.

Posteriormente, una vez transcurrido el plazo que establece el artículo 10 ya transcrito, sin haber pronunciamiento por parte de SUBTEL mediante un acto administrativo expreso acerca de la aprobación del modelo de CUT, con fecha 14 de febrero de 2005, Telefónica hizo presente a esta autoridad que debía tenerse totalmente aprobada su proposición desde el día 12 de febrero de 2005, fecha en la cual expiró el plazo de 30 días que establece la normativa para pronunciarse expresamente sobre ella, por lo que debían aplicarse a su respecto los efectos jurídicos del silencio administrativo positivo regulado en el DS 510, ya citado, y entenderse aprobada su solicitud de CUT.

Quede claro, el plazo de 30 días que establece el artículo 10, tantas veces referido, para que SUBTEL se pronunciare expresamente acerca de la aprobación del modelo de CUT presentado por Telefónica, expiraba el día 12 de febrero de 2005 y hasta ese día no existió ningún acto administrativo vigente y eficaz que se pronunciara, en definitiva, acerca de la conformidad a derecho de la CUT. Por ello que, necesariamente, desde ese día se produjeron los efectos del silencio administrativo positivo naciendo el acto de aprobación presunto de la CUT de Telefónica. Y es que el único pronunciamiento que podría haber impedido que operaran los efectos del silencio administrativo que contempla ese mismo artículo, era un acto administrativo vigente y eficaz, esto es, el que hubiese sido válidamente notificado dentro del plazo de 30 días que dispone esa norma, especialmente si se tiene en consideración que en este caso se trataba de un acto administrativo de efectos particulares, el que, según veremos, jamás podría tener efectos antes de su notificación al interesado o destinatario.

No obstante lo expuesto, y haciendo caso omiso a la aplicación del silencio administrativo positivo, SUBTEL procedió, de conformidad al artículo 16 bis de la Ley 18.168, a efectuar la notificación del Ordinario N° 31.564/PRE N° 20, que contenía la aprobación parcial de la propuesta de CUT a Telefónica, con fecha 14 de febrero de 2005, esto es, 3 días después de la expiración del plazo que tenía la autoridad para aprobar o formular sus observaciones sobre la CUT. Cabe señalar que el artículo 16 bis, mencionado, dispone que las notificaciones por carta certificada se entenderán efectuadas *transcurridos que sean cinco días desde la fecha de entrega de la carta a la oficina de correos*, por lo que debe entenderse que el referido ordinario fue notificado a Telefónica solo el día 21 de febrero de 2005, puesto que además se trata de días hábiles.<sup>7</sup> En consecuencia, el acto administrativo de aprobación parcial de la CUT sólo

<sup>7</sup> Artículo 16 bis, letra a), Ley 18.168: "Para todos los efectos de esta ley: a) Los plazos son fatales y de días hábiles..."

ha podido producir efectos jurídicos a partir de esa fecha y no antes,<sup>8</sup> como pretende hacer ver SUBTEL.

En efecto, SUBTEL entiende haber dado cabal cumplimiento a la exigencia impuesta por el referido artículo 10, al sostener respecto al Ordinario N° 31.564/PRE N° 20 *“que, en ejercicio de la atribución conferida por la mencionada disposición y de conformidad con lo señalado en el artículo 24 bis de la ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, en tiempo y forma, evacuó el pronunciamiento requerido por Telefónica CTC respecto de su modelo propuesto de Cuenta Única Telefónica”*. Agregando a su favor que la sola dictación del acto dentro del plazo de 30 días que establece el DS 510 era suficiente y *“que el trámite de notificación del precitado Ordinario N° 31.564/PRE N° 20 constituyó un acto administrativo posterior completamente distinto e independiente de este último, dado que dicha notificación sólo tuvo por objeto poner en conocimiento de su representada la decisión administrativa adoptada por la subsecretaría, una vez que esta se encontraba formalizada”*.

El caso reseñado y las alegaciones vertidas por SUBTEL en su Ordinario N° 31.564/PRE N° 20 atañen a ciertas cuestiones fundamentales propias del derecho administrativo y de cuyo análisis podremos concluir la validez y legalidad de la actuación administrativa que hemos descrito. Estas materias son: (i) La actuación válida de la Administración cuando la normativa regla el elemento temporal de su competencia; (ii) Los efectos de la inactividad de la Administración en el caso anterior y su regulación a través del silencio administrativo; y, por último, (iii) La eficacia de los actos administrativos: la precisión del momento en el cual éstos producen sus efectos y el rol de su notificación.

### **III. Competencia, silencio y la eficacia de un acto administrativo**

Como se ha señalado, la norma reglamentaria del artículo 10 del DS 510 viene a dar aplicación al artículo 24 bis de la Ley 18.168, que otorga competencia al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para *aprobar o fijar el formato, dimensiones y demás detalles de la cuenta única que recibirá el suscriptor*, estableciendo un plazo para el ejercicio de dicha potestad, que es de 30 días contados desde el ingreso del modelo de CUT que formule la concesionaria.

Este plazo tiene dos efectos básicos e ineludibles. El primero, es que por tratarse de una competencia reglada en el ámbito temporal de su ejercicio, una vez

---

<sup>8</sup> Dispone el artículo 51 inciso 2° de la Ley 19.880, publicada en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2003, que *“Los decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general”*. Resulta inconcuso que si antes no producen efectos jurídicos, es porque no existen como tales actos jurídicos ante el derecho, esto es, son la nada jurídica.

que aquél expira, la autoridad ya no es competente para pronunciarse bien aprobando o rechazando la CUT propuesta. El segundo, es que la expiración de este plazo significa el nacimiento inmediato de un acto administrativo presunto que tiene como causa, precisamente, esa inactividad de la Administración frente a la proposición que se le formuló.

De ahí que se deba analizar la naturaleza del plazo establecido en el artículo 10 del DS 510. Ello porque cuando la normativa condiciona o regla el elemento temporal de una potestad, esto es, establece un plazo para su ejercicio, el tiempo viene a ser un elemento reglado de la misma, lo que significa que dicha potestad sólo puede ser ejercida válidamente por el órgano competente en la época que se ha fijado para su ejercicio.<sup>9</sup> De esta forma, una vez transcurrido ese plazo sin pronunciamiento alguno por parte de la autoridad, toda actuación posterior sobre la misma materia es nula por falta de competencia temporal.<sup>10</sup>

En este sentido la inactividad produce un efecto negativo que impide la existencia de un pronunciamiento expreso de la autoridad fuera del plazo establecido en la normativa pertinente. Además, en este caso, la inactividad de la SUBTEL produce, por la aplicación del silencio administrativo, la aprobación de la CUT, lo que viene a significar que, por el transcurso del plazo, la autoridad no sólo pierde su competencia para pronunciarse sobre la CUT, sino que también la normativa suple su pronunciamiento expreso con un "*acto presunto*" que permite tener por aprobada la autorización o concedido el derecho solicitado por el particular.

Estos dos efectos inciden, directamente, en la legalidad del ejercicio de la competencia de SUBTEL para aprobar expresamente una CUT y es lo que, en definitiva, está en discusión en el presente caso. Claro que para este análisis de legalidad resulta antes necesario despejar una cuestión que a estas alturas resultaría casi intrascendente, pero que, atendidas las circunstancias, es vital aclarar, la que se refiere *al momento* en el que un acto administrativo entra en vigencia y es eficaz.

---

<sup>9</sup> Señalan García Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, que "...Además de estos cuatro elementos preceptivamente reglados puede haber en la potestad otros que lo sean eventualmente: tiempo u ocasión de ejercicio de la potestad, forma de ejercicio, fondo parcialmente reglado...", en su *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, séptima edición, Ed. Civitas, 1995, pág. 444.

<sup>10</sup> La jurisprudencia de la Corte Suprema corrobora este efecto de la actuación de la autoridad fuera de plazo señalando "Que como lo señala acertadamente Contraloría General de la República, en su Dictamen N° 39.394, de 17 de noviembre de 1994, resulta claro que la facultad que le confiere al Alcalde el inciso final del artículo 4° de la Ley 19.280 relativa a llenar por concurso público los cargos que no sea posible proveer por encasillamiento, debe ejercerse de todas maneras en el decreto respectivo, o sea, en el que se efectúa dicho encasillamiento; de lo cual se sigue que la declaración efectuada sobre la materia por el Alcalde recurrido en el decreto complementario de encasillamiento es extemporánea" (Considerando 7°); y, agrega "Que al haber dictado la parte recurrida el decreto alcaldicio ya mencionado, fuera de plazo, y efectuado asimismo, en él una declaración que debió realizar en el Decreto Alcaldicio N° 634 de encasillamiento del personal de la Municipalidad, incurrió en un acto ilegal..." (Considerando 8°). Sentencia recurso de protección, "Ahumada Poblete y otro con Alcalde de la I. Municipalidad de Quinta Normal", rol 4.1.32.94. Base Lexis-Nexis.

Para lo anterior, es necesario tener en cuenta la Ley 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, la que contiene una norma expresa que lleva a una única conclusión –que ya hemos manifestado–, cual es que los actos de la Administración destinados a producir efectos particulares sólo entran en vigencia y son vinculantes una vez que son notificados, de manera tal que jurídicamente ellos existen únicamente desde esa fecha.<sup>11</sup> En consecuencia, la autoridad en las actuaciones sujetas a plazo debe necesariamente considerar ese momento como el que determina el principio o fin del término en el cual puede ejercer válidamente su competencia.

En fin, huelga destacar que, en todo caso, la Administración pudo –en razón de una coherencia y respeto mínimo al ordenamiento– ingresar a Correos el último día del plazo los reparos que le motivara el contenido de la propuesta formulada por Telefónica, de manera que, al menos, existiese un principio de vigencia al que sólo bastase la integridad de la notificación. Pero ni siquiera fue así. Lisa y llanamente, el sobre fue expedido e ingresado a la oficina de correos –cualquiera sea la fecha que expresara el Oficio– vencido el plazo del que disponía la autoridad.

Es lo que analizaremos en los acápites siguientes y que permitirá concluir que, en este caso, es procedente la aplicación del silencio administrativo positivo y, en definitiva, que la actuación de SUBTEL al negarse a reconocer la existencia del acto presunto de aprobación de la CUT y proceder, de todas maneras y a todo evento, a pronunciarse respecto de la aprobación de la CUT de Telefónica, no sólo ha desconocido un derecho adquirido, sino que también ha actuado fuera del ámbito de su competencia.

#### **IV. La notificación como fase o etapa esencial**

La posición asumida por SUBTEL, en orden a no considerar a la notificación<sup>12</sup> como una fase integrante del proceso de elaboración del acto administrativo,<sup>13</sup>

<sup>11</sup> La jurisprudencia contralora así lo ha entendido desde antiguo, invariablemente. Vid. dictámenes 17.856, de 1977; 85.286, de 1976; 24.348, de 1983; y, 24.197, de 1986, entre muchos otros.

<sup>12</sup> Contraloría General de la República en dictamen N° 18.570, de 1974, ha definido notificación como “*Un acto de comunicación a una persona de un hecho que le afecta, es decir, una forma de poner en conocimiento del interesado el evento que le concierne*”.

<sup>13</sup> La notificación y la publicación forman parte de la etapa de publicidad del procedimiento de elaboración de todo acto administrativo. Esta etapa es esencial, de manera que para que un acto administrativo pueda ser tal y generar válidamente todos sus efectos debe haber sido notificado o publicado según corresponda, ello porque los actos de la Administración sólo pueden obligar a quienes afecten en cuanto sean conocidos, único modo que tienen los particulares para adecuar sus conductas a esos mandatos o recurrir en contra de los que los agravian. La Ley 19.880 regula esta etapa en el Capítulo III sobre “Publicidad y Ejecutividad de los Actos Administrativos”. Vid. sobre el particular, Soto Kloss, Eduardo “*La publicidad de los actos administrativos en el derecho chileno*”, Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Vol. X (1986), pp. 473-498.

sino como un acto<sup>14</sup> independiente y autónomo, obliga a revisar una cuestión que es de una importancia fundamental para el caso en estudio y que se refiere a la determinación del momento a partir del cual un acto administrativo ingresa al ordenamiento jurídico, entra en vigencia y es eficaz para producir todos sus efectos,<sup>15</sup> estadios que la autoridad parece confundir, al mérito de sus apreciaciones.

Para ello, se debe tener presente que en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 3° de la Ley 19.880 dispone que las decisiones de la Administración son eficaces cuando *entran en vigencia*, por lo que sólo entonces crean en el interesado los derechos y obligaciones correspondientes.

El pronunciamiento que es exigido a SUBTEL, en el artículo 10 del DS 510, es naturalmente un acto administrativo.<sup>16</sup> Ello tiene una doble trascendencia. Por una parte, importa la expresión formal de una decisión respecto de una solicitud presentada por un particular, que es necesaria para la adquisición de ciertos derechos, en este caso, la aprobación de la CUT, que sólo producirá sus efectos cuando se encuentre vigente. Pero, por otro lado, también es relevante en cuanto a que la inexistencia de ese pronunciamiento, que equivale a la inactividad de la Administración, permite que opere la institución del silencio administrativo positivo, naciendo un acto administrativo presunto que da, conforme al ordenamiento, la posibilidad de adquirir los mismos derechos, tal como si estuviera vigente el acto expreso, transcurrido el plazo de 30 días contados desde la presentación del modelo de CUT.

Por ello, es de suma trascendencia dilucidar *cuándo* debe considerarse que SUBTEL se ha pronunciado dentro del plazo previsto en el artículo 10 del DS 510, ya que sólo si en el transcurso de ese momento existió un acto administrativo vigente y eficaz puede pregonarse la exclusión de la operatividad –tiempo– del acto que se presume ante el silencio de la autoridad. Es decir, si se concluye que no existió tal acto en el plazo dentro del cual correspondía que se pronunciare

<sup>14</sup> En realidad, huelga señalar que la notificación no es un acto administrativo, en realidad es un trámite que produce –como hecho jurídico procesal que es– ciertos efectos en el derecho y que, como tal trámite, se incardina en la serie de actos trámites que constituye el procedimiento administrativo que da origen al acto terminal. Ilustrativo resulta Soto Kloss, Eduardo, Vid. su *Estado de derecho y procedimiento administrativo*, en Revista de Derecho Público, N°28 (1980) 101. También en Revista de Derecho (UCV) 4 (1980) 211; y en su *El procedimiento administrativo*, RDJ tomo 79 N° 3 (1982) 79. Para los medios de comunicación del acto, del mismo autor, *La publicidad de los actos administrativos en el derecho chileno*, RDUCV 10 (1986) 473. Para el concepto, su *La noción de acto administrativo en el derecho chileno*, RDP 60 (1996) 85.

<sup>15</sup> La vigencia del acto se refiere al momento desde el cual puede producir todos sus efectos y la eficacia a la posibilidad de que el acto ya vigente cree en el destinatario de las mismas una obligación de cumplimiento inmediato con independencia de su posible validez intrínseca. En este entendido la eficacia se relaciona con la presunción de validez de que goza un acto administrativo cuando entra en vigencia.

<sup>16</sup> Ello porque los órganos de la Administración del Estado manifiestan su voluntad a través de esta clase de actos jurídicos. Es lo que dispone el artículo 3° de la Ley 19.880 al señalar que “Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos”.



SUBTEL, se derivará que el particular adquiere su aprobación –derecho– inmediatamente de transcurrido. Por lo mismo, cualquier acto posterior de la autoridad resulta extemporáneo y no puede producir ningún efecto.

La presentación de la CUT por un particular, como en el caso que nos ocupa, constituye lo que en doctrina administrativa se ha denominado "*solicitud*", esto es, un acto por medio del cual un particular amparado en una norma material pretende la aplicación de la misma a su favor.<sup>17</sup> En este caso, la solicitud consiste en la aprobación de la CUT por parte de SUBTEL. Para la Administración esta clase de actos particulares normalmente conllevan la obligación de pronunciarse expresamente a través de una autorización o aprobación, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico pueda dar valor a la inactividad de la Administración sujetando el ejercicio de esa competencia a un determinado plazo, transcurrido el cual hace nacer lo que se conoce en doctrina –lo hemos advertido– como *acto administrativo presunto*, que es, precisamente, lo que se ha regulado en el tantas veces mencionado artículo 10, del DS 510. En el caso de las solicitudes esto último es esencial, ya que, en general, de ellas pueden nacer derechos o facultades antes inexistentes que ingresan al patrimonio de los particulares y de las cuales no pueden ser privados por tratarse de derechos adquiridos de buena fe y de conformidad a derecho, sin perjuicio –claro está– del ejercicio de la correspondiente potestad invalidatoria si fuese el caso.

Ahora bien, tal como se ha señalado como regla para la generalidad de los actos administrativos, el acto de aprobación sólo produce sus efectos, esto es, sólo es eficaz, *cuando ha entrado en vigencia* (artículo 3° Ley 19.880), lo que en su caso sólo ocurre cuando ha sido notificado<sup>18</sup> al particular interesado<sup>19</sup> o a lo menos ha comenzado tal trámite. Esto porque tratándose de solicitudes cuyo pronunciamiento por parte de la Administración se manifiesta a través de autorizaciones o aprobaciones que son propiamente *actos de efectos individuales* su vigencia se produce únicamente cuando son notificados<sup>20</sup> al interesado.

<sup>17</sup> García Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, vid. ob. cit.

<sup>18</sup> Sostiene la doctrina administrativa que "*La notificación o publicación es la exigencia final que se requiere para su nacimiento y validez procedimental (el del acto administrativo), de modo que mientras el acto administrativo no ha sido válidamente comunicado, no nace y no puede, por ende, producir efecto alguno. La falta de comunicación válida no sólo implica que el acto administrativo es "inoponible" al afectado (dictamen 21.941, de 1984), sino que –como dirán con mayor precisión nuestros tribunales en el caso García Huerta (1991)– "carece de imperio, por lo que los recurrentes no estuvieron nunca obligados a acatarlo".* Vid. Aróstica Maldonado, Iván, "*Lecciones Sobre acto Administrativo II*", apuntes de clase 1994, Universidad de Chile.

<sup>19</sup> Dictamen N° 4052, de 1976, "*Las resoluciones sólo entrarán en vigencia a partir de la fecha de notificación a los interesados, conforme a los principios de que los actos administrativos producen efectos legales desde la fecha de su publicación o notificación*".

<sup>20</sup> Dictamen N° 18.661, de 1994, que "*Servicio Nacional de Turismo debe pronunciarse formalmente respecto de solicitud de calificación de hotel de la Región Metropolitana... Esto, por cuanto el director del señalado organismo ordenó revisar la aludida calificación mediante memorando de fecha 17/7/91, por estimar que el hotel en comento no cumplía los requisitos exigidos. Así el acto administrativo del Subdirector no produjo sus efectos, ya que la notificación de esos actos es una condición esencial para su validez, sin la cual carecen de toda eficacia*".

Hoy, todo ello, además es así, de conformidad al artículo 45 de la Ley 19.880, que dispone que *"los actos de efectos individuales deberán ser notificados a los interesados"*; al artículo 51, que a su turno establece que *"Los decretos y resoluciones producirán sus efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general"*; y, por último, al artículo 25 de la misma ley, que dispone que *"los plazos se computarán desde el día siguiente a aquel en que se notifique o publique el acto"*. En consecuencia, de estas normas se puede deducir que los actos administrativos de aprobación o rechazo de una solicitud particular sólo entran en vigencia y son eficaces una vez notificados a los interesados.

De esta forma, se puede constatar que los actos administrativos de aprobación sólo producen sus efectos cuando son notificados,<sup>21</sup> en tal sentido la notificación es una condición indispensable de eficacia del acto,<sup>22</sup> que forma parte de la fase de publicidad del procedimiento administrativo.<sup>23</sup> La notificación del acto administrativo viene a constituir, entonces, parte del *iter procedimental*<sup>24</sup> y no un acto anexo o secundario como lo pretende hacer ver la interpretación sustentada por SUBTEL.

<sup>21</sup> Dictamen N° 25.696, de 2004, *"la resolución que dispuso el cambio de faenas de la interesada ha comenzado a regir a partir de la data en que le fue notificada, porque los actos administrativos producen sus efectos legales desde la fecha de su notificación al afectado"*.

<sup>22</sup> Dictamen N° 8.148, de 1993, establece que *"la notificación de un acto administrativo es, dentro del proceso respectivo, un requisito de eficacia jurídica, por lo que mientras no ha sido válidamente comunicado, no produce efecto alguno y es inoponible al afectado, correspondiendo a la autoridad administrativa determinar la oportunidad de la notificación, sin que su dilación signifique violación, legal o reglamentaria y sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que pudiera afectar a determinados funcionarios por tal retardo"*.

<sup>23</sup> Dictamen N° 28.814, de 1976, se señala que *"las resoluciones mencionadas sólo regirán desde la fecha de su notificación a los interesados, conforme al principio de que los actos administrativos producen efectos legales desde la fecha de su publicación o notificación, según proceda"*.

<sup>24</sup> La obligatoriedad de la notificación como etapa del procedimiento administrativo reconoce su fundamento en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de nuestra Carta Fundamental, en cuanto al reconocimiento al *justo y racional procedimiento administrativo*, que implica el necesario conocimiento por parte de los destinatarios de los actos administrativos. El mandato constitucional antes mencionado lo podemos relacionar con la modificación introducida por la Ley 19.653 a la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al contemplar el nuevo texto del artículo 13 inciso tercero que *"son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial"*. Del referido texto, en cuanto importa la publicidad de todos los actos del procedimiento (trámites/terminales), es absolutamente procedente en razón de la fase de publicidad; luego, si los actos administrativos son públicos, ninguna decisión será acto administrativo antes de que se cumpla con la medida de publicidad (sea notificación o publicación o ambas), toda vez que no ha culminado su completa tramitación, esto es, en la forma que prescriba la ley, conforme al texto literal del artículo 7° inciso primero de la Constitución. Por ello es que, al evacuarse por SUBTEL el ordinario correspondiente, no se había finalizado el procedimiento administrativo, circunstancia que recién se habría verificado una vez notificada válidamente la destinataria del acto administrativo, esto es, Telefónica. De ahí que, se concluya, la autoridad administrativa no se sujetó a los términos precisos del DS 510, en su artículo 10, debiendo entonces entenderse adoptado el acto administrativo terminal de manera posterior al plazo señalado, y verificarse, por lo mismo, los efectos propios del silencio administrativo positivo.

De ahí que el Ordinario N° 31.564/PRE N° 20, de SUBTEL, sólo ha podido entenderse y ser eficaz desde el día que fue notificado a Telefónica, lo que de conformidad al artículo 16 bis de la Ley 18.168, ocurrió el día **21 de febrero de 2005**. Antes de esa fecha, no existía ningún acto administrativo –pronunciamiento– de la autoridad competente, de manera tal que para efectos de la aplicación del artículo 10 del DS 510, a esa fecha ya había transcurrido –latamente– el plazo de 30 días que tenía SUBTEL para pronunciarse, por lo que operó el silencio administrativo positivo, dándose lugar a un acto administrativo presunto que tuvo por aprobado el modelo de CUT presentado por Telefónica.

Hemos también advertido que, a efectos de ser coherentes, como en el caso sub-lite la autoridad se encontraba sometida a una normativa que castigaba su inactividad sancionándola con un preciso efecto jurídico a su silencio, inacción que –como se ve– operaba el día trigésimo primero de la recepción del modelo de CUT del proponente, de manera que con independencia de su notificación, a efectos de no restarle días al ejercicio de la competencia otorgada, al menos debía en este particular caso, necesariamente, ingresar su reproche a la Oficina de Correos de Chile el trigésimo día, puesto que podría argüirse que lo que exigía el ordenamiento era la expresión del reproche en el plazo correspondiente, con independencia del momento de vigencia del acto que lo contenía.

Nada de eso siquiera ha ocurrido en el caso que comentamos, lisa y llanamente, la autoridad ejerce tal reproche fuera del plazo que tenía para su mínima formulación y, todo ello, es –lo hemos destacado– independiente de la fecha que exprese el ordinario que contenga el reproche correspondiente. Tal planteamiento, en realidad, impediría la operatividad del efecto jurídico previsto para la inactividad, puesto que deja –tal interpretación– a discreción de la autoridad la constitución del efecto previsto en el ordenamiento siendo que resulta obvio, conforme a las normas que hemos tenido a la vista, que tal efecto opera con absoluta autonomía del voluntarismo noticioso del ente administrativo. Se trata del cómputo de un plazo y no de la voluntad para establecerlo a discreción.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Cabe señalar que en este caso, claramente, el ordenamiento ha optado por aplicar la *teoría de la expedición* para la consideración del momento en el cual la autoridad cumple con su obligación de pronunciarse dentro del caso, sin perjuicio de que, para el particular, sigue teniendo pleno sentido la *teoría del conocimiento o recepción*, a los efectos de determinar el instante a partir del cual éste puede ejercer los derechos que son consustanciales al acto. Esto es así, precisamente, porque estamos en presencia de una competencia temporal. Potestades para la Administración y derechos para el particular. Sobre esta materia, ver particularmente, E. Soto Kloss, su *La publicidad...*, cit.

## V. Silencio administrativo positivo y competencia temporal

El silencio administrativo positivo se encuentra regulado, en su generalidad, en el artículo 64 de la Ley 19.880, que dispone:

*“Transcurrido el plazo legal para resolver acerca de una solicitud que ha originado un procedimiento, sin que la Administración se pronuncie sobre ella, el interesado podrá denunciar el incumplimiento de dicho plazo ante la autoridad que debía resolver el asunto, requiriéndole una decisión acerca de su solicitud. Dicha autoridad deberá otorgar recibo de la denuncia, con expresión de su fecha, y elevar copia de ella a su superior jerárquico dentro del plazo de 24 horas.*

*Si la autoridad que debía resolver el asunto no se pronuncia en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la denuncia, la solicitud del interesado se entenderá aceptada.*

*En los casos del inciso precedente, el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro del plazo legal. Dicho certificado será expedido sin más trámite”.*

Esta norma de aplicación general y supletoria ha venido a dar cabida legal a la institución del silencio administrativo positivo, la que es aplicable a todos los actos de la Administración que no queden incluidos en las hipótesis de silencio administrativo negativo que se mencionan, a su vez, en el artículo 65 de la Ley 19.880. Estos son: (i) los que afecten el patrimonio fiscal; (ii) aquellos en los que la Administración actúe de oficio; (iii) los que se pronuncian sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos; y (iv) en los que se ejercita por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución Política.

En consecuencia, el silencio administrativo positivo es aplicable a todos los demás actos, en especial aquellos que tienen por objeto resolver las solicitudes de particulares mediante las cuales se requiere una autorización o aprobación, siempre que ellas no afecten el patrimonio fiscal y no se refieran al ejercicio del derecho constitucional de petición.<sup>26</sup> En doctrina se señala que el efecto del silencio administrativo positivo es sustituir la voluntad inexistente de la Administración presumiendo dicha voluntad con un contenido positivo o afirmativo.<sup>27</sup> En esta explicación el silencio administrativo constituye una presunción legal establecida

<sup>26</sup> Huelga destacar lo empuñecido y aparente que resulta el tratamiento general. De esta forma, a la luz de la práctica administrativa parecen irrelevantes los casos en los que esta técnica jurídica tendrá que operar en su vertiente positiva.

<sup>27</sup> En ciertas ocasiones la ley reconoce un significado negativo al silencio administrativo. Es lo que regula el artículo 65 de la Ley 19.880 al disponer que *“Se entenderá rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro del plazo legal...”*.

con el propósito de controlar la actuación de la Administración y de dar seguridad jurídica al particular afectado por una inactividad injustificada de la misma.

Ahora bien, de la regulación de esta institución, en la que se establecen –afanamente– por excepción los actos que producen silencio negativo, se puede advertir que su objeto es que la inactividad de la Administración tenga por regla general un carácter positivo. Este carácter positivo de la inactividad viene a constituir la garantía que establece el legislador cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que los particulares obtengan respuesta a sus requerimientos y solicitudes, y en especial, que la obtengan en el plazo requerido. Esto último encuentra fuerza legal en el artículo 23 de la Ley 19.880, que dispone que “*Los términos y plazos establecidos en esta y otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de la Administración en la tramitación de los asuntos, así como los interesados en los mismos*”.

De esta forma, para el legislador no es indiferente la inactividad de la Administración, especialmente, cuando ella debe darse dentro de determinado plazo el cual es obligatorio, a tal punto que, de no obtenerse repuesta al momento de su expiración, nace un *acto administrativo presunto* el cual será eficaz desde ese momento o bien una vez cumplidos los requisitos que la ley establezca, por lo que, en adelante, debe entenderse para todos los efectos legales que el interesado ha obtenido la autorización, aprobación o adquirido el derecho solicitado, todos efectos patrimoniales que no pueden ser desconocidos por la autoridad, ni aun cuando ésta pudiere objetar la validez o legalidad del contenido de ese acto presunto.

Por lo expuesto, es que en el análisis del silencio administrativo es particularmente relevante el cómputo del plazo.<sup>28</sup> Así se ha señalado en doctrina

---

<sup>28</sup> Hacemos presente que dado el específico análisis que formulamos, hemos omitido abundante doctrina extranjera sobre la materia. Sugerimos, para quienes lo requieran, principalmente, Albiñana García Quintana, C., *El silencio en la nueva ley de procedimiento administrativo*, en *Tapia*, N° 67, 1993; Baena del Alcázar, M., *Naturaleza jurídica del silencio de la Administración*, en *Revista Estudios de la Vida Local*, 121, 1962, también su *El efecto afirmativo del silencio administrativo*, en *idem*, 123, 1962; Calvo Charro, M., *Silencio Positivo y acciones declarativas*, *Revista de Administración Pública (RAP)* N° 128, 1992; Cámpora, J. A., *Los actos presuntos*, en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, N° 82, 1994; Fernández Pastrana, J. L., *Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas*, en *RAP*, 127, 1992; García de Enterría, E., *Sobre el silencio administrativo y el recurso contencioso*, en *RAP*, 47, 1965; García Trevijano G., E., *El silencio administrativo en el derecho español*, Madrid, 1990, su *Silencio Administrativo. Términos y Plazos*, en *Administraciones Públicas y ciudadanos, Coordinación, Benigno Pendás G., Barcelona, 1993; Morell Ocaña, L., La inactividad de la Administración: técnicas alternativas al silencio, ante la omisión administrativa de los estándares de conducta previstos en la ley*, en *Documentación Administrativa (DA)*, 208, 1986; Morillo Velarde P., J. I., *Hacia una nueva configuración del silencio administrativo*, en *REDA*, 49, 1986, y su *El silencio administrativo, el procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Coordinador J. Barnés V., 1993, y *Los actos presuntos*, Marcial Pons, 1995; Nieto García A., *La inactividad de la administración y el recurso contencioso administrativo*, en *RAP*, 37, 1962; Santa María Pastor, J. A., *Silencio positivo, una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica olvidada*, en *DA*, 208, 1986.

que "el plazo del silencio administrativo debe computarse desde el ingreso de la solicitud, proyecto o acuerdo sometido a control hasta la fecha de la notificación al interesado de la resolución adoptada y ello porque la referencia a la fecha de la notificación de la resolución y no a la del acto es una cautela elemental destinada a evitar la tentación de antedatar la resolución con el fin de impedir el efecto favorable del silencio".<sup>29</sup> Esta situación en nuestro derecho se encuentra resuelta con las normas que regulan la entrada en vigencia de los actos administrativos, los que siendo de aprobación o autorización, no cabe duda alguna de que sólo producen sus efectos cuando son notificados al interesado conforme ya hemos señalado, latamente, en el acápite IV de este Informe.

De lo anterior, se colige que el plazo que se le impone a la autoridad para actuar debe ser respetado, ya que una vez que éste ha transcurrido, sin existir pronunciamiento alguno, ocurre una verdadera caducidad de la competencia de la autoridad para pronunciarse sobre la misma materia. Ello, porque en tal caso *se trata de competencias regladas en cuanto al tiempo u ocasión del ejercicio de la potestad*, lo que significa que cualquier actuación fuera de ese espacio de tiempo importará un acto nulo por falta de competencia.

Cuando se regula el efecto que tiene la inactividad de la Administración o, lo que es lo mismo, el no ejercicio de una potestad en la ocasión reglada por la normativa, la actuación fuera de plazo no sólo afectará la legalidad del acto por extemporáneo, sino que también a los derechos de los particulares que pudieran haber sido adquiridos como consecuencia de esa inactividad por efecto del silencio administrativo positivo.

Desde esta perspectiva, el silencio administrativo positivo no es solamente un mecanismo de certeza jurídica frente al transcurso de los plazos establecidos por la normativa para que la Administración adopte una determinada decisión frente a una solicitud de un particular –como serían los efectos del silencio negativo–, sino que va más allá, constituyendo un verdadero título que produce la adquisición de ciertos derechos que antes no existían por la sola disposición de la ley.

En definitiva, el acto presunto viene a producir los mismos efectos que habría producido el acto expreso. Es lo que reconoce el artículo 66 de la Ley 19.880, al referirse a los actos a que da origen el silencio administrativo, al disponer que "Los actos administrativos que concluyan por aplicación de las disposiciones de los artículos precedentes, tendrán los mismos efectos que aquellos que culminaren con una resolución expresa de la Administración, desde la fecha de la certificación

<sup>29</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, vid. ob. cit., pág. 575.

*respectiva*". Este aspecto no debe perderse de vista cuando se analiza una situación que puede ser constitutiva de silencio administrativo positivo, tal como resulta ser la aprobación presunta de la CUT de Telefónica.

En efecto, ahora en la aplicación específica de una determinada disposición, como es el artículo 10 del DS 510, se encuentran comprometidos variados aspectos del silencio administrativo positivo. En primer lugar, es menester dar cuenta que en este preciso caso nos encontramos con una normativa específica del silencio prevista en un cuerpo normativo distinto a la Ley 19.880. En efecto, corresponde dar aplicación prioritaria, en razón del principio de especialidad, a normas particulares que regulan la materia. Tal como lo dispone el artículo 1° de la referida ley, que, siendo general, deja vigentes los ordenamientos singulares que reglan particularmente una materia, como sucede, en este preciso caso, donde una ley específica –Ley General de Telecomunicaciones– ha habilitado la emisión de un reglamento particular que ha dado regulación íntegra a la materia, previendo detalladamente los efectos aprobatorios al correlato de inactividad de la autoridad. En segundo lugar, el aspecto temporal de la potestad de SUBTEL para pronunciarse sobre la CUT se encuentra sujeto a un plazo determinado, de manera tal que la autoridad sólo es competente para pronunciarse sobre esa materia dentro de aquél; y, en tercer lugar, la existencia inmediata de un acto presunto que se produce como consecuencia de la inactividad de la autoridad dentro de cierto plazo (lo que equivale al término de la competencia para pronunciarse sobre la CUT), y que constituye, verdaderamente, el título en virtud del cual el interesado –Telefónica– adquiere el derecho solicitado, el cual en este caso consiste en la aprobación total de la CUT.

De esta forma, ni aun la alegación de falta de legalidad o validez que pudiere hacer la autoridad respecto del acto aprobatorio presunto puede hacer revivir la potestad para pronunciarse sobre la misma materia, ya que tal actuación atentaría en contra del principio de competencia y de intangibilidad de los derechos adquiridos por los particulares. Es aquí cuando entra en discusión una cuestión que es básica en el derecho administrativo, esta es, la presunción de legalidad y la validez del acto, que ha sido bastante tratada en materia de actos administrativos expresos, pero que, lamentablemente, ha sido dejada de lado en materia de actos presuntos derivados de la aplicación de las normas del silencio administrativo positivo.

Las expuestas son cuestiones connaturales a la institución del silencio administrativo positivo. En definitiva, éste tiene efectos directos en el ejercicio de las potestades de los órganos administrativos, de manera tal que una vez que se ha producido el acto presunto no es posible que la Administración resuelva de forma expresa en sentido contrario al otorgamiento presunto de la autorización

o aprobación instada.<sup>30</sup> Por otro lado, afecta también la esfera patrimonial de los particulares, los que por el solo efecto de la desidia administrativa pueden incorporar a su patrimonio el contenido mismo de la solicitud ignorada.

Por ello es que SUBTEL cuando actúa en ejercicio de la competencia que le entrega el artículo 24 bis de la Ley 18.168, General de Telecomunicaciones, y el DS 510, en lo que respecta a la aprobación de la CUT presentada por las concesionarias de servicio público telefónico, debe hacerlo cumpliendo las normas procedimentales que establecen la forma en la que ella debe actuar, incluyendo los plazos que se prevean para el pronunciamiento de los actos administrativos pertinentes, so pena de no estar con posterioridad facultada para ejercer la misma potestad una vez que han transcurrido esos plazos, especialmente cuando como consecuencia de la expiración del mismo el ordenamiento jurídico ha dispuesto expresamente la substitución de su voluntad por un acto administrativo presunto que, para todos los efectos legales, tiene el mismo valor que la voluntad expresa de la autoridad.

De ahí que el Ordinario N° 31.564/PRE N° 20, por medio del cual SUBTEL se pronunció acerca de la legalidad del modelo de CUT presentado por Telefónica, sea un acto extemporáneo, puesto que ha iniciado su vigencia y eficacia, fuera del plazo de 30 días que otorgaba tácitamente el artículo 10 del DS 510, para que dicha autoridad ejerciera su potestad y se pronunciara sobre dicha CUT. Transcurrido ese plazo no cabe sino dar plena aplicación al silencio administrativo positivo, significando ello la aprobación del modelo de CUT presentado, para todos los efectos legales. Toda decisión en contrario significaría desconocer los efectos del acto administrativo presunto de aprobación y los derechos adquiridos por Telefónica como consecuencia de dicho acto.

Igualmente resulta cabalmente extemporáneo, respecto de la CUT de Telefónica, cuya vigencia autorizatoria e intangibilidad emana del acto presunto nacido por la inactividad de la Administración, aquel Oficio Circular que hemos tenido a la vista,<sup>31</sup> y por medio del cual se instruye respecto de la aplicación del Decreto Supremo N° 510, de 2004, y que traduce –en la realidad– un cuerpo reglamentario diferente, cuyas prescripciones, contenido y naturaleza resultan

<sup>30</sup> Si a la Administración una vez que ha operado el silencio administrativo sólo le corresponde certificar el vencimiento de los plazos, conforme lo ha señalado Contraloría General de la República (Dictamen N° 34.830, de 2005 "Conforme al artículo 64 de la Ley 19.880, sobre silencio administrativo positivo, los trámites para denunciar el incumplimiento del plazo por parte de la Administración se deben realizar por el interesado ante la autoridad que debe resolver el asunto que es objeto del procedimiento, de manera que solo a esta corresponde certificar el vencimiento de tales plazos"), tratándose de actos presuntos en el contexto de la Ley de Procedimiento, que exige certificación, con cuanta mayor razón se puede argumentar que ante la existencia del acto presunto cuando el ordenamiento sectorial específico ha determinado que el sólo transcurso del tiempo produce un efecto que da nacimiento –*ipso iure*– al acto presunto.

<sup>31</sup> Nos referimos al Of. Circular N°9/PRE N°02, fechado 11 de febrero de 2005 y depositado en oficina de correos el 18 de ese mismo mes.



ajenas a un cuerpo instructivo interno de estas características,<sup>32</sup> abordando –por vía no destinada al efecto– materias respecto de las cuales su autor carece naturalmente de competencia, al menos en la pretensión e intensidad del acto señalado.

## VI. Conclusiones

- El artículo 24 bis de la Ley 18.168 otorga al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones la competencia para aprobar los modelos de Cuenta Única Telefónica que les presenten las concesionarias de servicio público telefónico;
- Este artículo se encuentra regulado por el DS 510, de 2004, el que a su turno dispone que esta competencia es ejercida materialmente por SUBTEL, estableciendo un determinado plazo para su ejercicio, que es de 30 días contados desde la presentación del modelo de CUT, y dentro del cual se entiende que debe existir el acto administrativo aprobatorio correspondiente, ya sea parcial o total, esto es, ese acto debe estar vigente y ser eficaz, o al menos haber comenzado su mecanismo de conocimiento;
- La vigencia y eficacia de un acto administrativo aprobatorio de efectos particulares, que es, precisamente, el carácter que tiene el pronunciamiento de SUBTEL sobre la CUT, se produce sólo una vez que el acto ha sido notificado válidamente al interesado. Todo ello de conformidad lo que disponen los artículos 3°, 25, 45 y 51 de la Ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos;
- En estricto derecho, si el artículo 10 señalado dispone que SUBTEL debe pronunciarse dentro de un plazo de 30 días, el acto administrativo que cumple con tal exigencia sólo es aquel que ha sido notificado al interesado dentro de ese mismo plazo, ya que sólo desde ese momento puede considerarse que realmente existe un acto administrativo, sin perjuicio del criterio de conocimiento en ejecución ya expuesto, el que, como se ha visto, ni siquiera resulta acá aplicable, toda vez que el acto de la autoridad fue depositado en Correos vencido palmariamente el plazo ya indicado;
- El artículo 10 del DS 510, en definitiva, establece un plazo para el ejercicio de la potestad de SUBTEL, el cual de conformidad al artículo 23 de la Ley 19.880, le es completamente vinculante. Además, este plazo en la técnica atributiva de potestades viene a constituir un elemento reglado de la mis-

<sup>32</sup> Ver de Jorge Precht Pizarro, su *Valor jurídico de las directivas presidenciales, programas ministeriales, circulares e instrucciones de servicio*, en *Revista Chilena de Derecho* (UC) 16 N°2 (1989), 465.

ma, por lo que cualquier actuación fuera del mismo es nula por falta de competencia temporal;

- Lo expuesto impide que SUBTEL, una vez transcurrido el plazo que tiene para pronunciarse sin que exista un acto administrativo vigente y eficaz –notificado al interesado–, carece de competencia para pronunciarse sobre la misma materia;
- Asimismo, es conveniente retener que sin perjuicio de las normas generales que rigen la inactividad de la Administración, hoy establecidas en los artículos 64, 65 y 66 de la Ley 19.880 y que atribuyen efectos precisos al silencio administrativo, la materia en curso está tratada, específicamente, en una regla particular contenida en el artículo 10 del DS 510, de 2004, norma de la cual tomó debida razón la Contraloría General de la República, que es posterior a la Ley de Procedimiento, y que por lo mismo, regla especial y estrictamente la sanción a la inactividad de la Administración del sector, con absoluta prescindencia de certificaciones que en otros ámbitos pueden exigirse. Es decir, lisa y llanamente, que de modo instantáneo, *ipso iure*, expirado el plazo previsto en el ordenamiento sectorial, nace un acto administrativo presunto que tiene por totalmente aprobada la correspondiente CUT;
- De conformidad a lo dispuesto en el artículo señalado anteriormente, ese acto presunto nace de pleno derecho una vez transcurrido el plazo sin que exista pronunciamiento alguno de SUBTEL, por lo que desde ese preciso momento se producen los mismos efectos que si existiera el acto aprobatorio expreso, esto significa que ese acto será eficaz desde ese momento y por lo mismo la concesionaria desde ese instante ingresará a su patrimonio dicha aprobación;
- El acto aprobatorio presunto al ser eficaz goza de presunción de legalidad, lo cual no significa que quede exento de los controles posteriores de legalidad que puedan corresponder, ya que dicha presunción nunca es garantía estricta y permanente de validez de los actos administrativos, sean estos expresos o presuntos;
- En consecuencia, Telefónica ha ingresado a su patrimonio el acto presunto de aprobación de su CUT, lo que no puede ser desconocido por SUBTEL por la sola vía de ejercer, extemporáneamente, la potestad que le entrega el artículo 10 del DS 510, de 2004, mediante el Ordinario N° 31.564/PRE N° 20, que da cuenta de una serie de ilegalidades que se imputan, las que, en todo caso, debieron formularse en su oportunidad.



# ¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico?

## El caso Gabčíkovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay

**Raúl F. Campusano**

Master en Derecho, U. Leiden, Holanda

Master of Arts, U. Notre Dame, USA

**Pamela Moraga**

Abogada, U. de Chile

Miembro del Servicio Diplomático de Chile

### 1. Introducción

El presente artículo busca explorar algunos elementos de desarrollo jurisprudencial del concepto "desarrollo sustentable" analizando un caso reciente de gran creación jurídica por parte de la Corte Internacional de Justicia (Gabčíkovo-Nagymaros) y otro caso más reciente que parece que terminará siendo también decidido por la Corte (Argentina y Uruguay en el caso Papeleras). De esta forma, el análisis jurisprudencial corresponde al primer caso y queda abierta la puerta a continuar esta investigación una vez que el caso de las Papeleras se haya radicado en forma completa ante la Corte Internacional de Justicia y ésta haya emitido su pronunciamiento.

En el caso Gabčíkovo-Nagymaros, la Corte Internacional de Justicia aborda por vez primera en forma central el derecho ambiental y construye jurídicamente el concepto de desarrollo sustentable. En este artículo se presenta el caso y la elaboración jurisprudencial ambiental de la Corte. En el caso de las Papeleras, nuevamente aparece el tema del desarrollo económico como un derecho de los pueblos y un deber de los gobiernos, enfrentado al concepto y valor de preservación y promoción del entorno ambiental.

En ambos casos los elementos similares son claros y perfectamente identificables. En ambos casos pareciera abrirse una dicotomía entre desarrollo económico y protección ambiental. Es en este contexto que la creación jurisprudencial de desarrollo sustentable podría estar indicando una fórmula de armonización y solución a estos conflictos. Por cierto, en este artículo solo sentamos las bases de la discusión y esperamos que ésta sea continuada por otros en el futuro.

## 2. El Caso Gabčíkovo-Nagymaros

A partir de 1989 Europa del Este fue el escenario de intensos y continuos cambios de orden político, económico y social. El colapso del régimen soviético importó para estos países una reinvencción, en términos de identidad interna e internacional, debiendo enfrentar cada uno de ellos importantes desafíos. Los desafíos a enfrentar sin duda exacerbaron viejas rencillas y crearon nuevas, que los gobiernos de las nacientes democracias debieron enfrentar. Este trabajo tiene por objeto exponer mediante el análisis del caso medioambiental "Gabčíkovo Nagymaros", algunos de los temas que los países –ex republicas socialistas– debieron enfrentar en términos de manejo de conflicto internacional.

La gran devastación, post Segunda Guerra Mundial, dirige las prioridades de los Estados europeos hacia una rápida reconstrucción del continente. Los países del bloque soviético, especialmente de Europa del Este, quienes no toman parte en el llamado Plan Marshall, abocan sus esfuerzos hacia el desarrollo de la industria pesada. Con el transcurso del tiempo, en las décadas de los '50, '60 y '70, las externalidades de este tipo de industrias comienzan a manifestarse. Efectivamente, desde las décadas de los '70 y '80 la toma de conciencia de los efectos de la contaminación medioambiental, como ser la contaminación del aire y recursos hídricos, lluvia ácida, y acumulación de desechos ambientales, comienzan a ser ampliamente debatidos en las sociedades europeas; Europa del Este no fue la excepción.

Sin perjuicio de la abierta constatación del deterioro del medio ambiente en forma global, consideraciones tales como los altos costos de implementación de soluciones reversibles y el potencial impacto en el desarrollo económico futuro, han desalentado la adopción de medidas de protección efectivas. A lo anterior debemos agregar las viejas rivalidades interestatales, tributarias de la guerra fría, que han impedido la existencia de cooperación regional en materia ambiental y económica entre los países de la Europa del Este.

El cambio de la situación internacional, luego de la caída del muro de Berlín en los países de Europa Central y del Este, ha hecho posible, en primer término, descubrir la magnitud del deterioro ambiental en estos países y por otra parte, intentar aplicar políticas paliativas, no sólo a nivel regional, sino europeo. Sin embargo, en concreto, la realidad ha demostrado que es muy difícil romper los "viejos hábitos" consistentes en viejas políticas estatales y estrategias económicas, para abrirse a la implementación de políticas de cooperación de carácter internacional.

Con fecha 16 de septiembre de 1977, Hungría y Checoslovaquia firman un tratado bilateral denominado: "Tratado sobre Construcción y Explotación del Sistema de Esclusas Gabčíkovo-Nagymaros". El tratado prevé la construcción y explotación del Sistema de Esclusas por las partes como una "inversión conjunta" siendo diseñado para obtener una "amplia utilización de los recursos naturales de la sección Bratislava-Budapest del río Danubio, con el objeto del desarrollo de los recursos de agua, energía, transporte agricultura y otros sectores de la economía nacional de las partes contratantes".

En el tratado, las partes contratantes se comprometen a asegurar que la calidad de las aguas del Danubio no resultará perjudicada como resultado del proyecto, así como su conformidad con que las obligaciones de protección de la naturaleza que surjan a propósito de la construcción del Sistema de Esclusas serán cumplidas. El artículo 1.1 describe los principales trabajos a realizar en cumplimiento del proyecto, siendo éstos la construcción de dos series de esclusas: una en Gabčíkovo (territorio checoslovaco) y otra en Nagymaros (territorio húngaro). De acuerdo con lo acordado, el Danubio sería desviado de su curso normal por medio de una presa, a partir de los kilómetros 1.842 y 1.811 del río, cerca de la ciudad de Dunakiliti, hacia un canal artificial en territorio checo.

Próximo a Gabčíkovo se construiría una planta hidroeléctrica implementada con ocho turbinas y una capacidad generadora de 720 Mega-watts (MW); comenzando en el punto de convergencia del canal con el lecho original del Danubio en el kilómetro 1.811 y hasta el kilómetro 1.794, en donde el lecho del río sería profundizado y su curso sería objeto de regulación. Cerca de Nagymaros (169,25 km.) se construiría una planta de energía similar a la primera, con una capacidad generadora de 158 MW, la cual tendría por función principal equilibrar las fluctuaciones de los niveles de agua. La construcción de la segunda planta se estimaba necesaria debido a que la planta de Gabčíkovo había sido concebida como una planta generadora de energía de punta y por esta razón produciría desniveles considerables en el caudal del río. En 1978 se iniciaron las obras a partir de los proyectos elaborados por especialistas en hidroeléctrica de procedencia húngara, eslovaca y austriaca.

A comienzos de la década de los '80 la situación económica a nivel mundial no se presentaba favorable. En tal contexto, y debido a una fuerte crisis económica interna, Hungría solicita congelar el proyecto de presa (1981). En octubre de 1983 en Praga, ambas partes convienen en retrasar las obras y posponer la inauguración de las plantas. Coetáneamente, expertos húngaros manifiestan sus reservas en cuanto al proyecto, por el potencial daño ambiental que podría provocar de concretarse. Paralelamente, a comienzos

de 1984 se funda en Hungría el llamado "Círculo del Danubio" (Danube Circle), un movimiento que operaba en la semiilegalidad. La formación de este movimiento de naturaleza ecologista fue fundamental, pues se convirtió en el órgano que reunió en su seno las dudas, críticas y escepticismos frente al proyecto, en especial las críticas apuntaban a la parte del proyecto que debía levantarse en Hungría, la planta de Nagymaros, haciéndolas públicas y canalizando de esta forma el sentir popular respecto a esta materia.

Como consecuencia de las intensas críticas que el proyecto había suscitado en Hungría, el gobierno Húngaro decidió el 13 de mayo de 1989 suspender las obras en Nagymaros. Posteriormente, con fecha 27 de octubre de 1989, Hungría decide abandonar las obras en Nagymaros. Nuevamente se intenta llegar a una negociación bilateral; al no arribar a soluciones, Checoslovaquia decide accionar en forma independiente el proyecto, implementando un nuevo arreglo que consistía en redireccionar al Danubio hacia un nuevo canal con dirección a Gabčíkovo, cerca de la ciudad de Cuno. Esta alternativa fue conocida como la "Variante C".<sup>1</sup> Los trabajos para la implementación de esta variante comenzaron en 1991. Frente a la implementación de la "Variante C" por parte de Checoslovaquia, con fecha 19 de mayo de 1992, el gobierno húngaro transmite al gobierno checoslovaco una "nota verbal" dando por terminado el Tratado de 1977, con efectos a partir del 25 de mayo de 1992.

En octubre del mismo año Checoslovaquia comienza a desviar al Danubio de su lecho original, de acuerdo con la "Variante C", con lo cual extrae el 90% de las aguas del antiguo curso. Como resultado del desvío, el nivel de las aguas descendió en dos metros más abajo que su promedio histórico más bajo, precipitando un conflicto de proporciones internacionales. Teniendo en cuenta la necesidad de evitar una escalada en el conflicto, la –en aquel entonces– Comunidad Europea decide asumir un rol de mediador en el conflicto. Posteriormente el 7 de abril de 1993 se firma en Bruselas el "Acuerdo Especial para el sometimiento al Tribunal Internacional de Justicia de las diferencias entre la República de Hungría y la República Eslovaca, relativas al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros". El Tribunal Internacional de Justicia emite su fallo en septiembre de 1997.

---

<sup>1</sup> En total el gobierno checo había desarrollado 8 variantes diferentes (A-H). Su descripción puede consultarse en Galambos Judit: "An International Environmental Conflict on the Danube: The Gabčíkovo-Nagymaros", en *Environment and Democratic Transition in Central and Eastern Europe: Policy and Politics in Central and Eastern Europe*. Ed. Anna Vari, Pal Tamas, 1993.

## **2.1 Análisis del conflicto**

El caso del sistema de presas “Gabcikovo-Nagymaros” será analizado desde una triple perspectiva: por una parte la perspectiva interna, referida fundamentalmente al desarrollo del conflicto y la injerencia que en éste tuvieron factores institucionales, políticos y culturales de Hungría y Eslovaquia; por otra parte la perspectiva regional del conflicto, enfocada en el análisis de las relaciones de la Unión Europea y Europa del Este, y por último, la perspectiva internacional referida esencialmente al análisis del fallo emitido por el Tribunal Internacional de Justicia en 1997, y su relación con la consolidación del Derecho Internacional del Medio Ambiente. En este sentido, cada una de las perspectivas enunciadas tiene un enfoque particular desde su dimensión tecnológica o desde la sociedad civil, así como la politización del conflicto y su injerencia internacional. No en vano se señaló que ésta habría sido la primera vez que el Tribunal se pronunciaría sobre un tema medioambiental.

### ***2.1.1 Dimensión tecnológica: El hombre domestica la naturaleza***

Hace veinticinco años, la idea de “corregir a la madre naturaleza” se encontraba particularmente arraigada en los países de ideología comunista. El ex líder soviético Leonid Brezhnev plantea la idea de irrigar los desiertos de territorio soviético en Asia, mediante el redireccionamiento del curso de los tres grandes ríos de la Siberia: el Ob, el Yensei y el Lena. Mediante la construcción de represas de tamaño mediano se disponía a desviar el agua hacia canales de irrigación masivos dispuestos a lo largo del territorio. La idea de Brezhnev jamás llegó a materializarse, sin embargo constituyó la fuente de inspiración para los líderes comunistas de Checoslovaquia y Hungría, los cuales decidieron la construcción de presas en el Danubio.

En 1951 los planes necesarios para construir una serie de presas a lo largo del Danubio en Hungría y Checoslovaquia estaban bien encaminados. A la Unión Soviética le interesaba sobremedida la concreción del proyecto para habilitar ciertos tramos poco profundos del río que obstaculizaban el transporte de buques de guerra y mercantiles hacia Europa Oriental. Se necesitaron más de veinte años para adoptar las disposiciones técnicas y financieras indispensables para la realización del proyecto.

Como señalamos en párrafos anteriores, con fecha 16 de septiembre de 1977 las dos repúblicas de la entonces órbita soviética, Hungría y Checoslovaquia, firman el tratado bilateral para la construcción del sistema de presas Gabcikovo-Nagymaros. El plan consistía en una desviación del río Danubio hacia un nuevo lecho o canal para efectos muy concretos y en la época de una indiscutible necesidad: la producción de energía eléctrica y el constituirse en una nueva ruta

internacional para navegación en aguas interiores. De esta forma se concretaba el "Rhein Main Donau Canal" (el canal conformado por la confluencia de los ríos Rhein, Main y Donau), lo cual permitía manejar las reservas de agua dulce, el control de las inundaciones provocadas por las crecidas del río y el desarrollo económico de regiones aledañas.<sup>2</sup> Todo lo anterior se lograría mediante estas dos plantas hidroeléctricas integradas.

La confrontación tecnología-ecología no era un problema que preocupara en los años '50, '60 y '70. Las autoridades húngaras y checoslovacas se enfrentaron con la cuestión de qué hacer con el Danubio. La decisión tomada venía dada por las necesidades a las que se enfrentaban en ese periodo histórico concreto: la industrialización masiva exigía un incremento en la producción de energía y el Danubio podía proporcionarla. Las innovaciones tecnológicas permitían albergar esperanzas en la utilización del Danubio como productor de energía a gran escala, a pesar de que su curso entre Hungría y Checoslovaquia tiene un desnivel poco importante.

Las decisiones en esta etapa de la historia se adoptaban por la cúpula política nacional ejecutora de las decisiones provenientes del nivel central de la ex URSS, y la toma de decisión se realizaba única y exclusivamente bajo la perspectiva de la meta a alcanzar, que en este caso era, como se ha señalado, incrementar la producción de energía. No se tomó en cuenta la opinión de aquellos que ponían en duda la rentabilidad de la energía que se podía obtener del Danubio. Efectivamente, las peculiaridades del régimen político de la época en Hungría y Checoslovaquia impedían cualquier tipo de protesta que pusiera en entredicho la bondad del proyecto. En todo esto subyacía el prejuicio muy común en el periodo de industrialización posterior a la II Guerra Mundial, de reconvertir la naturaleza en un objeto industrial, dejando completamente al margen los efectos sociales y medioambientales que tal objetivo podría producir. El clima internacional durante los años '70 parecía igualmente confirmar la necesidad del proyecto: la fuerte crisis energética de los años '70 se estaba por desarrollar.

### *2.1.2 Sociedad civil*

En las últimas etapas del socialismo real en Europa del Este los efectos colaterales de connotación negativa de los proyectos tecnológicos de gran escala, implementados por la cúpula partidista, y la gran degradación medioambiental comenzaron a hacerse evidentes. Así, de acuerdo con información proporcionada por la Comisión Ambiental Europea, a mediados de los '80, el 40% de la población de Hungría vivía en regiones con cifras considerables de conta-

<sup>2</sup> Aunque el propósito inicial del proyecto era mejorar la navegación, al intensificarse la crisis petrolera de los setenta, éste se hizo extensivo a la energía hidroeléctrica.



minación ambiental. Gran parte de los cursos fluviales más importantes del país se encontraban completamente contaminados y el 70% de sus reservas subterráneas de agua dulce se encontraban contaminadas o en serio riesgo de estarlo. En 1987, 800 de los 3.063 asentamientos urbanos y rurales del país no podían ser abastecidos con agua fresca.<sup>3</sup> Las condiciones a todas luces desastrosas del medio ambiente contribuyeron a sensibilizar a la población en lo referente a temas ambientales. Sin embargo no fue la población la primera en manifestarse, sino que los primeros críticos a los proyectos de presas fueron los expertos, científicos y especialistas ambientales húngaros, quienes argumentaban que la construcción del sistema de presas terminaría en un desastre ecológico y económico para el país.

En 1983 la Academia Húngara de Ciencias presenta un estudio en el cual exige la detención de las obras relativas a la construcción de las presas. A la opinión científica se hace eco la Oficina Nacional para la Protección Ambiental. Es en este contexto generado por la actuación de diversos sectores de la sociedad civil húngara que la población, durante la primera mitad de la década de los '80, efectúa protestas masivas en contra de la presa. En una primera etapa del conflicto, las manifestaciones contrarias se localizan en la sociedad civil y sus diversos actores. La situación cambiaría drásticamente durante la segunda mitad de la década de los '80.

### *2.1.3 Politización del conflicto*

Durante la segunda mitad de la década de los '80 puede observarse una creciente politización del conflicto, la cual tuvo como principal resultado la identificación del proyecto de presas hidroeléctricas en un símbolo del "viejo sistema" por la nueva elite en el poder. Efectivamente, a fines de los '80, las fuerzas que aspiraban a reemplazar al sistema socialista en Europa Oriental esgrimieron como bandera de lucha los problemas medioambientales, y un blanco obvio de sus críticas fue la construcción de las presas de Gabčíkovo-Nagymaros. De alguna manera era como "abrir una brecha en la fortaleza del sistema por la cual la oposición podía introducir su hacha demoledora".<sup>4</sup> Así se recurre a una antigua estrategia de legitimación en el poder, basada en una lógica iconoclasta: "Todo lo anterior es malo y sólo el futuro depara lo bueno". En tal sentido la percepción ciudadana de que "cualquiera que tuviese algo que ver con el proyecto era tachado de estalinista o, peor aún, de traidor a la patria."<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Knabe, Hubertus: Umeltkonflikte im Sozialismus: Möglichkeiten und Grenzen gesellschaftlicher Problemartikulation in sozialistischen Systemen, eine vergleichende Analyse der Umweltdiskussion in der DDR und Ungarn". Traducción libre de la autora.

<sup>4</sup> Moldova Gyorgy: "Historia de dos presas", en El Correo de la UNESCO, octubre 2001.

<sup>5</sup> Ídem.

La estrategia se asienta en el suelo fértil de la realidad húngara de la época: la profundización de la crisis económica, la pérdida de apoyo, y por tanto de legitimidad, del régimen de Kadar, tras la aparición de Gorbachev en la escena internacional, ya no representaba el opuesto mediador entre un régimen central represivo y su pueblo; y por sobre todo, el devenir de los tiempos en los cuales, a nivel social, crecían las contradicciones entre los fundamentos del régimen comunista y la liberalización de la sociedad.

Las dimensiones del conflicto en este estadio fueron de naturaleza dual: por un lado las demandas ambientales y por otro lado el simbolismo encerrado en el proyecto, representante del régimen vetusto. El conflicto así conformado fue hábilmente utilizado en un primer momento por la elite gobernante. De alguna manera, el movimiento ecológico de Hungría cumplió una función estabilizadora del poder político.

Sin embargo esta herramienta de legitimación política no supo ser empleada por el gobierno y la elite política gobernante, quienes adoptan una estrategia de exclusión más que coopción con los grupos de la sociedad civil antes mencionados. En tal sentido, el "Danube Circle", movimiento ecologista opositor a la construcción de las presas, vio constantemente denegadas sus peticiones de reconocimiento legal. Sólo en 1988 obtiene personalidad jurídica. En el mismo sentido, las instituciones que habían sido las primeras en dar la voz de alerta, la "Academia Húngara de Ciencias" y la "Oficina Nacional de Protección Ambiental", no eran instituciones tomadas en consideración en los procesos de toma de decisión del gobierno.

Al mismo tiempo, el gobierno se empeñaba en implementar el proyecto de Nagymaros. En el contexto reseñado, los movimientos medioambientales y los movimientos de protesta política se entremezclan; de esta forma, los objetivos de lucha por libertades civiles o por la prerrogativa medioambiental se funden en un solo movimiento de protesta de la sociedad civil. Movimiento que se vio más legitimado cuando en 1985 le fuera otorgado el premio Nobel alternativo al "Danube Circle".

En cuanto a Eslovaquia, si bien existieron los movimientos ambientales y de protesta, sorprendentemente no tuvieron la fuerza que tuvieron sus iguales en Hungría, como se ha descrito. Cabe plantear aquí interrogantes, tales como ¿Cuáles son las razones que subyacen tras la escalada del conflicto entre dos países vecinos, que aparentemente tenían muchos factores en común?

En primer término cabe señalar que el conflicto en más de algún sentido se proyectó en dos contextos disímiles de "democracia". Efectivamente, Hungría junto a Polonia fueron los primeros países de Europa Oriental en implementar

reformas de carácter político y económico durante los '80. En tal sentido, podemos señalar las reformas liberalizadoras del mercado de Janos Kadar en 1968, seguidas de una gradual democratización en el seno de la sociedad húngara. Desde otra perspectiva, la formación de un sistema multipartidista a fines de los '80 dio paso a la formación de mesas de diálogo entre el partido socialista de trabajadores húngaros (partido comunista) y la oposición democrática representada en numerosos nuevos partidos y sindicatos (1989-1990). Lo anterior nos permite afirmar que las primeras elecciones democráticas en Hungría no fueron sino la culminación de un proceso gradual de democratización y pluralización en el seno de la sociedad húngara. La transición hacia la democracia en Hungría se llevó a cabo en un "escenario negociado".

Checoslovaquia, en cambio, vive otra realidad: el partido comunista checo, guiado por Gustav Husak, reconocido líder de "línea dura", representaba una versión más conservadora del comunismo. Desde la primavera de Praga en 1968, el régimen suprimió duramente cualquier forma de oposición política o incluso cultural, llevándose a cabo duras persecuciones políticas en contra de la hoy llamada "sociedad civil". En Eslovaquia, parte de Checoslovaquia hasta el 31 de diciembre de 1992, la victoria de la "Revolución de Terciopelo", de diciembre del 1989, introdujo el sistema multipartidista en forma abrupta a la realidad del país. A diferencia de Hungría, la transición a la democracia en Checoslovaquia se realizó en un escenario pacíficamente revolucionario. Estos contextos políticos disímiles condicionaron el papel que los movimientos de la sociedad civil jugarían en los países respectivos, entre ellos los ambientalistas.

La ONG húngara "The Danube Circle" comienza su campaña advirtiendo sobre las posibles consecuencias nefastas derivadas de la construcción de las presas desde comienzos de los años '80. En contraste con lo ocurrido en Checoslovaquia, donde un grupo ambientalista independiente similar nunca pudo penetrar en la escena política. Durante 1988 el "Danube Circle" organizó manifestaciones en contra de la construcción de la presa en Hungría que contaron con la participación de miles de participantes. Si bien las protestas contra el régimen comunista se encontraban prohibidas, no era éste el caso de las protestas medioambientales, las cuales eran toleradas, ello facilitó la politización del tema de la presa.

Considerado como uno de las mayores inversiones del país, el proyecto "Gabcikovo Nagymaros" personificaba las ilegítimas políticas comunistas y era considerado por los grupos opositores al régimen como el símbolo de la planificación estatal megalomaniaca del régimen comunista. Un movimiento popular de similares características no podría haberse generado en Checoslovaquia debido al temor provocado por la dura represión reinante entre la población.

En tal sentido, proponemos como primera inferencia la inclusión del conflicto en un contexto diferente y con un estado de democratización disímil entre ambas sociedades: Las organizaciones no gubernamentales ambientalistas, movimientos independientes y partidos políticos de la oposición, fueron capaces de representar a la autoridad un programa considerado por ellos como ilegítimo, de acuerdo con los nuevos valores ambientalistas reinantes en la Hungría de los tiempos de la reforma comunista. Por el contrario, en una Checoslovaquia mucho más represiva, tales valores no podrían haber aparecido a la superficie. Ello se tradujo en que las posiciones de la era postcomunista en ambos países resultaran diametralmente opuestas.

Como corolario de lo recientemente expuesto, todos los partidos que conformaron la primera coalición gobernante democráticamente electa, e incluso gran parte de los partidos de la oposición en Hungría después de 1990, se opusieron a la construcción de las presas. Mientras que en Checoslovaquia las visiones de los partidos democráticamente elegidos en 1990 representaron el continuismo en relación con sus predecesores comunistas, no demostrando una oposición al proyecto de represas en el Danubio.

El segundo punto en análisis dice relación con el papel que en ambos países jugaron las comunidades científicas: ecologistas, biológicas, geológicas e hidrológicas, y el grado de independencia que éstas poseían. En tal sentido podemos afirmar que la limitada independencia de las comunidades científicas igualmente contribuyó a que el conflicto escalara desde la mera disputa científica sobre potenciales daños ambientales a una discusión política abierta. En la era comunista las academias de ciencias soviéticas funcionaban en ambos países como correas transportadoras de los respectivos partidos comunistas; incluso luego de la transición hacia la democracia de ambos países, las comunidades científicas respectivas mantuvieron la dependencia del financiamiento estatal.

En ambos países los sectores privados y sin fines de lucro involucrados en la investigación científica y en la educación eran muy escasos hasta mediados de la década de los '90. Como consecuencia, eran muy pocas las investigaciones de carácter independiente que podían suscitar financiamiento significativo; menos aún podría haber existido la posibilidad de colaboración con organizaciones científicas del extranjero. Por las razones antes expuestas, una gran parte de la comunidad científica representó los puntos de vista del gobierno y apoyó las versiones oficiales que éstos emitieron, así los mismos fenómenos ecológicos, geológicos e hidrológicos eran evaluados en forma diametralmente opuesta por científicos en cada país. La debilidad que presentaba el análisis de los "expertos" contribuyó sin duda a la polarización del conflicto.

### **2.1.4 Injerencia internacional**

En su estadio siguiente, el conflicto comenzó su internacionalización, dando como resultado una nueva arista. Efectivamente, el estado de incertidumbre respecto del futuro del proyecto degeneró en tensiones internas en las diversas esferas gubernamentales, a lo anterior se agregó el arribo al poder de los partidos conservadores y/o gobiernos nacionalistas, tanto en Hungría como en Eslovaquia, quienes explotaron el problema de las presas del Danubio como un tema de derechos de minorías.

El gobierno húngaro denuncia que las minorías húngaras en Eslovaquia fueron forzadas a reubicarse en una delgada franja de territorio entre el canal y el Danubio. Más aún, señalan que debido al asentamiento de trabajadores de construcción eslovacos en la región, la estructura de población húngara dominante se veía afectada. Señalan además que Hungría condena el desvío del Danubio porque es una frontera natural internacional, agregando que por esta vía Eslovaquia pretendía ganar el control sobre los recursos hídricos y la navegación. Por tanto, temas tales como reivindicaciones históricas y conflictos étnicos contribuyeron a complejizar el conflicto y a polarizar las opiniones respecto de la presa.

En este orden de ideas, un argumento muy en boga por parte de la población húngara sugiere que el valor estético del lecho del Danubio representa una herencia nacional que sería destruido si se continúa con la construcción de las presas. Este argumento sugiere que a la memoria siempre presente de antiguos conflictos de carácter histórico, cultural y étnico se le agrega una particular dimensión social y psicológica al conflicto, que incluso le brinda un esquema cognitivo para un encuadre esencialmente nacionalista. Ello nos lleva al análisis, con cierto grado de detención, de las diferencias entre los nacionalismos que se han conformado a lo largo de la historia de ambos pueblos; en Hungría, el colonialismo interno del imperio Austro-húngaro hacia sus minorías nacionales ha sido raramente criticado a conciencia.

El Tratado de Trianon, el cual significativamente redujo el tamaño del país y transformó a millones de húngaros en minorías de nuevos Estados, fue considerado por muchos húngaros como una decisión geopolítica de naturaleza injusta. Por otra parte, al mismo tiempo, el nacionalismo se convirtió en el principio de legitimación central en las nuevas naciones-estados de Eslovaquia. El nacionalismo Eslovaco culpó a las actitudes húngaras del pasado y las relacionó directamente con la ejecución del proyecto. Más aún, el "Tratado de Amistad" firmado en 1995 entre ambos países, así como los esfuerzos por arribar a una solución legal internacional por medio del sometimiento del caso al Tribunal Internacional de Justicia, han contribuido a aminorar la influencia que estos temas podrían tener en el conflicto; sin embargo, es menester tener presente su influencia decisiva en las fases iniciales del mismo.

## 2.2 Manejo del conflicto

### 2.2.1 Mediación de la Comisión Europea

En un principio la Comisión Europea consideró el tema de la construcción de las presas y las plantas hidroeléctricas como una desavenencia de carácter técnico, de ahí que comenzara por desarrollar un programa diseñado para la región. Ello en el marco del programa "PHARE". Sin embargo conforme pasaba el tiempo, la Comisión Europea cambia su percepción inicial del problema como técnico, considerando el marcado tono político de las acusaciones por ambas partes. Es así como durante 1991, la Comisión Europea comienza a mediar entre ambos países en búsqueda de una solución. Para ello establece una comisión trilateral cuya misión fue considerar todas las soluciones posibles y el impacto de cada propuesta en el medio ambiente.

Debido a que Eslovaquia no estaba dispuesta a aceptar la condición previa impuesta por Hungría en el sentido de suspender las obras de la "Variante C" mientras duraran las negociaciones, la Comisión no llegó a institucionalizarse. Sin embargo, en septiembre de 1992, los Primeros Ministros Antall y Meciar aceptan la mediación de la Comisión Europea, la cual se llevó a cabo en Londres a finales de octubre del mismo año. Como había ocurrido en ocasiones anteriores, al finalizar las conversaciones no se vislumbra compromiso alguno y Hungría amenaza con someter el asunto a la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia.

La amenaza no llegó a materializarse, pues con fecha 28 de octubre las partes firmaron un acuerdo relativo a cuatro puntos, llamado "Acuerdo de Londres". Los cuatro compromisos asumidos por las partes fueron:

1. La suspensión de los trabajos en la "Variante C" por un período determinado por la Comunidad Europea.
2. La redirección de no menos del 95% del flujo normal de agua al lecho original del Danubio.
3. El establecimiento de una misión de tres expertos nombrados por la Comisión Europea para que se pronuncien acerca del proyecto "Variante C" y para que se pronuncien acerca de medidas de emergencia a adoptar.
4. Solicitar en conjunto la Opinión Consultiva al Tribunal de Justicia Internacional.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> La implementación de este acuerdo habría significado la no producción de energía en la Central Hidroeléctrica de Gabcykovo, de ahí que Eslovenia rechazara los numerales 1 y 2, motivo por el cual sólo quedó el camino jurisdiccional.



### **2.2.2 Fallo del Tribunal Internacional de Justicia**

Con la presentación del caso ante el Tribunal Internacional de Justicia, las negociaciones políticas internas de cada parte fueron reemplazadas por la aplicación de un procedimiento judicial externo. Con fecha 25 de septiembre de 1997 el Tribunal Internacional de Justicia se pronunció sobre los siguientes temas:

1. Si la República de Hungría tenía derecho a suspender y posteriormente abandonar en 1989 las obras del proyecto Nagymaros y en la parte del proyecto Gabčíkovo sobre la cual el tratado le atribuía la responsabilidad a la República de Hungría.
2. Si la República Federal Checoslovaca tenía derecho a proceder en noviembre de 1991 a la solución provisional y por ende poner en funcionamiento desde octubre de 1992 la llamada "Variante C".
3. La legalidad de la denuncia del Tratado por parte de Hungría a causa de que nuevas exigencias del Derecho Internacional para la protección del medio ambiente imposibilitaban el cumplimiento del Tratado.

### **2.2.3 Efectos del fallo de la CIJ: internacionalización del conflicto**

El fallo del Tribunal Internacional de Justicia condenó a ambas partes y no tomó partido por ninguna de ellas. En consecuencia ni en Hungría ni en Eslovenia el fallo fue recibido con particular entusiasmo, pues las situaciones internas en ambos países se encontraban en proceso de transición. A diferencia de la coalición anterior, los socialistas quienes toman el poder en 1994, redefinen las políticas nacionales: así, a partir de 1994 se define la integración de Hungría a las estructuras euroatlánticas como las máximas prioridades de la política exterior.<sup>7</sup>

La situación de elegibilidad para acceder tanto a la OTAN como a la Unión Europea, producen un clima muy especial dentro de las políticas internas de los estados en Europa Central. De ahí entonces que la coalición entrante al poder quisiera mantenerse alejada y renegar de lo que eran los esquemas de conflicto de su antecesora. La afirmación anterior se encuentra avalada por la firma en 1995 del "Tratado de Buen Vecino y Cooperación Amistosa" con Eslovaquia. En abril del mismo año se llegó finalmente a un acuerdo en cuanto a los volúmenes de agua del Danubio: Eslovaquia se comprometía

---

<sup>7</sup> Dunay Pál: Ungarns Aussenpolitik 1990-1997. Zwischen Westintegration, Nachbarschafts und Minderheitenpolitik, 1998.

unilateralmente a incrementar los niveles de agua en el lecho original del Danubio; a su vez, Hungría había accedido a no poner en operación su represa en Dunkaliti, teniendo como opción el construir una central hidroeléctrica cerca de Nagymaros o bien reemplazarla por varias presas de menor tamaño y una planta en las cercanías de Pilismarot.<sup>8</sup>

Luego de la construcción del esquema de conflicto ambiental e instrumentalización política, se pudo observar que al momento de la dictación del fallo del Tribunal Internacional la situación interna de Hungría había cambiado tras haberse reestructurado su política exterior; de esta forma el fallo viene a dar respuesta a un esquema de conflicto del cual no desea hacerse cargo la nueva coalición gobernante, básicamente por considerarse opuesto a su discurso integrador, por lo tanto se ha considerado que el fallo no ayudó en la búsqueda de una solución, sino que la entorpeció, al volver al antiguo esquema.

Inmediatamente después de que el gobierno húngaro anunció que retomaría las obras de construcción de la presa, protestas masivas emergen por primera vez desde la transición.

20.000 personas protestan ante el Parlamento húngaro en marzo del '98, solicitando al presidente vetar la decisión gubernamental de continuar la construcción de la presa. Más aún, una facción liberal menor de la coalición, la SZDSZ, vota en contra de la construcción del sistema de presas. Por su parte la oposición conservadora vota en contra del proyecto y reflota este tema en las campañas electorales. La presión política obliga al gobierno a posponer su decisión final sobre la construcción de la presa hasta fines de 1998, justificando su decisión en la necesidad de efectuar un estudio más acabado del tema; sorpresivamente la coalición pierde la reelección.

El gobierno electo se caracterizaba por ser un partido de clase media, la coalición FIDES-MPP instantáneamente saca el proyecto de la agenda pública y anuncia que las negociaciones con Eslovaquia sólo se centrarían en lo relativo a recobrar los volúmenes de agua existentes en el antiguo lecho del Danubio y que la construcción de la presa no era un tema para ser considerado. En opinión del gobierno húngaro, el fallo del Tribunal Internacional de Justicia no lo obligaba a reiniciar la construcción de una presa, sin embargo, el gobierno eslovaco exigía en base al mismo fallo la construcción de la presa.

---

<sup>8</sup> Agreement between the Government of the Slovak Republic and the Government of the Republic of Hungary concerning Certain Temporary Technical measures and discharges in the Danube and Mosoni Branch of the Danube, 19 April 1995.



Las posiciones se endurecieron a medida que avanzaba el tiempo, Eslovaquia solamente discutiría el tema de las aguas en el contexto de la construcción de una presa tal como se encontraba prescrito en el tratado de 1977. Ambas partes amenazaron con volver a solicitar un pronunciamiento al Tribunal Internacional de Justicia. En septiembre de 1998 Eslovaquia solicita al Tribunal Internacional un pronunciamiento adicional debido a que, " Hungría no tenía la voluntad de cumplir con el fallo del Tribunal". Un análisis del rol que jugaron ambas instancias internacionales de solución del conflicto nos permite señalar que los esfuerzos de mediación por parte de la Comisión Europea no rindieron los frutos que se esperaban.

Por otra parte, en relación con el fallo del Tribunal Internacional de Justicia puede señalarse que si bien brindó un mecanismo legal para la resolución del conflicto, el fallo del Tribunal Internacional no cumplió con la finalidad de resolver el conflicto, sino que, muy por el contrario, las partes instrumentalizaron el fallo, interpretándolo de acuerdo con sus intereses nacionales. Sin embargo, otra línea de análisis nos permite señalar que efectivamente el recurso a la instancia jurisdiccional internacional permitió evitar una escalada en el conflicto, lo cual permite al menos en este caso y hasta ahora reafirmar la premisa sociológico-política general, de acuerdo con la cual las democracias raramente pelean unas con otras y tienden a arribar a una resolución pacífica de sus conflictos.

Como corolario en cuanto a los mecanismos de resolución de conflictos, cabe hacer presente la falta de instancias regionales de manejo de conflicto o instituciones destinadas a la mitigación de éstos. Efectivamente, luego de la desaparición del Pacto de Varsovia y la COMECON en 1990, no han existido instituciones regionales o bilaterales que hayan llenado el vacío dejado por éstas. A pesar de que ambos países se encontraban tramitando su ingreso a la Unión Europea,<sup>9</sup> ello no llevó a la conformación de una institución regional. La cooperación entre los países del llamado "Grupo Visigrad", Polonia, República Checa, Eslovaquia y Hungría, no ha resultado en la creación de instituciones regionales para la solución de conflictos. Debido a la carencia de instituciones de tal naturaleza, y específicamente de mecanismos de arbitraje regionales, es que el conflicto escaló hasta el punto en que sólo instituciones de carácter internacional, tales como la Unión Europea y el Tribunal Internacional de Justicia, podían brindar una solución al conflicto.

---

<sup>9</sup> Hoy son miembros plenos.

### 3. La controversia de las plantas de celulosa: Argentina - Uruguay

#### 3.1 Antecedentes

Durante las décadas de los '80 y '90 Uruguay, con el apoyo del Banco Mundial, promovió fuertemente el desarrollo de proyectos de forestación de eucaliptos con miras a la posterior producción de pulpa de celulosa para la industria del papel. Efectivamente en 1987 Uruguay se vuelca al tema forestal con la dictación de una ley de estímulo a la forestación y transformación de la madera centrada en la exportación. De acuerdo con analistas internacionales, se trataría de la transformación productiva más importante de la historia uruguaya.<sup>10</sup> A la fecha el país cuenta con 800.000 hectáreas de plantaciones de eucaliptos y tiene como objetivo de largo plazo llegar a 3 millones de hectáreas.<sup>11</sup> En concordancia con lo anterior, el año 2002 el gobierno uruguayo, encabezado en aquel entonces por Jorge Batlle, acuerda con dos empresas multinacionales, la española ENCE (proyecto denominado "Celulosa M' Bopicuá") y la finlandesa BOTNIA (proyecto denominado "Orión") la construcción de dos plantas de celulosa.

Argentina, por su parte, específicamente las autoridades provinciales, igualmente había tenido tratativas similares con empresas multinacionales dedicadas al negocio de la celulosa desde fines de la década de los '80 y principios de los '90. Sin embargo, debido a la crisis económica que se desató en el país, las inversiones inicialmente proyectadas fueron suspendidas. Cuando los inversionistas extranjeros volvieron a manifestar su interés en concretar sus proyectos, las autoridades argentinas habían cambiado de posición.

Finalmente, las empresas ENCE y BOTNIA inician la construcción de sus respectivas plantas de celulosa en territorio uruguayo en las márgenes del río Uruguay, frontera internacional entre Argentina y Uruguay. La planta ENCE proyecta producir 500.000 toneladas y la de Botnia 1.000.000 de toneladas de celulosa al año, siendo esta última la planta de celulosa más grande del mundo, considerándose la mayor inversión de carácter industrial en la historia del Uruguay y la mayor inversión de carácter privado industrial de Finlandia en el exterior.

Ambos proyectos tienen una inversión total por 1.860 millones de dólares, de los cuales el Banco Mundial podría financiar hasta 400 millones. Las obras dan trabajo a unos 2.000 trabajadores de la construcción, 2.500 en actividades metalúrgicas, y una vez instaladas y en funcionamiento, habrán generado unos 300 puestos de trabajo directos.

<sup>10</sup> Como se sabe, en los últimos 20 años la explotación forestal se ha convertido en un asunto económico de interés creciente en todo el Cono Sur. La expansión del sector forestal es notable en países sudamericanos.

<sup>11</sup> Esta estrategia productiva no es aislada en América del Sur, considerando que las plantaciones de eucaliptos y pinos en la Argentina, Brasil, Chile y Uruguay representan el 40% de los 10 millones de hectáreas de las plantaciones de árboles de rápido crecimiento existentes en el mundo.

La puesta en operaciones de las respectivas plantas de celulosa traerá aparejado un incremento del 1.8% del PIB de Uruguay.

Los centros urbanos más cercanos son, por parte de Uruguay, Fray Bentos, ciudad de 23.000 habitantes, dedicada principalmente a la industria de la carne y al turismo. Es asimismo la capital del Departamento de Río Negro, lugar donde se han concentrado las plantaciones de eucaliptos. Por parte de Argentina, la ciudad más próxima es Gualeguaychú, ciudad de 90.000 habitantes, dedicada principalmente a la industria del turismo ecológico.

### **3.2 Controversia**

Los orígenes de la controversia se encuentran en una serie de protestas sociales y ambientales internas del Uruguay. Efectivamente, entre 1998 y 2001 la coalición de izquierda Frente Amplio, junto a la central sindical uruguaya, el PIT-CNT, la organización ambiental Grupo Guayubira y Greenpeace criticaron la instalación de las plantas de celulosa y se opusieron a las mismas.<sup>12</sup> En la esfera gubernamental, sin embargo, las protestas de la sociedad civil no restaron apoyo al proyecto, y es así que al siguiente año el parlamento uruguayo ratifica el Tratado con Finlandia para proteger la inversión de BOTNIA en Fray Bentos. En junio Argentina y Uruguay llegan a un acuerdo en el seno del CARU (Comisión Administradora del Río Uruguay) para la instalación de las plantas.

A fines del año 2004, se llevan a cabo las elecciones presidenciales en Uruguay, siendo electo Tabaré Vázquez, quien confirma la construcción de las plantas de acuerdo a lo acordado. Dado este escenario, el Frente Amplio y la central sindical del PIT-CNT adecuan su posición y comienzan a apoyar la instalación de las plantas de celulosa en Fray Bentos. Sin perjuicio de lo anterior, la sociedad civil mantuvo firme su oposición al proyecto. Así, en abril del 2005 aproximadamente 40.000 argentinos y uruguayos se movilizan. Las dimensiones gigantescas de la movilización sacuden a los gobiernos de Argentina y Uruguay respectivamente y el conflicto adquiere relevancia regional e internacional.

A partir de este momento la población argentina de Gualeguaychú se organiza en la Asamblea Ciudadana Ambiental de Gualeguaychú, y comenzó a desarrollar una acción permanente y masiva de oposición a la instalación de ambas plantas. Esta oposición se manifestará principalmente por la vía de del bloqueo de los puentes sobre el río Uruguay. Si bien parte de la población uruguaya había adherido a las acciones de protesta en contra de la instalación de las plantas de celulosa, lo cierto es que la población mayoritariamente ve con optimismo la instalación de dichas

---

<sup>12</sup> Cabe señalar que aunque popularmente estas manifestaciones dicen oponerse a las papeleras, en estricto sentido no se trata de fabricas de papel, sino de pulpa de celulosa, que es la materia prima para la elaboración del papel.

plantas. Las razones son de orden práctico: se percibe que éstas importarán a futuro excelentes oportunidades de empleo y desarrollo industrial. Más adelante la población uruguaya de Fray Bentos realizó una marcha masiva encabezada por los trabajadores de ambas plantas, en la que estaban presentes todos los sectores, apoyando la construcción de las plantas, bajo el siguiente lema: "en defensa del trabajo, el Uruguay productivo y la soberanía nacional".

Como consecuencia del conflicto social generado, el 5 de mayo de 2005 los presidentes de Argentina, Kirchner, y Uruguay, Vázquez, acuerdan la creación de una Comisión Binacional para analizar el impacto ambiental del proyecto. La comisión debía trabajar durante 180 días. El mismo año 2005 y paralelamente a las negociaciones a nivel gubernamental, los pobladores de Gualaguaychú juntaron la firma de 39.000 personas y presentaron una queja al Ombudsman de la Corporación Financiera Internacional (CFI) del Banco Mundial. En noviembre el mentado organismo evacua su Informe de Evaluación Preliminar señalando importantes carencias en los procedimientos.

En diciembre de 2005 la Asamblea Ambiental de Gualaguaychú inició una acción sistemática de bloqueo del paso de vehículos hacia Uruguay afectando seriamente la economía uruguaya. En enero de 2006 fracasa la comisión binacional. Las posiciones políticas y los informes técnicos aportados por cada país diferían de tal modo que fue imposible llegar a un acuerdo: Uruguay se basó en el informe ambiental elaborado por el Banco Mundial en diciembre de 2005. Argentina, por su parte, cuestionó la localización de las plantas, realizó varias críticas al informe del Banco Mundial y a los informes de las empresas y exigió un informe independiente. El 4 de mayo de 2006 la Argentina, acogiéndose al Estatuto del Río Uruguay, recurrió a la Corte Internacional de Justicia de la Haya. Uruguay, por el contrario, sostuvo que el conflicto debía ser resuelto por el MERCOSUR, y ante la falta de apoyo de Argentina y Brasil, ha declarado su intención de abandonar el bloque.

### **3.3 Procedimientos técnicos**

La fabricación de la celulosa requiere como primer paso eliminar la lignina que contiene la madera de los árboles. Eso se consigue con procesos en base a soda cáustica. Pero la pulpa que se obtiene es muy oscura, conservando residuos de lignina. Y entonces hay que blanquearla, lo cual se ha hecho tradicionalmente con el uso del cloro. Es esta la etapa más contaminante. Existe un procedimiento con cloro gaseoso o cloro elemental, que está hoy prácticamente desechado por ser extremadamente contaminante dada la gran cantidad de dioxina y furanos que producía.

El método más generalizado usado por estas plantas en el mundo, en más de un 80% incluido los Estados Unidos y Canadá, es el ECF, que en términos vul-

gares significa libre de cloro elemental. En lugar de cloro gaseoso usa dióxido de cloro, con lo que reduce la contaminación del método anterior en un 80%. Este es el sistema que usarán las fábricas hasta ahora localizadas en Fray Bentos. Lo óptimo es la utilización del procedimiento denominado TCF (libre de cloro), donde se usan como blanqueadores de la pulpa de la celulosa para obtener una pasta blanca, oxígeno, ozono, o peróxido de hidrógeno. Este método es el ideal en la actualidad y es aquel empleado en Escandinavia, Alemania, Austria e implica el 7% del total de las plantas de celulosa del planeta.

Cabe señalar que a nivel global las industrias papeleras están entre las principales fuentes de compuestos denominados organo-clorados vertidos a los cursos de agua. Estos compuestos afectan la vida acuática y se almacenan en los tejidos grasos de los organismos, bioacumulándose a lo largo de la cadena alimentaria.

### **3.4 Marco físico**

Después del río Paraná, el Uruguay es el más importante de la cuenca del Río de la Plata. Su longitud total, desde sus fuentes en Brasil hasta el comienzo del Río de la Plata cerca de la ciudad de Nueva Palmira, es de aproximadamente 2.000 kilómetros, y tiene un caudal promedio en su curso inferior de 6.000 m<sup>3</sup>/s. La cuenca del río Uruguay cubre una superficie de 365.000 kilómetros cuadrados, de los cuales 51% se encuentran en territorio brasileño, 33,5% en territorio argentino, y 15,5% en territorio uruguayo.

### **3.5 Marco jurídico**

Las relaciones entre Argentina y Uruguay en lo relacionado con el río Uruguay se encuentran reguladas en un tratado internacional de 1975 conocido como "Estatuto del río Uruguay", el cual en lo principal establece:

- Un régimen de comunicaciones e inspecciones frente a cualquier obra que pueda afectar la calidad de las aguas, arts. 7 a 12.
- El compromiso de prevenir la contaminación de las aguas, art. 41.
- La responsabilidad por daños de un país frente al otro por la contaminación que causaren sus actividades, art. 42.
- La Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de la Haya para resolver cualquier conflicto, art. 60.

El órgano encargado de llevar a cabo la administración se conoce como la "Comisión Administradora del río Uruguay" ("CARU") El propósito de su creación obedece a la idea de contar con un mecanismo idóneo para un "óptimo y racional aprovechamiento del río" (art. 1). La CARU es el instrumento internacional para la administración de un recurso hídrico compartido.

#### **4. El conflicto en el contexto actual: concepto de desarrollo sustentable**

Actualmente, el conflicto Gabcikovo-Nagymaros sigue sin solución tanto al nivel nacional como internacional. Desde el año 2002 el actual gobierno húngaro se opone a la construcción de la presa. Por lo tanto su posición no ha variado sustancialmente desde hace aproximadamente diez años. Eslovaquia por su parte ha dado importantes señales en el sentido de abandonar su pretensión relativa a la obligación de Hungría de construir la presa a cambio de una eventual compensación por parte de este último país.

Sin embargo, el conflicto relativo a las diversas opiniones de las partes subsiste en gran medida. Ello quedó corroborado al analizar los comunicados de ambas partes en lo relativo a las inundaciones del año 2002: Hungría consideró como un designio divino que gran parte de la región no hubiera sido devastada producto de éstas; Eslovaquia, por su parte, consideró que la catástrofe pudo ser evitada en gran medida debido al efectivo control de inundaciones por medio de la presa, es decir, a criterio de Eslovaquia, sin la presa de Gabcikovo, la región pudo haber sido devastada.

Pero más allá del conflicto, el asunto "Gabcikovo-Nagymaros" establece la importancia que el nuevo orden mundial otorga al medio ambiente. Se trata de un hito internacional, en donde por primera vez un fallo de la Corte Internacional de Justicia, invocando la emergencia de normas internacionales de precaución en cuanto a la vulnerabilidad y riesgo del medioambiente, impone en 1997 el concepto de "desarrollo sustentable" o "desarrollo sostenible" como un bien jurídico de protección, vigilancia y prevención a nivel internacional. Es así que desde ese momento ya no son indiferentes para la comunidad internacional las actividades que desarrolle un Estado, aun siendo estas actividades dentro de la esfera de su soberanía, en relación al efecto que puedan producir en el medio ambiente de otros Estados.

Desde este fallo, se reconoce todo el desarrollo conceptual que se venía elaborando desde la Comisión Brundtland (Comisión Mundial de Desarrollo y Medioambiente), de 1987, en cuanto a la definición de "desarrollo sustentable", que la describe como "el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer las capacidades de las futuras generaciones para alcanzar sus propias necesidades". De esta forma observamos que el concepto de "desarrollo sustentable" es un concepto integrador del derecho internacional, reconociendo en él su función de promotor de intereses y valores con un acento eminentemente instrumental. En este sentido se pueden resaltar objetivos tales como el desarrollo de la equidad intergeneracional que comprende la necesidad de preservar los recursos naturales para el beneficio de futuras generaciones, así como el de desarrollo de la equidad intrageneracional, que comprende el uso



considerado del medio ambiente que un Estado debe hacer en relación a los efectos que éste produzca en el medio ambiente de otros Estados. A partir del fallo (1997), se prioriza y se da sentido a un sinnúmero de tratados y convenciones referentes a la protección del medio ambiente, otorgando un nuevo empuje a la determinación de los Estados y de la sociedad civil de preservar y promover el cuidado ecológico del planeta.

Por su parte, el tema de las "Papeleras" en América del Sur tiene diversas facetas, siendo el mayor desafío quizás el de pensar en el paradigma del desarrollo sustentable. Al igual que en otras regiones del mundo, se hace cada día más necesario la elaboración de políticas públicas, las cuales tomando en cuenta las necesidades de inserción internacional de los países, las estrategias de desarrollo nacional y local, logren articular en primer término el diálogo local tanto de actores de sector público como del privado, para así dar lugar a la implementación de una estrategia de desarrollo país, en las cuales cada sector se sienta identificado y colaborador.

Tal como lo demuestra Gabcikovo-Nagymaros, una de las fallas más apremiantes de los países con menor desarrollo relativo es justamente la incapacidad de articulación de la sociedad en su conjunto en la búsqueda de consensos reales, concretos y de largo plazo. Precisamente es la gracia de la democracia participativa irrestricta y activa: la promoción y articulación de la creatividad del "demos".

## 5. Referencias

1. Dunay Pál: "Ungarns Aussenpolitik 1990-1997. Zwischen Westintegration, Nachbarschafts und Minderheitenpolitik." Baden Baden Verlag, 1988.
2. Fuentes Ximena: "Sustainable Development and the Equitable Utilization of International Watercourse", en The British Year Book of International Law 1998, Oxford, Clarendon Press, 1999.
3. Furst Heiko: "The Hungarian-Slovakian Conflict over the Gabcikovo-Nagymaros Dam: An Analysis", en Institute for Peace Research and Security Policy University of Hamburg Germany. As provided by Lexis/Nexis, Academic Research Files, 2001.
4. Galambos Judit: "An International Environmental Conflict on the Danube: The Gabcikovo-Nagymaros", en Environment and Democratic Transition in Central and Eastern Europe: Policy and Politics in Central and Eastern Europe. Ed. Anna Vari, Pal Tamas, 1993.

5. International Court of Justice: "The case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) Judgment 25 September 1997, en [www.icj.org](http://www.icj.org).
6. Knabe, Hubertus: Umweltkonflikte im Sozialismus : Möglichkeiten und Grenzen gesellschaftlicher Problemartikulation in sozialistischen Systemene, eine vergleichende Analyse der Umweltdiskussion in der DDR und Ungarn.
7. Moldova Gyorgy: "Historia de dos presas", en El Correo de la UNESCO, octubre 2001.
8. Nelson Robert: "Dispute Resolution in Post Communist Societies Feasible or Dream?" As provided by Lexis/Nexis, Academic Research Files.
9. Rich Vera, "The Murky Politics of the Danube", en The World Today, August, 1993.
10. Sibl, Jaromir, ed: "Damming the Danube: What Dam Builders don't want you to know" a critique of the Gabčíkovo Dam Project", prepared by Slovak Union of Nature and Landscape Protectors and Slovak Rivers Network. As provided by Lexis/Nexis, Academic Research Files, April 1993.
11. Sukosd Miklos: "The Gabčíkovo-Nagymaros Dam Social Political and cultural Conflicts". As provided by Lexis/Nexis, Academic Research Files, 1997.



# La reforma del derecho francés del divorcio<sup>1</sup>

**Michel Grimaldi**

Catedrático

**UNIVERSIDAD PANTEÓN-ASSAS**

**(PARIS II)**

Presidente de la Asociación Henri Capitant de los  
Amigos de la Cultura Jurídica Francesa

El tema que nos reúne es la reforma del derecho francés del divorcio concretada por la ley del 26 de mayo de 2004.

A modo de introducción, quisiera entregarles algunas referencias históricas, algunas cifras sobre la cantidad de divorcios y algunos elementos de derecho internacional privado y de derecho europeo.

## Algunas referencias históricas

La historia del divorcio es una historia agitada. Aun cuando fue admitido y ampliamente utilizado en Roma, el Antiguo Derecho Francés, aquel de antes de la Revolución de 1789, hizo prevalecer la indisolubilidad del matrimonio bajo la influencia de la Iglesia Católica: el divorcio, en ese tiempo, no se conoció. Esta indisolubilidad simplemente fue flexibilizada por la admisión de la separación física, que se mantendría, hasta una época reciente, como el divorcio de los católicos, y por una gran práctica de nulidades matrimoniales.

La Revolución, hija del siglo XVIII y ampliamente anticlerical, resucitó la institución: una ley del 20 de septiembre de 1792, que se basa en una concepción del matrimonio como contrato, admitió el divorcio y de una manera muy liberal: lo permitió por mutuo acuerdo por incompatibilidad de caracteres.

El Código de Napoleón de 1804 tomó una línea intermedia. Mantuvo el principio del divorcio, en conformidad con su ideal de laicidad, especialmente de laicidad del matrimonio, con su ideal de libertad y también con el deseo secreto

---

<sup>1</sup> Transcripción de la conferencia que el autor expuso para profesores, magistrados, abogados y alumnos, en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, sede Concepción. Traducido por la Sra. Maritza Nieto, traductora Francés-Español, Universidad de Concepción.

de Napoleón, quien no desdeñaba servirse de él algún día. Pero sólo lo permitió bajo condiciones muy restrictivas: el divorcio por incompatibilidad de caracteres fue suprimido; el divorcio por mutuo acuerdo fue sembrado de dificultades (se necesitaba el consentimiento de los padres de los cónyuges), las que lo volvieron inaccesible a la masa; quedaba, solamente, el divorcio por culpa.

Con la caída del Primer Imperio y la restauración de la monarquía, la alianza del trono y el altar fue fatal para el divorcio, que fue suprimido por una ley del 8 de mayo de 1816. Esta supresión duró la existencia de tres reinos (Luis XVIII, Carlos X, Luis Felipe) y de un Imperio (Napoleón III).

El divorcio fue restablecido con la Tercera República, proclamada en 1870, y lo fue por una ley del 27 de julio de 1884, llamada Ley Naquet, nombre de un parlamentario republicano que más tarde desaparecerá en el escándalo del Canal de Panamá... Esta ley, que constituirá el derecho positivo de Francia durante casi un siglo, sólo admitía el divorcio en condiciones muy estrictas. Era necesario que fuera pronunciado por el juez y el juez sólo podía pronunciarlo si constataba la falta: se trataba de un divorcio judicial y de un divorcio por causa subjetiva, es decir, de un divorcio sanción.

Sin embargo, la cantidad de divorcios no dejó de aumentar regularmente con el paso de los años. En los años 40, el Legislativo intentó parar la ola de divorcios agregando a su declaración una condición suplementaria: a la condición subjetiva, la existencia de la falta, agregó una condición objetiva, el que esta falta haya vuelto intolerable la vida en común. De esta manera pretendía que el divorcio sólo fuera posible cumpliendo las condiciones de un divorcio sanción y de un divorcio remedio. Vana tentativa... La permisividad, el individualismo, el hedonismo de los años 60 provocaron un marcado aumento del número de divorcios. Y se desarrolló en Francia, al margen de la ley y con la tolerancia de los tribunales, la práctica llamada de los "divorcios por acuerdo", que esquivaba la prohibición del divorcio por consentimiento mutuo: ambos cónyuges, deseosos de terminar con el matrimonio, simulaban faltas (principalmente intercambios de cartas injuriosas, acusación y confesión igualmente mentirosas de desertión del domicilio conyugal...) que permitían al juez separarlos. Y el juez se prestaba a ese juego, consciente de que rechazar esta petición por falta simulada tendría como única consecuencia diferir el día en que inevitablemente las faltas se volverían muy reales.

De aquí nace la reforma realizada por la ley del 11 de julio de 1975, que ha refundido el derecho del divorcio: ley que constituye actualmente todavía el derecho positivo de Francia, aun cuando ha sido modificada varias veces, y a veces incluso de manera importante, especialmente por la reciente ley del 26 de mayo de 2004. En la época de esta reforma de 1975, la orientación

de política legislativa estaba clara. No se trataba de discutir el principio del divorcio, ni siquiera de limitar la capacidad de divorciar. El objetivo legislativo era otro y era doble:

- Se trataba primero de anular la diferencia que existía entre el derecho y los hechos, entre los textos y la práctica: la laguna entre un Código Civil que sólo admitía el divorcio por culpa y una práctica en que el divorcio por mutuo acuerdo se había vuelto normal bajo la forma de los divorcios por acuerdo. Era necesario devolverle su dignidad a los cónyuges dispensándolos de esta comedia, a los tribunales evitándoles este espectáculo y a la ley dándole de nuevo su credibilidad. Este es el origen de la reforma de las *causas* de divorcio: la causa única, la falta, fue reemplazada por un pluralismo de causas que subsiste actualmente.

- Enseguida se trataba de calmar, pacificar el divorcio, es decir, evitar que las exigencias legales ayuden a atizar el drama. Esta inspiración se tradujo principalmente en la reforma del *procedimiento* y de los *efectos* del divorcio. Las tres ilustraciones más importantes de aquello son las siguientes. En primer lugar, la ley ha separado los efectos del divorcio de las faltas conyugales, que, hasta entonces, dependían de aquellas. En segundo lugar, concentró en el tiempo los acuerdos pecuniarios consecutivos al divorcio, sustituyendo una compensación económica, pagada teóricamente bajo forma de un capital y fijada de manera intangible, a la pensión alimenticia, que hasta aquí era fuente de interminables procedimientos de ejecución y de revisión. En tercer lugar, liberalizó las consecuencias del divorcio favoreciendo los acuerdos entre los cónyuges, que antes eran severamente perseguidos.

Ya sea que se trate de las causas del divorcio, por una parte, o de su procedimiento y de sus efectos, por otra, las grandes orientaciones tomadas en 1975 se mantienen en la nueva ley del 26 de mayo de 2004 e incluso se mantienen con una rigurosidad acrecentada:

- Tratándose de las *causas*, se mantiene su pluralismo. La ley procede simplemente a reordenar, con el fin de neutralizar prácticas enojosas que consistían en evitar vías o procedimientos: por ejemplo, ciertos cónyuges, estando de acuerdo con el principio y con las consecuencias de su divorcio, abandonaban la vía de la solicitud conjunta, que incluía un plazo de reflexión, para tomar la vía de la demanda aceptada, que, considerando su acuerdo, les permitía avanzar más rápido. Ya volveremos más adelante a hablar sobre estas dos vías.

- Tratándose del *procedimiento* y de los *efectos* del divorcio, la ley sigue preocupada de desdramatizar la separación. Acelera los procedimientos propios de cada causa; acentúa la independencia de los efectos en relación a la causa del

divorcio, aumenta su concentración en el tiempo y aumenta la participación de los cónyuges en los acuerdos.

- Tratándose finalmente tanto de las *causas* como de los *efectos* del divorcio, la Ley de 2004 suprime las cláusulas de salvaguardia instituidas en 1975, que permitían al juez dejar de lado tal o cual regla nueva cuando su aplicación tendría consecuencias excepcionalmente graves para uno de los cónyuges: estas cláusulas de salvaguardia estaban destinadas en el fondo a ser sólo disposiciones transitorias, reglas de compasión para ciudadanos familiarizados con un viejo orden jurídico matrimonial.

### **Algunas cifras**

El continuo aumento del número de divorcios es impresionante: la cifra aproximada en 1886 era de 2.850, luego pasó a 30.000 en 1960, a 70.000 en 1970, para alcanzar en la actualidad 120.000. Hoy, un matrimonio de tres, incluso de dos en las ciudades más grandes, termina en divorcio.

El divorcio no es más un fenómeno marginal, un comportamiento desviado, sino que se ha convertido en un fenómeno masivo, un comportamiento banal, cuyas causas se pueden buscar en el relajamiento de la regla religiosa, en el cambio de la moral y también el aumento de la esperanza de vida humana: el riesgo de cansancio es más grande en un matrimonio que dura cincuenta años que en un matrimonio que sólo dura 20 y las tentaciones externas son más fuertes, las posibilidades de una nueva vida, con una nueva aventura matrimonial, son mayores cuando tenemos la esperanza de llegar a los 80 años, en lugar de a los 60...

### **Algunas indicaciones de derecho internacional privado y de derecho europeo**

En derecho internacional privado, la Corte de Casación Francesa juzga que la libertad de divorciar, para un francés domiciliado en Francia, depende del orden público internacional francés, de manera que la aplicación de la ley extranjera que se lo rechazaría no debe ser considerada (Cass. Civ. 1°, 1° de abril de 1981: D. 1982. IR. 69, obs. B. Audit).

Pero en lo que se refiere al derecho europeo, la Corte de Estrasburgo considera (por ahora...) que la Convención europea de resguardo de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales no da un derecho al divorcio: de esta manera, por un fallo del 18 de diciembre de 1986, ella rechazó condenar a Irlanda (CEDH, 18 de diciembre de 1986, *Johnston et alii c. Irlanda*, serie A, N° 112).

Pero volvamos al derecho francés y más precisamente a la ley del 26 de mayo de 2004. Consideraré uno tras otro sus dos rasgos más notables, que estaban ya en la ley del 11 de julio de 1975: el pluralismo de las causas de divorcio (A) y la desdramatización del divorcio (B).

## **A. El pluralismo de las causas del divorcio**

Así como aparece en la ley del 26 de mayo de 2004, el derecho francés prevé cuatro casos de divorcio: el divorcio por mutuo acuerdo (a), el divorcio aceptado (b), el divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal (c) y el divorcio por culpa (d).

### **a. El divorcio por consentimiento mutuo**

Se trata de un divorcio en el que, bajo el control del juez, los cónyuges se ponen de acuerdo sobre su principio y sobre sus efectos, personales y pecuniarios.

Su acuerdo sobre el principio del divorcio resulta de su solicitud conjunta; su acuerdo sobre las consecuencias se expresa en una convención que ellos someten a la aprobación del juez.

Este divorcio era llamado divorcio por solicitud conjunta en la ley de 1975. Representa entre 40 y 45% de los divorcios.

La ley de 2004 lo simplificó suprimiendo dos plazos: por una parte, el plazo de seis meses a contar del matrimonio, durante el cual este tipo de divorcio estaba prohibido, seguramente para evitar matrimonios por conveniencia, sin real intención matrimonial (matrimonio para legitimar un hijo o dar a uno de los cónyuges la nacionalidad del otro); por otra parte, el plazo de reflexión de tres meses a contar de la petición inicial de los cónyuges, que debían así comparecer dos veces ante el juez, mientras que, a partir de 2004, el juez puede pronunciar el divorcio incluso en su primera comparecencia.

Pero cuidado: este divorcio sigue siendo un divorcio judicial y esto desde dos puntos de vista:

1. Es el juez quien pronuncia el divorcio. El consentimiento mutuo no permite un divorcio administrativo, a través de una declaración en la municipalidad,<sup>2</sup> como algunos lo sugerían en caso de no haber descendencia. No hay entonces paralelismo de forma entre el matrimonio y el divorcio;

---

<sup>2</sup> En Francia, el matrimonio civil tiene lugar en la Municipalidad de la que dependen los novios y es pronunciado por el alcalde (N. de T.).

2. El juez controla el acuerdo de los cónyuges. Tratándose tanto del principio como de las consecuencias del divorcio, él se asegura de que su consentimiento es serio, libre e informado. Además, tratándose de las consecuencias del divorcio, personales y pecuniarias, rechaza la aprobación de la convención si estima que esta protege de manera insuficiente los intereses de los hijos o de uno de los cónyuges; y si el juez rechaza la aprobación, no puede pronunciar el divorcio: existe una indivisibilidad entre la declaración y la determinación de sus consecuencias.

### **b. El divorcio aceptado**

Se trata de un divorcio en el que los cónyuges aceptan el principio, pero en el que no logran fijar juntos las consecuencias. Como en el caso anterior, el divorcio encuentra su principio en el acuerdo de los cónyuges, pero, a diferencia del caso precedente, es el juez quien fija los efectos de él: más precisamente, en base a la constatación del doble acuerdo de los cónyuges, el juez declara el divorcio y fija sus consecuencias. Es una forma suavizada del divorcio por mutuo acuerdo.

Este divorcio era llamado divorcio por demanda aceptada en la ley de 1975. Representa alrededor de 13% de los divorcios.

Dos precisiones:

1. El acuerdo de los cónyuges sobre el principio del divorcio puede ser graduado: puede existir desde el comienzo del procedimiento, en cuyo caso el divorcio es solicitado por ambos cónyuges; pero puede también aparecer durante la tramitación del procedimiento, en cuyo caso el divorcio es solicitado por uno de los cónyuges y el otro acepta más tarde, aceptación que es irrevocable. En todo caso, el juez vigila que el consentimiento de cada uno sea libre.

2. Los demandantes o el demandante no está obligado a exponer los hechos que justifican su demanda, es una innovación de la ley de 2004.

### **c. El divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal**

Se trata de un divorcio pedido por uno de los cónyuges debido a la cesación de la vida en común por más de dos años. Es un divorcio contencioso, porque, por hipótesis, uno de los cónyuges no quiere divorciar (se deja aquí de lado el asunto, extremadamente complejo, de las demandas reconventionales); es también un divorcio remedio, sin consideración de ninguna culpa, es decir, sin tomar en cuenta la causa de la ruptura de la comunidad de vida.

Se le llamaba divorcio por ruptura de la vida en común en la ley de 1975. Es el tipo de divorcio que ha suscitado mayor polémica tanto en 1975 como en 2004, aun cuando sólo representa el 2% del total. La ley de 2004 liberalizó muy notablemente las condiciones:

- El tiempo requerido de la separación de hecho era de 6 años: este periodo fue dividido por tres.
- La ley de 2004 suprimió una cláusula de salvaguardia que se denominaba "cláusula de dureza": el juez podía rechazar la solicitud si el demandado establecía que el divorcio tenía para él o para los hijos consecuencias materiales o morales excepcionalmente graves.
- La ley de 1975 imponía al demandante asumir todas las consecuencias pecuniarias del divorcio; particularmente, tenía la obligación de socorrer a su cónyuge, bajo la forma de una pensión alimenticia sujeta a revisión; perdía todos los beneficios de las donaciones y ventajas matrimoniales que éste hubiese podido consentirle. De este dispositivo, que muestra que la ley de 1975 no había completamente dissociado las consecuencias del divorcio de su causa, no queda nada en la nueva ley: el deber de socorro desaparece en todos los casos de divorcio, el destino de las donaciones y ventajas matrimoniales es determinado haciendo abstracción de la causa del divorcio.

Considerando estas modificaciones, se puede decir que, a partir de ahora, ningún cónyuge está encerrado en el matrimonio. Algunos, hostiles a este divorcio que uno de los cónyuges puede imponer al otro sin tener nada que reprocharle, han hablado de "divorcio repudio": fórmula excesiva, incluso exagerada, ya que el repudio evoca una prerrogativa marital, masculina, un atentado violento a la igualdad de sexos, mientras que la facultad de pedir el divorcio es aquí bilateral. Si debiéramos hacer una analogía, sería más bien con la regla del derecho de los contratos, según la cual un contrato indefinido puede ser liquidado por la voluntad unilateral de una de las partes: corolario de la prohibición de las obligaciones a perpetuidad. En el fondo, lo que la nueva ley acentúa es la naturaleza contractual –más que institucional– del matrimonio; lo que ella consume es la ruptura con la concepción canónica, sacramental, del matrimonio, para retomar la concepción que de él tenía el derecho de la Revolución.

#### **d. El divorcio por culpa**

Se trata de un divorcio por petición de uno de los cónyuges que acusa a su cónyuge de una violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio, que vuelve intolerable la vida en común. Es a la vez un divorcio con-

tencioso, porque los cónyuges se oponen; un divorcio sanción, porque supone una falta, y un divorcio remedio, porque es necesario que la falta, supuestamente reconocida como verdadera, haya vuelto insoportable la vida en común.

Este caso de divorcio, que es el caso "histórico", el de la ley de 1884, representa entre 40 y 45% de los divorcios: sigue siendo más frecuente en provincia que en la región parisina.

La ley de 2004 no lo modifica notablemente, excepto en un punto: ya no existe más ninguna causa perentoria, es decir, ninguna falta cuya constatación obligue al juez a pronunciar el divorcio. La ley de 1884 preveía dos causas: el adulterio y la condena a una pena criminal grave. La ley de 1975 había suprimido la primera. La ley de 2004 suprime la segunda. Desde ahora, entonces, el juez dispone siempre de poder de apreciación.

Algunos, en 2004, querían suprimir esta causa de divorcio, y esto por dos razones principales: una razón de hecho, a saber, el carácter ilusorio y vano de la búsqueda de faltas en una pareja que se desgarran; una razón de derecho, extraída de los múltiples ataques al derecho de respeto de la vida privada que generan los procedimientos del divorcio por culpa, especialmente con las constataciones de adulterio y la violación de correspondencia privada. Luego de haber dudado, el legislador finalmente mantuvo este tipo de divorcio, por dos razones: permitir a uno de los cónyuges salir del matrimonio con un certificado de inocencia y limpio de toda sospecha; confirmar la existencia de deberes y obligaciones en el matrimonio –socorro, fidelidad, asistencia, comunidad de vida–, que no pueden tener existencia jurídica sin sanción.

Dos observaciones para concluir sobre las causas de divorcio:

En primer lugar, este pluralismo de causas desemboca en un sistema que se puede llamar de divorcio a la carta: para cada persona –o más bien: para cada pareja– su divorcio. Sólo hay una puerta para entrar al matrimonio; hay varias para salir de él. Algunos ven allí una fuente de complicaciones. Ante lo cual otros replican que esta complicación es útil desde el momento en que permite dar cuenta de la diversidad sociológica de los que se divorcian, que son el reflejo de la diversidad del sentimiento religioso, de los medios socio-culturales o incluso de los niveles socio-económicos.

En segundo lugar, la ley prevé puentes hacia el divorcio por consentimiento mutuo, que permiten a los cónyuges involucrados en uno de los otros tres casos de divorcio poder derivar hacia él. Es claramente el signo de la ley por favorecer un divorcio consentido por ambos cónyuges. De donde nace, por otra parte, una innovación de la ley de 2004: cuando uno de los cónyuges pide



el divorcio, no está obligado, en su primera solicitud, a indicar la causa de ello; sólo más tarde, luego del fracaso del intento de conciliación, durante el cual el juez debe invitar a los cónyuges si no a reconciliarse, al menos a ponerse de acuerdo sobre el principio y las consecuencias de su divorcio, o sea, a tomar la vía del acuerdo mutuo.

## **B. La desdramatización del divorcio**

Ella reviste tres aspectos, que son la disociación de los efectos y de las causas del divorcio (a), la concentración en el tiempo de los efectos del divorcio (b) y la contractualización de los efectos del divorcio (c).

### **a. La disociación de los efectos y de las causas del divorcio**

Desde ahora los efectos del divorcio se determinan sin considerar sus causas, o sea, sin considerar culpas eventuales de los cónyuges o de uno de ellos.

He aquí tres ejemplos:

1. El otorgamiento de la compensación económica. La compensación económica –que reemplaza la pensión alimenticia desde 1975 (infra, b)– está desligada de cualquier idea de responsabilidad por culpa. Esta compensación se debe en razón de la sola constatación objetiva de que el divorcio crea una disparidad entre los respectivos niveles de vida de los cónyuges. Se encuentra entonces en todos los tipos de divorcio: en el caso de divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal, el demandante, quien de alguna manera abandona a su cónyuge, también puede solicitarla; y en el caso de divorcio por culpa, incluso el esposo por cuyas faltas el divorcio ha sido pronunciado puede solicitarla también. Estas son dos innovaciones de la ley de 2004, que, sin embargo, ha puesto un límite a la segunda: el esposo por cuyas faltas el divorcio ha sido pronunciado por culpa puede recibir una negativa a su solicitud de compensación económica, de la que se supone satisface los requisitos, en caso de que la imparcialidad lo exija, considerando las circunstancias de la ruptura (abandono culpable; falta de excepcional gravedad).

2. El destino de las donaciones y ventajas matrimoniales. Antes de 2004, dependía de la causa del divorcio: aquel contra quien el divorcio era pronunciado, ya sea por faltas de su exclusiva responsabilidad, ya sea a su solicitud por ruptura de la vida en común, perdía automáticamente las donaciones y ventajas matrimoniales que se le habían concedido, mientras que su cónyuge conservaba los suyos; cuando el divorcio no había sido pronunciado contra uno de los cónyuges, es decir, cuando había existido solicitud conjunta o demanda

aceptada o culpa con responsabilidad compartida, cada esposo tenía la facultad de revocar las donaciones y ventajas concedidas al otro, y, si no decía nada, se suponía que las conservaba. Desde 2004, el destino de las donaciones y ventajas matrimoniales está completamente dissociado de las causas del divorcio. La ley hace una distinción completamente diferente, según el objeto de la donación o de la ventaja:

- o bien la donación o la ventaja matrimonial ya produjo sus efectos antes del divorcio (ejemplo: donación de bienes presentes, adopción de una sociedad universal de bienes), y se mantienen;
- o bien la donación o la ventaja matrimonial sólo debía producir sus efectos en el momento de la disolución del matrimonio o con ocasión del deceso de uno de los cónyuges (ejemplos: donación de bienes futuros, es decir, de todo o una parte de la sucesión del donante; renuncia a los gananciales de la comunidad), y son revocados automáticamente, excepto por voluntad contraria del esposo que las ha concedido.

De esta manera ya no son consideraciones subjetivas, a saber, la imputabilidad de las culpas, las que guían el destino de las donaciones y ventajas matrimoniales; son consideraciones objetivas: la estabilidad de las situaciones adquiridas y la seguridad jurídica.

3. La autoridad sobre los hijos, patria potestad, está reglamentada sin considerar las faltas que hayan podido cometer los cónyuges entre ellos, sino basada únicamente en función del interés del hijo: el principio es que su ejercicio sigue siendo en común y que la residencia del niño se fija ya sea en casa de uno de los padres o bien en ambas casas alternativamente; sólo en caso de que el interés del hijo lo requiera, el juez podrá confiar solamente a uno de ellos el ejercicio de la patria potestad. Y no es siquiera la legislación del divorcio la que lo ordena, es la legislación sobre la patria potestad, a la que simplemente remite la primera. El título del Código Civil consagrado a la patria potestad incluye un párrafo titulado "Del ejercicio de la patria potestad por padres separados", donde se revisan en conjunto todos los tipos de separación de los padres: no sólo los casos de padres divorciados, sino también aquellos en que los padres, casados o no, viven separados.

#### **b. La concentración en el tiempo de los efectos del divorcio**

Aquí se trata solamente de los acuerdos pecuniarios.

Desde la elaboración de la gran reforma de 1975, se constató que entre cónyuges divorciados las obligaciones de tracto sucesivo y sujetas a revisión

constituyen la fuente de un doble contencioso particularmente abundante, de la ejecución y de la revisión. De allí nació la idea de que es necesario concentrar en el tiempo, en torno al juicio de divorcio, los arreglos pecuniarios. Esta idea, presente ya en la ley de 1975, se encuentra con mayor fuerza aún en la ley de 2004.

El principio de concentración en el tiempo de los acuerdos pecuniarios explica en primer lugar que los derechos pecuniarios deben ser fijados durante la instancia de divorcio y no después del pronunciamiento de este:

- De esta manera, la compensación económica debe ser solicitada durante esta instancia; una vez pronunciado el divorcio, es muy tarde.
- De la misma manera, las indemnizaciones que puede obtener el esposo al que el divorcio causa un daño de una especial gravedad deben ser solicitadas durante la instancia de divorcio; una vez que se ha dictado la sentencia de divorcio, ya es muy tarde.
- De la misma manera, la voluntad de los cónyuges de mantener las donaciones o ventajas que teóricamente son revocadas (v. supra, a) debe manifestarse durante el inicio del juicio de divorcio; luego, esta voluntad será ineficaz.
- Finalmente, conviene acercar a estas reglas aquella según la cual las operaciones de liquidación y de partición del régimen matrimonial deben finalizar dentro del año del divorcio, si no se hizo a través del acuerdo de los cónyuges durante el procedimiento de divorcio.

El principio de concentración en el tiempo de los acuerdos pecuniarios explica enseguida la naturaleza y los caracteres de la compensación económica, que constituye una pieza clave de los efectos pecuniarios del divorcio.

- Tratándose de su naturaleza, el principio esencial es que ella toma la forma, no de una renta donde por suposición la ejecución se extendería en el tiempo, sino más bien de un capital. Más precisamente, ella se ejecuta por la atribución, ya sea de una suma de dinero, que puede ser objeto de un pago en cuotas por un periodo máximo de 8 años, ya sea un derecho de uso o de habitación o de un derecho de usufructo o incluso de la propiedad de bienes muebles e inmuebles. De esta manera, el esposo deudor puede ser expropiado de uno de sus bienes por el juez (excepto, en todo caso, para los bienes que ha adquirido por sucesión o donación: excepción que se explica por la preocupación de proteger los bienes de familia).

Dicho esto a título excepcional, la compensación económica puede tomar la forma de una renta vitalicia cuando el acreedor, debido a su edad o a su estado de salud, no puede financiar sus necesidades, es decir, no puede trabajar. Y porque esta incapacidad es juzgada definitiva, la renta es necesariamente vitalicia: no puede ser temporal. Pero, incluso en este caso, la preferencia de la ley por el capital se mantiene. Esta preferencia explica que la compensación económica puede ser mixta, es decir, constituirse en renta y en capital; que una vez fijada en renta, su conversión en capital pueda ser solicitada en cualquier momento, por el deudor o por el acreedor y que el juez no puede rechazar esta solicitud sino por una decisión especialmente motivada; que en el momento del deceso del deudor, la compensación económica, que pasa a los herederos en los límites del monto de la herencia, se encuentra entonces convertida en capital (excepto cuando todos los herederos deciden lo contrario, pero que deben entonces responder del monto de la renta con sus bienes).

Tratándose de las características de la compensación económica, el principio es que ella es fijada con anterioridad, es decir, que no puede ser revisada ni para aumentarla ni para rebajarla. La decisión del juez sobre el principio y sobre el monto de la prestación es extremadamente importante: es por esta razón que la ley enumera detalladamente, con precisión, los elementos que debe tomar en cuenta para estatuir (especialmente la duración del matrimonio, la edad, la salud, la situación profesional de los cónyuges, su situación patrimonial respectiva, presente y previsible).

Dicho esto, el carácter fijo o a todo evento sólo es absoluto si la prestación toma la forma de un capital pagable en una sola vez. Se flexibiliza si el capital se puede pagar en cuotas: el deudor que justifica un cambio importante en su situación puede pedir una repactación de su deuda en más de ocho años. Se flexibiliza aun más cuando el capital toma la forma de una renta (lo que, recordémoslo, es excepcional): la renta está sujeta a revisión (para reducirla y, luego de una primera disminución, para aumentarla dentro de los límites del monto primitivo), a suspensión e incluso a supresión en caso de cambio importante en las necesidades o los recursos de una de las partes; además si el acreedor sobrevive al deudor y recibe entonces una renta de reversión, el monto de esta se deduce de la renta.

Tres observaciones para terminar con el principio de concentración en el tiempo.

- De cierta manera, la ley de 2004 ha flexibilizado este principio desde el momento en que la ejecución de la prestación se distribuye en el tiempo, ya sea que tome la forma de un capital pagable en varias cuotas o de una renta vitalicia. Efectivamente, la ley de 1975 excluía la revisión de la renta excepto en casos muy justificados. Esta flexibilización se explica por el cambio de la

coyuntura económica: los años 70 eran años de mucho empleo, los años 2000 están ensombrecidos por una cesantía de difícil reabsorción.

- Este mismo principio evidentemente no se impone a los cónyuges que divorcian por mutuo acuerdo. En la convención que, por suposición, determina las consecuencias de su divorcio, ellos pueden estipular una compensación económica bajo forma de renta temporal y pueden también, cualquiera sea la forma (capital, renta vitalicia o temporal), prever su revisión judicial en caso de cambio importante en la situación de uno de los ex cónyuges. Precizando aquí que si ellos no han previsto esta revisión y han estipulado una renta, ésta está sujeta a conversión en capital o a revisión, suspensión o supresión, como si hubiera sido fijada por el juez: la fuerza obligatoria del contrato cede frente a las situaciones de emergencia (es un caso de revisión judicial del contrato).
- Con el fin de permitir organizar estos acuerdos pecuniarios durante el curso del juicio sin que el procedimiento se vea excesivamente entrabado, la ley prevé varias medidas. Así, desde la primera solicitud, el demandante debe presentar una proposición, supuestamente unilateral, para determinar los intereses pecuniarios: se trata de hacerle tomar conciencia de la dimensión económica del divorcio que él solicita. De esta manera, especialmente desde las medidas provisorias, el juez puede designar un profesional calificado para proponer un arreglo de los intereses pecuniarios de los cónyuges y un notario para establecer un proyecto de liquidación y de partición del régimen matrimonial.

### **c. La contractualización de los efectos del divorcio**

El legislador de 1975 y el de 2004 guiaron una política de pacificación de las relaciones entre los cónyuges en vía de separación. De esta manera, en todas partes, la ley estimula que los cónyuges se pongan de acuerdo en las consecuencias personales y financieras de su divorcio.

Por supuesto que conviene dejar aparte el divorcio por mutuo acuerdo que supone un acuerdo completo de los cónyuges en todas las consecuencias de su divorcio, incluida la liquidación del régimen matrimonial: acuerdo consignado en una convención sometida a la aprobación del juez (supra, A-1°).

Pero, incluso en los otros casos de divorcio (divorcio aceptado, divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal, divorcio por culpa), donde *a priori* no hay acuerdo entre los cónyuges en cuanto a las consecuencias de la ruptura, la ley de 2004 prevé que el juez debe invitar a los cónyuges a arreglar amistosamente estas consecuencias y que los cónyuges pueden concluir durante el inicio del juicio una convención que regule todo o una parte y que ellos la someterán a la aprobación del juez encargado de verificar que ésta preserva

los intereses de cada uno de los cónyuges y de los hijos. De esta manera, el arreglo amistoso, total o parcial, de las consecuencias del divorcio se ha convertido en el principio.

Tratándose más particularmente de la liquidación de su régimen matrimonial, los cónyuges pueden, durante el inicio del juicio, aceptar convenciones de liquidación anticipada, especialmente de comunidad o de separación de bienes. Naturalmente, estas convenciones se celebran bajo la condición suspensiva de la declaración del divorcio. No están sometidas a la aprobación del juez, pero deben ser notariadas si se trata de inmuebles (y esto por razones de publicidad hipotecaria).

Finalmente, es necesario señalar aquí que esta voluntad de pacificación se vuelve a encontrar en el procedimiento. Por una parte, excepto en el caso de consentimiento mutuo, una tentativa de conciliación es obligatoria, en primer lugar sin la presencia de los abogados, cuyo objetivo ya no es tanto intentar reconciliar a los cónyuges (como era el caso antiguamente), sino invitarlos a ponerse de acuerdo, si ya no en cuanto al principio del divorcio, al menos en sus consecuencias. Por otra parte, la ley de 2004 da un lugar importante a la mediación: durante la tentativa de conciliación, el juez puede proponer a los cónyuges una medida de mediación y, luego de haber obtenido su consentimiento, designar a un mediador familiar; incluso puede ordenarles reunirse con un mediador que les explicará lo que es una mediación, para evitar que ambos cónyuges o uno de ellos rechace la medida antes de saber de qué se trata.

Este es el derecho francés del divorcio. Un derecho complejo, quizás más complejo que el de otros países, pero que traduce, tratándose de las causas del divorcio, la diversidad cultural de la sociedad francesa y, tratándose de sus efectos, la preocupación que el derecho francés tiene por resguardar el equilibrio entre la libertad contractual y la protección del débil, ya que la prueba que seguirá siendo siempre el divorcio enfrenta a dos cónyuges de los cuales, muy a menudo, uno es más fuerte o menos vulnerable que el otro.

## **Daños por violencia intrafamiliar**

**Patricio Oyaneder Davies**

Profesor Ayudante de Derecho Civil

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Con la entrada en vigencia el día 1° de octubre de 2005 de la Ley N° 20.066, publicada en el Diario Oficial de 7 de octubre de 2005, Chile cuenta con una nueva normativa que regula integralmente lo relativo a la violencia intrafamiliar, cuyo objeto es, según su artículo 1°: “prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma”. Sobre el particular, precisa el artículo 5° de la citada ley, que es “constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica” de las personas en él señaladas.<sup>1</sup>

En lo que a nosotros interesa en esta oportunidad, es digno de destacar que –a diferencia de la ley que le precedió– la ley en comento establece expresamente la obligación del autor de los maltratos señalados de resarcir los perjuicios que de ellos se deriven. En efecto, en su artículo 11, referido a los “Gastos y perjuicios patrimoniales”, la ley dispone: “La sentencia establecerá la obligación del condenado de pagar a la víctima los desembolsos y perjuicios de carácter patrimonial que se hubieren ocasionado con la ejecución del o los actos constitutivos de violencia intrafamiliar objeto del juicio, incluida la reposición en dinero o en especie de bienes dañados, destruidos o perdidos. Estos perjuicios serán determinados prudencialmente por el juez”.

---

<sup>1</sup> Ya en el año 1985 el Consejo de Europa había entendido que era constitutiva de violencia familiar “toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros que menoscaba la vida, la integridad física, psicológica o incluso la libertad de otro de los miembros de la misma familia y que causa un serio daño al desarrollo de la personalidad”.

De las disposiciones legales transcritas queda claro, a nuestro entender, que nos encontramos ante un ilícito civil típico.<sup>2</sup> Con ello queremos significar que los supuestos que dan lugar a la indemnización por los daños ocasionados se encuentran expresamente descritos –tipificados– en esta ley especial, cuales son: “maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica”. Más aún, siguiendo los lineamientos de la teoría del tipo, es factible sostener que se trata de un tipo especial, toda vez que sólo puede ser sujeto activo o pasivo de este ilícito civil típico quien tenga o haya tenido “la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente” (artículo 5°). Nótese que este régimen de responsabilidad es aplicable incluso a quienes no detenten la calidad de cónyuges o de concubinos entre sí al momento del maltrato. En consecuencia, son perfectamente aplicables las referidas normas a quienes se encuentren divorciados o anulados.

Agrega el inciso segundo del artículo 5° que también habrá violencia intrafamiliar cuando el maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de la persona “ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.

Así las cosas, en la legislación vigente no cabe duda que los daños provenientes de hechos constitutivos de violencia intrafamiliar dan lugar a la indemnización los daños por ellos ocasionados. Sin embargo, se habrá advertido que la ley circunscribe expresamente la indemnización al pago de los perjuicios de carácter patrimonial, de donde surge la duda respecto de la suerte del daño moral ocasionado a la víctima. Esta exclusión de la reparación del daño moral que aparece como un contrasentido, desde que la propia ley considera como constitutivo de violencia intrafamiliar, según hemos visto, “todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o *psíquica*” de las personas sindicadas en su artículo 5°, encuentra “explicación” en la discusión que tuvo lugar en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, cuyo informe da cuenta de que efectivamente se “debatió acerca de la posibilidad de incluir, entre las cuestiones que el juez deberá resolver al dictar sentencia en el juicio por violencia intrafamiliar, la obligación del condenado de resarcir, además del daño patrimonial, el daño físico y psicológico causado y los gastos médicos en que hubieren incurrido la víctima y los miembros del grupo familiar directamente afectados, como producto del maltrato infligido. Los representantes del Ejecutivo, no obstante compartir el propósito de incluir entre las obligaciones

<sup>2</sup> Vid. Patricio Oyaneder Davies, “Notas sobre la Omisión en el Derecho de Daños. Su Tipicidad y Antijuridicidad”, Revista *Actualidad Jurídica*, N° 8, Julio 2003, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, págs. 309 y sgtes.

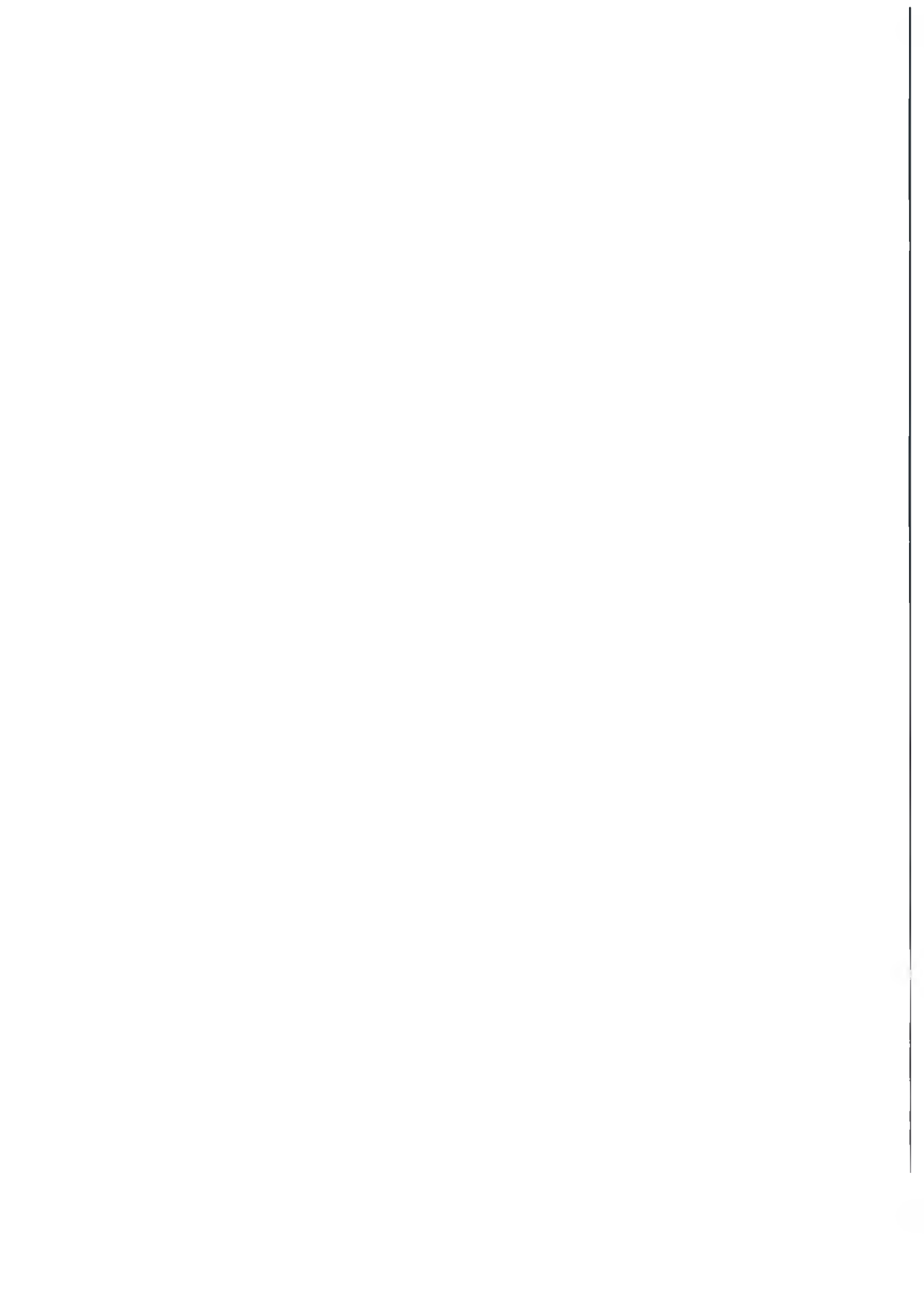


del condenado la indemnización de todo daño a la víctima, advirtieron que el procedimiento breve, concentrado y expedito ideado para el juzgamiento de las causas sobre violencia intrafamiliar no daría tiempo al juez para evaluar todos los perjuicios causados. De ahí que la propuesta original busca que el juez se pronuncie obligatoriamente sobre los perjuicios directos de carácter patrimonial, que serían aquellos desembolsos efectivos que la víctima ha debido realizar para volver al estado previo a la situación de violencia, incluidos los gastos médicos efectuados por ésta, y no sobre una reparación completa, que podría ser materia de un juicio de lato conocimiento”.<sup>3</sup>

En suma, la Ley N° 20.066 ha instaurado un régimen propio de responsabilidad civil, tendiente a reparar los daños ocasionados por los hechos expresamente contemplados en ella entre las personas que la misma ley establece; de lo cual resulta que todo otro daño que no pueda encuadrarse en el ilícito civil típico consagrado en la Ley de Violencia Intrafamiliar se regirá por la respectiva ley especial, si la hubiere, o por las reglas generales del Código Civil.

---

<sup>3</sup> Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados acerca del Proyecto de Ley que introduce modificaciones en la Ley N° 19.325, que establece normas sobre Procedimiento y Sanciones a los Actos de Violencia Intrafamiliar, Boletín N° 2318-18, págs. 40 y sgte.



# ¿Cabén la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguros?

**Sergio Huidobro Martínez**

Profesor Ayudante de Derecho Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## I. Introducción

El principal fundamento del presente trabajo radica en que, no obstante estar plenamente acreditado por las compañías de seguros que las pólizas cobradas de manera ilegítima por los asegurados implican un costo anual aproximado de US \$100 millones, es posible constatar una muy baja tasa de inicio de acciones criminales por parte de las compañías afectadas, tendientes a perseguir este tipo de fraudes, especialmente cuando los mismos son descubiertos a tiempo, de modo tal que la compañía no tiene que efectuar el desembolso en carácter de indemnización. Por otra parte, pareciera ser que los tribunales de justicia, al menos en el caso chileno, son reticentes –por no decir contrarios– a condenar por este delito, si el mismo se encuentra en una etapa de desarrollo imperfecto del mismo, llámese tentativa o frustración. De hecho, se han oído decir frases tales como: *“Si la compañía ya no pagó la indemnización, que no pretenda además que se condene penalmente al asegurado”*.

Por lo anterior, creemos positivo intentar despejar algunas dudas en este campo, de modo tal que tanto las compañías aseguradoras (víctimas) como los tribunales de justicia caminen en una misma dirección, tendiente a obtener la sanción penal de este tipo de infracciones aun cuando se encuentren en un grado de desarrollo imperfecto, como lo son la tentativa y la frustración.

## II. Escasa existencia de jurisprudencia en materia de fraude de seguros

Según hemos constatado de algunos libros consultados al respecto,<sup>1</sup> y según la experiencia con que el suscrito cuenta en materia de actividad profesional en esta área, lo cierto es que la jurisprudencia, al menos en Chile, es escasísima en relación al fraude a las compañías de seguros.

Como lo anticipáramos en la introducción, y no obstante la elevadísima cifra oscura que existe en materia de defraudaciones a las compañías de seguros, lo cierto es que ni las propias compañías ni los tribunales, a nuestro parecer, han realizado un esfuerzo que sea suficiente para poner remedio, o mejorar al menos, esta situación.

Lo anterior resulta extraño si se toma en consideración que, tal como lo han señalado algunos de los autores que se han referido al tema (por ejemplo, el profesor Jesús María Silva Sánchez, en su Libro *La estafa de seguro*; o el profesor Fernando Bosch, en su Libro *El delito de estafa de seguro*), las consecuencias nefastas de este tipo de criminalidad afectan no solamente a las compañías aseguradoras, sino, en definitiva, a todo el mercado asegurador, puesto que las compañías al verse defraudadas no hacen sino trasladar esas pérdidas al resto de los asegurados, que, en "premio" a haber actuado en forma responsable y de buena fe, ven aumentadas sus primas de seguro, precisamente por las indemnizaciones improcedentes que las compañías han tenido que pagar a los asegurados que las defraudan permanentemente.

Por otra parte –y a nuestro juicio consistiendo esto en una especie de círculo vicioso– las compañías aseguradoras tampoco han realizado mayores esfuerzos en perseguir penalmente los intentos de fraude, ya que la mayoría de ellas se contenta con evitar el pago del siniestro fraudulentamente denunciado. A su vez, en los pocos casos en que intentan esa persecución, se estrellan con la generalizada postura de los tribunales de justicia, que parecen entender que en caso de no haberse prestado el servicio o pagado la indemnización previstas en las pólizas por parte de las aseguradoras, no existe delito alguno que sancionar, dejando de lado, a nuestro parecer y tal como se intentará demostrar en los próximos apartados, reglas doctrinarias básicas e indiscutidas en lo que se refiere a la sanción penal de grados de desarrollo imperfecto de un delito de resultado, como lo es el fraude de seguros.

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, *Fraude de Seguros*, del Prof. Juan Ignacio Piña Rochefort, Colección Jurídica Universidad de Los Andes, edición 2004.

### III. ¿Es el fraude de seguros un caso de estafa, de aquellas que se contemplan en nuestro Código Penal?

Sin perjuicio de que existen varios ordenamientos jurídicos comparados –y al parecer esa es la tendencia mayoritaria en el mundo actualmente– que han tipificado figuras autónomas de fraudes de seguros, en el caso chileno no existe una figura específica destinada a regular este ilícito.<sup>2</sup>

Por lo anterior, entendemos que el fraude de seguros debe ser analizado a la luz de la figura básica y tradicional del delito de estafa, contenida ya sea en el artículo 468 y/o en el 473, ambos de nuestro Código Penal, además, por cierto, del llamado “fraude de suscripción” (un tipo más específico), contenido en el art. 470 N° 6 del mismo cuerpo legal. En lo que sigue, intentaremos fundamentar esta postura.

Según lo indica correctamente el profesor Héctor Hernández B.,<sup>3</sup> aun cuando nuestra ley penal no otorga un concepto respecto al delito de estafa cuando se refiere a ella en el Párrafo 8° del Título XIX del Libro II de nuestro Código Penal, existe hoy en día un acuerdo bastante unánime y pacífico en que los elementos de este delito son: el engaño que produce un error, el que a su vez motiva una disposición patrimonial que resulta perjudicial.<sup>4</sup> Entre todos estos elementos debe darse una relación de causalidad o, más bien y como lo señala Piña en su obra citada, una relación de imputación objetiva funcional, es decir, se debe poder atribuir al autor del engaño el resultado que se trata de evitar, cual es, el perjuicio patrimonial.

Pues bien, aceptado lo anterior, entendemos, tal como lo hemos anticipado, que el fraude de seguros constituye, precisamente, un caso de delito de estafa. En efecto, supóngase el caso que se dará –que es un caso bastante frecuente en materia de fraude a las compañías de seguros– y véase cómo en él se dan los elementos del delito de estafa antes mencionados:

**Caso:** La noche de un sábado, a eso de las 3 a.m., Ramiro sufre un accidente del tránsito al conducir su vehículo en estado de ebriedad, estrellándose contra un árbol. Dado que el choque se produce en una calle por la cual a esa hora no circula nadie más, Ramiro aprovecha la oportunidad y huye del lugar apenas producido el accidente, dejando abandonado el vehículo. De este modo,

<sup>2</sup> Según entendemos, incluso en el Foro Penal creado para la redacción de un nuevo Código Penal chileno, si bien se discutió esta posibilidad, finalmente se concluyó que no cabía crear una figura especial para el fraude de seguros.

<sup>3</sup> Héctor Hernández B., “Aproximación a la problemática de la estafa”, *Problemas actuales de Derecho Penal*, Universidad Católica de Temuco.

<sup>4</sup> Ídem nota anterior.

evita que se le practique la alcoholemia, que, al ser positiva, exoneraría a la compañía de seguros de tener que pagar la indemnización correspondiente. Una vez que desaparecen los efectos del alcohol, el asegurado concurre a una Comisaría y deja constancia de haber sufrido un accidente al haber intentado esquivar a un perro que se le cruzó por la calle, lo que lo hizo estrellarse contra un árbol que se encontraba en la vereda. Con una copia de esta constancia, concurre a la compañía de seguros, donde efectúa la denuncia correspondiente para exigir el pago de la indemnización que cubra los gastos incurridos en la reparación del vehículo.

En un caso como el antes señalado, el elemento "engaño" estará dado por los actos que ejecuta Ramiro cuando, tras haber concurrido a hacer la denuncia falsa a Carabineros (estrictamente, consideramos que ésta es una etapa aún de actos preparatorios, que, como sabemos, por regla general en nuestro derecho no se sancionan penalmente), se presenta en la compañía de seguros a efectuar formalmente su denuncia para exigir el cumplimiento de la póliza y el pago de la indemnización.

Los restantes elementos del tipo estafa, tal como correctamente lo señala el profesor Piña en su obra ya mencionada, correrán por parte de la víctima (compañía aseguradora), ya que, producto del engaño, ésta sufrirá un "error" (en el caso que, tras del proceso de liquidación pertinente, no sea descubierto el engaño de Ramiro), posteriormente efectuará el pago de la indemnización o la prestación del servicio (elemento de "disposición patrimonial"), lo que le producirá un "perjuicio económico".

Por lo anterior, entonces, estimamos que un fraude a una compañía de seguros por parte de un asegurado es perfectamente sancionable a título de estafa, puesto que, como hemos visto en el caso antes propuesto, en él es posible constatar claramente la existencia de los elementos de la estafa antes enunciados, debiendo recordarse, por cierto, que entre todos ellos debe existir una relación de causalidad o, más bien, de imputación objetiva funcional.

Por todo lo anterior entonces, creemos que no resulta necesaria la creación de un tipo especial que regule las defraudaciones que se cometan a una compañía de seguros por parte del asegurado o de terceros, ya que el tipo de estafa tradicional permite sancionar dichas situaciones en, al parecer, la mayoría de los casos. Así, en lo que sigue de este trabajo hablaremos indistintamente de fraude o estafa de seguros.



#### IV. Delitos de resultado y de mera actividad:

Una clasificación tradicional de los delitos es aquella que distingue entre delitos de mera actividad y delitos de resultado.

Los **delitos de resultado** son aquellos que requieren de un resultado externo y materialmente apreciable, que pueda ser tenido como una consecuencia de la realización de la conducta, para entenderse consumados.

En cambio, los **delitos formales o de mera actividad** son aquellos que no requieren de un resultado externo y materialmente apreciable para entenderse consumados.

El homicidio sería un típico ejemplo de delito de resultado, ya que a la acción del autor debe seguirse, como resultado de ella, la muerte de la víctima. Por su parte, la falsificación de instrumento público sería un ejemplo de delito formal o de mera actividad, ya que se entiende consumado una vez que el delincuente pone fin a su actividad de falsificación, sin que sea necesario, para que se consume el delito, la utilización del instrumento falsificado.

Hechas estas observaciones, estimamos que, claramente, el fraude o estafa de seguros pertenece al primer grupo de delitos. Así, en el caso que hemos propuesto, el "engaño" de Ramiro consistió en efectuar una constancia falsa ante Carabineros para después concurrir con ella a efectuar una denuncia fraudulenta a la compañía de seguros, para así provocarle a ésta un "error" que, a su vez, la llevara a efectuar la "disposición patrimonial" y, consecuentemente, el "perjuicio económico". Como se ve, en este caso efectivamente es posible constatar un resultado externo y materialmente apreciable (la disposición patrimonial y el perjuicio), que es consecuencia del engaño del asegurado, de modo que estamos frente a un delito de resultado.

La anterior clasificación y explicaciones resultan importantes para este trabajo, puesto que una de las consecuencias de ellas es aquella que señala que, por regla general,<sup>5</sup> sólo los delitos de resultado permiten hablar de las posibilidades de tentativa y frustración.

Establecido entonces que el delito de fraude o estafa de seguros es uno de aquellos que se denominan "de resultado", debemos aceptar también que en el mismo sí es posible hablar de tentativa y/o de frustración.

---

<sup>5</sup> Decimos "*por regla general*", porque existen algunos delitos formales –aquellos que no obstante ser formales, constan de varios actos externamente apreciables como distintos y separados en el tiempo– en los cuales sí podría hablarse de tentativa al menos.

## **V. Fases internas y externas de los delitos (y en el fraude o estafa de seguros)**

Para efectos de adentrarnos un poco más en este punto, creemos útil recordar algunas ideas básicas en relación a la Teoría del Iter Criminis, así como en relación con lo que se debe entender por “principio de ejecución” de un delito y, en general, por “tentativa” y “frustración”. Hecho lo anterior, intentaremos señalar por qué razones, a nuestro juicio, sí son posibles en el fraude de seguros las posibilidades de tentativa y de frustración.<sup>6</sup>

En lo que se refiere a las etapas de desarrollo de un delito, normalmente las explicaciones de Derecho Penal se otorgan respecto de aquellos delitos que se encuentran en grado de consumados, es decir, cuando se ha realizado completamente el hecho descrito en la ley penal. Para lo que nos interesa, sería el caso en que Ramiro, tras denunciar el siniestro fraudulento a la compañía, lograra engañarla y obtener de ésta el cumplimiento de la póliza y el pago de la indemnización.

No obstante lo anterior, el Derecho Penal también sanciona otras conductas que no consisten en la producción íntegra del evento típico, porque el hecho típico no alcanzó a producirse en su totalidad, es decir, Ramiro no logra engañar a la compañía y, en consecuencia, no obtiene el pago final de la indemnización que persigue.

Así, acostumbra a distinguirse entre lo que se denomina “fase interna” y “fase externa” de un delito, siendo la primera aquella que se desarrolla en la psiquis del individuo y en la que normalmente se dan las etapas de ideación, deliberación y resolución. En nuestro caso, cuando Ramiro, al lograr salir de su vehículo recién chocado, se percata que, de constatarse su estado de ebriedad, la compañía no le indemnizará los daños, por lo que decide huir del lugar a esperar que se le pasen los efectos del alcohol antes de hacer la constancia y denuncia pertinentes. Si bien esta etapa presenta gran interés para el Derecho Penal, lo tiene solamente después de la exteriorización de la conducta (recuérdese que la Teoría de la Culpabilidad se refiere, precisamente, al análisis de la fase interna del delito).

Por otra parte, dentro de la “fase externa” se distinguen los “actos preparatorios” y los “actos de ejecución”, entendiéndose por “actos preparatorios” aquellas conductas en que si bien la voluntad se ha exteriorizado mediante actos, ellos no llegan todavía a representar un “comienzo de ejecución” del delito mismo, que es la fórmula que utiliza nuestra ley penal para definir la “tentativa”. En nuestro caso, sería la concurrencia que hace Ramiro a Carabine-



ros a efectuar la constancia en la cual miente respecto de los hechos acaecidos (constancia que posteriormente llevará a la compañía de seguros).

Cabe señalar también que, por regla general, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, los "actos preparatorios" son penalmente impunes, salvo los casos en que la ley excepcionalmente los sanciona (proposición y conspiración para cometer ciertos delitos y ciertos actos preparatorios especialmente penados en los arts. 445 y 481 del Código Penal).<sup>7</sup>

Como habíamos señalado, en la "fase externa" se distinguen los "actos preparatorios" (a los que nos hemos ya referido someramente) y los "actos de ejecución".

A su vez, respecto de los "actos de ejecución" nuestra legislación distingue dos formas de "actos de ejecución" que no llegan a ser "delito consumado": la "tentativa" y la "frustración".

Pues bien, la **línea divisoria** entre los "actos preparatorios" y los "actos de ejecución" es de gran importancia, ya que normalmente señala el límite entre la conducta punible y la impune.

Así, nuestro Código Penal, en el inciso 3° del artículo 7°, sanciona la "tentativa" de un delito, señalando que existe tentativa *"cuando el culpable **da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento**"*.

Por su parte, en el inciso 2° del mismo artículo 7°, el Código Penal señala que *"Hay crimen o simple delito **frustrado** cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad"*.

Anotado lo anterior, para efectos de saber a partir de qué momento podría intentar sancionarse un fraude o intento de fraude a una compañía de seguros, debiera responderse a la pregunta: *¿a partir de qué momento puede decirse que hay **comienzo de ejecución del delito de estafa a la compañía de seguros**?*

## **VI. Comienzo de ejecución, tentativa y frustración en el delito de fraude o estafa de seguros**

En este sentido, y también siguiendo al Profesor Garrido, una primera exigencia para poder responder a la pregunta planteada es que estemos frente a un delito que pueda, cronológicamente, descomponerse en etapas, un comienzo y un fin. De este modo, podrá hablarse de tentativa en los delitos materiales o de resultado (como es el caso del fraude o estafa a las compañías de seguros al que nos estamos refiriendo) y en aquellos delitos formales que consten de varios actos externamente apreciables como distintos y separados en el tiempo (el clásico ejemplo del delito de falsificación documental, que no obstante ser un delito de carácter formal –en el caso de la falsificación de documentos públicos–, es posible descomponerlo en distintas etapas, por ejemplo, cuando el sujeto unta el lápiz en la tinta, lápiz con el cual posteriormente escribirá algo en el documento).

Además de lo anterior, el profesor Garrido otorga algunos criterios que pueden ser de utilidad para resolver el problema del comienzo de la ejecución, a saber, los siguientes:

**1. La voluntad finalista que dirige los actos:** esto es, el delito hacia el cual se encaminaba la voluntad del sujeto. En nuestro caso, y anticipando que consideramos que el principio o comienzo de ejecución en estos delitos se verifica cuando el asegurado efectúa la denuncia ante la compañía de seguros, la verdad es que este criterio de la voluntad finalista no nos resulta muy útil, puesto que nos resulta imposible pensar en un caso en que la voluntad finalista del sujeto al presentar la denuncia a la compañía no sea otra sino cobrar la indemnización.

**2. Las exigencias de la figura legal en cuanto al verbo rector y al resultado:** el comienzo de ejecución será diferente según se trate de figuras formales descomponibles en actos materiales; figuras materiales o de resultado en que se ha precisado el medio o el modo de comisión; o figuras materiales o de resultado en que no se ha precisado el medio o modo de comisión.

Según esta clasificación, estimamos que, así como en la falsificación –figura formal descomponible en actos materiales– hay sólo acto preparatorio al coger el líquido corrector, pero ya es comienzo de ejecución el aplicar el líquido corrector al papel; en el delito de fraude o estafa a la compañía de seguros –figura material o de resultado en que se ha precisado el medio o modo de comisión, a saber, el engaño– existirá, a nuestro juicio,<sup>6</sup> comienzo de ejecución del delito una vez que el asegurado se presente en la Compañía

<sup>6</sup> Y siguiendo en esta postura a autores como Jesús María Silva Sánchez, en *La Estafa de Seguro (Criminología, Dogmática y Política Criminal)*.

y efectúe su denuncia requiriendo la suma indemnizatoria (la constancia previa en Carabineros la consideramos sólo un acto preparatorio).

**3. La consideración de la virtud causal del acto ejecutado con relación al resultado que se desea evitar:** esta virtud causal se aprecia según la previsibilidad objetiva del resultado, situándose en el momento y circunstancia del acto ejecutado.

En nuestro caso, al momento de efectuar la constancia fraudulenta ante Carabineros, objetivamente hablando, la previsibilidad del resultado del pago de la indemnización por parte de la compañía de seguros es muy remota. En cambio, una vez que el sujeto se presenta en la compañía con la copia de esa constancia de Carabineros y efectúa la denuncia pertinente en la misma compañía, ya la previsibilidad del resultado del pago de la indemnización es bastante más elevada.

**4. Los hechos deben ser idóneos para la obtención del resultado:** si bien no lo exige el texto legal, se desprende de la definición de tentativa. No puede decirse que ha comenzado a ejecutar una acción sancionada por la ley quien realiza actos que jamás podrán llegar a producir el resultado penado por la ley. Esta idoneidad se aprecia según el criterio de la previsibilidad objetiva del resultado a partir del momento y circunstancias en que el acto se realiza.

En el caso propuesto, estaríamos ante una tentativa inidónea si Ramiro hubiese chocado un vehículo que "él cree" que está asegurado, pero que en realidad no lo está (el que se encuentra asegurado es el de su esposa, pero no el suyo, que es el que ha chocado). En este caso, es absolutamente imposible entonces que su constancia en Carabineros y su posterior denuncia a la compañía de seguros tengan ni la más escasa o remota posibilidad de derivar en el pago de una indemnización. Es decir, sus actos son inidóneos para la obtención del resultado que se propone.

**5. Deben faltar uno o más actos para la producción del resultado:** no basta que el resultado (pago de la indemnización) no se haya verificado, ya que esto también ocurre en el delito frustrado. Para que estemos frente a un comienzo de ejecución que pueda ser calificado como "tentativa", pero no aún como "frustración", es necesario que el delincuente no haya ejecutado todos los actos que él debía ejecutar para la producción del resultado.

En el caso de Ramiro, esto ocurriría si, tras presentar su denuncia en la compañía, fuera requerido por parte del liquidador del siniestro,<sup>7</sup> a presentar nuevos

---

<sup>7</sup> El "liquidador" es el funcionario interno o externo a la compañía de seguros que, cada vez que se denuncia un siniestro a la compañía debe investigar que el mismo se encuentre dentro de los casos que efectivamente cubre la póliza y que, a contrario sensu, no se trate de un siniestro fraudulento, excluido de la póliza.

antecedentes que le permitan evacuar su peritaje. Si Ramiro accediera a la petición del liquidador, señalándole que reunirá los antecedentes solicitados para hacérselos llegar en los próximos días y, en el ínterin y antes de que ello acontezca, el liquidador se percata que la denuncia es fraudulenta, estaríamos, precisamente, frente a un caso de tentativa, puesto que Ramiro no habría alcanzado a ejecutar todos los actos que le eran a él necesarios para la producción del resultado.<sup>8</sup>

En cuanto al **aspecto subjetivo** de la tentativa en el fraude de seguros, estimamos que debe ser exigible una voluntad finalista que no puede sino ser calificada como dolo directo. El texto legal en lo que se refiere a tentativa habla de "hechos directos", dirigidos hacia el resultado. Es decir, sería exigible en Ramiro una representación del resultado (con cualquier grado de probabilidad); un propósito dirigido a su obtención; y una motivación normal (exigibilidad). En otras palabras, Ramiro debiera estar efectuando su presentación de la denuncia en la compañía de seguros precisamente para, a través de ella, producir el error, la disposición patrimonial y el perjuicio económico en la última.

Los anteriores criterios son útiles entonces para saber cuándo hay comienzo de ejecución y, por consiguiente, tentativa del delito de fraude o estafa de seguros. Quizás, y a modo de conclusión en este punto, debemos señalar que estimamos que la tentativa en la estafa de seguros halla su comienzo cuando Ramiro hace su denuncia en la compañía aseguradora alegando la producción de un siniestro que da lugar al pago de una indemnización.

### **¿Qué pasa, finalmente, con la frustración en este tipo de delitos?**

Siguiendo, como lo hemos venido haciendo, al profesor Mario Garrido, para que podamos estar frente a una frustración en este tipo de delitos deben darse, en principio, los mismos requisitos objetivos y subjetivos a que nos hemos referido anteriormente a propósito de la tentativa, con las siguientes diferencias:

<sup>8</sup> Sin perjuicio que en esta parte podríamos referirnos a los problemas relativos al desistimiento de la tentativa y analizar en qué casos esa tentativa es o no punible, no lo haremos por razones de espacio. Quizás solamente podríamos dejar enunciadas algunas ideas que señalan que cuando la interrupción de la actividad del asegurado –que en el caso del ejemplo no cumple con el encargo del liquidador de hacerle llegar los nuevos antecedentes que éste le solicita– se debe a elementos extraños (por ejemplo, el asegurado se ve impedido de obtener los antecedentes que le solicita el liquidador, razón por la cual no puede hacérselos llegar y de ese modo no logra el pago de la indemnización), no cabría duda que hay tentativa punible.

En cambio, si el asegurado se desiste de hacerle llegar los nuevos antecedentes que le solicita el liquidador porque se percata que puede ser descubierto, en este caso la tentativa, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, resultaría impune.

a) **Al delincuente ya no le queda nada más por hacer:** si el resultado no se produce, es porque faltan elementos causales que consisten en actos de terceros o en fenómenos naturales. En efecto, recuérdese en esta parte la definición de frustración que otorga el inciso 2° de nuestro artículo 7° del Código Penal cuando indica que *"Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma, y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad"*.

En el caso que hemos venido tratando en este trabajo, se daría esta situación si Ramiro, accediendo a la petición del liquidador, le hiciera llegar a éste el resto de los antecedentes solicitados para efectuar su liquidación. Entregados entonces esos nuevos antecedentes, quedaría concluida por completo la actividad de Ramiro. Si, posteriormente a recibir dichos antecedentes y haciendo un estudio de los mismos, el liquidador se percatara del fraude y decidiera entonces que no procede el pago de la indemnización, estaríamos, precisamente, frente a un caso de frustración, ya que Ramiro habría hecho todo lo que estaba en su poder, y el resultado no se habría producido por factores externos, en este caso, la investigación del liquidador.

Sin perjuicio de todo lo dicho hasta ahora, creemos que, desde un punto de vista dogmático, no pueden analizarse los supuestos de tentativa y frustración atendiendo sólo al artículo 7° del Código Penal, ya que en muchos casos dichos criterios pueden resultar insuficientes. De ahí que sea más propio atender a la relación de imputación objetiva, puesto que, no obstante haber una disposición patrimonial y perjuicio, si ambos elementos no son objetivamente imputables al engaño del cual el sujeto pasivo es víctima, difícilmente podría sostenerse que estamos ante una consumación, no obstante exista resultado. En efecto, supóngase que no obstante los intentos de engañar a la compañía desplegados por Ramiro, el liquidador descubre que el siniestro es de carácter fraudulento, por lo cual, no logra verificarse el engaño ni el error, por lo que recomienda no pagar. Sin embargo, y dado que la compañía no cuenta con pruebas suficientes como para demostrar que el siniestro es fraudulento, Ramiro recurre a un proceso judicial (arbitraje en estos casos), en el cual se ordena el pago de la indemnización por parte de la compañía. En este caso, si bien Ramiro ha logrado la indemnización y el perjuicio de la compañía, parece discutible sostener que estamos frente a una estafa consumada.<sup>9</sup>

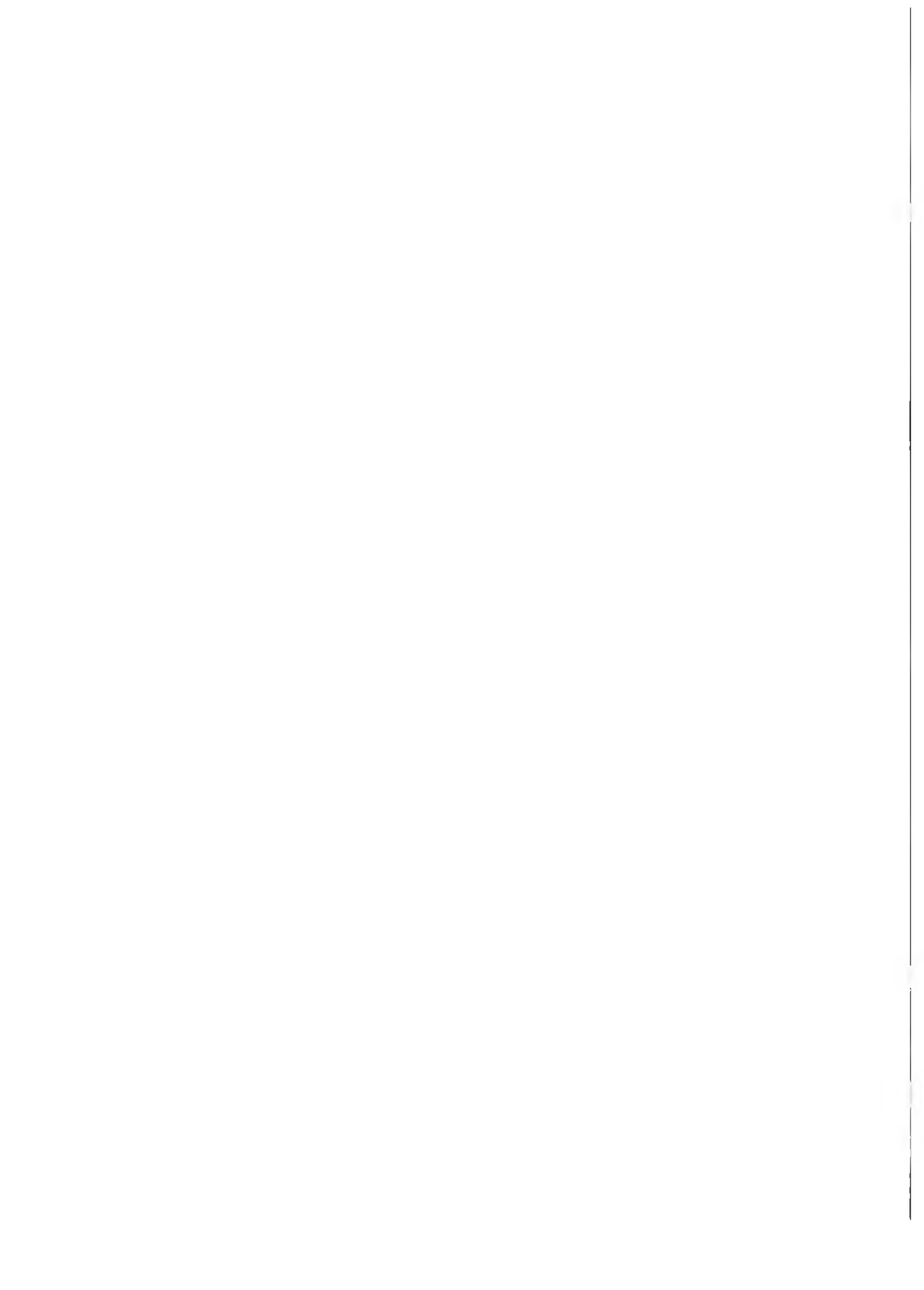
<sup>9</sup> *El iter criminis en el delito de estafa al seguro. Estado de la cuestión*, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Derecho de María José Becker S., Facultad de Derecho Universidad de Los Andes.

## VII. Conclusiones

1. Nuestra legislación penal no tiene establecido un tipo penal particular para el fraude de seguros, razón por la cual debe encuadrarse dentro de las figuras tradicionales de estafa de nuestro Código Penal, ya sea la del artículo 468, 473 y/o la del 470 N° 6 en el caso del llamado "fraude de suscripción". En este sentido, nos parece correcta la definición de fraude de seguros que otorga Silva Sánchez cuando señala que es *"aquella modalidad de estafa cometida con el fin de obtener, mediante engaño, una prestación del asegurador"*.
2. En el fraude o estafa de seguros –al igual que en la estafa tradicional– el único elemento del tipo que realiza el asegurado es el engaño. El error, la disposición patrimonial y el perjuicio económico corren por parte de la compañía aseguradora.
3. La consumación del fraude o estafa de seguros se produce cuando la compañía de seguros realiza la prestación del servicio y/o paga la indemnización convenidas en la póliza.
4. El fraude o estafa de seguros es un delito de resultado, razón por la cual, dogmáticamente, caben a su respecto las posibilidades de tentativa y de frustración.
5. Habrá tentativa de fraude o estafa de seguros cuando el asegurado dé principio a la ejecución del delito a través de hechos directos (presentación de la denuncia a la compañía de seguros), pero falten uno o más para su complemento. En el caso analizado, cuando el asegurado, tras haber realizado la denuncia en la compañía, deba realizar otros actos que dependan de él para completar su engaño; actos que no alcanza a realizar cuando es descubierto en su fraude.
6. Habrá, por su parte, frustración en el fraude de seguros cuando el asegurado, habiendo realizado todos aquellos actos que dependían de él para producir el engaño, éste último no se verifica por causas independientes de su voluntad. En el caso del ejemplo analizado, si, con posterioridad a la entrega por parte del asegurado de los nuevos antecedentes solicitados por el liquidador, éste descubre el engaño y ordena a la compañía no pagar la indemnización.
7. Según lo expuesto precedentemente, nos parece del todo claro que sí cabe sancionar penalmente (incluso desde un punto de vista político-criminal) los casos de tentativa y de frustración en los fraudes o estafas de seguros, tomando

en especial consideración, entre otras cosas, que estamos frente a un delito que perjudica a un amplio sector de personas y repercute negativamente en el funcionamiento de una institución esencial en el orden económico actual, como lo es el seguro.

8. Por todo lo anterior, estimamos que debe continuarse en el camino de hacer ver, tanto a las compañías de seguros como a los tribunales del crimen, las razones por las cuales deben sancionarse este tipo de conductas.





## **Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas**

**Sebastián Donoso R.**

Abogado

Magister en Políticas Sociales

LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE

Director del Magister en Políticas Públicas

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Desde hace un buen tiempo las regulaciones están en la mira. Frente a la natural inclinación del ser humano –muy arraigada además en nuestra idiosincrasia– de recurrir a leyes y reglamentaciones para solucionar cualquier problema, han ido surgiendo voces, primero tímidamente y después con más fuerza, que advierten sobre los efectos negativos que aquéllas pueden implicar.

Este trabajo pretende entregar una visión crítica del rol que juegan las regulaciones en el Chile de hoy. A partir de la teorización que existe sobre las regulaciones, necesaria para comprender su naturaleza y efectos, se trata de analizar críticamente el impacto que aquéllas tienen en la economía y en el derecho. Para lo anterior es necesario entender quién dicta las regulaciones y quién fiscaliza su aplicación. De particular interés es el proceso en virtud del cual se crean las regulaciones, y el rol que en dicho proceso le cabe a funcionarios públicos, parlamentarios, grupos de interés y entidades reguladas. Este análisis permite además extraer implicancias de políticas públicas, en un momento en que estas últimas ocupan un espacio cada vez más visible del debate político.

No obstante, es preciso señalar desde un principio –y éste es uno de los principales problemas que enfrenta la investigación en esta materia– que es escasa la evidencia que permite evaluar el impacto de las regulaciones. Tampoco existen indicadores o “proxys” que permitan estimar, aunque sea indirectamente, dicho impacto. Por lo mismo, y por ahora, este trabajo pretende aportar un marco teórico que permita a futuros investigadores –con más evidencia e indicadores ad hoc– evaluar el impacto concreto de las regulaciones sobre una sólida base conceptual.

Tanto en el campo de la economía como en el del derecho hay debate sobre el "estado de salud" de nuestra institucionalidad. Se puede decir que en nuestro país se superponen dos visiones sobre el particular: una "autoflagelante" y una "complaciente". A un nivel micro, por supuesto, las críticas abundan. En lo que a nuestro sistema legal se refiere, las críticas apuntan a los defectos de la justicia civil, a las debilidades que se han detectado en el funcionamiento del nuevo sistema procesal penal, a la falta de independencia e imparcialidad de ciertos tribunales, etc. Sin embargo, a un nivel macro, la mirada predominante es más bien complaciente. Se arguye que, excepto algunas situaciones excepcionales que generan debate –como la violencia asociada a demandas mapuches en la novena región–, nadie discute que en nuestro país impere el Estado de Derecho; que se ha puesto en marcha una profunda modernización de nuestra justicia criminal; que el derecho de propiedad se encuentra adecuadamente protegido según estándares internacionales; en fin, que la Constitución Política de la República, después de la última reforma, es ya una carta de consenso. Con la institucionalidad económica ocurre algo parecido. En el nivel micro existe bastante criticismo, entre otras áreas, a la rigidez de nuestra normativa laboral, a la precariedad de las PYMES, a las debilidades en materia de investigación, desarrollo e innovación y, por supuesto, a nuestro gran talón de Aquiles: la calidad de la educación y su impacto en la formación de capital humano. No obstante, a un nivel macro, la percepción se invierte. Chile se percibe y es percibido como un país líder y exitoso, en que existe una razonable ecuación entre estabilidad política, inserción económica internacional, cuentas fiscales ordenadas y un adecuado marco institucional.

Es cierto que hemos avanzado en muchas áreas. También es cierto que si nos comparamos con nuestros vecinos, la conclusión puede ser gratificante. Pero –nos guste o no admitirlo– son muchas las materias en que ofrecemos flancos débiles o, peor aún, nubes amenazantes. Una de ellas es la regulación, o para decirlo más francamente, la sobrerregulación o exceso de regulaciones.

La polémica que generan las regulaciones no es nueva. Ya a principios de los años noventa existía debate entre los miembros de nuestro Congreso Nacional respecto a la conveniencia de una proliferación del trabajo parlamentario. Algunos congresistas estimaban que la sede legislativa debía trabajar intensamente y evacuar el mayor número de leyes posible. Otros, en cambio, sostenían un criterio de sana prudencia frente al trabajo legislativo, alertando sobre los peligros que significaba para el país un aumento –inorgánico– de leyes y regulaciones.

Así, y como bien acota Guzmán (1993), el problema de la regulación se circunscribe dentro de la ya tradicional discusión sobre los límites de la actividad del Estado. En efecto, la actitud frente a la regulación es radicalmente distinta

dependiendo de la ideología o prisma doctrinario que inspira al agente regulador o al observador. Para quienes desconfían de las empresas y empresarios, o afirman la necesidad de un Estado fuerte y activo en la reglamentación de las relaciones sociales y económicas; para quienes no ponen gran fe en el individuo como motor de cambios y prosperidad, o no dan mayor importancia al impacto que tiene un marco legal en la iniciativa y el emprendimiento, las regulaciones constituyen una herramienta útil e indispensable para imponer esa visión. En estos casos las regulaciones, más que imitar las condiciones del mercado, tienden a degenerar en una intrincada red de reglamentaciones, controles y fiscalizaciones que pueden provocar serios trastornos socio-económicos.

Esta discusión, tanto o más vigente hoy que entonces, nos lleva directamente al objetivo central de este artículo. Las regulaciones no son dañinas *per se*: producen beneficios y costos. A veces nos benefician a todos, y a veces sólo benefician a ciertos grupos de consumidores o productores. Algo parecido ocurre con los costos que muchas regulaciones imponen. El problema es que, aunque estamos en condiciones de mencionar los beneficios que supuestamente producen ciertas regulaciones, tenemos poca conciencia de los costos y perjuicios que pueden conllevar. Lo que interesa analizar, pues, es qué hay en la naturaleza de las regulaciones y de los procesos que les dan vida que producen esos resultados, y en qué formas afectan el funcionamiento de la economía y del sistema jurídico.

### **Las regulaciones: un acercamiento teórico**

Siguiendo a Dudley (2005), se puede definir a las regulaciones como estándares específicos o instrucciones que dicen lo que pueden o no hacer las personas, empresas y otras organizaciones. Las regulaciones son, desde esta perspectiva, el principal vehículo a través del cual los organismos del Estado –cualquiera sea su naturaleza y misión– implementan sus objetivos.

Por supuesto, las regulaciones afectan todos los aspectos de nuestras vidas. Desde que nos levantamos en la mañana hasta que nos vamos a dormir, las regulaciones influyen prácticamente todo lo que hacemos. Partiendo por el contenido de nuestra pasta de dientes, jabón o champú, hasta las normas de seguridad en los lugares de trabajo, pasando por el uso de sillas para niños en los vehículos o la información nutricional en cada alimento o bebida que consumimos, las regulaciones afectan nuestra vida diaria en formas que a veces ni siquiera imaginamos. No obstante, tal como advierte Dudley, las personas saben muy poco acerca del impacto de las regulaciones o respecto al proceso que les da vida.

En términos generales, las regulaciones son justificadas con diversas razones:

- a) Para intentar reproducir lo que serían condiciones de mercado, cuando estamos frente a un mercado imperfecto. Es el caso, por ejemplo, de los llamados “mercados regulados”, como el del suministro de energía eléctrica;
- b) Para proteger a los consumidores, como ocurre con la Ley de Protección al Consumidor;
- c) Para proteger la libre competencia. Aquí se inscriben las normas anti-monopolio y de defensa de la libre competencia;
- d) Para insertar parámetros de equidad en las condiciones de acceso a determinados servicios. Ejemplo de este argumento fue la discusión en torno a las recientes reformas en educación, en que se impuso a los establecimientos particulares subvencionados una cuota mínima de admisión de alumnos “vulnerables”; y
- e) Para conseguir diversos objetivos de “bienestar social”, como ocurre con las regulaciones que buscan proteger el medio ambiente, o con aquellas que se justifican por motivos de “seguridad” (como la obligación de usar cinturón de seguridad, o que los niños hasta cierta edad deben viajar en “sillas de auto”).

Precisamente porque recaen en aspectos tan diversos, se suele distinguir dos principales categorías de regulaciones: las regulaciones económicas y las regulaciones sociales.

### **Las regulaciones económicas**

En una economía de mercado, las personas y empresas son las que deciden qué producir, en qué cantidad, cuánto cobrar y qué insumos usar. Por su parte, los consumidores y trabajadores deciden cuánto gastar, cuánto ahorrar, cuánto trabajar y qué comprar. A través de la interacción de la oferta y demanda en miles de mercados, los bienes y servicios son asignados a sus mejores usos. Por eso, Dudley (2005: 28) no trepida en calificar a las regulaciones económicas como el *“uso del poder del Estado para restringir las decisiones de los agentes económicos”*.

Las regulaciones económicas tienden a ser específicas para cada industria. La Superintendencia de Bancos y su par de Valores y Seguros son dos ejemplos de organismos gubernamentales que administran regulaciones económicas.

Este tipo de regulaciones suele ser justificadas como una respuesta a “monopolios naturales”, en que un mercado puede ser satisfecho al menor costo por un solo proveedor. Las regulaciones económicas generalmente controlan:

1. Los precios, por la vía de fijar un máximo (si la preocupación es que el monopolista fijaría precios muy altos) o un mínimo (si la inquietud son los “precios predatorios” para desincentivar la competencia);
2. La cantidad, limitando la cantidad a producir de un bien o servicio, o exigiendo que toda la demanda sea satisfecha a un precio determinado regulado (por ejemplo, en los servicios eléctricos);
3. La calidad del servicio, en particular cuando los precios están regulados; o
4. El número de empresas, por la vía de limitar la entrada de nuevos actores o prohibir a las firmas existentes salirse del mercado.

Si la empresa dotada de poder monopólico cobra un precio que excede a aquel que cobraría si es que existiera competencia, una regulación ideal puede imitar las condiciones de competencia y obligarla a cobrar el precio “competitivo”. Si así fuera, una tal regulación tiene al menos dos efectos beneficiosos: por una parte los consumidores que ya estaban comprando el servicio lo pueden comprar ahora a un precio más bajo, y por otra dicho precio más bajo induce a los consumidores a comprar más, y este incremento en el consumo aumenta su bienestar.

Tal como advierte Dudley, estas regulaciones tienen como propósito beneficiar a los consumidores produciendo un precio igual al que habría en un mercado competitivo. No obstante, advierte que no hay ninguna garantía de que ello ocurra así en la práctica, y que la experiencia indica que las regulaciones pueden además crear otros problemas. Son varias las razones:

1. Si los precios regulados quedan bajo niveles competitivos de mercado, las empresas se abstendrán de invertir en el negocio si esperan que dichos precios “no remunerativos” se mantengan. Al final, esta falta de inversión crea escasez, deterioro en la calidad del servicio, y otros problemas que disminuyen el bienestar del consumidor.
2. Las regulaciones de precios y de entrada a un mercado competitivo pueden aumentar los precios y reducir el consumo. Esto puede ocurrir cuando los reguladores –por equivocación– imponen regulaciones en un mercado competitivo, o bien cuando lo hacen conscientemente en respuesta a incentivos políticos. Las presiones políticas para obtener regulaciones pueden

venir de la industria –para impedir una mayor competencia e incrementar sus ganancias–, o de ciertos segmentos de consumidores, para obtener servicios a precios subsidiados.

3. Las regulaciones que afectan servicios frecuentemente alteran la elección que la empresa debe hacer de sus insumos, con la consecuencia que fallan en su objetivo de producir al costo mínimo. Los precios resultantes pueden parecer justos y razonables, desde el momento que reflejan los costos, pero los costos mismos ya están inflados.

4. Las regulaciones afectan negativamente la innovación y el emprendimiento. Este es, tal vez, el más negativo de todos los efectos de una mala o inoportuna regulación. En efecto, las regulaciones disminuyen los incentivos de las empresas a reducir costos, mejorar la calidad y desarrollar nuevos productos y servicios. Dudley agrega que hay estudios empíricos sobre industrias desreguladas que demuestran el impacto de la innovación, ya que han encontrado consistentemente que las desregulaciones generan reducciones de precios más grandes de lo que los economistas predecían basados en los costos previos a la desregulación y las condiciones de mercado.

Pero tanto o más importante es el impacto de las regulaciones sobre el emprendimiento. Aquí ya no se trata del efecto de las regulaciones sobre las empresas ya existentes, sino sobre la creación de nuevas unidades productivas. Como ocurre en otras materias, existe aquí lo que se conoce como “cifra negra”: nunca podremos saber con certeza la cantidad de emprendimientos, nuevos negocios o industrias que se frustran, fracasan o simplemente nunca llegan a concebirse debido a regulaciones que imponen un exceso de trámites, controles, requisitos, papeleos, etc., para darles vida. Este efecto negativo tiene además un componente social que es importante considerar: los más afectados son los emprendedores que pertenecen a sectores sociales más desaventajados, para quienes este tipo de regulaciones se transforman en una barrera económica casi infranqueable.

### **Las regulaciones sociales**

Las regulaciones sociales recaen en temas como la salud, educación, seguridad y medio ambiente. La CONAMA es un ejemplo de un organismo gubernamental que administra regulaciones sociales.

Así como la justificación para muchas regulaciones económicas es el control de los precios fijados por “monopolios naturales”, la justificación normativa



para las regulaciones sociales suelen ser las denominadas “externalidades” y las “asimetrías de información”.

Dudley distingue cuatro enfoques distintos que usan estas regulaciones:

a. *Regulaciones basadas en la tecnología*, como la exigencia que los edificios de oficinas incorporen detectores de humo con determinadas especificaciones. Este tipo de regulaciones –también llamadas “command-and-control regulations”– son más fáciles de fiscalizar, pero desalientan la innovación y no se adaptan bien a diferentes circunstancias.

b. *Estándares de “desempeño” o “performance standards”*, por ejemplo cuando se establecen límites a las emisiones contaminantes de una industria. Comparadas con el grupo anterior, este tipo de regulaciones tiene la ventaja que permite a los entes regulados experimentar con diferentes métodos para cumplir con los respectivos estándares.

c. *Incentivos económicos*, cada día más utilizados. Es el caso de los llamados permisos transables de emisión que operan en los Estados Unidos, en que las empresas cuyo costo de cumplir con los límites de emisión es muy alto pueden comprar permisos para emitir hasta ciertos niveles durante un período de tiempo, y además transar dichos permisos en el mercado. Estos permisos responden al modelo de internalización de externalidades del economista británico A. C. Pigou.

d. *Definición clara de los derechos de propiedad*. Este enfoque enlaza con el trabajo del premio nobel Ronald Coase y es utilizado menos frecuentemente. Coase argumentó que las externalidades emergen cuando los derechos de propiedad no están bien definidos y que, en la medida que lo son, las partes involucradas en desacuerdos pueden negociar una solución que internalice la respectiva externalidad. Ejemplo de ello serían los costos impuestos por una fábrica que contamina el agua de un río a quienes lo utilizan para fines recreacionales aguas abajo. Si estos últimos tuvieran un derecho de aprovechamiento sobre dichas aguas, el dueño de la fábrica tendría que negociar con ellos para descargar residuos al río, abriéndose varias alternativas posibles de negociación.

En el caso de las “asimetrías de información”, las regulaciones a veces asumen la forma de obligaciones que se imponen a ciertos actores de entregar determinada información al mercado, lo que tiene la ventaja de permitir a los consumidores tomar sus propias decisiones.

## ¿Por qué existen las regulaciones? Teorías

Diversas teorías han intentado explicar el origen de las regulaciones y dar respuesta a la pregunta que encabeza este párrafo.

### 1. Teoría del interés público o “fracaso del mercado”

La primera teoría de las regulaciones reconocía que –en términos generales– los mercados son eficientes al asignar recursos escasos a sus mejores usos. Sin embargo, estimaba que la intervención estatal es necesaria en aquellos casos en que no se configuran condiciones de competencia y en que los mercados fallan en su tarea de asignar los recursos eficientemente. Por su parte, el concepto de “fracaso del mercado” proviene del paradigma económico neoclásico del “mercado perfectamente competitivo”, en que muchos compradores y vendedores de un producto homogéneo tienen información perfecta.

Según Dudley (2005), estas fallas o fracasos del mercado caen en cuatro categorías:

- a) Las *externalidades*, que ocurren cuando las acciones de un agente económico imponen costos o beneficios en otros agentes sin una compensación. Si esas acciones afectan el bienestar de la otra parte tanto como para que esté dispuesta a pagar para alterarlas, entonces los recursos no están siendo asignados en la forma que lo serían si todos los costos y beneficios estuvieran “internalizados” en el mercado.
- b) Los llamados *bienes públicos* son recursos comunes a los que pueden acceder libremente todos los usuarios o, dicho de otra forma, bienes o servicios caracterizados por la “no-exclusividad” y “no-rivalidad” en el consumo. Como dice Cobin (1999), el costo de proporcionarlos a una o más personas es el mismo, el consumo que hace una persona no reduce la cantidad disponible para otras y quienes no pagan no pueden ser impedidos de consumirlos. Los bienes públicos son considerados un fracaso del mercado, porque la gente puede obtener gratis los beneficios sin pagar por ellos. Dudley agrega que el problema con estos bienes públicos es que tienden a ser sobreadministrados (por ejemplo, la extracción de mariscos) o subprovidos (no habrían nuevos descubrimientos si no existieran patentes que garantizan al descubridor el derecho a profitar de ellos).
- c) El *poder monopolístico* en un mercado permite a una empresa controlar los precios. Los “monopolios naturales” se dan cuando un mercado puede ser satisfecho al menor precio sólo si la producción está limitada a un solo productor. En estos casos, en ausencia de algún tipo de regulación, los precios serían más altos y la cantidad producida menor que en un mercado competitivo.



d) Cuando los participantes en un mercado tienen *información inadecuada* –lo que se suele llamar como “asimetrías de información”– los mercados pueden no asignar los recursos en forma eficiente.

Como dice Guzmán (1993), la premisa fundamental de esta teoría descansa en la idea de que los reguladores (agencias del Estado en muchos casos) estarían actuando en el interés de la sociedad. Por consiguiente, los reguladores –en forma altruista y buscando servir el interés público– promueven regulaciones para corregir los “fracasos del mercado” y asegurar que las externalidades sean internalizadas, los bienes públicos proveídos, los monopolios reglamentados y la información que se entregue la adecuada.

Para Cobin (1999) la teoría del fracaso del mercado es la suposición clave que subyace bajo la regulación y que justifica –para algunos– la intervención del Estado en ciertos mercados.

## **2. Teoría de la “captura”**

Esta teoría nace de la observación de que muchas leyes y regulaciones no corresponden a industrias caracterizadas por “fracasos del mercado”, y que más bien parecen servir intereses privados. Ello llevó a Shughart (citado por Cobin, 1999) a sostener que, dados los incentivos económicos disponibles para los productores, es probable que ellos formen coaliciones de grupos de interés para “*usar el aparato de la regulación pública para su propia ganancia*”. En otras palabras, los políticos y reguladores terminan siendo “capturados” por intereses especiales, usualmente los de los mismos productores a quienes deben regular. El resultado es que las leyes y regulaciones no persiguen el interés público, sino que –muy por el contrario– sirven dichos intereses especiales.

El problema con esta teoría es que muchos reguladores no parecen estar favoreciendo deliberadamente a las industrias reguladas, y por lo mismo no da una explicación de su comportamiento.

## **3. Teoría económica de la regulación**

Stigler (1971) ofreció una nueva teoría que daba cuenta de la presencia de regulaciones en diferentes industrias. Según sus propias palabras, la tarea central de esta teoría es explicar quién recibirá los beneficios o cargas de las regulaciones, qué forma adoptarán éstas, y cuáles son sus efectos sobre la asignación de recursos.

Stigler –nos dice Dudley– partía de las siguientes premisas:

- a) El recurso básico del Estado es el poder coercitivo.
- b) Un grupo de interés que es capaz de convencer al Estado de usar su poder coercitivo para su beneficio puede aumentar su bienestar a costa de otros.
- c) Los agentes –empresas, personas, funcionarios públicos, parlamentarios, grupos de interés– se comportan racionalmente y tratan de maximizar su propia utilidad.

Desde dichas premisas, Stigler fija su teoría según la cual las regulaciones son suministradas en respuesta a la demanda de grupos de interés actuando para maximizar su propio bienestar o ingreso. Dicho de otro modo, las regulaciones son una “conquista” de la industria y por lo mismo son diseñadas e implementadas para su propio beneficio. Al mismo tiempo, Stigler observó que el comportamiento de los legisladores estaba manejado por su deseo de mantenerse en sus cargos, es decir, de maximizar apoyo político. Desde esta perspectiva, las regulaciones son una vía de redistribuir riqueza, y los grupos de interés compiten por esa redistribución ofreciendo apoyo político a cambio de legislaciones favorables.

Una de las implicancias de esta teoría es que las regulaciones tienden a favorecer a grupos pequeños que están mejor organizados y que tienen más que ganar de la redistribución de riqueza, en desmedro de grupos de interés más grandes, peor organizados –o cuyo costo de organización es más alto, a diferencia de los anteriores– y que tienen menos que ganar. Por otra parte, a diferencia de la teoría de la captura (en que las regulaciones favorecen siempre a la industria regulada), y dado que con frecuencia hay intereses contrapuestos en ciertos temas, la teoría de Stigler sugiere que las regulaciones tienden a reflejar un balance de fuerzas políticas. De este modo, si los intereses especiales de un grupo coinciden con el interés público, o si a los ciudadanos les preocupa un tema lo suficiente como para que afecte sus decisiones de votación, las regulaciones pueden terminar sirviendo el interés público.

#### **4. Teoría de la “elección pública” o “public choice”**

En una línea similar a la de Stigler, el premio nobel James Buchanan y Gordon Tullock desarrollaron un análisis científico del comportamiento de los reguladores que afirma dos hechos básicos:

- a) Los funcionarios públicos, parlamentarios y votantes están movidos por un interés personal, tal como lo están todos los individuos en otras circunstancias; y

b) No son altruistas ni buscan el interés público (como pretende la teoría de fracaso del mercado) sino que tratan de maximizar sus propios intereses privados.

El interés personal o privado de los legisladores, agrega la teoría de la elección pública (coincidiendo con Stigler), es mantenerse en el poder. Con estas premisas, nos dice Cobin (1999), el principal elemento de la elección pública es la *lógica de los beneficios concentrados con costos dispersos*. En otras palabras, como señala Boettke (citado por Cobin), los incentivos en el proceso político están dados para que los "políticos-reguladores" concentren los beneficios en pequeños grupos de interés bien informados y bien financiados (a cambio de su apoyo) y dispersen los costos entre las masas mal informadas y desorganizadas de votantes (sin sufrir un castigo electoral de su parte).

La teoría de la elección pública implica el fin de la visión romántica del Estado. Nos dice que los políticos y los burócratas, lejos de ser altruistas, actúan igual que cualquier otro agente en los mercados de la sociedad. O como lo pone el propio Buchanan (2003), la elección pública puede ser resumida en tres palabras: "*politics without romance*", la "política sin romanticismo". Desde este punto de vista, agrega Buchanan, la elección pública se transformó en una teoría de "fracaso del Estado", como contrapartida a la de "fracaso del mercado".

### **Teoría de la regulación y grupos de interés**

La teoría económica de la regulación de Stigler afirma que el Estado, dado su carácter de agencia monopólica del poder de coerción, puede ser "colonizado" por grupos de interés que buscan utilizar esa estructura para su propio beneficio. Estos grupos de interés, según Stigler, pueden beneficiarse del Estado por cuatro vías:

- a) Subsidios directos en dinero;
- b) Establecimiento de barreras a la entrada de nuevos rivales (por ej. integración vertical; cuotas de producción o importación);
- c) Medidas que afectan bienes sustitutos y complementarios. Stigler cita el ejemplo de los productores de mantequilla, cuyo deseo es eliminar a la margarina y fomentar la producción de pan;
- d) Fijaciones de precios.

Guzmán (1993) advierte que cuando un grupo de interés recibe recursos del Estado, los beneficios que éstos generan son menores que los costos que soporta la sociedad. La lógica nos indica, entonces, que en una sociedad democrática estas demandas de los grupos de interés debieran ser rechazadas (salvo que el grupo de interés en cuestión tenga control sobre la mayoría). Sin embargo, la realidad nos indica otra cosa: en muchos casos estos grupos logran su objetivo y obtienen del Estado regulaciones que los benefician. La respuesta a esta contradicción la encontramos en lo que podríamos llamar "mercado político", cuyas características ya hemos enunciado al describir las teorías sobre el origen de las regulaciones, y en particular la visión de Stigler y la teoría de la elección pública.

### **Las regulaciones frente al derecho**

Interesa ahora analizar qué impacto pueden tener las regulaciones en el funcionamiento del derecho como sistema, y las interacciones que se producen con la economía.

En un ensayo sobre "Lo Público y lo Privado", y coincidiendo en parte con el análisis precedente, Enrique Barros (2001) sostiene que la legislación y el gobierno tienen, ante todo, la función de satisfacer lo que los economistas llaman "bienes públicos", esto es, aquellos que no pueden ser realizados mediante la interacción espontánea de las personas y asociaciones. *"A pesar de que el interés que expresan los bienes públicos es común a muchos, no puede razonablemente ser satisfecho mediante contribuciones individuales"*. Ejemplo de bienes públicos son la persecución criminal, la administración de justicia, la fuerza pública y la defensa. Asimismo, agrega Barros, el Estado también debe corregir las "externalidades negativas" que producen ciertas actividades privadas y que no están naturalmente incorporadas como costos en la producción de otros bienes. Por otra parte, a lo anterior deben agregarse las clásicas funciones del Estado en materia de justicia distributiva, que en opinión de Barros consisten en *"asegurar a las personas y grupos humanos un umbral mínimo de existencia y de igualdad de oportunidades, atendidas las condiciones generales de desarrollo, en bienes como la educación, la salud, la seguridad social o la cultura"*.

Estas funciones del Estado son precisamente las que se concretan en regulaciones. Más que en la provisión de los llamados "bienes públicos", el problema de las regulaciones se plantea cuando éstas intentan corregir las externalidades negativas, reproducir condiciones de competitividad en ciertos mercados, o conseguir objetivos de justicia, equidad o igualdad de oportunidades. En estos casos, al beneficio inmediato que reporta una determinada regulación para ciertos grupos o efectos, frecuentemente se suman consecuencias negativas para otros grupos

o efectos, muchas veces en el mediano o largo plazo. Por otro lado, desde el punto de vista del derecho, las regulaciones claramente tienen un impacto sobre los principios en que se fundamenta su sano y correcto funcionamiento.

En efecto, uno de los principios generales del derecho es el respeto de la "autonomía privada" en la esfera del derecho privado. En términos generales, entendemos la autonomía privada como la potestad que tienen todos los particulares para regular por sí mismos sus relaciones jurídicas. Profundizando el concepto, Alcalde (2003) la define como un *"poder complejo, inherente a la persona humana, y que en función de su capacidad natural de autodeterminarse para la obtención de sus fines existenciales, debe serle reconocido por el ordenamiento jurídico con el objeto de que se halle en condiciones de disponer de los derechos subjetivos de que es titular, así como generar y regular los efectos jurídicos que derivan de su actuación en sociedad"*.

Alcalde incluye a la autonomía privada entre aquellos principios generales del derecho que, directa o indirectamente, emanan de la propia naturaleza humana, por lo cual su validez y obligatoriedad se nos imponen como una realidad que no depende de nuestra mera voluntad. Si entendemos, pues, al derecho como un "cauce" que permita a cada persona alcanzar sus fines naturales –tanto en una esfera individual como social–, entonces debemos también reconocer la facultad de esa persona para crear reglas jurídicas. Esta facultad, advierte Alcalde, le pertenece al ser humano de un modo originario: no se trata de una concesión graciosa de la autoridad estatal.

Aquilatar la trascendencia de este principio es vital para evaluar mejor el impacto de las regulaciones. Las regulaciones son un instrumento de que dispone la autoridad estatal para constreñir la actividad humana en pos de loables –supuestos– objetivos de bienestar social. Pero no debemos olvidar que el Estado –y las regulaciones que éste impone– deben estar al servicio del ser humano y no al revés.

Aquí entroncamos con otro principio general del derecho, que Alcalde define como la *"primacía de la persona frente al Estado y la consecuente "servicialidad" de éste"*. En efecto, cuando las regulaciones proliferan y se extienden en todas direcciones, inorgánicamente; cuando invaden esferas de la vida personal y social sin adecuada justificación; cuando coartan y arrinconan la iniciativa de personas naturales y jurídicas para libremente "generar y regular los efectos jurídicos que derivan de su actuación en sociedad", entonces las regulaciones dejan de servir al ser humano y pueden transformarse en un obstáculo a su realización. Por tal razón, dice Alcalde, la supresión de la autonomía privada como principio general del derecho llevaría consigo la *"total anulación de la persona y su conversión en un puro instrumento de la comunidad"*.

Pero el análisis de la autonomía privada no puede confinarse a los márgenes de los principios generales del derecho. La autonomía privada, nos dice Alcalde, encuentra un cauce natural de expansión y desarrollo en el ejercicio de la iniciativa que asiste a los particulares en materia económica. Se puede afirmar así que la autonomía privada, como pilar del derecho privado, no es otra cosa que la natural –y necesaria– contrapartida jurídica del libre mercado como sistema económico, con sus pilares naturales, que son la iniciativa privada y el emprendimiento. En otras palabras, si entendemos un marco legal como “el rayado de cancha” de los agentes económicos, y si la cancha es el libre mercado, entonces es imprescindible que dicho marco legal tenga como principio fundante el de la autonomía privada. En este contexto, tal como se enseña a los estudiantes de derecho, los privados pueden ejecutar todos aquellos actos jurídicos que no estén expresamente prohibidos por la ley, y por lo mismo pueden ejercer una amplia iniciativa y creatividad con ese objeto.

En ese sentido, la principal expresión de la autonomía privada es la *libertad contractual*, entendida como la vía que en mejor medida permite que los particulares participen en la creación del derecho, generando y a la vez regulando sus relaciones jurídicas. Hilando más fino, debemos distinguir aquí entre la *libertad de contratar* –el contrato siempre ha de ser el resultado de una libre determinación de las partes– y la *libertad contractual* –al contratar las partes aceptan libremente el contenido de la respectiva convención.

Si estamos a la definición que de regulaciones se ha dado anteriormente, el impacto que ellas pueden tener es entonces evidente. En algunos casos las regulaciones prohíben determinados actos o limitan severamente ciertas facultades, como ocurre con las limitaciones al dominio de las tierras indígenas en la Ley 19.253. En otros, la gran mayoría, lo que hacen las regulaciones es reglamentar profusamente la forma en que debemos realizar determinados actos jurídicos y su contenido.

El impacto de estas limitaciones podría ser considerable. La apertura comercial e inserción internacional de la economía chilena supone interacciones cada vez más intensas y complejas entre múltiples agentes económicos a través de las fronteras. Frente a esta realidad, el derecho debe mostrar flexibilidad y permitir la creatividad necesaria para que se provean nuevas figuras legales que den cauce a los negocios de hoy.

Las regulaciones, desde esta perspectiva, se erigen no sólo como una amenaza en contra de los derechos individuales, sino también en contra de la competitividad. El gran riesgo aquí es que el derecho muestre cierta incapacidad o lentitud para adaptarse a las transformaciones de la sociedad, o que derechamente obstaculice el normal desenvolvimiento de los actores sociales

y económicos. Por eso Alcalde advierte que muchos de los embates que se dirigen en contra de los derechos de la persona por parte del poder público importan *“desconocer o bien confundir cuál es, primero, el origen y naturaleza de la facultad que asiste a los particulares para “autonormar” sus relaciones jurídicas, y, segundo, los límites que no ya los privados, sino que la misma autoridad, deben observar en este campo”*. Muchos de estos ataques se escudan en argumentos como el *“interés superior de la sociedad”*, el *“bien común”*, el *“orden público económico”*, o incluso el propio *“mercado”*. En este sentido, Alcalde llega a decir que *“el nuevo “Leviatán” que amenaza la libertad y dignidad del hombre ha optado por utilizar el ropaje de una exorbitante “regulación”, llegando incluso a fundar sus limitaciones en una pretendida “superioridad” –o en el mejor de los casos “igualdad”– que tendría frente a ella la “naturaleza”, con la significación que le atribuyen a este concepto algunas corrientes ecologistas”*.

La invocación del *“orden público económico”* para justificar regulaciones excesivas resulta particularmente equívoca, si entendemos aquél precisamente como el conjunto de normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país. Algo similar ocurre con el principio de subsidiariedad, muchas veces mal entendido y utilizado para justificar la acción protectora del gobierno más con ribetes de intervencionismo que de auténtica subsidiariedad.

En el ámbito de las regulaciones sociales, y en la misma línea, Rodríguez Grez (1992) nos recuerda que en algunos sectores aún impera un marcado interés por la llamada *“ingeniería social”*. Para dar rienda a ese interés se recurre a una nutrida legislación reglamentaria y a nuevos intentos de dirigismo contractual.

## **Regulaciones y discrecionalidad funcionaria**

Una cuestión adicional, y no menos relevante, tiene que ver con la autoridad de la que emanan las regulaciones. A este respecto, en nuestro país podemos distinguir dos situaciones:

1. Regulaciones emanadas del órgano legislativo, es decir, las leyes dictadas por el Congreso Nacional.
2. Regulaciones emanadas del órgano ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria, en sus distintos niveles, a través de reglamentos, decretos, resoluciones, ordenanzas e instrucciones.

Esta distinción nos sitúa frente a una problemática de carácter distinto que plantean las regulaciones: la discrecionalidad. En efecto, un aspecto de la cuestión (que hemos visto hasta ahora) tiene que ver con el impacto de las regulaciones en cuanto tales. Otra cosa son ciertos factores –como la discrecionalidad de que gozan ciertas autoridades– que pueden incidir en el carácter, contenido y extensión de las regulaciones.

Las regulaciones emanadas del Congreso Nacional, por costosas u odiosas que sean, tienen al menos el sello de legitimidad que otorga el proceso de discusión parlamentaria de las leyes. Distinto es el caso de las regulaciones que emanan del ejecutivo. Acá se producen dos situaciones diversas que generan problemas. Una es el mandato que muchas veces entregan las leyes para que un reglamento, dictado por la autoridad sectorial respectiva, regule ciertas materias. Otra es la potestad reglamentaria que tiene la autoridad –en los distintos niveles– para regular ciertas materias sin necesidad de que una ley lo autorice. En ambos casos, las regulaciones quedan expuestas a la discrecionalidad funcionaria.

Esta potestad para reglamentar la tiene no sólo el Presidente de la República, sino también, por ejemplo, los jefes superiores de servicios y los alcaldes, dentro de la esfera de su competencia y de acuerdo a las atribuciones que les han sido expresamente conferidas por ley. En el derecho administrativo se ubica a la potestad reglamentaria como parte del llamado *poder normativo*, es decir, aquel poder jurídico inherente a todo jerarca o autoridad que consiste en normar la actividad de sus dependientes o subordinados, formación que podrá ser por vía general –en la forma de reglamentos, circulares o instrucciones– o por vía singular o particular, por medio de órdenes concretas y específicas dirigidas no ya al conjunto de los agentes dependientes sino a uno determinado individualizadamente. Aunque este poder normativo está sujeto a la Constitución Política y a las normas dictadas en su conformidad (artículo 6° inciso 1° de la Constitución) y aunque para que sus actos sean válidos han de adecuarse al principio de juridicidad (de lo contrario serían nulos de acuerdo al artículo 7° de la Constitución), no está de más recordar que también deben respetar los derechos de los subordinados o dependientes y los derechos de terceros.

En este contexto, Harald Beyer (2004) sostiene que un buen marco regulatorio es aquel que no sólo busca evitar los costos sociales que imponen ciertas imperfecciones del mercado (como los monopolios naturales), sino que además debe limitar el poder discrecional de la autoridad. Pero advierte a continuación que posiblemente la falencia más importante del sistema regulatorio chileno tiene que ver con la excesiva dependencia de los reguladores del Poder Ejecutivo y, por consiguiente, del mundo político.





## Las regulaciones en la mira

Como se adelantó en el comienzo de este trabajo, la preocupación ante el aumento creciente de las regulaciones no es nueva. Esta preocupación se ha incrementado particularmente en los últimos años, hasta el punto que connotados políticos, economistas y observadores han incluido, dentro de la lista de amenazas a la competitividad de Chile, lo que perciben como un aumento inorgánico de las regulaciones.

La mejor demostración de que dicha preocupación no es un espejismo o exageración local es el último *Índice de Libertad Económica*, clásica publicación conjunta de la Heritage Foundation y The Wall Street Journal, en que Chile figura en la posición 14 en el ranking mundial 2006. Dicho índice califica la libertad económica de los países de acuerdo a 10 áreas, entre las que se incluyen la política comercial, carga impositiva, intervención gubernamental, política monetaria, inversión extranjera, derechos de propiedad y las regulaciones. El área en que Chile recibe peor calificación, precisamente, es en las regulaciones.

Si bien se destaca que el sistema regulatorio chileno es transparente y expeditivo, se afirma que las regulaciones gubernamentales pueden ser onerosas en algunas áreas. *“Los sectores más regulados de la economía chilena son el sector de servicios públicos, el sector bancario, los mercados de valores y los fondos de pensiones”*. Resaltan también las regulaciones enfocadas a normas laborales, ambientales y sanitarias, y en particular las primeras: *“las leyes laborales son un poco rígidas, y perjudican principalmente a las pequeñas y medianas empresas, que requieren una importante cantidad de mano de obra y emplean a la mayor parte de la población”*.

Este diagnóstico es compartido no sólo por personalidades de distintos ámbitos, sino que también ha sido objeto de análisis por los centros de estudios o “think tanks” nacionales, como el Instituto Libertad y Desarrollo, el Instituto Libertad o Expansiva. Así, por ejemplo, Guzmán (2003) sostiene que reducir las regulaciones que detienen la inversión en sectores claves es una de las múltiples reformas necesarias para mejorar las expectativas. Por su parte Quiroz (2001) señala que el servicio de las instituciones públicas (dentro del que incluye las regulaciones, permisos, patentes y burocracia en general) no está a la altura de los requerimientos mínimos para hacer atractivo a empresas extranjeras localizarse en Chile, con los consecuentes beneficios que ello tendría en materia de competencia e innovación.

## **Preguntas clave: cuándo y cómo regular**

Tal como anunciamos al principio de este trabajo, el objetivo de un buen análisis regulatorio es verificar que una determinada regulación produzca más beneficios que costos o, dicho en forma menos académica, que haga más bien que mal.

Dudley (2005) identifica los siguientes pasos para lograr lo anterior:

### 1. Identificar una falla de mercado relevante.

Las regulaciones sólo debieran imponerse en caso de una clara falla o imperfección del mercado, que no puede ser adecuadamente enfrentada por otros medios. En esta parte del análisis es importante asegurarse de que estamos efectivamente frente a una falla de mercado y no ante otros problemas, como por ejemplo una inadecuada definición de los derechos de propiedad. Otro ejemplo de una falla aparente del mercado es el de empresas que han logrado una posición monopólica gracias a protecciones estatales, más que debido a economías de escala.

### 2. ¿Es apropiada una intervención del Estado para solucionarla?

Incluso cuando una falla de mercado es identificada, puede no haber necesidad de una regulación si es que otras medidas podrían resolver el problema mejor. Entre otras alternativas disponibles están, por ejemplo, recurrir a los tribunales de justicia, aplicar las leyes antimonopolio, etc. Por tanto, al considerar la necesidad de dictar una regulación es primordial preguntarse si ese tipo de intervención es el adecuado para solucionar el problema en cuestión.

Observar esta exigencia es fundamental y todo lo que se diga para resaltarla es poco. Las regulaciones debieran entenderse como un instrumento de excepción para corregir situaciones que, entregadas a las fuerzas espontáneas del mercado, causan perjuicios a las personas. Este enfoque no tiene nada que ver con el "delirio regulatorio" que afecta por momentos a la clase dirigente, y que es especialmente pronunciado en ciertos sectores políticos. La prensa que cubre la política tampoco colabora al respecto, por ejemplo cuando utiliza como indicador de eficiencia de los parlamentarios la cantidad de mociones de ley que han presentado durante su ejercicio.

### 3. Examinar las alternativas.

El próximo paso es examinar una amplia gama de alternativas para solucionar la falla de mercado de que se trate. Estas alternativas deberían incluir medidas

encaminadas a enfrentar la causa fundamental de la falla de mercado. Así, si la imperfección del mercado identificada es información asimétrica, las soluciones que implican proveer mejor información son las más apropiadas.

En términos generales, agrega Dudley, son preferibles los enfoques basados en criterios de mercado y de desempeño, más que los mecanismos de "command and control". Si las regulaciones crean derechos privados u obligaciones privadas, deberían también fomentar un intercambio libre de ellos. En cuanto a las regulaciones sociales, deberían fijarse en los fines más que en los medios. Los estándares de desempeño o incentivos económicos son más efectivos que las regulaciones basadas en tecnología, que por la vía de dictaminar los medios para alcanzar una meta, desalientan la innovación.

#### 4. Escoger la acción regulatoria que maximice beneficios netos.

La alternativa seleccionada debe ser la que maximice beneficios netos para la sociedad. Para ello, junto a otros argumentos, un buen análisis de costo-beneficio es indispensable y debe tener las siguientes características:

- a) Las estimaciones de beneficios y costos deben construirse sobre una línea de base realista.
- b) Los riesgos e incertidumbres debieran ser tratados con transparencia y objetividad.
- c) Todos los valores de los costos y beneficios que ocurren en diferentes años deben ser descontados a su valor presente.
- d) Los beneficios y costos deben ser cuantificados y valorizados.

La mera enunciación de estos pasos nos entrega un mensaje nítido: ciertas regulaciones tienen justificación y por lo mismo deben agotarse todos los esfuerzos para que sean idóneas y maximicen beneficios. Pero también nos da otro mensaje: las regulaciones deben ser un mecanismo de *ultima ratio* y por tanto deben considerarse restrictivamente.

En este punto, el principio de subsidiariedad que informa nuestro entramado constitucional es una buena guía para evaluar la conveniencia o necesidad de una determinada regulación. En otras palabras, donde haya un mecanismo espontáneo de mercado para ajustar ciertas imperfecciones de éste, o donde haya disponibles acciones o medidas de los particulares para hacerse cargo de aquéllas sin necesidad de una intervención estatal, entonces no serán necesarias ni convenientes las regulaciones.

## Conclusiones

Aunque la regulación siempre es presentada bajo la apariencia bondadosa de beneficiar a un grupo determinado, nociones básicas de economía (y sentido común) sugieren que siempre debemos mirar más allá y analizar el impacto de esa regulación no sólo en sus beneficiarios directos, sino en otros grupos. El efecto neto no siempre es positivo, y muchas veces es derechamente negativo. Y los efectos negativos se manifiestan de muchas maneras, pero particular y frecuentemente en resultados adversos para los propios beneficiados, distorsiones en los mercados, pérdida de competitividad e impacto negativo sobre principios e instituciones fundamentales en el derecho. Si bien las regulaciones no son negativas o dañinas *per se*, es preciso estar consciente del potencial negativo que conllevan y que obliga a evitarlas o a ser muy exigentes en su tratamiento, según cada caso.

Chile enfrentará en los próximos años una fuerte presión política y social para introducir nuevas regulaciones en muchos ámbitos, pero particularmente en dos áreas muy sensibles: salud y previsión. En ambos casos el riesgo que se corre es aprobar regulaciones que, con el loable propósito de beneficiar a los usuarios de las ISAPRE y AFP, pueden terminar perjudicándolos gravemente si es que implican cambios muy drásticos en los incentivos para que existan entes privados prestadores de dichos servicios.

No podemos dejarnos estar. Las bases de un Chile competitivo y floreciente se sentaron hace muchos años, y en lo fundamental se han respetado. Sin embargo, por la vía de regulaciones excesivas e inadecuadas se pueden socavar fácil y rápidamente los cimientos del edificio.

## Bibliografía

- Susan E. Dudley (2005) *Primer on Regulation*. Mercatus Policy Series, Policy Resource N° 1, Regulatory Studies Program, Mercatus Center, George Mason University.
- Enrique Barros (2001) *Lo Público y lo Privado en el Derecho*. Estudios Públicos N° 81, Centro de Estudios Públicos (CEP).
- The Heritage Foundation/The Wall Street Journal. Índice de Libertad Económica 2006. [www.heritage.org](http://www.heritage.org)
- Enrique Alcalde (2003) *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Harald Beyer (2004). *Autonomía de los Reguladores*. En Revista Capital, semana del 20 de mayo de 2004.
- John M. Cobin (1999). *La ficción del fracaso del mercado*, en Ensayos Sobre Temas Modernos de la Economía de Mercado, capítulo 12. Universidad Finis Terrae.
- Pablo Rodríguez (1992). *Interpretación, Creación y Desviación en el Proceso de Generación de las Normas*. Editorial Jurídica de Chile.
- James Buchanan (2003). *Public Choice: The Origins and Development of a Research Program*. Center for Study of Public Choice, George Mason University.
- José A. Guzmán (2002). *Expectativas 2003: ¿Qué hacer para mejorarlas?* Serie Informe Económico N°135, Instituto Libertad y Desarrollo.
- Jorge Quiroz (2001). *Explorando nuevos enfoques en innovación*. Debate III, Innovación, Productividad y Crecimiento, Expansiva.
- George J. Stigler (1971). *The theory of economic regulation*. The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, N° 1 (Spring, 1971), pp.3-21.
- Eugenio Guzmán (1993). *Teoría de la Regulación, Grupos de Interés y Burocracia. Un Marco para la Discusión*. Revista de Ciencia Política, Vol. XV, N° 1-2.



# **Recopilaciones de leyes castrenses en el derecho patrio chileno del siglo XIX y principios del siglo XX**

**Oscar Dávila Campusano**

Abogado

Profesor de Historia del Derecho,  
Historia Constitucional de Chile e  
Historia de las Instituciones Jurídicas

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

El presente trabajo está basado en la ponencia presentada por el autor en el 8° Congreso de la Sociedad Chilena de Historia del Derecho y Derecho Romano, realizado en Santiago en el año 2001.

La emancipación política de los reinos indios y su transformación en repúblicas independientes dio inicio a la creación de un derecho patrio. En el caso de Chile, la historia del derecho patrio puede dividirse en dos ámbitos, por una parte la historia del derecho público chileno y por otro lado el desarrollo del derecho privado nacional.

En cuanto a la historia del derecho público chileno, la doctrina tradicionalmente ha distinguido dos fases; la época de los ensayos, que va de 1810 a 1833, y en segundo lugar la etapa de consolidación constitucional en Chile, que se inicia al entrar en vigencia la Constitución de 1833.

En el campo del derecho privado se deben distinguir también dos períodos, la etapa formativa del derecho privado y la codificación, divididas ambas por el año 1857, en que se promulga el Código Civil Chileno. Durante la etapa de formación de nuestro derecho privado, las normas del derecho indiano y castellano, contenidas en recopilaciones, siguieron vigentes; pero a partir de 1857 dichas normas y recopilaciones van siendo reemplazadas gradualmente por códigos nacionales.

Entre las fuentes del derecho del nascente ordenamiento jurídico patrio, tanto en el período formativo como de codificación, juega un rol importante y hasta hoy poco estudiado, la literatura jurídica o doctrina.

Los juristas chilenos del siglo XIX redactaron obras de derecho utilizando diferentes estilos jurídicos literarios, como tratados, manuales jurídicos, informes en derecho, alegatos, diccionarios jurídicos y prontuarios de jurisprudencia de

los tribunales.<sup>1</sup> Entre estas obras de derecho, en general publicadas a partir de 1850, se desarrolló también una literatura jurídica de recopilaciones de leyes, decretos y normas reglamentarias en diversas áreas del derecho, que servirían de base a los códigos.

En el terreno castrense, codificado solo en 1925, al producirse nuestra emancipación política, se encontraban vigentes en Chile las Ordenanzas Generales para los Ejércitos Reales de España de 1768 y de la Marina Real de España de 1793, las que siguieron vigentes después de 1810.<sup>2</sup> Dichas ordenanzas indianas rigieron en nuestro país hasta 1839, cuando fueron reemplazadas por la Ordenanza General del Ejército de ese año<sup>3</sup> y que se aplicó hasta el 1° de marzo de 1926 al promulgarse nuestro actual Código de Justicia Militar.

En el período comprendido entre los años 1839 y 1925 se publicaron varias recopilaciones de leyes y decretos militares que luego serían de gran utilidad para los redactores del código castrense, que entró en vigencia en 1926. Ninguno de estos textos tuvo sanción legal, aun cuando algunos de ellos contaron con la autorización del Poder Ejecutivo para su publicación. Se trató en consecuencia de obras de carácter privado, pero que a la postre resultaron fundamentales para la labor de los codificadores del derecho militar en Chile, en las primeras décadas del siglo XX. Todos estos trabajos, hasta 1890, son técnicamente recopilaciones, es decir, en ellos se fija el derecho militar, incluyéndose disposiciones legales y reglamentarias ya vigentes, de distintas épocas, clasificadas a veces por fecha y en otros casos además por materias, estableciéndose su concordancia y relación. De esta forma, el estilo utilizado por estos autores es el mismo que existía en el derecho castellano e indiano, y que usaron los compiladores nacionales de esa época, en otras áreas del derecho, como por ejemplo el derecho procesal, derecho agrícola e industrial y también del derecho en general.<sup>4</sup>

Después de 1890 el derecho militar es fijado en Chile a través del modelo de código, esto es, de la codificación.

Es posible dividir el proceso de fijación del derecho castrense en la República en dos períodos:

<sup>1</sup> *Diccionario de Jurisprudencia Chilena del siglo XIX*. Oscar Dávila Campusano. Santiago 2002. En homenaje a los cincuenta años de vida académica del profesor Ismael Bustos Concha. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Central de Chile.

<sup>2</sup> *Historia de las Instituciones Políticas de Hispanoamérica y Chile*. B. Bravo Lira.

<sup>3</sup> Decreto Ley de 25 de abril de 1839, firmado por el Presidente de la República don José Joaquín Prieto y el Ministro Ramón Cavareda.

<sup>4</sup> Sirvan de ejemplo las recopilaciones de don José Bernardo Lira en derecho procesal *Prontuario de los juicios* (1867); la de don José Ravest sobre derecho agrícola e industrial *Codificación agrícola de Chile* (1887); de don Ambrosio Montt en materia de derecho administrativo *Dictámenes del Fiscal de la Excelentísima Corte Suprema* (1895) y de don Ricardo Anguita, quien recopiló todas las leyes dictadas en Chile entre 1810 y 1913 en una obra publicada en Santiago en 1913.



**Entre 1839 y 1890** encontramos solo recopilaciones de normas castrenses de carácter legal y reglamentario: relativas al Ejército y la Marina, las que ahora pasamos a enumerar:

1. *Introducción para fiscales y defensores militares*, de José Alejo Valenzuela Díaz. (1855).<sup>5</sup>
2. *Recopilación de leyes, decretos supremos y circulares concernientes al ejército*, de José Antonio Varas (1860). Dicho texto incluye normas dictadas desde abril de 1839 a diciembre de 1858. Lleva índice cronológico y alfabético. Es un trabajo cuyo conocimiento resulta indispensable para estudiar la historia de nuestra legislación castrense, y está dividido en 4 tomos temáticos.
3. *Proyecto de Código Militar*, redactado por orden del Supremo Gobierno por don Justo Arteaga Alemparte (1864).<sup>6</sup>
4. *Prontuario de Administración militar*, redactado por don Luis de la Cuadra Luque (1871). Fue un texto dedicado al uso de los militares obligados a actuar como jueces, fiscales o defensores en los juicios militares, y que no eran profesionales del derecho.
5. *Prontuario del militar*, obra de Nicolás González Arteaga (1877). Es una recopilación de los formularios utilizados frecuentemente en los asuntos administrativos del ramo militar, los que suman en total 78 documentos.
6. *Proyecto de Código de Marina*, del Capitán de Fragata Ignacio Gana (1878).
7. *Legislación Militar de Chile*.<sup>7</sup> Obra de don Darío Risopatrón Cañas (1882).<sup>8</sup> Se basa en todos los trabajos anteriores, resumiendo la normativa militar vigente dictada desde 1812 hasta noviembre de 1882. Incluye leyes, decretos, circulares y oficios, el trabajo está dividido en dos tomos temáticos. El Tomo I trata de las normas de la Constitución, normas de los Códigos y leyes relativas al Servicio Militar.

<sup>5</sup> Don José Alejo Valenzuela Díaz se tituló de abogado en 1839, fue relator suplente de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, juez del crimen de Valparaíso en 1845, Ministro de la Corte de Apelaciones de La Serena en 1849, Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago en 1852, director de la Academia de Juicios Militares en 1859, Ministro de la Excelentísima Corte Suprema desde 1858, miembro del Consejo de Estado desde 1861. En Armando de Ramón, biografías de chilenos, vol. IV págs. 224 y siguientes. Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2003.

<sup>6</sup> Don Justo Arteaga Alemparte fue un destacado literato y periodista, militante del Partido Liberal, diputado desde 1861 a 1882. Op. cit., nota 5, Volumen I, págs. 107 y 108.

<sup>7</sup> *Legislación Militar de Chile*. Darío Rosopatrón Cañas, Santiago, Imprenta Gutenberg, 1882, 590 páginas.

<sup>8</sup> Don Darío Risopatrón Cañas fue encargado de negocios de Chile en Bolivia en 1888, luego Jefe de Sección en el Ministerio de Guerra, Gobernador de Los Andes e Intendente de Atacama en 1889. Op. cit., nota 5. Volúmen IV, página 37.

Además incluye normas reglamentarias del Ministerio de Guerra y disposiciones transitorias relativas a la guerra contra Perú y Bolivia dictadas entre 1879 y 1882.

En el Tomo II se inserta el texto de la Ordenanza General del Ejército del año 1839 actualizada, y que consta de 671 normas.

8. *Recopilación de leyes, decretos supremos y circulares concernientes al ejército*<sup>9</sup> preparada por don Bernardino Toro Codesido<sup>10</sup> (1888). Este trabajo actualiza la obra de Risopatrón.

9. *Código Marítimo*, redactado por don Joaquín Larraín Zañartu (1889).

**A partir de 1890 y hasta 1925:** Encontramos proyectos de fijación del derecho militar en Chile en base a la idea del Código, y que fueron hechos tomando como modelo el Código Penal para la Marina Real de España (1888) y el Código de Justicia Militar Español (1890), a continuación enumeraremos dichos proyectos por orden cronológico:

1. *Proyecto de Código Penal para la Armada* (1891), obra de don Ernesto Hubner Bermúdez,<sup>11</sup> Luis Claro Solar y Emilio Bello Codesido.

2. *Código Penal para la Armada* (1893), obra del Contraalmirante Luis Uribe y del auditor Antonio Varas. Este proyecto es valioso por cuanto consigna las modificaciones que en opinión de sus autores debían hacerse al texto de Hubner, Claro Solar y Bello Codesido.

3. *Código Judicial para el Ejército* (1894). Del auditor de Guerra don Abraham König Velázquez, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Chile.<sup>12</sup>

4. *Código Penal para el Ejército*, del auditor don Joaquín Santa Cruz Ossa (1917). Se la puede considerar una obra importante, ya que sirvió de base para el libro III del actual Código de Justicia Militar, que se refiere a la penalidad.

<sup>9</sup> *Recopilación de Leyes, Decretos Supremos y Circulares Concernientes al Ejército*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1888, 361 páginas

<sup>10</sup> Don Bernardino Toro Codesido fue jefe de sección y subsecretario de Estado e Intendente de Colchagua en 1905. Representante internacional de Chile en Venezuela, Cuba y Colombia. Es autor, además, de una Recopilación de Derecho Internacional Público titulada "Recopilación de tratados, convenciones, protocolos y otros actos internacionales celebrados por la República de Chile", 1913. Op. cit. Nota 5. Volumen IV, página 181.

<sup>11</sup> Don Ernesto Hubner Bermúdez fue abogado de la Universidad de Chile, titulado en 1880. Estudió Derecho en la Universidad de Chile. Fue juez de comercio de Valparaíso y Ministro de Hacienda en los años 1904 y 1905. Op. cit. Nota 5. Volumen II, páginas 214 y 215.

<sup>12</sup> Don Abraham König Velázquez fue abogado de la Universidad de Chile, titulado de abogado en 1869, auditor de guerra en 1897. Desde 1895, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Chile. Op. cit. Nota 5. Volumen II, página 258.



# **Análisis Legislativo**



Universidad del Desarrollo  
Santiago - Concepción



# **Análisis crítico del proyecto de ley sobre eutanasia y sus antecedentes legislativos**

COMENTARIO:

**Julio Alvear Téllez**

Profesor Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE**

**Hugo Fábrega Vega**

Profesor Ayudante Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

## **I. Introducción**

Con fecha 11 de mayo de 2006, los diputados Fulvio Rossi y Juan Bustos, compartiendo autoría y patrocinio con los parlamentarios De Urresti, Díaz, Pacheco, Pascal, Sunico, Allende y Tohá, todos del Partido Socialista, presentaron una moción parlamentaria ante la Cámara de Diputados, que busca otorgar el derecho de los pacientes terminales a acelerar su muerte para evitar el sufrimiento físico.

El nombre del proyecto de ley es sintomático: *"Regulación Legal de la Eutanasia en Chile"*.<sup>1</sup> Se compone de dos artículos: el 1º, que modifica el Código Sanitario, agregando un nuevo Título a su actual Libro I, que trata *"De la Protección y Promoción de la Salud"*; y el 2º, que sustituye el actual artículo 393, que actualmente tipifica y sanciona el delito de auxilio al suicidio.

<sup>1</sup> Boletín N° 4201-11, de 11 de mayo de 2006

## II. Antecedentes legislativos del proyecto

La propuesta en análisis no goza de originalidad. A iniciativa de parlamentarios del PS y del PPD, solo en el lustro comprendido entre los años 2001 y 2006 se intentó legislar sobre la materia en tres oportunidades:

a) La primera, a instancias de la entonces Ministra de Salud y actual Presidenta de la República Michelle Bachelet, a propósito de la tramitación de la reforma a la salud, más conocida como "Plan AUGE" (Acceso Universal para Prestaciones Integrales y Garantías Explícitas Asociadas a la Atención de Prioridades").

La composición general primitiva del AUGE se incluía en cinco proyectos de ley que fueron integrados al trabajo legislativo el año 2001, por iniciativa del Presidente de la República Ricardo Lagos. Uno de estos proyectos (Boletín N° 2727-11, de la Cámara de Diputados, sobre Derechos y Deberes de los Pacientes) contemplaba un artículo que establecía que *"todo paciente que sufra una enfermedad incurable o progresivamente letal que le cause un padecer insufrible en lo físico y que se le representa como imposible de soportar, podrá solicitar por razones humanitarias, y de conformidad a las normas que esta ley establece, que la muerte le sea provocada deliberadamente por un médico cirujano"*.

Dada la polémica causada por esta disposición, fue retirada el año 2002 para no atrasar la reforma de la salud. No obstante, ello afectó en definitiva todo el proceso de su formación legal. Y el año 2004, el Gobierno decidió retirar la urgencia a su tramitación. Posteriormente, una semana antes de dejar su cargo, el Presidente de la República solicitó a la Cámara de Diputados el archivo del proyecto.<sup>2</sup> En sesión de fecha 20 de abril del año 2006, y en respuesta al oficio presidencial, los diputados procedieron a archivar los antecedentes.

b) El segundo proyecto de ley sobre la eutanasia fue presentado a instancias del senador Nelson Ávila el año 2004 (Boletín N° 4201-11, del 5 de octubre de 2004). El documento, esquemáticamente muy parecido al actual de los diputados Rossi y Bustos, fue desechado el año 2005, al no contar con el apoyo político necesario para legislar sobre el tema.

c) Por último, el tercer proyecto de ley sobre eutanasia es de autoría del actual senador Guido Girardi. A mediados del año 2005, presentó una indicación al entonces proyecto de ley sobre derechos y deberes de los pacientes, a fin de que se permitiera el derecho a toda persona a ir a una notaría y definir ante la ley, aun estando sano, cuáles eran los cuidados y tratamientos a los cuales estaría dispuesto a someterse en caso de enfermedades graves. Este proyecto, llamado de "Muerte Digna", que además contenía un artículo

<sup>2</sup> Oficio N° 549-353, de 6 de marzo de 2006.

sobre "Testamento Vital", tuvo repercusiones ampliadas en la prensa, pero escaso apoyo en la Cámara de Diputados, por lo que a su respecto ni siquiera se aprobó la idea de legislar.

### III. Exposición del contenido doctrinario del proyecto de ley

El actual proyecto de ley ha sido acompañado de lo que pretende ser una enjundiosa exposición de motivos, que es la que a continuación analizaremos.

Se inicia la justificación del proyecto delimitando la figura de la eutanasia a través de (1) su etimología, (2) su definición, (3) su uso vulgar, y (4) su utilización en las ciencias jurídicas, especialmente en el Derecho Penal. El orden y la numeración son nuestros, para facilitar el análisis. Veámoslo:

*(1) Etimológicamente, la palabra eutanasia proviene de dos palabras griegas: eu, que significa "bien", "bueno", y thánatos, que significa "muerte", así la eutanasia comprendería el "buen morir", la "muerte feliz", "la agonía buena y dulce", la "muerte suave o dulce", en fin, una muerte sin dolor ni padecimientos. El vocablo fue utilizado por el inglés Francis Bacon cuando en su libro Historia vital et mortis analizó el problema del tratamiento de las enfermedades incurables (que según Bacon no es otro que la eutanasia).*

*(2) La Real Academia Española la define como "Muerte sin sufrimiento físico".*

*(3) El significado común en nuestra sociedad es el de muerte anticipada de una persona que sufre, generalmente por parte de un médico.*

*(4) No lejos de aquello –modernamente–, en la doctrina penal, el profesor ROXIN, enseña que "por eutanasia se entiende la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta, para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones".*

Los autores del proyecto ya en sus inicios rebasan el trato científico de la figura sobre la eutanasia. Los puntos (2) y (3) son presentados de tal modo que no aparece uno de los elementos esenciales de ésta, cual es el que se ejerza sobre un moribundo. Por ejemplo, la Sociedad Española de Cuidados Paliativos define la eutanasia como *"la conducta (acción u omisión) intencionalmente dirigida a terminar con la vida de una persona que tiene una enfermedad grave e irreversible, por razones compasivas y en un contexto médico. Cuando se habla de una ley de eutanasia se está hablando de una legislación según la cual no existiría impedimento*

*legal, bajo determinadas condiciones, para esta práctica dentro del ejercicio de la medicina, en contra de lo que ha sido su ética tradicional”.*<sup>3</sup>

En el punto (4) se reproduce la definición de Roxin como si fuera la noción rigurosa aceptada por las ciencias del derecho moderno, cuando en realidad se trata de una noción aproximativa, que no delimita otro elemento esencial: la naturaleza de las “convicciones” que justificarían, para sus partidarios, la eutanasia.

A continuación, los redactores del proyecto proceden sin más a clasificar la eutanasia, como si ya hubieran agotado las distintas facetas de su concepto. Da la impresión de estar frente a una breve reseña periodística más que a una rigurosa exposición de motivos. De cualquier manera, dan un paso al frente, y categorizan la eutanasia, primero, (5) como amplia y estricta, y luego, (6) como activa y pasiva:

*(5) Además, se puede diferenciar entre eutanasia en sentido amplio y estricto. La eutanasia en sentido estricto existe cuando la ayuda es suministrada después de que el suceso mortal haya comenzado, por lo que la muerte está próxima con o sin tal ayuda. En un sentido amplio puede hablarse también de eutanasia cuando alguien colabora a la muerte de una persona que, en realidad, podría vivir todavía por más tiempo, pero que quiere poner fin –real o presuntamente– a una vida que le resulta insostenible por causa de una enfermedad. De esta manera la dogmática jurídica penal ha distinguido tradicionalmente entre eutanasia pasiva y activa.*

Hay aquí una confusión en la redacción de lo que denominan eutanasia amplia y estricta, de tal manera que el lector no sabe bien cuando termina el proceso puramente médico de asistencia al enfermo y cuando se inician los problemas éticos de licitud o ilicitud de la eutanasia. La clasificación más confunde que aclara.

En realidad, los problemas éticos que se discuten a propósito de la eutanasia, tanto por sus detractores como por sus sostenedores, se dan en dos dimensiones de las posibilidades médicas del tratamiento de un paciente moribundo, que, expuestas grosso modo, son las siguientes: (a) la legitimidad o ilegitimidad de omitir la utilización de medios extraordinarios para mantener la vida de un paciente cuya enfermedad lo lleva ordinariamente a la muerte, (b) la legitimidad o ilegitimidad de auxiliar activamente a un paciente a fin de dar término anticipado a su vida, por causa de los dolores físicos o morales que invoca.

La discusión sobre la eutanasia es clara: se reduce al segundo caso. La legitimidad del primero, dadas ciertas circunstancias de razonabilidad y proporción, no

<sup>3</sup> Cfr. “Declaración sobre la Eutanasia”, en “Medicina paliativa”, órgano de la SECPAL, Vol. 9: N.º 1; 37-40, 2002. N.º 3.1



se discute ni siquiera por parte de la Iglesia Católica. La primera situación no corresponde propiamente al debate sobre la eutanasia, ni corresponde incluirla en un proyecto de ley sobre el tema.

Igual de oscura es la redacción de las denominadas eutanasia activa y eutanasia pasiva. Pero con una grave prevención. Si en la delimitación de la noción de eutanasia (1-4) la exposición de motivos es minúscula, en la siguiente clasificación es opípara, hasta la impertinencia. Revisémosla:

*(6) Así, estamos en presencia de eutanasia pasiva cuando una persona –normalmente el médico o sus ayudantes, aunque también algún pariente– que se encuentra al cuidado de otra omite alargar una vida que está tocando a su fin. Se renuncia a una operación o a un tratamiento intensivo que habría posibilitado al paciente una vida algo más larga y que para los efectos de su tratamiento jurídico y eventualmente legislativo se deben diferenciar tres posibilidades:*

*1) La primera posibilidad es (la) omisión de medidas que alargan la vida (y) puede suceder de acuerdo con el deseo del paciente. En tales supuestos la situación jurídica es, en principio, clara. El hecho queda impune, pues resulta inadmisibles tratar a un paciente en contra de su voluntad. Por tanto, si alguien con motivo de un proceso canceroso rehúsa una operación que le alarga la vida (como, por ejemplo, en el caso ampliamente discutido y doctrinalmente muy documentado del profesor de Derecho Penal Peter Noll), ésta no debe llevarse a efecto;*

*2) La segunda posibilidad es (la) omisión de medidas que alargan la vida (y) puede suceder en contra de su voluntad. En este caso contrario donde el tratamiento, o la continuación del mismo no tiene lugar, a pesar de que el paciente lo desea, existe un homicidio omisivo, puesto que la inactividad ha conducido al paciente a la muerte o a una muerte temprana. El omitente ocupa una posición de garante, como por lo general es el caso de los médicos o los parientes, y en el caso en que no exista posición de garante siempre puede entrar en juego la punibilidad por una omisión del deber de socorro. De este modo, por ejemplo, el paciente debe ser llevado a la unidad de cuidados intensivos cuando así lo desee, siempre que con la misma pueda conseguirse alargar la vida, y aunque, en la práctica, ello no le suponga mejoría de ningún tipo.*

*No puede resultar decisivo que el médico, en interés del paciente, lo encuentre o no razonable. En cambio, puede hacer caso omiso a los deseos cuyo cumplimiento no contribuya a una prolongación de la vida y también cuando no pueda mejorarse la evolución del paciente –por ejemplo, mediante una atenuación del dolor–. No puede exigirse una actividad profesional del médico carente de sentido, que más bien le apartaría de sus verdaderas funciones;*

3) Y el tercer y último caso es aquel en el que el paciente se encuentra ya en una situación en la que no puede expresarse. Estas hipótesis, en las que los pacientes son incapaces de adoptar una decisión, constituyen la zona más difícil y discutida en el marco de la eutanasia pasiva. Desde luego que el problema no reside en el ámbito de la eutanasia en sentido estricto, donde el proceso mortal ya se ha iniciado y el fallecimiento se encuentra próximo. Aquí, cuando el paciente se encuentra en una situación prolongada de incapacidad, el Tribunal Supremo Federal permite la renuncia a medidas que prolonguen la vida, como la respiración asistida, transfusiones de sangre o alimentación artificial. Además, tal y como en su momento fue expuesto, esta solución está en concordancia con el caso en el que se interrumpe el tratamiento en contra de la voluntad previa del paciente durante el acaecimiento mismo de la muerte.

Ahora bien, de acuerdo con la opinión completamente indiscutida y dominante, tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*, la eutanasia activa, en el sentido de dar muerte a un moribundo o persona gravemente enferma, es inadmisibles y punible de conformidad con el Derecho comparado. Ejemplo de esto es el § 216 del Código Penal Alemán, que castiga con una pena atenuada el homicidio a petición. Debe quedar claro desde un primer momento que este principio rige con sólo tres limitaciones. La primera de ellas reside en la eutanasia indirecta, que supone una muerte activa en el marco de una terapia contra el dolor. La segunda consiste en la interrupción técnica del tratamiento cuando presupone un comportamiento activo determinado, que debe ser valorado desde el punto de vista del acontecimiento completo como una omisión. La tercera y trascendental limitación reside en la impunidad de la eutanasia activa, cuando ésta consiste en una complicidad en el suicidio. En esta hipótesis, de conformidad con el Derecho alemán —a diferencia de lo que sucede en muchos otros ordenamientos jurídicos—, la complicidad en el suicidio es impune. Toda complicidad presupone un hecho principal antijurídico del autor. Dado que el suicidio no resulta abarcado por el tipo de los delitos de homicidio, por presuponer siempre la muerte de otro, tampoco hay complicidad en un delito inexistente. De este modo, no puede ser responsabilizado penalmente quien posibilita la muerte libre de otra persona que padece graves sufrimientos y que quiere acabar con su vida, poniéndole a su disposición veneno o una pistola. El caso más expresivo de la jurisprudencia es el del médico Hackethal, quien en el año 1984 había dado veneno (cianuro potásico) a una mujer gravemente enferma que padecía un cáncer incurable que se le extendía por el cerebro. La paciente se bebió el veneno mezclado con agua, a consecuencia de lo cual falleció al poco tiempo de modo apacible sin indicios de agonía. La acusación formulada por la Fiscalía por un homicidio a petición (§ 216 Código Penal Alemán) fue desestimada tanto por el Tribunal de Traunstein como por el Superior de Munich.

Las modernas tendencias en materia de deontología médica sitúan "el derecho de autodeterminación del paciente en primer plano y, como ya hemos visto, parecen

*coincidir en que pertenece al deber del facultativo de ayudar a morir dignamente la posibilidad de realizar conductas u omisiones correspondientes a la eutanasia indirecta y a la eutanasia pasiva; existe un criterio predominante, expresado en los sistemas legales de la mayoría de los países, en el sentido de mantener la ilicitud penal de la eutanasia activa”.*

Es curioso. Si se leen con atención, uno tras otro, los párrafos precedentes, no se encuentra una línea argumental que permita arribar a la conclusión que se invoca al final: *“el derecho de autodeterminación del paciente en primer plano”.*

En cuanto a la forma, lo transcrito (6) es un conjunto abigarrado de subclasificaciones, casos judiciales, citas de legislación comparada, opiniones personales, en ocasiones sin pertinencia suficiente. Por ejemplo, se habla del *“Tribunal Supremo Federal”* sin indicación precisa de su origen. Da la impresión de que se están reproduciendo párrafos de un libro, y se adjuntan sin ton ni son, a modo de comentario adicional de diversas tesis de derecho penal alemán.

No es, como sabemos, la exposición de motivos de un proyecto de ley el lugar adecuado para meditaciones teóricas de cátedra sobre cuestiones de derecho penal especial. No es necesario. Es más simple. También más técnico. En cualquier caso más razonable: se trata de enunciar claramente las razones que fundamentan el proyecto de ley. Y eso, quizás por la premura, aparece envuelto en un exceso infundado.

En cuanto al fondo, no hay ningún argumento que permita apreciar la conveniencia de legislar sobre la base del *“derecho de autodeterminación del paciente en primer plano”*, ni se señala el quid y las condiciones de esa presupuesta facultad, de suyo tan indeterminada. Tampoco se dan luces teóricas suficientes sobre los vínculos doctrinarios que unirían el fundamento de legitimidad de la eutanasia en su sentido propio con la referida *“autodeterminación”*. De igual manera, no se esclarece, para efectos legislativos, la naturaleza de tal derecho, ni se avanza en eventuales propuestas de armonización respecto de eventuales conflictos con otros derechos, incluso de categoría constitucional, como el derecho a la vida.

A mayor abundamiento, los autores del proyecto omiten conceptos científicos básicos, aplicando sin nitidez el término eutanasia *“amplia”*, *“pasiva”*, a situaciones análogas a la que la ciencia médica actual denomina *“tratamientos paliativos”*, *“ensañamiento”*, etc., y que corresponden a una perspectiva médica, ética y jurídica *específicamente* distinta a la de la eutanasia. Aquí, en cambio, parafraseando un adagio popular, se mete todo en un mismo *“saco”*, con una falta de rigor digna de ser recordada.

La Sociedad Española de Cuidados Paliativos sostiene que la obstinación, ensañamiento o encarnizamiento médico son *“aquellas prácticas médicas con pretensiones diagnósticas o terapéuticas que no benefician realmente al enfermo y le provocan un sufrimiento innecesario, generalmente en ausencia de una adecuada información. Detrás de la obstinación médica se suelen encontrar dos causas principales: el déficit de competencia profesional y la desviación del auténtico fin de la medicina hacia otros intereses que no son los del paciente (científicos, políticos, económicos, sociales, etc.). En cualquier caso nos encontramos ante una conducta que siempre se ha considerado y se sigue considerando como contraria a la ética profesional”*.<sup>4</sup>

Sobre los cuidados afirma: *“El objetivo prioritario de los cuidados paliativos es el alivio de los síntomas (entre los que el dolor suele tener un gran protagonismo) que provocan sufrimiento y deterioran la calidad de vida del enfermo en situación terminal. Con este fin se pueden emplear analgésicos o sedantes en la dosis necesaria para alcanzar los objetivos terapéuticos, aunque se pudiera ocasionar indirectamente un adelanto del fallecimiento. El manejo de tratamientos paliativos que puedan acortar la vida está contemplado en el ámbito de la ciencia moral y se considera aceptable de acuerdo con el llamado “principio de doble efecto”. Esta cuestión se encuentra expresamente recogida en los códigos deontológicos de las profesiones sanitarias y, si bien puede plantear dilemas éticos, se pueden encontrar soluciones con el adecuado asesoramiento ético, sin que sea necesario judicializar la cuestión”*.<sup>5</sup>

Respecto de la elección y renuncia a los tratamientos, la Sociedad Española de Cuidados Paliativos manifiesta: *“la persona con una enfermedad grave, probablemente irreversible o de muy difícil curación, puede optar por los tratamientos que en su medio se consideren proporcionados, pudiendo rechazar responsablemente medios excepcionales, desproporcionados o alternativas terapéuticas con probabilidades de éxito dudosas. Esta actitud del paciente debe ser respetada y no puede confundirse con una conducta suicida. Éste es un criterio ético clásico, que viene además recogido en la Carta de los Derechos del Paciente en España (Ley General de Sanidad) y en la Deontología Médica”*.<sup>6</sup>

Por otro lado, la noción de “eutanasia pasiva” que utilizan los redactores del proyecto chileno está siendo progresivamente abandonada por confusa. Citamos nuevamente la declaración de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos: *“En el debate en torno a la eutanasia con frecuencia se ha recurrido al concepto de “eutanasia pasiva”, que, aunque puede parecer atractivo a primera vista, resulta confuso cuando se realiza un análisis ético riguroso”*.

<sup>4</sup> Ídem, N° 3.2.

<sup>5</sup> Ídem, N° 3.3.

<sup>6</sup> Ídem, N° 3.4.

*“La eutanasia entendida como conducta intencionalmente dirigida a terminar con la vida de una persona enferma, por un motivo compasivo, puede producirse tanto mediante una acción como por una omisión. La distinción activa/pasiva, en sentido estricto, no tiene relevancia desde el análisis ético, siempre que se mantenga constante la intención y el resultado. Tan eutanasia es inyectar un fármaco letal como omitir una medida terapéutica que estuviera correctamente indicada, cuando la intención y el resultado es terminar con la vida del enfermo. Esto es así tanto cuando se acepta como cuando se rechaza la eutanasia desde el punto de vista moral. Por tanto, el auténtico debate se centra en la aceptación moral y/o legal de la eutanasia sin que su carácter activo o pasivo tenga un significado sustancial”.*

*“Con frecuencia se observa en el debate público la argumentación en favor de una ley que permita la “eutanasia pasiva”, ya sea para defender al paciente frente al encarnizamiento médico, ya para respetar su derecho a rechazar tratamientos o para permitir terapias del dolor que puedan indirectamente acortar la vida. Pero es importante recordar que todas estas situaciones no son propiamente eutanasia y actualmente ya están contempladas en la deontología de las profesiones sanitarias con su correspondiente repercusión en el Derecho Público. De ahí nuestra insistencia en clarificar conceptos, pues sería un error legislar sobre términos equívocos”.*

*“Hablar de “eutanasia pasiva” es ambiguo y confuso porque supone clasificar conjuntamente dos situaciones de diferente naturaleza. Por un lado tenemos lo que se puede denominar como “permitir la muerte” (evitar el encarnizamiento médico, respetar el derecho a rechazar tratamientos), que no precisa de una nueva norma legal; y por otro lado tenemos la eutanasia, tal como se ha definido en el punto 3.1, cuya práctica no está permitida en la actual legislación”.*

*“Se pueden suscitar dudas a la hora de diferenciar el concepto “permitir la muerte” frente al de “eutanasia por omisión”, pero es posible establecer un criterio claro. La clave reside en la intención que preside la conducta médica. Ante un paciente en situación terminal lo que se hace o se deja de hacer con la intención de prestarle el mejor cuidado, permitiendo la llegada de la muerte, no sólo es moralmente aceptable, sino que muchas veces llega a ser obligatorio desde la ética de las profesiones sanitarias. De ahí que, por ejemplo, no haya objeciones éticas ni legales para emplear altas dosis de analgésicos en el tratamiento del dolor de un paciente en situación terminal, aunque esto pueda suponer de manera indirecta un adelanto de la muerte, cuando la intención del tratamiento no es provocarla. Por el contrario, cuando algo se hace o se deja de hacer con la intención directa de producir o acelerar la muerte del paciente, entonces corresponde aplicar el calificativo de eutanasia”.<sup>7</sup>*

<sup>7</sup> Ídem. N°s 3.5, 3.6, 3.7.

A continuación, el proyecto de ley informa acerca de la historia legislativa de la eutanasia en nuestro país (7).

*(7) 2. Historia legislativa. No existen muchas referencias en la materia, salvo una lectura constitucional del derecho a la vida presente en los derechos constitucionales de las Cartas de 1828, 1833, 1925 y 1980, así como la regulación de los pactos internacionales vigentes. Desde otro punto de vista, varios códigos del mundo asumieron su tratamiento como una hipótesis privilegiada de homicidio, el Código Penal chileno, cuya centenaria pervivencia asume desde sus orígenes la punición de las conductas auxiliaoras del suicidio (art. 393), que incluso se mantiene –con una mejor redacción– en la propuesta legiferante del Ministerio de Justicia de 2005 (Foro penal, Anteproyecto de Código Penal/art. 84) e incluso en proyectos radicados, pero que no reflejan movimiento como el caso del proyecto de fecha 4 de octubre de 2004, presentado por el Senador Ávila (Boletín 3690-11), que al decir de su autor recoge aspectos esenciales del proyecto de ley sobre derechos y deberes de las personas en materia de salud que el Ejecutivo ingresara a este Parlamento en junio de 2001, que han sido ilustrativos y que junto a los modelos comparados han servido de base al presente proyecto de ley”.*

Permítaseme una breve indiscreción. La redacción de este párrafo asusta. Y además no es completa la historia legislativa que se reseña.

Prosigamos en temáticas más trascendentes. Bajo el título “Derecho Comparado” (8), se exploran algunas legislaciones actuales:

*(8) 3. Derecho Comparado. En este punto la revisión de las legislaciones de la órbita comparada muestra las distintas formas en que se castiga o penaliza la eutanasia, pues su regulación va estrictamente relacionada con el tema.*

*3.1.1. México. En este sistema la eutanasia no tiene una regulación específica en el Código Penal, sin embargo, los supuestos de eutanasia activa o pasiva voluntaria son abarcados por el artículo 312 del Código Penal Federal del Distrito Federal, al señalar que “El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años”.*

*De este artículo se desprenden dos ideas: la primera de ellas a su vez se divide en dos hipótesis: a) prestar auxilio a otro para que se suicide y b) inducir a otro para que se suicide. Esta última se refiere al que presta auxilio al suicida al punto de ejecutar él mismo la muerte, es la figura del homicidio consentido o, como prefieren llamarlo otros, del homicidio suicidio. Y la segunda, por la cual el sujeto activo actúa con móviles piadosos, en beneficio de la víctima y con su consentimiento.*

*En forma clara esta legislación establece que el consentimiento del ofendido en el homicidio despliega sus efectos como causa específica de la atenuación de la pena. Esta atenuación está legislada en el artículo 52 del Código Penal, que dispone que el juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito con base a la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta entre otros aspectos los motivos que lo determinaron a delinquir y todas las condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente al momento de la comisión del delito.*

*3.1.2. Colombia. En Colombia se ha tipificado como delito el homicidio por piedad de la siguiente manera, cuyo Código Penal en su artículo 326 señala: "El que matare por piedad, para ponerse sus intensos sufrimientos provenientes de la lesión corporal o enfermedad grave e incurable incurrirá en prisión de seis meses a tres años".*

*La Corte Constitucional recibió una acción de inconstitucionalidad sobre justamente este artículo, por la cual el demandante aducía lo inconstitucional de ese artículo por ir contra de los principios del derecho a la vida de la Constitución y como consecuencia se disminuía el valor de la vida de un enfermo incurable, al de una persona en perfecto estado de salud, como lo hacía el homicidio simple. La Corte concluyó que no se estaba violando la Constitución marcando un precedente (jurisprudencia) en este tema. Pero esto permitió que la Corte se diera cuenta de las consecuencias que podía tener el consentimiento de la víctima por los cuales resultaría una razón para despersonalizar la eutanasia si participa este factor.*

*3.1.3. Holanda. En la única parte donde se ha legislado la eutanasia es en los Países Bajos, pero una mirada breve a los artículos de su Código Penal que contemplan esta acción nos permitirá darnos cuenta de que en Holanda la eutanasia sigue penada, pero que si se cumple con estrictas condiciones de cuidado, hay excepciones en las cuales ofrecen al médico la posibilidad de ayudar a un paciente con una enfermedad terminal, insoportable; sin ninguna repercusión. Aquí se presentaron los dos artículos del Código Penal holandés, que fueron modificados a propósito de la nueva ley promulgada, llamada Ley sobre Comprobación de la Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio:*

*Artículo 293. "El que quitare la vida a otra, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de la categoría quinta".*

*"El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por médico que haya cumplido con los requisitos de cuidados recogidos en el artículo dos de la Ley sobre Comprobación de la Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio, y se lo haya comunicado al forense conforme al artículo 7 párrafo segundo de la Ley Reguladora de los Funerales".*

Artículo 294. *“El que de forma intencionada prestare auxilio a otro para que se suicide o le facilitare los medios necesarios para ese fin, será en caso de que se produzca el suicidio, castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una pena de multa de la categoría cuarta, se aplicará por analogía el artículo 293, párrafo segundo”.*

Hay que subrayar dos cosas primero, la legislación se centra en la petición del paciente. No basta la petición en sí. El médico tiene la obligación de determinar que no sólo existe la petición, sino también que la petición es: a) voluntaria y b) bien meditada. En este punto DORNEWAARD subraya *“la importancia de la consulta con otro médico, pues antes de que el médico acceda a atender una petición de eutanasia, debe consultar con un médico independiente que no esté involucrado en el tratamiento del paciente”.* Se plantean varios problemas acerca de este hecho, el principal, el constitucional, el cual confronta la autonomía y voluntad de la persona en un derecho personalísimo como es la vida.

3.1.4. Perú. El artículo 112 del Código Penal peruano señala que *“El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años”.*

3.1.5. Italia. El art. 579 considera una forma de homicidio el hecho que *“causa la muerte de una persona con su consentimiento”.*

3.1.6 España. Exige para que opere la figura atenuada de homicidio el propósito del hechor de poner fin a los padecimientos de quien se halla en trance de muerte y la suplica en tal sentido a la víctima. Artículo 143.1: *“El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona. 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte. 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este Artículo”.*

Los párrafos precedentes toman el cuidado de citar, con las debidas *“atenuantes”*, algunos casos europeos controvertidos, en donde abiertamente se ha permitido la eutanasia propia. Sin embargo, se omite el hecho de que dichas legislaciones fueron dictadas para que la eutanasia opere con dinamismo propio sin que funcionen a su respecto los contrapesos penales que sirven de



“atenuantes”. Y han generado un proceso inicuo y singular de abandono de ancianos (“*abuelito, si nos quieres, no seas nuestra carga, acógete a la eutanasia*”), que, en Holanda, ya está siendo objeto de estudios.

Como este proyecto de ley es émulo de dichas legislaciones asustadoras, probablemente pareció más oportuno a sus redactores no detenerse mucho en el nudo de la cuestión: el que éstas en verdad son sus modelos ideales.

Finalmente, los autores del proyecto sintetizan su propuesta legislativa (9), con la misma ausencia de rigor con que han procedido:

*(9) 4. Propuesta legislativa. La propuesta legislativa recoge las concepciones más modernas del derecho comparado estableciendo definiciones claras de la eutanasia, en sus variantes activa y pasiva, la regulación de los requisitos de procedencia, así como la posibilidad de un testamento vital por parte del paciente. Desde otra perspectiva deja claramente establecida la justificación de la conducta desde el punto de vista del derecho punitivo, cuando se cumplen con los requisitos, y establece una precisa regulación a los médicos desde el punto de vista ético. Dos son los grupos de casos que debemos abordar separadamente: aquellos en que la decisión médica se basa en la constatación de la inexistencia de un tratamiento terapéutico adecuado para salvar la vida del paciente, y aquellos donde lo principal es la voluntad de este de poner termino a su vida, aunque existan posibilidades de sobrevida.*

*El legislador no puede estar de espaldas a la realidad, aquí radica la misión del legislador crítico y democrático, esto es, la constante revisión de por qué se ha seleccionado tal relación social y se la ha fijado de una forma determinada.*

Es una enormidad que se diga que el proyecto (a) “*recoge las concepciones más modernas del derecho comparado*”; (b) “*estableciendo definiciones claras de la eutanasia*”, (c) “*El legislador no puede estar de espaldas a la realidad, aquí radica la misión del legislador crítico y democrático*”. Respetuosamente, en buen castizo, estas frases son pura y simplemente cháchara.

Respecto de a), no es cierto que el proyecto recoja las concepciones más modernas del derecho comparado, sino sólo *parciales* concepciones de *determinados* derechos modernos. ¿Cuáles? Las que promueven la eutanasia. Porque por más que el proyecto pretenda regular situaciones legítimas del enfermo que eventualmente –habría que estudiarlo más– puedan necesitar apoyo legal en Chile, en realidad todo va dirigido a fomentar la eutanasia. En las frutas de este árbol legislativo hay una que es venenosa, y aquéllas sirven como incentivo para aceptar ésta.

En relación con b), las definiciones y clasificaciones de la eutanasia son manifiestamente deficitarias.

Frente al punto c), sucede lo contrario: este proyecto se formula de espaldas a la realidad chilena y comparada.

¿Cuál es esa realidad? La relata nuevamente la Sociedad Española de Cuidados Paliativos: *“Se han publicado estudios recientes muy rigurosos que muestran que la petición de eutanasia por parte de los enfermos disminuye al mejorar la formación de los profesionales en el tratamiento del dolor y en cuidados paliativos. Estos hallazgos son congruentes con las comunicaciones de las unidades especializadas en cuidados paliativos de nuestro entorno, donde el número de peticiones de eutanasia es muy bajo”.*

*“Todo ello permite aventurar la hipótesis de que una legislación permisiva con la eutanasia frenaría la implicación, tanto científica como asistencial, de algunos médicos y profesionales de la salud en la atención a unos enfermos sin posibilidad de curación que requieren una considerable dedicación de tiempo y recursos humanos”.*

*“Promover la legalización de la eutanasia en una sociedad donde todavía están insuficientemente implantados los cuidados paliativos, clínicas del dolor, la atención socio sanitaria, etc., parece una solución equivocada ante el problema, “el de la correcta atención de los enfermos y sus familias”, que está pendiente de resolver”.*

*“La teoría de la pendiente resbaladiza es un clásico argumento consecuencialista que se ha aplicado a la eutanasia para deducir que una vez legalizada en casos de solicitud voluntaria, el clima social conduce a los médicos y a los familiares a deslizarse hacia su aplicación en casos de enfermos inconscientes o incapaces que no han expresado su autorización. Se trata de un argumento que ha sido muy criticado por algunas aplicaciones poco rigurosas en el modo de elaborar los razonamientos previos a la conclusión. Sin embargo, en Holanda se ha comprobado su exacto cumplimiento, puesto que ya hace años se reconocieron cifras importantes de casos de eutanasia no solicitada, cuando en un principio sólo se defendía su aceptación en casos de solicitud expresa y reiterada, como un ejercicio de autonomía”.*

*“El argumento de la pendiente resbaladiza ha sido esgrimido por autores que no tienen reparos éticos ante determinadas peticiones de eutanasia, pero consideran que su legalización llevaría en la práctica a la eutanasia no solicitada, que consideran inaceptable y con graves repercusiones sociales”.<sup>8</sup>*

<sup>8</sup> Op. cit., N°s 12, 13 y 14

## ANEXO 1

### Proyecto de ley sobre eutanasia

**“Artículo 1°.** *Agréguese en el Libro I del Código Sanitario, el siguiente título VI con sus párrafos y artículos (arts. 54 bis a 54bis Ñ) respectivos.*

#### *Título VI*

#### *De la Eutanasia*

**Art. 54 bis.** *Para los efectos de esta ley se entenderá como eutanasia la terminación de la vida que lleva a cabo un médico a petición del paciente, cumpliendo los requisitos y manifestando su consentimiento en los términos que se señalan en los siguientes artículos.*

#### *Párrafo 1°*

#### *De la eutanasia pasiva*

**Art. 54 bis A. De la eutanasia pasiva.** *Es derecho de todo paciente terminal otorgar o denegar su consentimiento a cualquier procedimiento médico que estime invasivo, complejo o innecesario cuando:*

1. *Se trate de un paciente en estado terminal, esto es, que padezca un precario estado de salud, debido a una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable, que haga prever que le queda muy poca expectativa de vida.*

2. *Que los cuidados que se le puedan brindar al paciente sean innecesarios, en cuanto éstos solo persigan prolongar su agonía.*

*Para ejercer este derecho, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar, previamente y en lenguaje comprensible para el paciente, información completa respecto de la enfermedad, sus implicancias y posibles tratamientos. Esto se hará en forma oral y también por escrito, en un acta que deberá firmar la persona o su representante legal.*

*En caso de pacientes cuyo estado impida obtener su consentimiento, pero se presume que prontamente podrá prestarlo de forma libre y espontánea, se entenderá que acepta el tratamiento hasta que su voluntad pueda ser conocida.*

**Art. 54 bis B.** *No obstante lo señalado en el artículo anterior, la voluntad del paciente no tiene efecto alguno cuando:*

1. *La no aplicación de los procedimientos o intervenciones señaladas precedentemente supone un riesgo para la salud pública, debiendo dejar el médico tratante expresa constancia de configurarse esta causal en la respectiva ficha clínica.*

2. *Se trate de atenciones médicas de emergencia o urgencia, esto es, cuando la condición de salud o cuadro clínico del paciente implique riesgo vital y/o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable.*

**Art. 54 bis C.** *La voluntad del paciente podrá manifestarse verbalmente, pero de ésta deberá quedar siempre constancia por escrito. El consentimiento deberá prestarse a lo menos ante dos testigos, siendo uno de éstos el cónyuge, ascendiente o descendiente mayor de edad del paciente. En caso de encontrarse el paciente internado en un recinto hospitalario oficiará de ministro de fe el director del establecimiento o quien le subrogue. El consentimiento siempre podrá prestarse ante Notario Público. En caso de no existir el cónyuge, ascendientes o descendientes mayores de edad, o bien ante negativa de éstos, el consentimiento deberá prestarse a lo menos ante cinco testigos.*

**Art. 54 bis D.** *En caso de menores de edad la decisión de someter o no al paciente a los tratamientos indicados en el numeral 2° del artículo 3° será adoptada por los padres de común acuerdo si existiesen ambos. A falta de uno de los padres, la decisión será tomada por él que existiese. A falta de ambos, la decisión será adoptada por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes de grado más próximo en la línea colateral, hasta el tercer grado inclusive.*

**Art. 54 bis E.** *En caso de los legalmente incapaces la decisión de someter o no al paciente a los tratamientos indicados en el numeral 2° del artículo 54 bis B será adoptada por el representante legal.*

**Artículo 54 bis F.** *En caso de muerte cerebral, entendiéndose por tal la definida en la Ley 19.541, la decisión de someter o no al paciente a los tratamientos indicados en el numeral 2° del artículo 54 bis B será adoptada por el cónyuge siguiendo, cuando corresponda, el orden que establece el art. 983 del Código Civil, con la exclusión del Fisco.*

**Art. 54 bis G.** *El médico tratante deberá consultar siempre la opinión de una Comisión Ética de comprobación que se establece en el párrafo 3° de este título.*

*Párrafo 2°*

*De la eutanasia activa*

**Art. 54 bis H. De la eutanasia activa.** *Todo paciente que sufra una enfermedad incurable o progresivamente letal que le cause un padecer insufrible en lo físico y que se le representa como imposible de soportar podrá solicitar por razones humanitarias, y de conformidad a las normas que esta ley establece, que la muerte le sea provocada deliberadamente por un médico cirujano.*

*Para ejercer este derecho, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar, previamente y en lenguaje comprensible para el paciente, información completa respecto de la enfermedad, sus implicancias y posibles tratamientos. Esto se hará*

*en forma oral y también por escrito, en un acta que deberá firmar la persona o su representante legal.*

**Art. 54 bis I.** *La voluntad del paciente podrá manifestarse verbalmente, pero de ésta deberá quedar siempre constancia por escrito. El consentimiento deberá prestarse a lo menos ante dos testigos, siendo uno de éstos el cónyuge, ascendiente o descendiente mayor de edad del paciente. En caso de encontrarse el paciente internado en un recinto hospitalario oficiará de ministro de fe el director del establecimiento o quien le subroge. El consentimiento siempre podrá prestarse ante notario. En caso de no existir el cónyuge, ascendientes o descendientes mayores de edad, o bien ante negativa de éstos, el consentimiento deberá prestarse a lo menos ante cuatro testigos.*

**Artículo 54 bis J.** *En caso de menores de edad la decisión será adoptada por los padres de común acuerdo si existiesen ambos. A falta de uno de los padres, la decisión será tomada por el que existiese. A falta de ambos, la decisión será adoptada por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes de grado más próximo en la línea colateral, hasta el tercer grado inclusive.*

**Art. 54 bis K.** *En caso de los legalmente incapaces será adoptada por el representante legal.*

*Párrafo 3°*

*De la Comisión Ética de comprobación.*

**Art. 54 bis L.** *En cada región del país existirá una Comisión Ética de comprobación cuya integración, subrogación, funcionamiento y atribuciones estarán especificadas en un reglamento que, para estos efectos, dictará la autoridad competente.*

**Artículo 54 bis LL.** *La Comisión, de a lo menos cinco miembros, estará necesariamente integrada por:*

- a) Un médico cirujano designado, de entre sus afiliados, por la directiva del Colegio Médico, procurando que éste ejerza la profesión en la región respectiva.*
- b) Un médico psiquiatra designado, de entre sus afiliados, por la directiva del Colegio Médico, procurando que éste ejerza la profesión en la región respectiva.*
- c) Un abogado designado, de entre sus afiliados, por la directiva del Colegio de Abogados, procurando que éste ejerza la profesión en la región respectiva*
- d) Un profesor de derecho penal, con el grado de doctor, que ejerza la docencia en una Universidad afiliado al Consejo de Rectores.*

**Art. 54 bis M.** *Corresponderá a la Comisión Ética velar por el adecuado cumplimiento de los requisitos que hacen procedente la eutanasia y, verificados fehacientemente éstos, autorizarla.*

**Art. 54 bis N.** *La Comisión sesionará, a requerimiento de interesado, en un plazo no mayor a cinco días desde que se hubiese presentado ante ésta una solicitud de eutanasia que cumpla con todos los requisitos formales.*

**Art. 54 bis Ñ.** *Para sesionar, la Comisión requerirá la presencia de todos sus miembros o quienes subroguen a éstos y sus acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta.*

*La Comisión Ética, dentro del plazo de cinco días hábiles, otorgará la correspondiente autorización cuando la solicitud cumpla con todos los requisitos. La aprobación o rechazo de la solicitud deberá siempre fundarse por escrito y no será susceptible de recurso alguno,*

*La solicitud rechazada no podrá interponerse nuevamente sino en el plazo de tres meses y siempre que contemple nuevos antecedentes.*

*Otorgada la autorización correspondiente, ésta le será comunicada al Juzgado de Garantía y a la Fiscalía Local, correspondiente al lugar donde se practicará la eutanasia.*

**Artículo 2°.** *Sustitúyese el art. 393 del Código Penal en el siguiente sentido:*

**Art. 393.** *El que quitare la vida a otra, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de presidio mayor en su grado mínimo.*

*El que induzca a otro a suicidarse sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.*

*El que con conocimiento de causa preste auxilio a otro para que se suicide será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio.*

*Las penas previstas en este artículo sólo se impondrán si se efectúa la muerte del suicida.*

*El supuesto al que se refieren los incisos anteriores no será punible en el caso de que haya sido cometido por médico que haya cumplido con los requisitos de cuidados recogidos en el título VI del Código Sanitario y se lo haya comunicado a la comisión ética de comprobación."*

Fulvio Rossi C.  
Diputado de la República

Juan Bustos R.  
Diputado de la República

## **ANEXO 2**

### **Proyecto de ley sobre eutanasia de Nelson Ávila**

**1°** *Para los efectos de esta ley se entenderá como eutanasia la acción u omisión de un médico que por su naturaleza o intención provoque la muerte de un paciente que, cumpliendo los requisitos y manifestando su consentimiento en los términos que esta ley señala, ha expresado la firme voluntad de poner término a su vida por razones humanitarias.*

#### **I. De la eutanasia pasiva**

**2°** *Es derecho de todo paciente terminal otorgar o denegar su consentimiento a cualquier procedimiento médico que estime invasivo, complejo o innecesario cuando:*

3. *Se trate de un paciente en estado terminal, esto es, que padezca un precario estado de salud, debido a una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable, que haga prever que le queda muy poca expectativa de vida.*

4. *Que los cuidados que se le puedan brindar al paciente sean innecesarios, en cuanto éstos solo persigan prolongar su agonía.*

*Para ejercer este derecho, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar, previamente y en lenguaje comprensible para el paciente, información completa respecto de la enfermedad, sus implicancias y posibles tratamientos. Esto se hará en forma oral y también por escrito, en un acta que deberá firmar la persona o su representante legal.*

*En caso de pacientes cuyo estado impida obtener su consentimiento, pero se presume que prontamente podrá prestarlo de forma libre y espontánea, se entenderá que acepta el tratamiento hasta que su voluntad pueda ser conocida.*

**3°** *No obstante lo señalado en el artículo anterior, la voluntad del paciente no tiene efecto alguno cuando:*

3. *La no aplicación de los procedimientos o intervenciones señaladas precedentemente suponen un riesgo para la salud pública, debiendo dejar el médico tratante expresa constancia de configurarse esta causal en la respectiva ficha clínica.*

4. *Se trate de atenciones médicas de emergencia o urgencia, esto es, cuando la condición de salud o cuadro clínico del paciente implique riesgo vital y/o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergradable.*

**4°** *La voluntad del paciente podrá manifestarse verbalmente, pero de ésta deberá quedar siempre constancia por escrito. El consentimiento deberá prestarse a lo menos ante dos testigos, siendo uno de éstos el cónyuge, ascendiente o descendiente mayor de edad del paciente. En caso de encontrarse el paciente internado en un recinto hospitalario oficiará de ministro de fe el director del establecimiento o quien le subrogue. El consentimiento siempre podrá prestarse ante Notario Público. En caso de no existir el cónyuge, ascendientes o descendientes mayores de edad, o bien ante negativa de éstos, el consentimiento deberá prestarse a lo menos ante cinco testigos.*

**5°** *En caso de menores de edad la decisión de someter o no al paciente a los tratamientos indicados en el numeral 2° del artículo 3° será adoptada por los padres de común acuerdo si existiesen ambos. A falta de uno de los padres, la decisión será tomada por el que existiese. A falta de ambos, la decisión será adoptada por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes de grado más próximo en la línea colateral, hasta el tercer grado inclusive.*

**6°** *En caso de los legalmente incapaces la decisión de someter o no al paciente a los tratamientos indicados en el numeral 2° del artículo 3° será adoptada por el representante legal. A falta de éste la decisión será tomada por él cónyuge. A falta de ambos, la decisión será adoptada por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes de grado más próximo en la línea colateral, hasta el tercer grado inclusive.*

**7°** *En caso de muerte cerebral, entendiendo por tal la definida en la Ley 19.541, la decisión de someter o no al paciente a los tratamientos indicados en el numeral 2° del artículo 3° será adoptada por el cónyuge. A falta de éste, la decisión será tomada por los padres y, a falta de uno, por el otro. A falta de ambos, la decisión será adoptada por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes de grado más próximo en la línea colateral, hasta el tercer grado inclusive.*

**8°** *Si la voluntad del paciente o de los llamados por la esta ley a suplirle es no someterle a los tratamientos indicados en el numeral 2° del artículo 3°, ésta deberá ser acatada.*

**9°** *El médico tratante deberá consultar siempre la opinión de una Comisión Ética que estará integrada por el director del Servicio de Salud respectivo, dos médicos cirujanos, un médico psiquiatra y un abogado. Ésta deberá certificar por escrito la circunstancia de encontrarse contestes la mayoría absoluta de sus miembros tanto en la calidad de terminal del estado de salud, así como de la innecesidad de los cuidados.*



## **II. De la eutanasia activa**

**10°** *Todo paciente que sufra una enfermedad incurable o progresivamente letal que le cause un padecer insufrible en lo físico y que se le representa como imposible de soportar podrá solicitar por razones humanitarias, y de conformidad a las normas que esta ley establece, que la muerte le sea provocada deliberadamente por un médico cirujano.*

*Para ejercer este derecho, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar, previamente y en lenguaje comprensible para el paciente, información completa respecto de la enfermedad, sus implicancias y posibles tratamientos. Esto se hará en forma oral y también por escrito, en un acta que deberá firmar la persona o su representante legal.*

**11°** *La voluntad del paciente podrá manifestarse verbalmente, pero de ésta deberá quedar siempre constancia por escrito. El consentimiento deberá prestarse a lo menos ante dos testigos, siendo uno de éstos el cónyuge, ascendiente o descendiente mayor de edad del paciente. En caso de encontrarse el paciente internado en un recinto hospitalario oficiará de ministro de fe el director del establecimiento o quien le subrogue. El consentimiento siempre podrá prestarse ante notario. En caso de no existir el cónyuge, ascendientes o descendientes mayores de edad, o bien ante negativa de éstos, el consentimiento deberá prestarse a lo menos ante cinco testigos.*

**12°** *En caso de menores de edad la decisión será adoptada por los padres de común acuerdo si existiesen ambos. A falta de uno de los padres, la decisión será tomada por el que existiese. A falta de ambos, la decisión será adoptada por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes de grado más próximo en la línea colateral, hasta el tercer grado inclusive.*

**13°** *En caso de los legalmente incapaces será adoptada por el representante legal. A falta éste la decisión será tomada por el cónyuge. A falta de ambos, la decisión será adoptada por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes de grado más próximo en la línea colateral, hasta el tercer grado inclusive.*

**14°** *La solicitud de autorización para auxiliar al suicidio deberá ser presentada ante el Director del Servicio de Salud correspondiente.*

**15°** *Esta solicitud deberá contener a lo menos:*

- 1. Individualización del médico tratante, quien, además, suscribe la solicitud.*
- 2. Ficha clínica del paciente.*

3. *Manifestación de voluntad del paciente o de quien le subrogue de conformidad a lo establecido en los artículos 13° y siguientes.*

4. *Compromiso notariado del médico que practicará la eutanasia de dar fiel cumplimiento a las disposiciones del reglamento establecido en el artículo 28°.*

**16°** *El médico tratante deberá consultar siempre la opinión de la Comisión Ética. Ésta deberá certificar por escrito la circunstancia de encontrarse contestes la mayoría absoluta de sus miembros en el hecho que el paciente sufre una enfermedad incurable o progresivamente letal que le cause un padecer insufrible que se le representa como imposible de soportar.*

### **III. De la Comisión Ética**

**17°** *En cada región del país existirá una Comisión Ética cuya integración, subrogación, funcionamiento y atribuciones estarán dados por un reglamento que, para estos efectos, dictará el Ministerio de Salud.*

**18°** *La Comisión, de a lo menos cinco miembros, estará necesariamente integrada por:*

a) *Un médico cirujano designado, de entre sus afiliados, por la directiva del Colegio Médico procurando que éste ejerza la profesión en la región respectiva.*

b) *Un médico psiquiatra designado, de entre sus afiliados, por la directiva del Colegio Médico procurando que éste ejerza la profesión en la región respectiva.*

c) *Un abogado designado, de entre sus afiliados, por la directiva del Colegio de Abogados, procurando que éste ejerza la profesión en la región respectiva*

**19°** *Corresponderá a la Comisión Ética velar por el adecuado cumplimiento de los requisitos que hacen procedente la eutanasia y, verificados fehacientemente éstos, autorizarla.*

**20°** *La Comisión sesionará, a requerimiento de interesado, en un plazo no mayor a 10 días desde que se hubiese presentado ante ésta una solicitud de eutanasia que cumpla con todos los requisitos formales.*

**21°** *Para sesionar, la Comisión requerirá la presencia de todos sus miembros o quienes subroguen a éstos y sus acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta.*

**22°** *Los miembros de la Comisión que se encuentren vinculados con el paciente ya sea en cuanto a vínculo familiar o patrimonial se encontrarán inhabilitados para participar en las discusiones y votaciones que se refieran a dicho paciente.*

*La Comisión Ética, dentro del plazo de 5 días hábiles, otorgará la correspondiente autorización cuando la solicitud cumpla con todos los requisitos. La aprobación o rechazo de la solicitud deberá siempre fundarse por escrito y no será susceptible de recurso alguno.*

*La solicitud rechazada no podrá interponerse nuevamente sino en el plazo de tres meses y siempre que contemple nuevos antecedentes.*

**23°** *Otorgada la autorización correspondiente, ésta le será comunicada al Juzgado del Crimen correspondiente al lugar donde se practicará la eutanasia.*

**24°** *Entre la autorización y la eutanasia deben transcurrir, a lo menos, cinco días, debiendo fijarse la fecha de ésta con a lo menos tres días de anticipación.*

**25°** *El paciente o quien le subroge puede retirar su consentimiento en cualquier momento. Una hora antes de que se practique, el paciente o quien le subroge deberá ratificar su consentimiento ante el director del recinto hospitalario o bien ante un notario público, según corresponda.*

**26°** *Un protocolo emanado del Ministerio de Salud establecerá el mecanismo por medio del cual un médico cirujano practicará la eutanasia.*

#### **IV. De la responsabilidad**

**27°** *En los casos señalados precedentemente no existirá responsabilidad administrativa, penal ni civil para los médicos o para el establecimiento asistencial que haya atendido al paciente, derivada de la aplicación de procedimientos eutanásicos.*

*Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, el paciente, o en su defecto alguno de sus herederos o representantes legales se reservarán el ejercicio de las acciones judiciales que correspondan en el caso de que exista un incumplimiento o inobservancia grave de los requisitos establecidos por esta ley y su reglamento.*

**28°** *Agréguese al artículo 10° del Código Penal el siguiente numeral 14: "El médico cirujano que practique eutanasia en los casos expresamente previstos por la ley".*



# Proyecto de ley de tribunales tributarios<sup>1</sup>

COMENTARIO:

**Jaime García Escobar**

Profesor Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Este artículo tiene por objetivo analizar el proyecto de ley de tribunales tributarios aprobado por la Cámara de Diputados. Por lo tanto, no nos vamos a pronunciar respecto de la bondad del proyecto, en cuanto a ser la mejor solución al problema de la jurisdicción tributaria, pues evidentemente podrían diseñarse otras alternativas que cumplieren más ciertamente los anhelos de **imparcialidad** e **independencia** que se requieren para la solución de estos litigios, más ello se alejaría del objeto del presente trabajo.

Con fecha 19 de diciembre de 2002, el Presidente Lagos, a través del Mensaje N° 206-348, envió un proyecto de tribunales tributarios, que ha motivado muchas críticas, especialmente referidas a la falta de imparcialidad de que todavía adolecerían éstos.

En efecto, en el Mensaje original, el juez debía ser designado por el Presidente de la República de una terna que confeccionaba la Corte de Apelaciones. Esta nacía de una lista de hasta diez nombres que confeccionaba el **Ministerio de Hacienda**, para lo cual debía llamarse a concurso.

Para mejorar esta situación, con fecha 27 de febrero de 2005, el Ejecutivo hizo una indicación al proyecto en el sentido que la lista tendrá un mínimo de cinco nombres (de lo contrario la Corte de Apelaciones actuaba como un simple

---

<sup>1</sup> Jaime García Escobar, abogado titulado en la Pontificia Universidad Católica; Magister en Economía y Gestión para Abogados de la Universidad Gabriela Mistral; profesor universitario de pregrado Cátedra de Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo y profesor del Magister en Derecho de la Empresa de la misma Facultad; profesor del Magister en Tributación de la Escuela de Post Grado de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, así como profesor de postgrado en los Diplomados en Tributación y Planificación Tributaria de la misma Escuela; autor de diversos artículos y textos de naturaleza tributaria. Ex abogado del Servicio de Impuestos Internos y ex Abogado del Consejo de Defensa del Estado. Actualmente ejerce libremente la profesión.

“buzón”) y un máximo de diez y será elaborada por la **Dirección Nacional del Servicio Civil**, para lo cual debe llamarse a concurso público.

La Dirección Nacional del Servicio Civil es un servicio público, creado por la Ley N° 19.882, de 23 de junio de 2003, que regula la “Nueva Política de Personal a los Funcionarios Públicos”, comúnmente denominada “del nuevo trato”. Este servicio es descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda y que tendrá como objeto la coordinación, supervisión y perfeccionamiento de las funciones del personal de los servicios de la administración civil del Estado.

El art. 2° de esta normativa establece las facultades del Servicio; entre otras, resaltan las siguientes:

- a) Participar en el diseño de las políticas de administración de personal del sector público y colaborar con los servicios públicos en la aplicación descentralizada de las mismas, en el marco del proceso de modernización del Estado;
- b) Promover reformas y medidas tendientes al mejoramiento de la gestión del personal del sector público;
- c) Prestar asesoría en materias de personal a las autoridades de gobierno, así como también a los subsecretarios y jefes de los servicios no incluidos en el Sistema de Alta Dirección Pública en materias de personal de alto nivel;
- d) Constituir y administrar un registro de los cargos de altos directivos públicos que comprenda toda la información relevante de los mismos.

El Ejecutivo presentó otra indicación el 10 de septiembre de 2005, señalando que la Corte de Apelaciones podrá rechazar, por una sola vez, la totalidad de los nombres contenidos en la lista que elabore la citada institución. El rechazo debe ser fundado en razones de falta de idoneidad, especialización o experiencia de los postulantes. En tal caso, este organismo debe llamar a un nuevo concurso, al cual no podrán presentarse las personas que integraron la nómina rechazada.

Existen autores que estiman que la conformación de la terna, siempre por concurso, debiera quedar entregada simplemente a la Corte de Apelaciones respectiva. Es más, algunos postulan que los tribunales tributarios debieran formar parte del Poder Judicial, cuya es la opinión de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

El proyecto señala que esto sería objeto de un reglamento dictado a través de los Ministerios de Hacienda y de Justicia. Lo anterior, de acuerdo a los dichos del profesor don Patricio Figueroa Velasco,<sup>2</sup> podría significar la existencia de un **vicio de inconstitucionalidad**, toda vez que si estamos hablando de un tribunal, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 77 de la Constitución Política de la República, ello debiera ser materia de una ley orgánica constitucional, y no de un texto de menor jerarquía normativa.

Con fecha 13 de diciembre de 2005, la Honorable Cámara de Diputados despachó el proyecto de ley aprobado, del cual pueden resaltarse los siguientes puntos:

1) El art. 22 de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos crea un escalafón denominado "**Tribunal Tributario**", en él, los jueces tributarios ostentarán los grados 7° u 8°. En el mismo sentido, se agrega un nuevo art. 55, que señala que en el presupuesto que se asigne anualmente al Servicio, se incorporará un programa presupuestario que incluirá los fondos destinados al funcionamiento de los tribunales tributarios. Algunos estiman que estas normas evidentemente pueden afectar la imparcialidad e independencia de los nuevos jueces tributarios.

2) El mismo art. 22 de la ley orgánica del Servicio señala que se les aplican las **prohibiciones e inhabilidades** establecidas en los arts. 316 a 323 bis del número 7° del título X del Código Orgánico de Tribunales, por ejemplo: la prohibición de los jueces de ejercer la abogacía y de aceptar compromisos; la obligación de éstos de despachar los asuntos sometidos a su conocimiento en los plazos que fija la ley o con toda la brevedad que las actuaciones de su ministerio les permitan, guardando en este despacho el orden de la antigüedad de los asuntos; la prohibición de expresar y aun insinuar privadamente su juicio respecto de los negocios que por la ley son llamados a fallar; también se les prohíbe comprar o adquirir a cualquier título para sí, para su cónyuge o para sus hijos las cosas o derechos que se litiguen en los juicios de que él conozca; etc.

3) A título de petición de principios, y para que quede meridianamente claro, se introduce en la ley orgánica del Servicio el art. 4° bis, norma que expresa que **los jueces tributarios serán independientes** de toda autoridad del Servicio de Impuestos Internos en el desempeño de su ministerio. A mayor abundamiento, este artículo señala que le son aplicables los arts. 79, 80 y 82 de la Constitución Política de la República.

---

<sup>2</sup> Charla organizada por ICARE, dictada en el 31 de mayo de 2006 en Casa Piedra, titulada "Nueva Justicia Tributaria: Un Desafío País".

En el mismo sentido, se deja claramente establecido que duran indefinidamente en sus cargos y no pueden ser removidos o separados por el Servicio.

Se encuentran directamente sujetos a la supervigilancia directiva, correccional y económica de la Corte de Apelaciones que ejerza jurisdicción sobre el lugar donde aquél tiene su asiento.

4) Se sustituye un artículo que siempre ha causado escozor en el estudio de la independencia e imparcialidad de los jueces tributarios, que no es otro que el art. 19 bis de la ley orgánica del Servicio. Esta disposición otorga diversas facultades a los Directores Regionales del Servicio; en la letra b), establece que les corresponde: "Resolver las reclamaciones tributarias que presenten los contribuyentes y las denuncias por infracción a las leyes tributarias, en conformidad al libro III del Código Tributario y a las instrucciones del Director;...". Pues bien, el artículo queda en definitiva del siguiente tenor: "Resolver las denuncias y aplicar y girar multas por infracción a las leyes tributarias que se sometan al procedimiento del artículo 165 del Código Tributario, que no hayan sido objeto de reclamo de conformidad con lo dispuesto en el número 3° de dicha disposición legal;...".

Ahora bien, si se quisiera cerrar definitivamente el círculo, también debiera modificarse el inciso final del art. 6° del Código Tributario, norma que establece: "Los Directores Regionales, en el ejercicio de sus funciones, deberán ajustarse a las normas e instrucciones impartidas por el Director".

5) Se agrega el art. 54 a la citada ley orgánica, en virtud del cual el juez tributario será calificado dentro de la primera quincena del mes de enero de cada año por la Corte de Apelaciones. Para ello, trimestralmente debe emitir un informe a la Corte de la gestión del tribunal, debiendo señalarse:

- a) Número y monto de causas ingresadas, en total y por materia reclamada.
- b) Número y monto de causas falladas, en total y por materia reclamada.
- c) Tiempos medios de demora de los procesos fallados.
- d) Promedio de causas terminadas por funcionario resolutor del tribunal.
- e) Número y monto de causas pendientes, en total y por materia reclamada.
- f) Estadísticas pormenorizadas de las sentencias.

En la misma disposición se agrega que el Servicio de Impuestos Internos proveerá al tribunal de un sistema informático de seguimiento y control de



la gestión y asistirlo en su administración y en la generación de los informes para la Corte.

Respecto de esta última norma, algunos estiman que, aun cuando resulta ser un tema de naturaleza informática, hubiere sido mejor que el ente fiscalizador no proveyera de este sistema, en atención al tema de la independencia e imparcialidad que se quiere para el tribunal tributario.

6) El proyecto obliga a las Cortes de Apelaciones a establecer **salas especializadas** para que conozcan de los asuntos tributarios. Ahora bien, si por el número de causas tributarias no se justificare la implementación de una sala especializada, se designará una que conozca preferentemente de esta materia, en uno o más días de la semana.

Estas salas "tributarias" deberán estar integradas por Ministros de la Corte, debiendo preferirse a aquellos que posean conocimientos especializados en el tema.

7) Se agrega un art. 6 bis, en virtud del cual se detalla la competencia de los tribunales tributarios, debiendo éstos:

a) Resolver las reclamaciones que presenten los contribuyentes en conformidad al libro tercero.

b) Conocer y fallar las denuncias a que se refiere el artículo 161 y los reclamos por denuncias o giros contemplados en el número tercero del art. 165.

c) Disponer en los fallos que se dicten la devolución y pago de las sumas solucionadas indebidamente o en exceso a título de impuestos, reajustes, intereses, sanciones o costas.

8) Para presentar el reclamo tributario, el contribuyente previamente, deberá solicitar la **reconsideración administrativa** de las actuaciones del Servicio. Esta debe resolverse en el plazo fatal de 45 días y si no se resolviera, se entenderá rechazada. Ahora bien, la resolución que se pronuncia sobre ella debe notificarse al contribuyente. De esta forma, el proyecto legaliza lo establecido por la Circular N° 21, de 30 de marzo de 2001, titulada "Imparte instrucciones sobre la implementación de la revisión de la actuación fiscalizadora como etapa previa al reclamo ante el tribunal tributario".

Algunos estiman que se trata de un trámite jurídicamente inoficioso, toda vez que para ese objetivo existe la citación contemplada en el art. 63 del Código Tributario.

Por otra parte, otros estiman que el hecho de ser obligatoria podría vulnerar el derecho de petición que consagra la Constitución. Por ello es que se postula que la presentación de la reconsideración administrativa debe ser **voluntaria** para el contribuyente.

9) Se modifica el plazo para interponer el reclamo tributario, rebajándose de 60 a 45 días. Nos parece un cambio bastante saludable, toda vez que el plazo anterior pareciera ser demasiado extenso, sin una mayor justificación. Al respecto, parece pertinente recordar que el plazo para contestar una demanda ordinaria es, en principio, de quince días.

10) Se exigen, a través del texto de la ley, una serie de requisitos para la interposición del reclamo tributario; entre otros, encontramos los siguientes: designación de la autoridad ante quien éste se interpone, nombre, RUT, domicilio, profesión u oficio del contribuyente, o de las personas que lo representan y de la naturaleza de ésta. En el fondo, estas son las exigencias que establece el art. 254 del Código de Procedimiento Civil, como los requisitos que deben cumplirse en la interposición de una demanda ante los tribunales ordinarios de justicia.

11) Se agregan dos incisos al art. 129, en virtud de los cuales el Servicio de Impuestos Internos **será considerado como parte en la primera instancia** de estos procesos, vale decir, en la tramitación ante el juez tributario. También se expresa que tendrá la calidad de parte en las incidencias, recursos de apelación y recursos que procedan ante la Corte Suprema, sin perjuicio de las facultades del Consejo de Defensa del Estado.

Estimamos que a consecuencia de la citada norma legal, es muy posible que termine la intervención del Consejo de Defensa del Estado en la defensa fiscal en los recursos de apelación y de casación en materia tributaria, pues de seguro el ente fiscalizador, ejerciendo sus facultades de parte, interpondrá y tramitará éstos a través de sus propios abogados.

Como la norma no es clara, podría darse una muy desgraciada situación para el contribuyente: que ambas instituciones litiguen en su contra. Algunos sostienen que ello podría violar el debido proceso.

Ahora bien, el hecho que el Servicio sea considerado como parte, termina con la discusión que se manifiesta en la siguiente pregunta: ¿cuál es la naturaleza jurídica de este procedimiento? Durante años se estimó que se estaba en presencia de una suerte de juicio ordinario, esto es, aquel que regulan los artículos 254 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Mismo que consta de una etapa de discusión, fundamentalmente compuesta por los escritos de deman-

da, contestación, réplica y dúplica; una etapa de prueba, que comienza con la dictación del auto de prueba, y en la cual, como su nombre lo indica, las partes presentan y deducen todas las probanzas que posean, a fin de acreditar lo que ellas sostuvieron en la etapa de discusión; y, finalmente, la etapa de sentencia, en la cual el juez resuelve el asunto.

Posteriormente, la Excma. Corte Suprema **varió su doctrina**, señalando que no existía un juicio, que no había partes, sino que se trata de un proceso de fiscalización que termina con cargos que se le formulan al contribuyente, quien debe desvirtuarlos. Pero, según el Supremo Tribunal, insistimos, no habrían partes, con todas las consecuencias procesales que ello acarrea, por ejemplo: las tachas de los testigos, la impugnación de los documentos, la dictación de medidas precautorias, etc.

Pues bien, en el nuevo procedimiento queda meridianamente claro que existen partes, vale decir, se trata de un procedimiento en que habría un juez, una parte demandante (el Fisco representado por el Servicio de Impuestos Internos) y otra parte, la demandada, esto es, el contribuyente.

Otra arista del atribuir al Servicio de Impuestos Internos la calidad de parte es la siguiente:<sup>3</sup>

“En primera instancia la no exigencia de patrocinio de abogado viene del antiguo Código Tributario establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 190, de 5 de abril de 1960, y se mantuvo así en el actual texto del Código Tributario, contenido en el Decreto Ley N° 830, publicado en el Diario Oficial con fecha 31 de diciembre de 1974.

“Podía explicarse ello por cuanto en la actual estructura del Procedimiento General de Reclamaciones y en los restantes procedimientos del Código Tributario **el Servicio de Impuestos Internos no era considerado como parte del proceso** (Aun cuando en el hecho –sin que existiera ley expresa que lo permitiera– en ocasiones el Servicio de Impuestos Internos se hacía parte en la primera instancia de este tipo de procesos.).

“Tal situación varía sustancialmente en el proyecto de ley que se analiza, puesto que en el mismo se establece (Artículo 129 del Código Tributario que se propone) que **el Servicio de Impuestos Internos será considerado como PARTE en la primera instancia** de los procesos seguidos conforme a este Libro, por lo que quedará facultado para ejercer los derechos de tal, como por ejemplo podrá impetrar medidas precautorias, específicamente la medida cautelar de

<sup>3</sup> En este tema, me permito reproducir algunas ideas del distinguido tributarista, amigo y socio, don Rodrigo Ugalde Prieto.

prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes o derechos específicos del contribuyente, o sobre ambos (Artículo 137 del Código Tributario que se propone).

“Tal calidad de parte la ejercerá el Servicio de Impuestos Internos mediante sus abogados, por lo que ante las actuaciones y presentaciones que realicen tales profesionales el contribuyente que se defiende **solo**, esto es, sin patrocinio de abogado, se enfrentará a **profesionales** con amplios conocimientos tributarios y apoyados por un organismo con enormes medios de todo tipo. En tal evento sus posibilidades de éxito en dicha desigual contienda serán muy menores.

“Dicha enorme **desigualdad** disminuye si el contribuyente se defiende asesorado por profesionales del Derecho.

“Un ejemplo claro de la necesidad de establecer la exigencia de patrocinio de abogado es el caso –bastante común– de que el reclamo sea rechazado en la sentencia que pronuncie el juez tributario.

“Tal posibilidad aumenta cuando no se ha hecho una defensa profesional, como lo demuestra la experiencia actual.

“En tal evento, el contribuyente que no esté de acuerdo con la sentencia que rechace el reclamo deberá apelar del fallo que rechaza el reclamo.

“El recurso de apelación que exige –dada su complejidad– de asesoría letrada, atendido lo dispuesto en el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil, el que exige que el recurso de apelación sea **fundado** (en los hechos y en el derecho) y que cuente con **peticiones concretas** (que son las que fijan la competencia del tribunal de alzada).

“Tales exigencias **NO las puede cumplir una persona que no es abogado** y de ahí que son numerosos los juicios tributarios que los contribuyentes pierden por no haber sabido redactar un recurso de apelación que cumpla con tales exigencias. O sea, pierden su reclamo –con todo lo que ello significa– por un problema formal que no existiría de haber contado con asesoría letrada. Más aún, si luego de apelar el contribuyente contrata a un abogado para que se haga cargo del asunto en segunda instancia, ello no soluciona el problema de un recurso mal planteado, ya que ningún abogado puede hacer una defensa adecuada cuando el recurso de apelación ya está incorrectamente redactado.

“La necesidad de que el contribuyente cuente desde el comienzo del reclamo con asesoría letrada queda de manifiesto si consideramos que en segunda instancia, esto es, ante la Corte de Apelaciones respectiva, necesariamente debe

comparecer un abogado. Ello reafirma la necesidad de establecer la exigencia de que se cuente con patrocinio de abogado, ya que son muy distintas las probabilidades de éxito de una defensa cuando el abogado toma el juicio en segunda instancia (con el reclamo y la apelación mal planteados) que cuando lo ha tomado en primera instancia e intervenido en todas las etapas del juicio.

“De otro lado, la experiencia enseña que las causas tributarias en que los contribuyentes cuentan con tal patrocinio tienen mayor éxito que aquellas que no cuentan con dicho patrocinio, ya que la complejidad de este tipo de reclamaciones requiere de la asesoría de profesionales en la materia y ello resulta cada vez más evidente por los constantes cambios en la legislación tributaria, la celebración de tratados internacionales y la frondosa normativa administrativa emanada del Servicio de Impuestos Internos.

“A lo anterior se agrega el tema de la **prueba**, puesto que los contribuyentes que se defienden solos **difícilmente conocen la importancia de la prueba**, la que recae siempre en el contribuyente. Ellos tienden a pensar que es el Servicio de Impuestos Internos el que debe probar los cargos que le hace al contribuyente, lo que no es así, de acuerdo al artículo 21 del Código Tributario y la reiterada jurisprudencia de la Excmá. Corte Suprema.

“Sin prueba adecuada no existe –salvo casos excepcionales– ninguna posibilidad que el reclamo sea acogido y, por lo tanto, ello hace aun más necesario el patrocinio de abogado, que sabe la importancia de rendir prueba.

“Algunos ejemplos sobre este punto dejan aun más en evidencia la necesidad del patrocinio de abogado en este tipo de causas.

“Así, tratándose de la **prueba de testigos**, que es uno de los medios que se puede utilizar en este tipo de juicios, el contribuyente que se defiende solo no sabe cómo rendirla, desconoce cómo presentar la lista de testigos, cómo participar en la audiencia de prueba, cómo defenderse de las tachas que el Servicio de Impuestos Internos les plantee a los testigos, etc.

“Lo mismo sucede con la **prueba pericial**, muy importante en este tipo de juicios. El contribuyente que se defiende solo no sabe cómo pedir que sea designado un perito contable o de otra índole.

“Tampoco sabe cómo pedir que sea decretada una **inspección personal del tribunal**, lo que puede ser decisivo para el resultado del juicio.

“Ello no ocurre cuando la defensa –desde un principio– está planteada por un abogado, el que sabe que la **prueba** es de cargo del contribuyente y, por

lo tanto, se preocupa de **rendirla** y de asesorar al contribuyente en todas las etapas del proceso de reclamo, lo que **reduce el riesgo de pérdida de la reclamación** y mitiga la **indudable desigualdad** que existe en este tipo de juicios, en que un contribuyente individual se enfrenta a un organismo con todo tipo de medios.

“Para qué hablar de la comparecencia ante la Corte Suprema, a la que solamente se puede llegar por la vía del recurso de casación deducido en contra de la sentencia de segunda instancia. Tal medio de impugnación requiere de asesoría letrada y tal asesoría tendrá mayores posibilidades de plantear un recurso de casación adecuado cuando ha tomado la defensa del contribuyente desde el inicio del juicio.

“Por ello para garantizar el derecho constitucional a la defensa jurídica se propone que en las reclamaciones en que los impuestos reclamados excedan de 200 unidades tributarias mensuales sea necesario contar con patrocinio de abogado desde la primera presentación, cumpliéndose así con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 18.120 sobre comparecencia en juicio.

“Para solucionar las críticas que esta medida pueda recibir por parte de otros profesionales que intervienen durante la primera instancia de este tipo de procesos, por ejemplo contadores y auditores, se podría establecer una norma que permitiera a los reclamantes conceder poder a este tipo de profesionales”.

12) El proyecto reemplaza el art. 132 del Código Tributario, ordenando al juez tributario que conceda **traslado** del reclamo al Servicio por el plazo de 10 días. Ahora bien, la norma dispone que la contestación del Servicio no podrá referirse a materias que no hubieren sido objeto de la reconsideración administrativa o de la liquidación o giro reclamados.

13) En cuanto a la etapa probatoria, el proyecto establece las siguientes normas:

a) En contra del auto de prueba sólo procede la interposición del recurso de reposición. Al respecto, nos parece realmente increíble, por decir lo menos, que se despilfarre una oportunidad como ésta para solucionar uno de los grandes problemas que registra el procedimiento general de reclamo tributario, consistente en el hecho de que, en contra de esta resolución, sólo proceda el recurso de reposición y no también el recurso de apelación; así como también resulta criticable que no se pueda apelar de la negativa a modificar los puntos de prueba fijados por el juez tributario. Estas capitales decisiones que se dictan dentro del procedimiento quedan absolutamente entregadas a la determinación del juez tributario, pudiendo dejar en la indefensión al contribuyente, lo que se

ve acrecentado, por la improcedencia de la interposición del recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de primera instancia. Por lo tanto, estos problemas sólo podrían ser resueltos por la ltma. Corte de Apelaciones que corresponda, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 140 del Código Tributario, norma que señala: "En contra de la sentencia de primera instancia no procederá el recurso de casación en la forma ni su anulación de oficio. Los vicios en que se hubiere incurrido deberán ser corregidos por el Tribunal de Apelaciones que corresponda". Ahora bien, la verdad es que estos tribunales raramente aplican este artículo.

Queremos insistir en esto, toda vez que nos parece de la mayor importancia. Expliquemos ambas situaciones: pensemos en una típica liquidación en que se rechaza el crédito fiscal IVA, porque las facturas que dan cuenta de éste fueron emitidas por proveedores inexistentes o porque se encuentran fuera del rango de timbraje autorizado para el contribuyente. Supongamos que éste se defiende señalando que las operaciones fueron reales y que cumplió la exigencia establecida por el artículo 23 N° 5 del D.L. N° 824, sobre IVA, en cuanto a que pagó con el cheque nominativo que éste exige, verificando además el cumplimiento de los otros requisitos que establece la citada norma legal. Si el juez tributario no le recibe la causa a prueba, sencillamente el contribuyente no podrá probar su defensa (expresada en la reclamación) y, por lo mismo, perderá el juicio. Ahora bien, podría darse la siguiente situación: si bien se dicta el auto de prueba, éste no establece todos los puntos que a juicio del contribuyente son necesarios para acreditar sus dichos y defensas, en tal caso, correrá la misma suerte, esto es, por un motivo procesal, perderá su reclamación.

Es por ello que estimamos que debe otorgarse la posibilidad de **interponer recurso de apelación**, en subsidio del recurso de reposición, si éste no es acogido por el juez tributario.

La posición contraria, esto es, mantener la resolución que recibe la causa a prueba sin posibilidad de apelar de ella, se fundamenta en que las partes han hecho mal uso de ésta, llenando a las Cortes de recursos que carecen de mayor fundamento. Pero lo anterior creemos no es suficiente, **no posee el peso específico**, para justificar la inexistencia del necesario recurso de apelación.

b) El proyecto aprobado señala que el término probatorio es de 15 días, lo que nos parece correcto, en el sentido que el antiguo Código no lo expresa. En cuanto al plazo mismo, lo estimamos como prudente, toda vez que, si bien es cierto no son los 20 días que el Código de Procedimiento Civil otorga a las partes en el juicio ordinario, pero tampoco es un término tan exiguo como los ocho días que determina el citado Código para el procedimiento incidental.

c) En cuanto a la prueba de testigos, el proyecto señala que dentro de los dos primeros días del probatorio, cada parte deberá acompañar una nómina de los testigos de que piensa valerse, con expresión del nombre, apellido, domicilio y profesión u oficio. Se autorizan hasta dos testigos por punto de prueba, a menos que el juez autorice hasta dos más por razones fundadas.

d) El art. 132 dispone que se puede solicitar la exhibición de los instrumentos que existan en poder de la otra parte o de un tercero, de acuerdo a lo establecido en el art. 349 del Código de Procedimiento Civil, norma que se remite a los artículos 274 y 277 del mismo Código. Estas disposiciones señalan que si decretada la diligencia, la parte no exhibe el instrumento, podrán aplicársele multas, perdiendo además el derecho de hacerlos valer después, salvo que la otra parte los haga también valer en apoyo de su defensa.

e) La misma disposición regula la petición de oficios a personas, entidades públicas o privadas, señalando que si el juez accede a éste, deberá disponer su inmediato despacho en un plazo no mayor a 15 días.

f) En cuanto a la prueba de peritos, se dispone que a ellos se les aplican los mismos plazos antes señalados para los oficios, contados desde su aceptación del cargo.

g) En la apreciación de la prueba, se pasa de un sistema de prueba legal o tasada, en que se limita la apreciación que el juez puede darles a las pruebas que se rinden, por un sistema de **apreciación de la prueba a través de las reglas de la sana crítica**. En éste el Juez tiene una mayor libertad en la apreciación de éstas, pero debe expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime. En esta misma dirección, se exige que el fallo del tribunal tributario deba ser fundado.

14) El tribunal podrá en cualquier estado de la causa requerir informe de los funcionarios del Servicio que participaron en los procesos de fiscalización que motivaron los actos reclamados. De éste se otorga un plazo de cinco días al contribuyente para hacer sus observaciones (actualmente el plazo es de diez días). Tampoco se le establece un plazo dentro del cual el fiscalizador debe informar.

15) Se le permite al Servicio de Impuestos Internos solicitar la medida cautelar de prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes o derechos específicos del contribuyente. Esta petición se tramita como incidente, y respecto de las resoluciones que se dicten sólo procede el recurso de reposición. Al respecto, estimamos que debiera poder ser objeto de apelación.



En esta materia, también parece pertinente traer a colación algunas ideas de Rodrigo Ugalde Prieto. Al efecto estima que:

“La norma que se propone no establece requisitos o exigencias que deba cumplir la petición del Servicio de Impuestos Internos, lo que puede dar a entender que lo podrá pedir siempre y, por vía consecuencial, que el tribunal también las podría decretar si necesidad de analizar si ellas son necesarias.

“A este efecto es importante tener presente que en el Derecho Común –desde el cual se toma esta medida cautelar– constituye un requisito general de las medidas precautorias –entre las cuales se encuentra la prohibición de celebrar actos o contratos– el denominado *periculum in mora*, que el profesor don José Quezada Meléndez explica de la siguiente manera:

“ No sólo es el fundamento principal de las precautorias, sino que es requisito importante para obtenerlas. El peligro de daño jurídico por el retardo de la sentencia final se concreta –realmente– por cierta situación o actitud del demandado. Estas son las que, en definitiva, pueden frustrar o menoscabar los derechos del demandante que se reconozcan en la sentencia, como la insolvencia o la mala fe del demandado, expresada esta última en su intención de destruir u ocultar la cosa litigiosa” (José Quezada Meléndez. *Derecho Procesal Chileno. Medidas prejudiciales y precautorias*, Ediar-Conosur Ltda., página 119.).

“Respecto de la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos el inciso 1° del artículo 296 del Código de Procedimiento Civil establece que ella podrá decretarse cuando las facultades del demandado “no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio”.

“Es decir, el requisito de procedencia de esta medida cautelar es que las facultades del demandado –en este caso del reclamante– **no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio.**

“De este modo, si las facultades del reclamante ofrecen suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio –que es el fundamento de este tipo de medidas– no existe razón alguna para que se decrete la prohibición de celebrar actos o contratos.

“Tomada esta institución de las medidas cautelares del **derecho común**, esto es, del Código de Procedimiento Civil, no existe, entonces, razón alguna para que en el caso del Código Tributario no se establezca una exigencia similar para decretar tales medidas. De lo contrario, bastaría una solicitud del Servicio de Impuestos Internos para que se pudiera decretar esta medida precautoria, con todo lo que ello significa para el contribuyente afectado por aquélla.

**No hay que olvidar que una medida de esta naturaleza puede paralizar a una empresa y llevarla a la quiebra y, por lo tanto, aquéllas solamente deberían decretarse cuando existen razones o motivos reales para temer que las facultades del reclamante no ofrecen suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio.**

“Además, en el Derecho Común las medidas precautorias son esencialmente provisionales. Al efecto, el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil señala dicho principio y agrega: “En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes”.

16) Expresamente se obliga a que la sentencia del tribunal tributario sea fundada. La omisión de este requisito debe corregirse de acuerdo a lo dispuesto en el art. 140 del Código Tributario.

17) Se modifica la tramitación del recurso de apelación, toda vez que éste se tramitará en cuenta, a menos que cualquiera de las partes solicite alegatos. De esta forma, se deberá cumplir con el trámite de hacerse parte ante la Corte de Apelaciones, y allí o en un escrito particular (pero dentro del plazo), se deberán solicitar los alegatos.

18) Se modifica el procedimiento contemplado en el art. 165 del Código, en el sentido que a través suyo pasan a tramitarse las denuncias de que dan cuenta los numerales 3º, 15º y 16º, y art. 109 del Código Tributario, que actualmente se tramitan según las normas detalladas en el art. 161 del citado Código.

19) Se mantiene la notificación por el estado diario en el procedimiento del art. 165. Estimamos que si la regla general en el derecho tributario es la notificación por carta certificada, nada justifica la existencia de otro tipo de notificación en este procedimiento.

20) Finalmente, en cuanto a la entrada en vigencia de la ley, se dispone que en las regiones III, IV, VII y IX entrará en vigencia un año después de la publicación de la ley; respecto de las regiones I, II, VI, X, XI y XII, dos años contados desde ésta; y, finalmente, en las regiones V, VIII y Metropolitana, entrará en vigencia tres años desde la fecha de publicación de la ley.



# Actividades de las Facultades



Universidad del Desarrollo  
Santiago - Concepción



# **Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)**

Primer semestre 2006

**Andrea Fraga Yoli**

Coordinadora de Carrera

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Esta sección se encuentra destinada a sintetizar las actividades más relevantes desarrolladas por nuestra Facultad durante el primer semestre del período académico del año 2006.

## **I. Actividades de la Facultad**

### **• Inauguración Año Académico 2006**

El 19 de abril se realizó con gran solemnidad la ceremonia de inauguración del año académico 2006, la cual fue presidida por el Decano de la Facultad profesor Pablo Rodríguez Grez, y contó en esta ocasión con la participación del presidente de la Corte Suprema y profesor de Derecho Procesal de nuestra Facultad, Sr. Enrique Tapia Witting, y del destacado profesor de Historia del Derecho y disciplinas afines Sr. Bernardino Bravo Lira, quien en una magnífica clase magistral desarrolló el tema "El Presidente en la Historia de Chile".

En esta actividad académica participaron los alumnos de las diferentes promociones, el cuerpo de profesores de la Facultad y los egresados del año 2005 junto a sus familiares más cercanos.

### **• Ayudantías 2006**

#### **1) Concurso de Ayudantes 1<sup>er</sup> semestre**

Con el propósito de alcanzar un cuerpo de ayudantes del más alto nivel, hemos seguido realizando, como ya es tradición, un concurso de ayudantes durante los meses de marzo y abril, a fin de designarlos en aquellas asignaturas que requerían un nuevo nombramiento. Los postulantes preseleccionados para cada ramo realizaron una exposición ante una comisión especial conformada

por el director del departamento respectivo, el profesor de la asignatura y la coordinadora de carrera.

Este concurso tiene como motivación principal hacer partícipes de nuestro proyecto educativo a nuestros alumnos y egresados.

## 2) 1ª reunión oficial de ayudantes

Durante el mes de mayo se realizó la primera reunión oficial de ayudantes con las autoridades de la Facultad.

Su objetivo fue principalmente dialogar acerca de las metas que la Facultad plantea para el presente período académico y analizar la manera en que se enfoca actualmente la enseñanza del Derecho.

### • **Innovación metodológica en la enseñanza del Derecho**

Con el propósito de innovar en las metodologías aplicadas tradicionalmente en la enseñanza del Derecho, se realizaron numerosas reuniones tanto con los directores de departamento como también con el cuerpo docente en general a fin de unificar criterios sobre este tema. Estas reuniones se seguirán realizando durante todo el período académico 2006, a fin de brindar a los estudiantes un plan académico con una base sólida de formación en las grandes áreas de nuestra disciplina, pero que asimismo refleje los avances tecnológicos que hemos experimentado durante los últimos tiempos.

## II. Actividades de extensión

- El día 5 de abril, en el Aula Magna de nuestra Universidad, se efectuó dentro del marco de la inauguración del nuevo programa **LL.M. Executive** una conferencia denominada: "Análisis Económico del Derecho", la cual contó con el patrocinio del Colegio de Abogados.

Dicha exposición estuvo a cargo del profesor extranjero experto en Análisis Económico del Derecho Sr. Francesco Parisi, quien expuso magistralmente la materia ya señalada.

El profesor Parisi es un destacado académico y LL.M., J.S.D., M.A., University of California at Berkeley; D.Jur., Università di Roma "La Sapienza"; Ph.D., George Mason University. Asimismo, es Director del Programa de Análisis Económico del Derecho de la Facultad de Derecho de George Mason University, y Profesor de Derecho y Economía de la Universidad de Milán.

- Durante los días 4 y 5 de julio se desarrolló con mucho éxito el seminario “Efectos Civiles, Comerciales y Laborales de la Nueva Ley de Subcontratación en una Economía Globalizada”, con el patrocinio del Colegio de Abogados.

Este interesante encuentro contó entre sus expositores al Decano de nuestra Facultad, Sr. Pablo Rodríguez Grez, al destacado civilista Sr. Ambrosio Rodríguez Quiros, y al destacado profesor de Derecho Laboral y Seguridad Social de nuestra Facultad Sr. Héctor Humeres Noguier.

### **III. Actividades de profesores**

- El profesor Héctor Humeres Noguier participó en la 94ª Asamblea de la OIT, realizada el mes de junio en Ginebra, Suiza, como integrante de la delegación oficial de Chile por el sector empleador y trabajó como representante titular en la Comisión sobre Seguridad en el Trabajo.
- Con el fiel propósito de proporcionar un servicio a la comunidad, el día sábado 28 de mayo los profesores ayudantes Srta. Andrea Fraga Yoli y Sr. Hugo Fábrega Vega expusieron temas laborales y de Seguridad Social en una capacitación dirigida a jóvenes que ingresan al mercado laboral, en la Fundación Kast de Buin.

### **IV. Actividades de admisión**

- **Taller vocacional**

Con fecha 6 de mayo se realizó un interesante taller vocacional enfocado a los alumnos de 3º y 4º medio, el cual se realizó sobre la base de testimonios entregados tanto por los profesores de nuestra Facultad Sres. Pedro Pablo Vergara y Raúl Campusano, como de alumnos de la carrera y egresados.

- **Programa “Abogado por un día”**

Nuestra Facultad ha organizado un innovador programa llamado “Abogado por un día”, el cual tiene como objetivo principal acercar la carrera de Derecho a los alumnos que están egresando de 4º medio, reforzando su vocación por la justicia al tomar contacto directo con la aplicación práctica del Derecho en sus más diversas áreas.

Este programa contempla la visita a los tribunales superiores de justicia, en la cuál tienen la oportunidad de ser recibidos por el actual presidente de la Corte Suprema y profesor de Derecho Procesal de nuestra Facultad Sr. Enrique Tapia

y presenciar un alegato, visita al Centro de justicia, a los tribunales civiles y a un destacado estudio jurídico, entre otros sitios de interés.

## **V. Actividades de alumnos**

- Asumiendo la necesidad de efectuar una reforma metodológica en la enseñanza del Derecho, la facultad ha diseñado distintas **actividades prácticas en cada uno de los niveles de la Carrera**, con el objeto de presentarle en terreno al alumno los principales problemas jurídicos que deberán resolver en el ejercicio de la profesión.

Así se pretende relacionar al alumno de primer año con los órganos públicos creadores de las fuentes del Derecho, destacar al segundo año las garantías y derechos inherentes a la persona y su forma de protección, mostrar en tercer año el efecto y eficacia del Derecho como principal medio de solución de conflictos, en cuarto año establecer un acercamiento del alumno con los órganos contingentes del devenir profesional, y por último en quinto año entregar al futuro egresado juicios de valor que le permitan discernir entre los distintos factores que plantea el manejo de intereses ajenos.

- Con dicho propósito se efectuó el día jueves 27 de mayo una visita de los alumnos de primer año al Congreso Nacional, visita realizada bajo la supervisión de la oficina del Senador Hernán Larraín.

- Dentro del marco del plan de estudio de la asignatura de Clínicas Jurídicas se realizó con fecha 8 y 11 de mayo una visita guiada al 2° Juzgado Civil de Santiago, oportunidad en que los alumnos fueron recibidos por la jueza titular Sra. Inelie Edda Durán Madina.

- Con fecha 20 de junio realizamos con los cursos de 3° a 5° año de la carrera, una visita al Lacrim (laboratorio de criminalística de Policía de Investigaciones), la cual fue orientada a complementar el contenido de los cursos de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

- **Cátedras abiertas**

Nuestra Facultad, motivada por promover la participación de los alumnos en actividades internas, ha organizado un programa especial destinado al debate sobre temas de actualidad denominado "Cátedras abiertas".

En estos encuentros se abordaron durante el 1<sup>er</sup> semestre tópicos de gran interés actual, tales como la crisis en la educación chilena, la eutanasia, entre otros.



Siguiendo la misma temática, a fines del mes de junio se organizó una charla abierta a todas las Facultades de la Universidad sobre la Nueva Ley Antitabaco, cuyo objetivo fue informar los efectos que la nueva normativa tendrá en la sociedad.

- **Tutorías**

Nuestra Facultad está empeñada en brindar una atención personalizada a sus alumnos. Muestra de ello es la labor que desempeñan los tutores, quienes se preocupan no sólo del rendimiento académico de los estudiantes, sino que pretenden ser una ayuda y apoyo de ellos en el ámbito personal.

- **Taller de Derecho Romano**

En la cátedra de Derecho Romano (primer año de la carrera), dirigida por la profesora Sra. Angela Cattán, como ya es tradición, se realizó durante el primer semestre un taller de teatro, al término del cual se realizarán a fin de año una serie de presentaciones en el Aula Magna de la Universidad.

- **Actividades sociales**

Para la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo es fundamental otorgar una formación integral, mediante la entrega de sólidos valores que los estudiantes vuelcan hacia la comunidad, lo que no es otra cosa que la materialización de su proyecto educacional.

Es por eso que dentro de sus actividades se contemplan acciones de ayuda social, entre las que merecen destacarse el curso de "Clínica Jurídica", asignatura práctica en la cual los estudiantes otorgan asistencia judicial a los habitantes de la comuna de Renca, una de las más pobres de la Región Metropolitana.

## **VI. Postgrado**

- **Magíster en Derecho de la Empresa**

Durante el mes de abril de este año, los alumnos efectuaron correctamente y dentro de plazo las inscripciones de minutas de Memoria relacionadas con este Magíster. En virtud de lo anterior, los alumnos sólo deben concluir los trabajos propuestos y defender satisfactoriamente la tesis respectiva con el objeto de obtener el grado de "Magíster en Derecho de la Empresa" impartido por nuestra Universidad.

- **LL.M. Executive**

Hoy los estudios de pregrado muchas veces no son suficientes para enfrentar el nuevo orden económico, donde entre otros aspectos la rápida creación de nuevos conocimientos y cambios acelerados, demanda del abogado actitud y habilidades para enfrentar y cumplir según las expectativas y necesidades actuales.

El permanente desarrollo y sofisticación que afectan al derecho de la empresa, requiere la existencia de abogados sólidamente preparados y especializados, capaces de entender los negocios en su esencia y de dominar la teoría y práctica de las figuras jurídicas más importantes y vanguardistas del Derecho, de manera de liderar los procesos de génesis, ejecución y eventualmente solución de conflictos de negocios.

Un elemento diferenciador y validado por el mercado es que la formación de un abogado requiere, luego de una sólida formación conceptual en el pregrado, la adquisición de conocimientos y habilidades profesionales avanzados, provenientes tanto de las ciencias del derecho, como también de las finanzas, la economía y otras ciencias de los negocios. En efecto, el **LL.M. Executive** es una respuesta efectiva a la responsabilidad que como Universidad nos corresponde en el desarrollo del Derecho.

Como corolario de lo anterior, este Master –que recién ha iniciado sus clases en el mes de abril en curso– busca entre otras cosas:

1. Que sus egresados sean especialistas jurídicos de primer nivel, con los conocimientos y habilidades profesionales que les permitan desarrollarse con éxito en el área legal, en el mundo empresarial y de los negocios.
2. Fortalecer la formación legal, con el aporte práctico de la economía, la administración y las finanzas.
3. Dotar al abogado de técnicas y habilidades que lo faculten para conducir negociaciones complejas, mejorar sus procesos de comunicación y potenciar sus condiciones de liderazgo.
4. Transmitir los conocimientos más recientes del derecho moderno, tanto nacional como comparado, que permitan el correcto desenvolvimiento profesional en un mundo globalizado.

Finalmente, podemos señalar que nuestro **LL.M. Executive** está siendo dictado por los mejores profesores que una Universidad pueda tener.

# Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)



Primer semestre 2005

**Bruno Caprile Biermann**

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Las líneas que siguen tienen por objeto dar una panorámica de las principales actividades docentes y de extensión desarrolladas por la Facultad durante el primer semestre de este año.

## **I. Clase inaugural del año académico y entrega de diplomas a los alumnos destacados y a los ganadores del Concurso de Ensayos Jurídicos**

El día 27 de abril de 2006, la Directora de la Academia Judicial de Chile, Sra. Karin Exss Krugmann, dictó la Clase Inaugural del año académico 2006, sobre el tema "Derecho y Justicia".

En la oportunidad se entregaron reconocimientos a los alumnos más destacados de cada una de las promociones y a los ganadores del Concurso de Ensayos Jurídicos. En esta oportunidad se distinguió con el premio como el mejor ensayo jurídico a la alumna Srta. Lorena Zenteno A., quien presentó el trabajo titulado "El Maltrato Infantil en Chile: Legislación de Ayer y de Hoy".

## **II. Curso de la Academia Judicial: "La mediación como mecanismo de resolución de conflictos familiares"**

Conscientes de la importancia institucional que reviste para una Casa de Estudios Superiores el cooperar con la formación que brinda la Academia Judicial, la Facultad de Derecho ha tenido una participación constante en la dictación de los cursos que ésta ofrece. Es así como durante el mes de abril los profesores Sres. Ramón García Odgers, Francisco Santibáñez Yáñez, Boris Fiegelist Venturelli y Javier Molina Gómez dictaron el curso "La mediación como mecanismo de resolución de conflictos familiares".

### **III. Curso sobre planificación de empresas familiares**

No cabe duda que las empresas familiares han tenido y conservan hasta nuestros días una importancia económica trascendental y que, además, presentan ciertas peculiaridades que justifican una análisis especializado.

Los profesores Christian Blanche Reyes y Benjamín Bernstein Porcile dictaron un curso destinado a profundizar la planificación tributaria y comercial de estas unidades económicas, iniciativa a la que asistieron abogados, economistas y administradores de este tipo de empresas.

### **IV. Bienvenida a alumnos de primer año**

El 6 de marzo tuvo lugar un acto de bienvenida de la Facultad a los alumnos de primer año, ocasión en la que las autoridades universitarias expusieron acerca de la malla curricular y posteriormente se efectuó un recorrido por las instalaciones universitarias. Los alumnos también pudieron conocer las dependencias de Biblioteca y Registro Académico, donde los encargados de esas reparticiones les realizaron charlas informativas.

### **V. Comida de egresados**

La Comida de Egresados se ha transformado ya en una tradición de la Facultad. Esta iniciativa permite reunir a quienes han finalizado sus estudios el año anterior y, de esta forma, hacer una retrospectiva de su vivencia universitaria en compañía de los profesores. La cena tuvo lugar el 4 de mayo, en el Country Club y asistieron 42 alumnos egresados durante el año 2005.

### **VI. Programas de postgrado de la Facultad**

El 7 de abril de 2006 se dio inicio al décimo año académico de los Programas de Postgrado de la Facultad de Derecho de Concepción.

Para celebrar este acontecimiento, el día 28 de abril se ofreció un Vino de Honor, ocasión en que el Decano de la Facultad de Derecho, Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, se dirigió a los profesores y alumnos de los Programas de Postgrado, dándoles la bienvenida a todos quienes se incorporaron este año y haciendo una breve reseña histórica de estos programas.

La séptima versión del Programa de Magíster en Derecho de la Empresa cuenta con treinta y cinco alumnos matriculados, distribuidos en primer y segundo año.

Se imparten también los siguientes diplomados: "Diplomado en Derecho Civil", "Diplomado en Derecho Penal", "Diplomado en Derecho Tributario", "Diplomado en Nuevos Procedimientos", "Diplomado en Derecho Laboral", "Diplomado en Derecho Comercial", "Diplomado en Derecho Tributario", "Diplomado en Derecho Administrativo".

En atención a los constantes cambios legales en las diversas áreas del Derecho, este año se dictan dieciséis cursos de Perfeccionamiento Jurídico, de carácter bimestral, que permiten a los abogados perfeccionar, profundizar y actualizar sus conocimientos.

No cabe duda de que la flexibilidad de la malla curricular y el hecho de contar con destacados profesores, con gran trayectoria académica e intensa práctica profesional, permiten una enriquecedora y adecuada amalgama del conocimiento teórico y de la práctica profesional. Ello explica la confianza en el programa, que justifica que actualmente lo cursen no sólo abogados de la ciudad de Concepción, sino también letrados provenientes de las ciudades de Linares, Chillán, Temuco, Puerto Montt y Los Ángeles.





**LIBROS**  
**Resúmenes**  
**y Recensiones**



Universidad del Desarrollo  
Santiago - Concepción







## **“Verdad, Valores, Poder, piedras de toque de la sociedad pluralista”**

De **Joseph Ratzinger**

Editorial Rialp, Madrid, 5a edición, 2005, 108 páginas.

COMENTARIO:

**Jaime Williams Benavente**

Profesor Titular de Filosofía del Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Este breve libro está compuesto de tres ensayos redactados por el Cardenal Joseph Ratzinger mientras era Prefecto de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe. El 19 de abril de 2005 fue elegido Papa y adoptó el nombre de Benedicto XVI.

El primero, titulado “La Libertad, La Justicia y el Bien”, aborda el problema de los principios morales en una sociedad democrática. Constituye su discurso de incorporación, como miembro asociado extranjero, a la Academia de Ciencias Morales y Políticas del Instituto de Francia, el 7 de noviembre de 1992. Según la tradición, el nuevo miembro debe ensalzar en su discurso a quien lo ha precedido y cuya vacante ahora ocupa. En esta ocasión, su predecesor era un disidente soviético de mucha alcurnia intelectual: Andrei Sajarov, quien no solo fue un físico notable, sino un corajudo luchador por la libertad y dignidad del hombre. Sajarov destapó ante los ojos del mundo un régimen inhumano y mordaz, lo que concitó la admiración de occidente no solo por su testimonio, sino por el precio que pagó por él, pero que, sin embargo –según el autor–, no fue suficiente para que occidente renunciara a su *flirt* con aquella ideología.

Pues bien, en este primer ensayo aborda tres temas fundamentales: el valor de la conciencia; la libertad individual y los otros valores sociales, y el respeto por un sustrato fundamental de humanidad. Estos tres aspectos los desarrolla Ratzinger a partir del testimonio moral de Sajarov. En efecto, su competencia profesional como físico lo llevó a colaborar en el desarrollo del potencial nuclear de su patria. Uno de los ensayos de estas armas produjo muertes inocentes.

Como los ensayos fueron exitosos desde el punto de vista técnico, el alto oficial militar director de estas pruebas ofreció un cóctel y brindó por el éxito; Sajarov, en cambio, brindó para que aquellas armas no fuesen jamás usadas. El militar –entre molesto y extrañado– le acotó que su papel era solo el de construir las armas, el de usarlas no le competía a él, sino a los militares. Sajarov hablaba en nombre de la conciencia moral. Desde entonces fue mirado con recelo por los soviéticos, pero no pudieron prescindir de él sino a partir de 1968; desde entonces defendería con más ardor el valor de la conciencia en la renovación moral de su patria y de la humanidad entera. ¿Podría decirse que en el hundimiento del sistema comunista Sajarov cumplió su misión? Sí. Pero este estrepitoso fracaso soviético ¿implica de suyo que se ha conjurado la destrucción moral de la humanidad? Robert Spaemann ha advertido un peligro mayor: el del **nihilismo banal**, cuyos resultados pueden ser aun más desastrosos. Entre las cabezas pensantes de esta concepción, Spaemann destaca al filósofo norteamericano Richard Rorty, quien ha formulado la nueva utopía banal: la de una sociedad libre donde no existen ni valores ni criterios absolutos; solo el bienestar será lo único a lo que merezca la pena aspirar. Sajarov anticipó esta “moda liberal izquierdista” aplaudida ingenua y cínicamente por occidente. ¿Cómo puede el mundo libre afrontar su responsabilidad moral? Defendiendo una libertad fundada en los valores humanos comunes a todos los hombres. Es que ella es única e indivisible y no puede ser entendida de manera egoísta, querida sola para cada uno, desvinculada de la trama social. En esto reside el peligro de las democracias modernas. Es que, como dice Ratzinger, “La libertad se puede anular y hartar de sí misma cuando se convierte en una realidad vacía. También hemos visto en nuestro siglo cómo la decisión de la mayoría sirve para derogar la libertad”. La absolutización del principio de las mayorías se transforma, antes o después, en nihilismo. Manifestación nihilista es el nacionalsocialismo, como también el comunismo, tanto fue así que “lo que servía a los fines del movimiento o partido era bueno, por inhumano que fuera”, y Ratzinger agrega que observa con inquietud la xenofobia que ha brotado en Alemania, cuya razón profunda es aquel nihilismo o vaciedad moral. Una vía para rescatar un respeto por el sustrato fundamental de la humanidad es aquella que entrevió Alexis de Tocqueville en su *Democracia en América*, cual es el de las convicciones morales comunes. En aquel caso fueron las convicciones cristianas. Justamente en ello radica la misión pública de las iglesias cristianas en el mundo de hoy, afirma Ratzinger. En uso de su libertad ellas deben participar en la libertad de todos para que las fuerzas morales de la historia continúen vigentes.

El segundo trabajo: “Si quieres la Paz Respeta la Conciencia de Cada Hombre”, lleva por subtítulo “Conciencia y Verdad”. Fue bosquejado por vez primera para la reunión de obispos norteamericanos celebrada en Dallas, en 1991. Se ha constituido –como se verá– en el más medular del libro, y en el fundamento de los otros dos ensayos. Por lo demás, cronológicamente fue el primero.



En este ensayo, Ratzinger aborda el tema de la conciencia errónea, luego recuerda a Sócrates y a Newman, y de paso recoge el testimonio de Tomás Moro, auténticos guías de la conciencia moral, para concluir tratando los dos planos que se han de distinguir en la conciencia y la relación de ésta en la vida de la fe o libertad religiosa.

Un primer punto a esclarecer es el papel de la conciencia en la conducta de la persona. Se afirma, en la teología moral católica, que se debe seguir la voz de la conciencia. Incluso alguien ajeno a la Iglesia Católica, como el filósofo Juan T. Fichte, lo afirma. El problema no está allí, sino en saber si el *dictum* de la conciencia es siempre infalible. Pero afirmar algo así es tanto como vaciar a la conciencia del contenido de la verdad y radicar ésta en la opinión subjetiva de cada cual. "Se convierte así en justificación de la subjetividad", "desaparece el deber de buscar la verdad", "el hombre es redimido a su condición superficial y cuanto menos profundidad tenga tanto mejor para él". Siendo las cosas así, "no existe la menor duda de que Hitler y sus cómplices, que estaban profundamente convencidos de lo que hacían, no podían actuar de otro modo". Afirmaciones como éstas delatan que esta postura es errónea. Como nos recuerda el psicólogo Albert Görres, el sentimiento de culpa es el que rompe aquella falsa tranquilidad de conciencia. Tanto es así que "las bestias y los monstruos, entre otros, no tienen sentimiento de culpa. Tal vez no lo tuvieron tampoco Hitler, Himmler o Stalin. Seguramente carecen de él también los patrones de la mafia... pero todos los hombres necesitan un ceñimiento de culpa". La concepción de Görres está en armonía con aquella parábola del fariseo y el publicano, aquél ignora que también él tiene pecados, su conciencia no se los acusa, en cambio éste se los acusa y por eso pide perdón. Y Ratzinger agrega que "lo que ha aparecido en Europa del Este tras el hundimiento de los sistemas marxistas confirma este diagnóstico. Los espíritus más claros y despiertos de los pueblos liberados hablan de un inmenso abandono moral, producido tras muchos años de degradación espiritual, y de un embotamiento del sentido moral, cuya pérdida y los peligros que entraña pesarán aun más que los daños económicos que produjo". Así, también, lo reconoció el Patriarca de Moscú en 1990.

Ahora bien, para el hombre moderno la conciencia está del lado de la subjetividad, es una defensa de la libertad del individuo frente a la autoridad. En este contexto Ratzinger recuerda al Cardenal Newman, para quien la conciencia es la voz de la verdad del sujeto, y no es mera subjetividad. Poco antes de su conversión al catolicismo, en 1844, Newman afirmaba: "Nadie puede tener una opinión más desfavorable que yo de la situación actual de los católicos", pero a él le importaba más obedecer a la verdad que a su propio sentir. En ello coincide con Tomás Moro: se debe obedecer a la verdad por encima de gustos personales o instancias sociales. Es que "el rasgo esencial del hombre en tanto

que hombre no es preguntar por el poder, sino por el deber, y abrirse a la voz de la verdad y de sus exigencias”.

La conciencia, nos recuerda Ratzinger, tiene dos planos distintos, pero mutuamente referidos. La Escolástica los expresó mediante dos conceptos: el de *Sindéresis* y el de *Conscientia*. La palabra “sindéresis” procede de la doctrina estoica del microcosmos. Su significado exacto sigue siendo confuso. De aquí que nuestro autor prefiera sustituirla por el concepto platónico de anamnesis o recuerdo primordial de lo bueno y de lo verdadero. Santo Tomás sólo denomina “conscientia” al acto cognoscitivo directivo que consta de tres momentos: reconocer (*recognoscere*), dar testimonio (*testificare*) y juzgar (*judicare*). Para Santo Tomás el raciocinio de conciencia saca conclusiones no con la certeza de la razón teórica, sino con la prudencia de la razón práctica, que concluye con lo que se debe dar, hacer o no hacer en el caso concreto.

El tercer trabajo, titulado “El Significado de los Valores Morales y Religiosos en la Sociedad Pluralista”, fue el texto de una conferencia pronunciada por el autor en Bratislava, capital de Eslovaquia, en 1992, tras el fin de la dictadura comunista. Entonces de manera urgente y muy concreta se intentaba conocer cómo construir un nuevo Estado que, sin menoscabar la justicia, garantizara la libertad.

Tras el hundimiento de los sistemas totalitarios ha surgido la convicción de que la democracia, aunque no crea la sociedad ideal, en la práctica es el único sistema de gobierno adecuado: distribuye y controla el poder, es una garantía contra la arbitrariedad y la opresión, y es el mejor aval de la libertad individual y de respeto de los derechos humanos.

Sin embargo, el concepto moderno de democracia parece estar indisolublemente unido con el relativismo, que se presenta como verdadera garantía de la libertad, especialmente de la esencial: la religiosa y la de conciencia. Hoy día se prefiere hablar de *valores* antes que de *verdad* para no entrar en conflicto con la idea de tolerancia y de relativismo democrático. Simplificando las cosas, hay dos posiciones fundamentales enfrentadas entre sí, aunque a veces coincidan parcialmente la una con la otra. De un lado, la posición relativista radical que quiere apartar de la política –por considerarlos perjudiciales para la libertad– los conceptos de “bien” y de “verdad”. El principio de la mayoría ocupa el puesto de la verdad, mientras el de “utilidad de la mayoría” el de bien. La democracia, en suma, es algo formal: un entramado de reglas para el ejercicio del poder y de su alternancia; en buenas cuentas, un mecanismo electoral. El derecho no es más que un instrumento de la política. A esta interpretación se opone la segunda tesis: la verdad y el bien son conceptos previos y legitimantes de la política.

Ambas concepciones se contraponen en el decálogo de Cristo y Pilato cuando éste pregunta "¿y qué es la verdad?". Kelsen opina que Pilato obró como un demócrata al acatar a la rugiente mayoría. No hay más verdad que la afirmada por ella, aunque se condene al inocente, como ocurrió en este caso. Más clarividente es la de Heinrich Schlier: Jesús reconoce el poder judicial del Estado, pero lo limita al recordarle a Pilato que no le viene de sí mismo, "sino de lo alto". El gobernador al dejar de preguntar por la verdad entiende el poder solo como poder y "al legitimarse a sí mismo apoyó el asesinato legal de Jesús". He aquí la fragilidad del relativismo: se apoya en el positivismo legalista.

¿Cómo escapar del dilema? Preguntarse sobre qué es el Estado y para qué es. Es para gobernar, o sea, para establecer un orden que no sea solo un ejercicio del poder, sino de servicio al hombre. Así al Estado no le compete traer la felicidad, ni crear nuevos hombres, y cuando lo intenta traspasa sus límites, se absolutiza. El Estado es un agente fiduciario del orden que permite al hombre realizar su existencia individual y comunitaria.

En este contexto la obediencia al Derecho no es impedimento de la libertad, sino condición suya. En suma, sobre estos temas caben dos posiciones extremas: las de los totalitarismos implementados en la Europa del siglo XX, por un lado, y la de los liberales a "outrance", como Richard Rorty y Hans Kelsen, pasando por posiciones intermedias de inspiración cristiana, como la de Maritain, que sostiene que libertad, verdad, bien, no son conceptos excluyentes de una democracia, sino fundantes de ella, y la de pensadores laicos como Popper y Bobbio, que apelan al ejercicio de la razón como límite al ejercicio del poder.

En suma, este pequeño libro revela la profundidad intelectual de su autor, su amplia versación no solo en materias de fe religiosa, sino en las colindantes con ella, como son las morales, políticas y sociales. Un libro que vale la pena leer, meditar y divulgar.



**ACTUALIDAD JURÍDICA** pretende poner de relieve las temáticas de la actualidad, cumpliendo así una tarea universitaria que debería acentuarse en el futuro, y realzar algunas concepciones jurídicas modernas, particularmente aquella que ve en el hombre de derecho un "creador" encargado de actualizar el mandato normativo y darle el sentido que mejor sirva a la justicia, la paz, el orden, la seguridad y el desarrollo equilibrado de la sociedad.

Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo, tanto de Santiago como de Concepción.



R00296 1

Universidad del Desarrollo  
Santiago - Concepción