

# ACTUALIDAD JURIDICA



Año VIII

N° 16

Julio 2007

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El abogado forense en Chile  
y ante el derecho comparado.  
Deficiencias y soluciones

•

Primera sentencia sobre  
inconstitucionalidad de la ley

•

Abuso de mayoría accionaria  
y protección del interés social

Universidad del  
**Desarrollo**

SANTIAGO - CONCEPCION



# ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

**Año VIII, N° 16 - Julio 2007**

# Índice de Contenidos



- **Presentación** ..... 5

**Tema central.** *El abogado forense en Chile y ante el derecho comparado. Deficiencias y soluciones.*

- **Abogados forenses.** P. Rodríguez G. .... 9
- **Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado.** J. M. Díaz de Valdés J. .... 23
- **El acceso a la profesión de abogado en España.** J. R. de Verda y Beamonte ... 51
- **Los requisitos para obtener el título de abogado: alegato para el establecimiento de un examen único, cualquiera sea la filiación universitaria del candidato.** B. Caprile B. .... 65
- **Reflexiones sobre la constitucionalidad de un eventual restablecimiento del examen de competencia ante la Corte Suprema para la obtención del título de abogado.** S. Mohor A. .... 75
- **Notas sobre la enseñanza del derecho en las Indias.** E. Andrades R. .... 89

## Ensayos y Estudios

- **Responsabilidad penal de los adolescentes.** L. Bates H. .... 107
- **Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección.** E. Alcalde R. .... 115
- **La Contraloría hoy.** I. Aróstica M. .... 127
- **El concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el Derecho Público chileno.** J. Alvear T. .... 143
- **Parques Nacionales: ¿un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable?** I. Aróstica M., R. F. Campusano ..... 171
- **Un estudio del derecho a la propia imagen desde una perspectiva jurisprudencial, veinticinco años después de la promulgación de la Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 de mayo.** J. R. de Verda y Beamonte.... 203
- **Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2 (Primera Parte).** F. Pfeffer U. .... 247
- **De vuelta sobre los límites entre defraudaciones e incumplimientos civiles.** R. Medina J. .... 291
- **Las preferencias. Alcance y limitaciones.** R. Gómez P. .... 299
- **Ley Reservada del Cobre. Visión jurídica y política.** H. Álvarez C. .... 331
- **Capital de riesgo: el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones.** M. F. Juppet E. .... 391
- **El mobbing y su regulación en el derecho laboral chileno.** A. Fraga Y. .... 407

## Análisis Jurisprudencial

- **Los derechos adquiridos de nuevo en entredicho: ¿limitación o expropiación parcial?** I. Aróstica M. .... 423
- **Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal.** J. M. Díaz de Valdés J. .... 435
- **Una nueva atribución de la Dirección del Trabajo: la calificación de las garantías que deben constituir las empresas de servicios transitorios.** J. A. Ugolini T. .... 479

## Actividades de las Facultades

- **Facultad de Derecho, sede Santiago.** T. Siles D. .... 497
- **Facultad de Derecho, sede Concepción.** C. Hurtado E. .... 509

## Libros. Resúmenes y Recensiones

- **"China, el imperio de las mentiras",** de **Guy Sorman.** J. Williams B. .... 515
- **"Competitividad y adaptación laboral: ¿como está Chile?",** de **Héctor Humeres Noguer.** H. Fábrega V. .... 525
- **Índice Revista *Ius Publicum*.** N°s 17 y 18 ..... 528

## Índices Revista *Actualidad Jurídica*

- **Índices Revista *Actualidad Jurídica* N°s 1 al 15.** E. Andrades R. .... 533

## Presentación

El presente número de *Actualidad Jurídica* se aboca preferentemente al análisis del aumento explosivo del número de abogados. Hasta hace pocos años este gremio era reducido y sus integrantes se hallaban bien preparados para enfrentar la aplicación del sistema jurídico entonces vigente. Las cosas, con el tiempo, han cambiado de modo radical. Una serie de numerosas reformas, tanto procesales como sustantivas, ha dado un nuevo carácter al ordenamiento normativo, imponiendo a los abogados el conocimiento y dominio de nuevas disciplinas, habilidades y destrezas, muy diversas de aquellas que tradicionalmente proporciona la enseñanza de derecho hasta este momento. La formación jurídica no ha experimentado las innovaciones que exigen las nacientes manifestaciones jurídicas, razón por la cual los abogados no están a la altura de lo que la sociedad requiere de ellos.

Particularmente trascendente ha sido la reforma procesal penal, que, como bien se ha destacado, importa no sólo una modernización formal, sino una manifestación diferente de la cultura jurídica. De manera paulatina, sin siquiera evidenciarse externamente, la percepción ciudadana del derecho y de su cometido ha ido cambiando, haciéndose más exigente y transformándose, cada día, en un factor de mayor importancia en el quehacer social. A lo anterior debe agregarse que, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, los Tribunales de Justicia han asumido el control de juridicidad de los actos de la Administración –sea a través de los recursos de protección, de amparo económico o de ilegalidad–. De este modo, se abrió camino al conocimiento del “contencioso administrativo” que durante tantos años escapó a la supervisión del Poder Judicial. Como si lo dicho no fuere suficiente, debe sumarse, aun, la circunstancia de que la “justicia constitucional” tiene hoy otra dimensión, independiente de la Corte Suprema (que antes conocía el recurso de inaplicabilidad). El control de constitucionalidad corresponde, ahora, a un tribunal del más alto rango, extendiéndose todavía más su competencia por medio de una nueva acción de de “inconstitucionalidad”, que hace prevalecer erga homnes el “principio de supremacía constitucional”, todo lo cual resulta especialmente sensible en lo relativo a la aplicación de los derechos y garantías consagrados en la Carta Política Fundamental. En suma, el ordenamiento jurídico ha cubierto el campo que le es propio, experimentado notables transformaciones y ha abierto renovados cauces que consolidarán los fundamentos de un verdadero “estado de derecho”.

En este nuevo contexto --justo es reconocerlo-- el abogado no aporta la contribución que es dable exigirle y sin la cual todos los esfuerzos indicados serán vanos o darán frutos muy limitados. Desde luego, la preparación del abogado es muy diferente, dependiendo de la universidad en que se obtenga el grado de licenciado. No obstante la diversificación de la actividad profesional, en nuestro medio, no existe control alguno sobre las habilidades y conocimientos que se requieren para intervenir en las tareas forenses, las cuales tienen rasgos muy peculiares, que no todos los abogados deben poseer. En el derecho comparado queda de manifiesto que las naciones más avanzadas, con sistemas jurídicos sólidamente afianzados, exigen a los "abogados forenses" requisitos y estudios especiales que aseguren su aptitud y competencia "para defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes", como reza el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales. Nuestra cultura jurídica, hasta hace algunos años, estaba fundamentalmente relacionada con la actividad judicial. Pero actualmente la realidad es muy distinta y, por lo mismo, es necesario innovar en esta materia. Así como la "especialización" del abogado se da casi naturalmente en el ejercicio profesional, no se ha puesto suficiente acento en la necesidad de distinguir el área en que se desempeñará quien obtiene el título. En esta dirección apuntan algunas observaciones y proposiciones que se plantean en el presente número de nuestra publicación. Para dimensionar en toda su magnitud lo que se señala, basta con observar el crecimiento del número de abogados, lo cual, en pocos años, muy probablemente, terminará por saturar el mercado. Si a lo anterior se suma la mala preparación que éstos reciben en muchas universidades, no es alarmante visualizar una crisis a corto plazo.

*Actualidad Jurídica* ofrece, además, una serie de artículos, entre otros temas, sobre la primera sentencia de "inconstitucionalidad" en Chile; el abuso de mayoría y la protección del "interés social"; la responsabilidad penal "adolescente"; la Contraloría General de la República hoy; la seguridad jurídica y el deterioro del derecho público chileno; los derechos adquiridos; el derecho a la propia imagen; etcétera. Se trata de temas de gran proyección que, ciertamente, suscitarán en el futuro inmediato nuevos enfoques y discusiones.

Creemos contribuir de esta forma a plantear aquellos problemas que mayor gravitación tienen en el medio jurídico nacional, en la convicción de que con ello realizamos un aporte a su análisis y debate. Este es el único norte que inspira nuestra tarea académica.

El Director



Tema central  
**El abogado forense  
en Chile y ante  
el derecho comparado.  
Deficiencias y soluciones.**

Universidad del  
**Desarrollo**  
FACULTADES DE DERECHO





# Abogados forenses

**Pablo Rodríguez Grez**

Decano Facultad de Derecho  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## I. Un cambio de época

Es un hecho irrefutable que la situación de la profesión de abogado ha variado de modo sustancial en las últimas décadas. Basta para ello recordar que en los años setenta existían sólo cuatro Facultades de Derecho (Universidad de Chile, Universidad Católica de Chile, Universidad Católica de Valparaíso y Universidad de Concepción). La matrícula en estos establecimientos era muy reducida, puesto que menos del 4% de los estudiantes que egresaban de la enseñanza media (entonces llamada secundaria) conseguían ingresar a la educación universitaria. Esto hizo decir a muchos comentaristas que la aristocracia de la sangre había sido sustituida por la aristocracia de la inteligencia. En el día de hoy existen casi 50 Facultades de Derecho y alrededor del 35% de los alumnos de la enseñanza media se incorporan a la universidad, sea ella pública o privada. Curiosamente, una política liberal (basada en la libertad de enseñanza), hizo posible aquella vieja aspiración de ciertos sectores políticos radicalizados, que se expresaba con la consigna “**universidad para todos**”.

Para formarse una idea de la cantidad de abogados que se incorpora al gremio anualmente, debe tenerse en consideración que entre 1997 y 2006 han jurado ante la Corte Suprema 12.409 abogados, de los cuales sólo en el último año indicado lo hicieron 1.612.<sup>1</sup>

Este aumento desmesurado de la cantidad de profesionales, a pesar de que muchos de ellos protesten por no tener un espacio en el cual desempeñarse,

<sup>1</sup> La cifras de abogados que prestaron juramento desde 1997 es la siguiente: en 1997 juraron 815 abogados; en 1998 juraron 971 abogados; en 1999 juraron 1.079 abogados; en 2000 juraron 999 abogados; en 2001 juraron 1.222 abogados; en 2002 juraron 1.331 abogados; en 2003 juraron 1.244 abogados; en 2004 juraron 1.436 abogados; en 2005 juraron 1.700 abogados; y en 2006 juraron 1.612 abogados. Como puede observarse, la cantidad de abogados se ve incrementada significativamente a partir de 1997, lo cual revela que el fenómeno se agudizará en el futuro próximo. A lo anterior hay que agregar la circunstancia de que algunas facultades han establecido planes especiales de estudio, disminuyendo significativamente las exigencias académicas, acortando el tiempo de la carrera y abriendo escuelas vespertinas para atraer nuevos estudiantes.

mejorará significativamente la cultura cívica, la convivencia social y el respeto por las instituciones que imperan en nuestro país. A corto plazo, ello se traducirá en una elevación de la demanda por actividades intelectuales, y nos dará una nueva fisonomía en que predominará la inteligencia y la cultura por sobre el pragmatismo y la vulgaridad. Este es un subproducto que nadie debe menospreciar, a pesar de los inconvenientes específicos y sectoriales que surgirán por el incremento desproporcionado de abogados en el campo profesional.

## II. Problemas relativos a la enseñanza del derecho

Dos problemas fundamentales plantea este crecimiento explosivo en la enseñanza del derecho. Por una parte, la calidad de los estudios jurídicos y, por lo mismo, la idoneidad de los nuevos abogados en lo relativo a su formación y conocimientos. Por la otra, la eventual saturación de este mercado profesional, lo cual se evidenciará en una competencia desenfrenada, cuya consecuencia inmediata será la devaluación y sacrificio de las exigencias éticas.

Es un hecho que nadie podría negar que la formación profesional del abogado se está dando en condiciones muy disímiles en las diversas Facultades de Derecho hoy existentes. La malla curricular, los programas de estudio, las exigencias académicas, la extensión de la carrera, los métodos de enseñanza, la preparación científica del cuerpo docente, etcétera, difieren ostensiblemente de una a otra universidad. A tal extremo se ha llegado en este aspecto, que se ofrece un programa especial para formar abogados con un plan de estudios de dos años y medio, en circunstancias de que nadie ignora que el término de cinco años es aun escaso para dotar a estos profesionales de las habilidades y conocimientos que se requieren para su buen desempeño. No cabe duda, entonces, que, en cierta medida, se está degradando la educación jurídica y que ello redundará en el desprestigio de nuestra profesión y en un deficiente servicio a la comunidad.

No puede dejarse de señalar que el abogado ejerce un **monopolio legal**, que lo habilita para representar judicial y extrajudicialmente a las personas, sea ante los Tribunales de Justicia o ante la Administración. Este privilegio le impone, paralelamente, un deber social ineludible, obligándolo a comportarse lealmente con su cliente, con el tribunal, con los funcionarios públicos y con todos quienes requieran sus servicios. Sólo aquellos que estén dotados de los conocimientos jurídicos necesarios y de una formación ética compatible con esta función, se hallarán en situación de honrar este compromiso fundamental.

Nuestra Carta Fundamental, en el artículo 19 N°3 inciso 2°, garantiza a todas las personas "el derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y

ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida". A su vez el Código Orgánico de Tribunales, en el artículo 520, establece que "Los abogados son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes". El mismo cuerpo legal, en su artículo 527, agrega que "Las defensas orales ante cualquier tribunal de la República sólo podrán hacerse por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión". Esta última norma exceptúa a los postulantes que realizan su práctica profesional en la Corporación de Asistencia Judicial, que pueden, en el desempeño de esta tarea, comparecer ante las Cortes de Apelaciones y Corte Marcial en defensa de las personas patrocinadas por esa entidad. Es más, el artículo 3° de la Ley N° 18.120, sobre comparecencia en juicio, dispone que "El que sin ser abogado ejecutare cualquiera de los actos a que esta ley se refiere, incurrirá en la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio". Lo anterior sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 213 del Código Penal, que sanciona el ejercicio ilegal de las profesiones titulares.

Como puede apreciarse, nuestra legislación al más alto nivel, a partir de la Constitución Política de la República, estatuye este monopolio para asegurar el cumplimiento de la ley y la defensa jurídica de las personas. De aquí la urgencia en fortalecer la importancia de la ética (deontología jurídica) y el control de la conducta profesional de los abogados.

La preocupación por el desempeño profesional llevó al constituyente a modificar la Carta Política Fundamental, para asegurar la sanción de los actos abusivos de cualquier profesional, como se explicará más adelante.

Debemos tener en consideración, de modo preponderante, que existe un solo instrumento legítimo que permite seleccionar y determinar las preferencias de los clientes por un abogado. Ese instrumento es el **mercado** y opera con absoluta frialdad, puesto que sus únicas consideraciones son la eficiencia, la capacidad y la confianza que dispensa un profesional por su seriedad y conocimientos. Sólo por excepción nuestro sistema contempla la gratuidad de servicios jurídicos, como sucede, por ejemplo, con la Defensoría Pública en materia penal o, en el futuro, la Defensoría Laboral. Con todo, sus miembros son calificados atendido su carácter de funcionarios del Estado.

En suma, una deficiente preparación redundará en perjuicio del abogado, que será marginado del mercado y expuesto a toda suerte de responsabilidades, tanto corporativas como patrimoniales, todo ello sin considerar el daño social que se sigue de un comportamiento desprolijo e irresponsable.

### III. Los diversos campos de la actividad profesional del abogado

Ahora bien, las tareas propias del abogado pueden desempeñarse en una multitud de actividades. Así, por ejemplo, es dable al letrado dedicarse a la defensa judicial (abogado forense), a la asesoría legal, a la judicatura, a la función pública, a la investigación jurídica, a la enseñanza del derecho, a la diplomacia, a las tareas legislativas, a la economía, etcétera. Pocas son las actividades que no requieren o son incompatibles con la función del abogado. Esta sola circunstancia ha hecho que en el día de hoy se reconozca la necesidad de la "especialización", particularmente teniendo en cuenta la proliferación de regulaciones de carácter jurídico, las cuales abarcan todos los sectores del quehacer social sin excepción. Por ende, no tiene el abogado, en este momento, un horizonte profesional único, sino muchos, y todos ellos exigen conocimientos, experiencias y habilidades especiales. Basta para constatar este hecho examinar la cantidad de cursos de postgrado, todos los cuales resultan esenciales para fortalecer la formación jurídica y actuar con éxito en el ejercicio profesional.

Pero, entre todas las especialidades, nos parece singularmente trascendente la preparación, expedición y habilidades de que debe estar dotado el abogado forense (que actúa en el foro judicial). Ello porque cada día es más importante el rol que juega la actividad jurisdiccional como consecuencia de que, a partir de 1980, con la aprobación y promulgación de la nueva Constitución Política de la República, nuestra institucionalidad se ha perfeccionado, permitiendo al Poder Judicial conocer del contencioso administrativo y jugar un papel determinante en la protección de los derechos esenciales reconocidos y garantizados en su texto. El abogado forense, por lo mismo, requiere tanto de conocimientos especializados, como del dominio de ciertas habilidades y destrezas, sin las cuales resulta imposible actuar adecuadamente ante la judicatura.

De las disposiciones citadas se desprende que el abogado forense es un "co-laborador" de la administración de justicia y, por lo mismo, debe estar a la altura de esta delicada exigencia.

Desde otra perspectiva, son los Tribunales de Justicia los que establecen en forma obligatoria cómo debe interpretarse una norma jurídica (así se trate de la Constitución, la ley o el reglamento) y, por este medio, los llamados a calificar, en definitiva, la validez y poder vinculante de una regla (una sentencia, una resolución administrativa, un acto o contrato o la regla que se da a sí mismo quien cumple espontáneamente una norma general y abstracta).<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Esta distinción entre un mandato general y abstracto (norma) y un mandato particular y concreto (regla) corresponde a un elemento esencial de la teoría en que se funda lo que hemos llamado "creacionismo jurídico". Las normas se cumplen a través de las reglas. Nadie puede cumplir directamente una norma, porque ella se encuentra referida a una situación general y abstracta que sólo puede acatarse en la medida que su mandato se singulariza. Lo que realmente cumple el imperado en la vida social son las reglas, porque ellas se refieren precisa y concretamente a un sujeto y una conducta específica.

Por consiguiente, la tarea judicial es la más importante en la amplia gama de potestades que componen el ordenamiento jurídico y explican su desarrollo. Cualquiera que sea la actividad del abogado, éste deberá siempre y en todo caso estar atento a lo que dictaminen los tribunales (jurisprudencia), si quiere conocer la extensión, sentido y alcance de un mandato normativo. Así las cosas, el abogado forense es quien mejor preparado debe hallarse para colaborar con la administración de justicia en una función tan sensible y trascendental.

#### **IV. El fantasma de la corrupción**

Es un hecho indiscutible que Chile no sufre la lacra de la corrupción en los Tribunales de Justicia. Es posible que haya existido, en cierta medida, en los antiguos tribunales del crimen, como consecuencia de la intervención, a veces determinante, de los "actuarios", que secundaban al juez y que extendían su influencia ante el trabajo abrumador que pesaba sobre él. Pero en el día hoy, los casos de corrupción, si existen, son insignificantes. No puede dejarse de considerar a este respecto que la naturaleza misma de la función judicial, induce a muchos afectados a sostener irregularidades meramente imaginarias. En efecto, en todo litigio, así sea de carácter civil o penal, una parte triunfa y otra es derrotada. Como ambos litigantes concurren al tribunal absolutamente convencidos de la bondad de sus argumentos y razones, conocida la sentencia, quien tuvo éxito estima este pronunciamiento natural y justo, y quien, a la inversa, es derrotado, atribuye su fracaso a una circunstancia que excede los merecimientos jurídicos de su posición, deslizando o acusando francamente a los jueces de venales y corruptos. La defensa de la judicatura, en este escenario, no es fácil y requeriría de un análisis pormenorizado de todos los fallos judiciales. Contribuye poderosamente a acentuar este fenómeno el hecho de que, en los casos de mayor notoriedad y trascendencia social, se desarrolle un proceso paralelo a través de los medios de comunicación social, en el cual toma partido la opinión pública anticipadamente y sin contar con los antecedentes más elementales del proceso. Si, en definitiva, el veredicto de la justicia no coincide con el veredicto popular, la explicación no es otra que un acto de corrupción o una manifiesta incapacidad de los tribunales. Agréguese a lo señalado el hecho de que toda decisión judicial está fundada en "razones de derecho", cuya comprensión no siempre está al alcance del ciudadano medio. Especialmente tratándose de causas civiles, las sentencias recogen razones y argumentos especializados, que no siempre corresponden a la expresión del "sentido común", sino a un sistema jurídico cuya comprensión requiere estudio y dedicación.

Ahora bien, el aumento exorbitante del número de abogados que concurren a un mercado reducido, acentuará el peligro siempre latente de la corrupción, porque una competencia demasiado reñida, inevitablemente, tiende a relajar los controles éticos, mucho más si quienes intervienen en ella no han sido pre-

parados adecuadamente para enfrentar esta realidad. Me temo, por lo mismo, que el aumento de abogados que se disputan un mercado saturado opere en el sentido de afectar su funcionamiento, a menos que se adopten medidas de extrema severidad para sacar de él a quienes rompan las reglas impuestas por la deontología jurídica. Resulta incuestionable, a este respecto, que la actividad profesional sufrió un fuerte menoscabo cuando los Colegios Profesionales perdieron la tuición ética que ejercían sobre sus afiliados al momento de entrar en vigencia la Constitución de 1980. No es exagerado sostener que los abogados quedaron prácticamente al margen todo control ético, ya que los afectados, atendida la naturaleza de sus reclamaciones, no ocurrían ante los tribunales de justicia para denunciar abusos y faltas a los deberes profesionales más fundamentales. A tal extremo llegó esta falencia de nuestro ordenamiento jurídico, que la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, modificó el artículo 19 N°15 de la Constitución, que asegura a todas las personas el derecho a “asociarse sin permiso previo”, disponiendo, a propósito del ejercicio de las profesiones titulares, que: “Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, la seguridad o la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley”.

La reforma constitucional antes mencionada revela la justa preocupación del constituyente por el cumplimiento de los principios éticos que gobiernan el ejercicio de toda profesión titular. Pero sería ingenuo ignorar que ello debe ir acompañado de una formación académica muy sólida, sin la cual todo esfuerzo represivo será vano. En esta materia, la prevención pasa, necesariamente, por la función formativa de la universidad.

Reiteremos, entonces, que un exceso de abogados traerá consigo una relación de los principios éticos y que ello debe ser enfrentado en dos terrenos paralelos: la prevención, a cargo de la formación universitaria; y la represión, a cargo del colegio profesional o los Tribunales de Justicia. Es de esperar, en este último aspecto, que la ley que organice los tribunales especiales encargados de sancionar las faltas a la ética profesional sea prontamente aprobada y promulgada, y no ocurra con ella lo que ocurrió con los tribunales contenciosos administrativos instituidos en la Constitución de 1925.

## V. La imagen pública del abogado

Los abogados no tienen una mala imagen ante la opinión pública. El año 2002 esta Facultad realizó una encuesta nacional "Sobre la Profesión de Abogado". Es bueno recordar algunas respuestas plenamente vigentes, no obstante el tiempo transcurrido. Sobre "qué efecto le producía al encuestado la intervención de un abogado en sus actividades", el 37% señaló que "confianza"; el 25% manifestó "desconfianza"; el 15% "seguridad" y el 10% "inseguridad". Se consultó sobre si el abogado "contribuye a la paz social o por el contrario no lo hace", el 67% respondió que "sí, ayuda a la paz social", en tanto sólo el 32% respondió lo contrario. Se consultó sobre si, de acuerdo a su opinión personal, los abogados "eran honestos o corruptos", el 51% los estimó honestos y el 48% corruptos. Sobre si "son necesarios los abogados para proteger los derechos", el 79% manifestó que eran necesarios, en tanto el 21% los consideró innecesarios. Se preguntó a los encuestados sobre si "el abogado está mejor preparado para cargos de responsabilidad en el área pública", el 59% respondió afirmativamente, en tanto el 40% respondió negativamente.

Siempre interesados en esta materia, nuestra Facultad realizó, en el año 2006 –cuatro años después– una nueva encuesta, la cual comprendió las regiones V, VIII y Metropolitana, pero, esta vez, limitada sólo al gremio de abogados. Conviene evocar algunas cifras. Desde luego, entre el 92% y el 93% de los abogados consultados estimó que existían en Chile "demasiadas facultades de derecho". Como consecuencia del aumento explosivo de abogados en el mercado, el 36% consideró que "el ejercicio profesional se haría más difícil"; el 29% señaló que "se recurriría a maniobras contrarias a la ética para obtener éxito"; y el 35%, que "los abogados mal preparados terminarían en otras actividades". Sobre el comportamiento ético de los abogados, el 26% manifestó que "los abogados cumplen con los deberes éticos", en tanto el 74% respondió que "algunos profesionales se exceden en el ejercicio de la profesión". En relación a si existen "organismos o instancias necesarias para reclamar la responsabilidad de los abogados por el mal ejercicio de la profesión", el 78% respondió que no existían estos organismo e instancias, y sólo el 22% que sí existían. En relación a "quién debía juzgar a los profesionales que se exceden en su actuar", el 26% contestó que "debían existir tribunales especiales para juzgar a los abogados" y 74% que "ello debía quedar en manos del Colegio de Abogados".

Como puede apreciarse, indudablemente, existe una preocupación latente en la población y en el gremio de los abogados por la situación de esta profesión. La opinión pública no tiene una opinión óptima de los abogados, pero tampoco los menosprecia ni los descalifica desde una perspectiva social. Se los ve muy estrechamente ligados a los intereses que representan (no podría ser de otra manera) y sin un apego demasiado rígido a los principios éticos en que se sustenta esta actividad.

No puede ignorarse que en el futuro gravitarán poderosamente sobre estas opiniones el funcionamiento de la reforma procesal penal (creemos que ello ha mejorado la visión y consideración por la profesión de abogado), la reforma de la justicia de familia (a pesar de los tropiezos que debió encarar en un comienzo), la circunstancia de que se haya innovado en cuestiones tan importantes como el vínculo matrimonial, la discriminación en la calidad de los hijos, las normas sobre filiación, etcétera (todo lo cual, en medida nada despreciable, ha acercado a los abogados a la población).

Lo señalado deja de manifiesto que es necesario, más que nunca, para perfeccionar nuestro sistema jurídico y colocarlo a la altura de las aspiraciones mayoritarias, realizar un esfuerzo importante, encaminado, esta vez, a mejorar la calidad de los abogados y evitar que éstos puedan afectar el buen funcionamiento del sistema legal.

## **VI. El abogado forense. Exigencias y especificidades**

El abogado forense, aquel definido en el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales, ya citado, a quien se confía la defensa de los derechos de las partes litigantes, requiere de una preparación especial y un control más riguroso en el desempeño de sus actividades. Cualquier vacío en su formación redundará, fatalmente, en perjuicio de su cliente o del tribunal que intervenga en la causa en que le toca participar. No puede dejarse de lado que las sentencias se dictan conforme al "mérito general del proceso" (artículo 160 del Código de Procedimiento Civil) y éste se construye sobre la base de lo que aportan los abogados en el desempeño de su tarea defensiva. Por lo tanto, no es igual la responsabilidad que asume un abogado asesor o funcionario, que la responsabilidad que asume un abogado forense. En cierta medida y por lo general, los errores de uno (abogado asesor) no tienen ni la entidad ni la trascendencia que cabe asignarle a los errores del otro (abogado forense).

Esta conclusión nos induce a pensar que deben ser los mismos tribunales quienes supervigilen la formación del abogado forense y quienes constaten si efectivamente concurren en él las calidades esenciales que reclamamos. A lo anterior se une lo dispuesto en el artículo 521 del Código Orgánico de Tribunales, que asigna a la Corte Suprema la facultad de "otorgar" el título de abogado, cuando se reúnen los requisitos y exigencias legales. Nótese que el título habilita para "defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes". Nada impide, entonces, distinguir entre abogados forenses y abogados ajenos al foro (dedicados a la amplísima gama de las actividades antes referidas).



Lo que señalamos se ve confirmado por el estudio del derecho comparado. Los países con más larga y sólida tradición jurídica imponen a quienes se dedican a la actividad forense, numerosos y exigentes requisitos. Cabe preguntarse por qué se consigna esta distinción. Indudablemente porque el abogado forense se integra al funcionamiento de la judicatura y se transforma, como se señaló, en colaborador de la misma.

En otro trabajo, publicado en estas mismas páginas, puede constatar el lector cuán severos y cuidadosos son los sistemas examinados (norteamericano, francés, inglés, español, italiano), cuando se trata de habilitar a un licenciado en derecho para desempeñarse en el foro judicial. Si lo anterior no fue necesario entre nosotros, por la estricta selección que suponía el ingreso a las escasas Facultades de Derecho que entonces existían, hoy resulta del todo indispensable si se quiere proteger a quienes concurren a los tribunales en demanda del reconocimiento de sus derechos. Los tribunales, por ende, tienen el deber de velar por la calidad y competencia de los abogados que litigan ante ellos y adoptar todas las medidas que se estimen pertinentes para lograr este objetivo.

No puede ser considerado de la misma manera el licenciado en derecho (grado académico) que sirve la función de asesoría legal o una determinada función pública u otra tarea de naturaleza semejante, que el abogado que, como "colaborador de la justicia", se integra, en cierta medida, a la función jurisdiccional y la hace posible. Este último, incluso, está sujeto a la potestad disciplinaria del mismo tribunal y debe desempeñarse bajo ciertos parámetros rígidos de los cuales no puede apartarse. Constituye, por lo mismo, un error manifiesto dar a ambas calidades (igualmente respetables) un tratamiento común. El abogado asesor, al igual que el economista, el psicólogo, el sociólogo, el publicista, el diseñador, el médico, etcétera, no está **integrado** a una función específica, que, como la jurisdicción, constituye una de las potestades esenciales del Estado. Por lo mismo, el abogado forense requiere de otras exigencias que no pueden soslayarse y que el funcionamiento actual del sistema jurídico reclama imperativamente. De aquí la necesidad de plantear esta cuestión y, si fuere posible, promover un debate que amplíe la participación ciudadana en materia de tanta trascendencia práctica.

## **VII. Una modificación necesaria**

Aclarado que una cosa es la obtención del grado académico de "**licenciado en derecho**" (lo que supone la conclusión del largo recorrido que impone una cierta malla curricular y los demás requisitos reglamentarios establecidos al efecto), y otra distinta es el título de "**abogado**" (en los términos referidos en el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales), cabe plantearse de qué

modo podría asegurarse la idoneidad de quienes postulen al ejercicio de la abogacía en el área forense.

No se puede, sobre este particular, desatender lo que es nuestra realidad y nuestras tradiciones. De allí que resulte forzoso aceptar que en esa materia debemos ser originales y no acudir, como es ya costumbre, a reproducir legislaciones o experiencias extranjeras que, para muchos, se han convertido en hitos insuperables. No cabe, por ejemplo, constituir institutos o corporaciones que sirvan a los postulantes a “abogados” para complementar su formación, ni mucho menos obligarlos a integrarse a un estudio profesional para la adquisición de conocimientos y experiencias prácticas. Nada de ello se aviene a la realidad que impera entre nosotros.

Hay, al menos, dos ámbitos en que los Tribunales de Justicia pueden alcanzar los fines propuestos.

**El primero consiste en imponer al licenciado la obligación de incorporarse, a lo menos, durante un año, a un tribunal, a una corte o a una fiscalía.** De esta manera, quedaría el postulante a abogado en condiciones de conocer “por dentro” lo que ocurre en el funcionamiento de la judicatura, apreciar el trabajo de los jueces, ministros y fiscales, valorizar su cometido y enterarse de las limitaciones, incomprendiones y obstáculos con que tropieza esta noble tarea ciudadana. Creo que pocas cosas serían más útiles que lo señalado, desde una doble perspectiva: la del postulante y la del tribunal. No es bueno que en la actualidad muchos abogados –la inmensa mayoría– desconozcan el trabajo judicial y, como consecuencia de ello, muy probablemente, lo desvaloricen, minimicen o simplemente lo desdeñen. Esta es una de las más graves insuficiencias del sistema y debe ser considerada con extremo cuidado en el futuro. Lo anterior conlleva un beneficio adicional. Este consiste en el aporte que, aun cuando modesto, puede significar la participación del “licenciado” postulante en el período indicado. Se comenzaría de esta manera a dar cumplimiento al deber social que le asignamos por el hecho de aspirar a ejercer un monopolio sobre una actividad especial. No es infrecuente conocer la opinión de quienes, luego de largos años de ejercicio profesional, han desempeñado el cargo de “abogado integrante”. Todos ellos, casi sin excepción, han manifestado su sorpresa por la forma en que se desenvuelve el trabajo judicial, reconociendo que él reviste mayor acuciosidad y profundidad de lo que usualmente se cree. Con todo, insistamos en que es material y humanamente imposible que los jueces analicen, estudien y consideren cada caso que deben resolver, con la atención, estudio y dedicación que pone el abogado. El uno destina al estudio de “ese caso” unas cuantas horas; el otro, semanas, meses y, sin exagerar, hasta años. Esta sola observación permite formarse una idea de lo que queremos destacar y de la ventaja que lleva el abogado al juez. Probablemente ella sirva para medir

la importancia de transformar el abogado en un “colaborador de la justicia” que aporte al tribunal lealmente su cooperación en todo cuanto dice relación con la doctrina, la jurisprudencia, el derecho comparado, etcétera.

**El segundo consiste en un examen a cargo de una comisión especial, designada al efecto por la Corte Suprema, destinada a interrogar al postulante sobre conocimientos teóricos y prácticos, relacionados con la actividad judicial y las experiencias adquiridas durante el tiempo que se desempeñó en la judicatura.** No se trata, por cierto, de reiterar el llamado “examen de grado”, instituido para obtener el grado académico de licenciado (que lamentablemente no tiene pautas comunes en todas las universidades), sino de constatar si el candidato está en condiciones de desempeñarse como abogado (defensor ante los Tribunales de Justicia de los derechos de las partes litigantes) y está dotado de los conocimientos, habilidades y destrezas que requiere para el buen ejercicio de esta función. Es indudable que los exámenes, en el marco de una facultad universitaria, son y deben seguir siendo esencialmente teóricos. Ellos carecen del sentido práctico que es inherente al ejercicio de una profesión. Dicho de otro modo, la universidad no puede dar al estudiante la experiencia mínima que sólo se consigue alcanzar en la vida práctica, inmerso en la realidad cotidiana. De aquí la importancia que atribuimos a una innovación como la propuesta. Lo anterior no quiere decir que los estudios universitarios deban prescindir o minimizar los aspectos prácticos que inciden en el análisis y estudio de cada institución. Los métodos de enseñanza requieren, más que nunca, habida consideración de las reformas procedimentales introducidas a nuestro sistema judicial, de una metodología activa en que el estudiante descubra cómo y de qué modo debe aplicarse la norma a la relación social regulada. Pero esta simulación no puede suplir o igualarse a la realidad misma, que es la que da la pauta de lo que efectivamente el derecho procura realizar.

Aquellos licenciados en derecho –grado académico– que no deseen integrarse el ejercicio forense de la abogacía, pueden desempeñarse acertadamente en el campo de la asesoría, de la función pública, de la diplomacia, de la investigación, de la enseñanza, etcétera, sin que les sean aplicables estas nuevas exigencias.

¿Qué se ganaría con la reforma propuesta?

Desde luego, seleccionar, no a los mejores, sino a los que con mayor vocación opten por el ejercicio de la abogacía en el ámbito forense. Habilitar a un grupo de licenciados para ejercer con eficiencia la profesión, sin poner en riesgo los derechos cuya defensa se les encomiende. Implicar más estrechamente Tribunales de Justicia y abogados, como consecuencia del conocimiento recíproco de la actividad de unos y de otros. Ampliar los conocimientos teóricos y prácticos de quienes se dediquen a la actividad en el foro. Suplir las insuperables deficiencias

de una formación académica de carácter estrictamente teórico. Despertar la vocación por la actividad judicial o forense de cada postulante, enfrentándolo al campo propio de un quehacer especializado. Pero, por sobre todo, dotar al país de una falange de profesionales idóneos, cabalmente preparados para desempeñar esta delicada función e imbuidos de una concepción ética que fortalecerá sus actuaciones.

## VIII. La especialización

Para nadie es un misterio que la especialización se ha transformado en un imperativo en los estudios de derecho. La regulación jurídica ha crecido exponencialmente en sólo 50 años. Algunas ramas de derecho, particularmente, el derecho constitucional y administrativo, tienen en el día de hoy una importancia que ni remotamente se pudo suponer en el pasado reciente. Han aparecido nuevas disciplinas jurídicas que están sustituyendo el derecho tradicional o dando nuevos enfoques a disciplinas ya conocidas (el derecho informático, ambiental, biotecnológico, eléctrico, societario, de daños, de la empresa, etcétera). Todo ello implica, paralelamente, nuevos desafíos e investigaciones, unido a la necesidad de una sistematización y un trabajo de síntesis que puede resultar, en cierta medida, abrumador. Para salir al encuentro de esta realidad, ha debido desarrollarse la especialización. Ante esta realidad, cabe preguntarse ¿puede seguir siendo la actividad forense un denominador común en la profesión jurídica? Para dar respuesta a esta pregunta, no cabe más que retroceder en el tiempo y reencontrarnos con el abogado de los siglos XIX y XX. ¿Qué sentido tiene, ahora, que un licenciado en derecho que se dedicará a la diplomacia, la asesoría o la función pública, esté dotado de habilidades y destrezas judiciales que no requiere y que no empleará jamás? Es bien obvio que el tiempo que demanda esta “especialización” sea destinado a otros objetivos más afines con la naturaleza de sus tareas y actividad.

No podemos dejar de lado una imagen tradicional que debe superarse. El abogado definido en nuestro Código Orgánico de Tribunales, al cual, al parecer, seguimos adscritos a pesar de todos los cambios experimentados en las últimas décadas, es el **abogado litigante**. Mantenemos la percepción del abogado sólo en relación a los Tribunales de Justicia. Nuestra cultura es esencialmente judicial y la solución de todo conflicto la visualizamos sólo por medio del juicio, el proceso, la confrontación forense. Tendemos, por lo mismo, a judicializar la actividad social sin reparar en que en el día de hoy tan importante o más que ella es la cultura del entendimiento, la transacción, la composición voluntaria de intereses. De aquí que falten en nuestras Facultades de Derecho cursos destinados a promover el acuerdo, buscar las fórmulas de armonización de las pretensiones en conflicto, a fin de evitar la intervención de los tribunales, que

debería constituir la última ratio en materia de desencuentro social y articulación de intereses. Este reenfoque de nuestra profesión exige considerar al abogado forense sólo como una de las tantas vertientes de nuestra profesión y, en razón de ello, exigirle el dominio de las destrezas u habilidades que le son propias.

Como puede constatarse, nuestra proposición tiene por objeto asumir que las cosas en nuestro país han cambiado. Los abogados son por naturaleza “conservadores” en el sentido de arraigarse, muchas veces en forma exagerada, a las instituciones en que se han formado y en que se desempeñan. Pero creemos que ha llegado el momento de reexaminar nuestra realidad y buscar las fórmulas más adecuadas para superar los problemas que se avecinan si persistimos en mantenernos adheridos al pasado.

Lo que Chile necesita en este momento, acorde con la evolución que ha experimentado nuestro sistema jurídico, son “abogados litigantes” especializados en el campo que es propio de su quehacer profesional, y “abogados no litigantes” que actúen con pleno dominio de otras habilidades que les permitan alcanzar las metas específicas en el área a la cual dedicarán su actividad. Unos y otros no requieren de las mismas aptitudes y conocimientos.

Para concluir, justo nos parece reconocer que, en verdad, no estamos formando ni una ni otra categoría de abogados y que ello quedará en evidencia por efecto del crecimiento desmedido de nuestro gremio.



# Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado

**José Manuel Díaz de Valdés Juliá**

Profesor de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA**

Abogado, Licenciado y Magister en Derecho Público

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA**

Master of Laws

**UNIVERSIDAD DE CAMBRIDGE**

**UNIVERSIDAD DE HARVARD**

## I. Introducción

Durante las últimas décadas se ha desarrollado un amplio consenso en Chile en torno a la necesidad de modificar el sistema de formación de los abogados, el que adolecería de una serie de deficiencias y dificultades. Entre ellas destacan la falta de habilidades prácticas de los nuevos abogados; su educación excesivamente teórica y abstracta; la carencia de mecanismos de evaluación objetivos aplicables a los egresados de las diferentes universidades; la falta de especialización; el crecimiento inorgánico de la oferta de estudios legales de pregrado y postgrado; entre otros.

Las aprensiones antes señaladas no son exclusivas a nuestro país. Por el contrario, similares preocupaciones y problemas han dado lugar a profundas y crecientes modificaciones a la forma de preparar abogados en diversos sistemas jurídicos. El análisis de las mismas, así como de la discusión que las precedió, de su aplicación y de sus resultados, presenta una evidente relevancia para la etapa de reflexión en que se encuentra nuestro país.

El presente artículo es una contribución al conocimiento del derecho comparado en esta materia. Específicamente, analiza los requisitos que se deben cumplir en diversos sistemas jurídicos para poder ejercer la abogacía, comprendiendo en ellos los estudios de nivel universitario, los entrenamientos o pasantías profesionales, así como otros requerimientos anteriores e incluso concomitantes al ejercicio profesional.

Dado que el principal interés de este trabajo es presentar en su propio mérito la experiencia comparada, se dedicará la primera parte del mismo a exponer la situación existente en países de reconocida influencia en la tradición jurídica occidental. A continuación, se formularán ciertas observaciones a propósito del análisis comparado de los sistemas expuestos. Finalmente se presentarán, a modo de conclusión, lecciones o sugerencias que el derecho comparado nos puede otorgar en materia de formación de abogados.

## II. Inglaterra<sup>1</sup>

### 1. Síntesis

Existen dos ramas de la abogacía en Inglaterra: los *barristers* y los *solicitors*, cada una de ellas sometida a reglas, requerimientos, autoridades gremiales y regulaciones diversas. La preparación de ambas clases de abogados supone una etapa académica (no necesariamente una licenciatura en derecho) y una etapa profesional (cursos, pasantías y trabajo remunerado supervisado). La inscripción en las asociaciones gremiales respectivas es obligatoria, y estas desarrollan una serie de funciones de autorregulación y disciplina encargadas por la ley, convirtiéndose en instituciones de carácter semipúblico.

### 2. Estudios universitarios y profesionales

El estudio del derecho en Inglaterra presenta una serie de características muy particulares que deben atribuirse a tradiciones de larga data. Tales tradiciones explican que la educación universitaria no sea un requisito *sine qua non* para

<sup>1</sup> Las principales fuentes consultadas fueron las siguientes: "Qualifying from outside England and Wales" en: <http://www.lawsociety.org.uk/becomingasolicitor/outsideengandwales.law> (08/05/2007); "Professional Skills Course" en: <http://www.lawsociety.org.uk/becomingasolicitor/training/skillscourse.law> (08/05/2007); "Becoming a solicitor" en: <http://www.lawsociety.org.uk/becomingasolicitor.law> (08/05/2007); "Career paths in law" en: <http://www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/becomingcareerpaths.pdf> (08/05/2007); "Qualifying with a law degree" en: <http://www.lawsociety.org.uk/becomingasolicitor/waystoqualify/qualifying.law> (08/05/2007); "FAQs" en: <http://www.barstandardsboard.org.uk/qualifyingforthebar/whatisacademicstage/faqs/> (08/05/2007); "What is the Vocational Stage?" en: <http://www.barstandardsboard.org.uk/qualifyingforthebar/aboutthebvc/> (08/05/2007); "How to apply for the BVC" en: <http://www.barstandardsboard.org.uk/qualifyingforthebar/aboutthebvc/howtoapplyforthebvc/> (08/05/2007); "What is Pupillage?" en: <http://www.barstandardsboard.org.uk/qualifyingforthebar/whatispupillage/> (08/05/2007); "Transfer to the Bar" en: <http://www.barstandardsboard.org.uk/qualifyingforthebar/transfertothebar/> (08/05/2007); "About the inner temple" en: [http://www.innertemple.org.uk/IT\\_today.html](http://www.innertemple.org.uk/IT_today.html) (08/05/2007); "FAQs" en: <http://www.innertemple.org.uk/faqs.html> (08/05/2007); "A Joint Statement issued by The Law Society and The General Council of The Bar on the Completion of the Initial or academia Stage of Training By Obtaining an Undergraduate Degree" en: <http://www.barstandardsboard.org.uk/assets/documents/ja.pdf> (08/05/2007); "The consolidated regulations of the inns of court and the general council of the bar" en: <http://www.barstandardsboard.org.uk/assets/documents/Consolidated%20Regulations%202006.doc> (08/05/2007), y "CPE Rules" en: <http://www.barstandardsboard.org.uk/assets/documents/cperules2004.doc> (08/02/2007).



la práctica del derecho, así como la importancia del entrenamiento profesional encargado a instituciones de tipo gremial, y la diferencia que aún persiste entre *barristers* y *solicitors*.

En términos generales, la preparación de los abogados ingleses presenta tres etapas: la preparación académica, la preparación profesional y la práctica profesional supervisada.

La preparación académica es normalmente otorgada por las universidades, quienes en tres años forman licenciados en derecho (*L.L.B.*). Si bien los planes de estudio pueden variar, la ley (*Courts and Legal Services Act 1990*) ha encargado al *Bar Council* y a la *Law Society* (asociaciones gremiales y regulatorias de *barristers* y *solicitors*, respectivamente) establecer los requerimientos mínimos que debe cumplir la preparación académica de quienes quieran ser abogados. Tales requisitos mínimos comprenden las materias denominadas "Fundamento del Conocimiento Jurídico" (*Foundations of Legal Knowledge* o "*FLK*"), cuales son: Derecho Constitucional y Administrativo, Derecho Penal, Responsabilidad Civil, Contratos, Derecho de Propiedad e Inmobiliario, *Equity* (sistema de derecho basado en la equidad y desarrollado por desaparecidos tribunales especiales) y Derecho de la Unión Europea. Adicionalmente, los alumnos deben recibir entrenamiento en investigación jurídica. Cabe también destacar que las asociaciones gremiales mencionadas exigen que la licenciatura en derecho se haya obtenido con un promedio de notas superior al mínimo exigido por la institución académica respectiva.

Después de la licenciatura, se puede proseguir estudios de master en derecho (*LL.M.* o equivalente) normalmente por un año, aunque en ocasiones pueden ser más largos. El doctorado (*Ph.D*) toma tres a cuatro años, y las universidades recomiendan postular a él una vez obtenido el grado de master. Más aún, el primer año de quienes inician estudios doctorales es normalmente un tiempo de preparación metodológica e investigativa que no forma parte del programa de doctorado propiamente tal.

Los estudios de postgrado no son necesarios para practicar la abogacía. Es más, la licenciatura en derecho no es un requisito indispensable para ser abogado. Personas que han recibido una licenciatura distinta pueden optar por estudiar un año adicional y rendir pruebas de conocimiento en todas las materias *FLK*. Este programa alternativo se denomina *Common Professional Examinations*, o más recientemente, *Graduate Diploma in Law* y existen hasta tres oportunidades para aprobarlo exitosamente.

Excepcionalmente podría no requerirse grado académico alguno para optar a las *Common Professional Examinations* (e.g., se demuestra al *Master of the Bench*

que el candidato posee antecedentes profesionales o académicos que así lo ameritan y al menos 25 años).

Finalizada la etapa académica con la licenciatura en derecho, las *Common Professional Examinations* o el *Graduate Diploma in Law*, se abren caminos diferentes para *barristers* y *solicitors*.

Los *barristers* son abogados que actúan ante los tribunales de justicia (especialmente ante los superiores), y suelen considerarse como parte del Poder Judicial. Normalmente no tienen contacto directo con clientes, sino con *solicitors*, quienes los instruyen acerca de las necesidades y estrategias necesarias para defender los intereses del cliente.

Los *solicitors* son abogados que normalmente no actúan ante los tribunales, y que atienden directamente a sus clientes, asesorándolos en las más diversas materias.

La antigua división entre *barristers* y *solicitors* se ha ido difuminando en los últimos años, uniformando hasta cierto punto la profesión legal. Esa parece ser la tendencia no sólo en Inglaterra, sino también en otros países del *Common Law* que observan esa división. Del mismo modo, la tradicional superioridad de *barristers* sobre *solicitors* en prestigio e importancia se ha ido atenuando, de modo que hoy *solicitors* se sienten en un pie de igualdad con sus colegas *barristers*, consideración que no es siempre compartida por estos últimos.

### ***Barristers***

Para quienes desean convertirse en *barristers*, la primera preocupación es ser aceptado por una de las cuatro *Inns of Court*. Estas instituciones fueron las encargadas durante siglos de la formación de los nuevos abogados. En efecto, cabe destacar que hasta el siglo XIX las universidades inglesas no enseñaban *Common Law*, sino que Derecho Romano y Canónico, por lo que las *Inns of Court* eran las encargadas de transmitir el conocimiento práctico necesario para actuar ante los tribunales ingleses.

Hoy en día, las *Inns of Court* son especies de clubes que otorgan diversos tipos de apoyo social y educativo a sus miembros. Similares a los *colleges* de Cambridge y Oxford, agrupan juristas en distintas etapas de la carrera de abogado (estudiantes, practicantes, abogados experimentados, profesores, etc.), y ponen a su disposición una serie de servicios tales como biblioteca, comedores, jardines, salones comunes, entre otros. Más importante aún, las *Inns of Court* participan activamente de la formación profesional de sus miembros. En efecto, los entrenan para alegar y actuar ante los tribunales y los ayudan a postular y

cumplir con éxito las etapas faltantes de su formación. Las *Inns of Court* exigen, por tanto, la participación en un número mínimo de actividades formativas (típicamente lecciones durante las comidas). Finalmente, y una vez cumplidos ciertos requerimientos que veremos a continuación, son las *Inns of Court* las encargadas de integrar nuevos miembros a la barra de abogados.

Una vez aceptado por una de las *Inns of Court*, el aspirante a abogado comienza su preparación profesional con el *Bar Vocational Course* ("BVC"). Este es un entrenamiento de un año (o dos años de dedicación parcial) destinado a inculcar aptitudes, conocimientos, actitudes y competencias necesarios para desenvolverse profesionalmente. En concreto, se enseña a trabajar con casos, se practica investigación y escritura jurídica (e.g., escritos judiciales, opiniones jurídicas), negociación, actuaciones en tribunales y formas de relacionarse con los clientes. El énfasis está puesto en litigación civil y criminal, prueba y ética profesional.

El BVC es proveído por instituciones validadas por el *Bar Standards Board*, organismo dependiente del *Bar Council*, quien además controla el proceso de admisión a todas esas instituciones en forma centralizada. Normalmente se acepta alrededor del sesenta por ciento de los postulantes.

Completado exitosamente el BVC, las *Inns of Court* "llaman al Bar" a los postulantes. Comienza entonces la etapa del "Pupilaje", consistente en doce meses de trabajo pagado supervisado por un abogado de experiencia. Durante los seis primeros meses el pupilo se dedica a asistir al abogado y no puede prestar servicios legales directos ni alegar en tribunales. Esta etapa sólo puede realizarse en Inglaterra, y durante ella el pupilo debe también asistir a las sesiones de entrenamiento y formación de las *Inns of Court*, así como a una serie de seminarios y cursos sobre materias prácticas de la profesión (e.g., recomendaciones de los jueces sobre primeros alegatos, finanzas personales, relación con los *solicitors*). Adicionalmente, en este período, o durante los 3 primeros años de ejercicio profesional, los pupilos/abogados deben aprobar un curso básico de contabilidad y finanzas. Al terminar este primer ciclo de seis meses se otorga un Certificado Provisional de Calificación.

A continuación comienza el segundo período de seis meses del Pupilaje, durante el cual, con permiso del supervisor, se pueden otorgar servicios legales e incluso alegar en tribunales. Existen diversas modalidades de cumplir este requerimiento, por ejemplo, trabajando con un *solicitor*, o para ciertas organizaciones o jueces, o incluso fuera de Inglaterra. Al concluir esta etapa se otorga el Certificado de Calificación.

## *Solicitors*

Antes de comenzar su preparación profesional, los aspirantes a *solicitors* deben ingresar a la *Law Society* en la calidad de estudiantes. A continuación, deben realizar el *Legal Practice Course* (Curso Jurídico Práctico), el que tiene una duración de un año (o dos años de dedicación parcial), y cuyo objeto es desarrollar las aptitudes y competencias prácticas para trabajar como abogado.

El siguiente paso es el *training contract*, el cual consiste en una práctica laboral supervisada de dos años, a cargo de un *solicitor*, cuyo objetivo es la aplicación a la realidad concreta de los conocimientos adquiridos en las etapas previas de la formación de un *solicitor*.

Durante el *training contract*, los aspirantes deben además realizar exitosamente el *Professional Skills Course*, consistente en doce días intensivos pagados por el empleador. En ellos se intenta desarrollar aptitudes y habilidades comunicacionales y financieras, de trato con los clientes, así como inculcar estándares de servicio. El curso es impartido por instituciones aprobadas por la *Law Society*, quien además define los contenidos básicos del mismo.

Una vez cumplido todo lo anterior, el aspirante es "admitido a la Lista", y se convierte en un *solicitor* completamente calificado para actuar como tal. La "Lista" es mantenida por el Presidente de la Corte de Apelaciones.

### 3. Colegiatura

En Inglaterra es imposible ejercer la abogacía sin estar previamente colegiado, colegiatura que es múltiple. En el caso de los *barristers*, aquellos deben pertenecer a una *Inns of Court* y estas a su vez le permiten ingresar al colegio profesional propiamente tal o *Bar*, dirigido por el *Bar Council*. Los *solicitors*, en cambio, deben pertenecer a la *Law Society*.

Cabe destacar que las agrupaciones profesionales antes mencionadas están dotadas de una naturaleza compleja. No sólo se trata de asociaciones gremiales, sino que ejercen un control directo y efectivo en la formación de nuevos abogados, influyendo incluso en la educación universitaria del derecho. Más aún, estas asociaciones ejercen una labor de supervigilancia y control ético permanente, y se han convertido en entidades reguladoras de sus disciplinas por expresa disposición de la ley. *Barristers* y *solicitors* pueden ser suspendidos por ellas del ejercicio de la profesión, e incluso expulsados de las respectivas asociaciones, inhabilitándolos para desempeñarse como abogados.

En definitiva, tanto el *Bar Council* como la *Law Society* son instituciones muy poderosas, dotadas de funciones que van mucho más allá de las propias de una asociación gremial, y que se encuentran en una zona gris entre el mundo público y el privado.

#### 4. Abogados extranjeros

Es necesario distinguir la situación de los abogados nacionales de Estados miembros de la Unión Europea de aquella propia de los abogados nacionales del resto de los países del mundo.

Los primeros tienen diversas alternativas. La primera es ejercer con su título extranjero, el que debe invocarse en uno de los idiomas oficiales del Estado que lo otorgó. Antes de comenzar su ejercicio profesional, sin embargo, deben solicitar su inscripción ante el organismo competente (*Bar Council* e *Inns of Court* o *Law Society*, según se trate de ejercicio como *barrister* o *solicitor*). La solicitud debe acompañar un certificado emitido por la autoridad extranjera correspondiente de que el postulante es un abogado calificado para ejercer la abogacía en su país. Además debe declarar, entre otras cosas, que no ha cometido un crimen o falta profesional, que no está suspendido de la práctica de la abogacía, que no ha quebrado ni es inhábil para contratar. Después de tres años de práctica efectiva y regular, pueden solicitar su incorporación plena al *Bar* o a la *Law Society* en calidad de *barristers* o *solicitors*. Esta solicitud puede presentarse excepcionalmente antes de cumplir los tres años bajo un procedimiento especial.

Una vía adicional para los abogados europeos que decidan establecerse en Inglaterra es solicitar directa e inmediatamente su incorporación al *Bar* o a la *Law Society* en calidad de *barristers* o *solicitors*, lo que puede suponer la aprobación de una prueba sobre conocimientos de derecho inglés, así como la presentación de una serie de antecedentes acerca de su idoneidad profesional y moral.

Las reglas aplicables a los nacionales de otros países varían en gran medida. Algunas distinciones relevantes son las siguientes: si se aspira a practicar como *barrister* o como *solicitor*; si el abogado proviene de un país perteneciente a la tradición del *Common Law*, y si se logra demostrar alguna característica meritoria importante (e.g., destacado especialista en algún tema jurídico, experimentado profesor de derecho). En términos generales, el acceso es difícil para abogados que provienen de sistemas jurídicos distintos al *Common Law*. Cabe considerar que pueden exigirse pruebas de conocimiento, experiencia de al menos dos años en tres áreas distintas del *Common Law*, aprobación de la preparación profesional exigida a los abogados ingleses, realización de práctica supervisada, entre otros.



## 5. Otros requerimientos

Hace algunos años se estableció la obligación de los jóvenes *barristers* de realizar una cantidad de horas al año de cursos de actualización y educación legal en general, aprobados por el *Bar Standards Board*. Dicha obligación fue recientemente ampliada a cuarenta y cinco horas anuales de tales actividades durante los primeros tres años de práctica. Adicionalmente, se impuso un deber similar a los *barristers* antiguos (con más de tres años de ejercicio), si bien limitada a nueve horas anuales de tales actividades.

Los *solicitors*, a su vez, deben completar dieciséis horas al año de "Desarrollo Profesional Continuo". Al menos un cuarto de esas horas debe consistir en cursos aprobados por el órgano respectivo de la *Law Society*.

## III. Francia<sup>2</sup>

### 1. Síntesis

El título de abogado en Francia exige una doble formación: teórica y práctica. La primera es entregada por la universidad en la forma de una licenciatura en derecho y de un año de estudios de magíster. La segunda depende de una asociación entre el Estado y la asociación nacional de abogados. Adicionalmente, los abogados deben prestar un juramento profesional, pertenecer obligatoriamente a un colegio de abogados y someterse a una formación continua.

<sup>2</sup> Las principales fuentes consultadas fueron las siguientes: "El Anteproyecto de Ley de Acceso al ejercicio de la profesión de Abogado y Procurador" en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/200306-1255926410311451.html> (11/05/2007); "L'Espace Européen de l'Enseignement Supérieur et l'organisation Licence-Master-Doctorat (LMD) á Paris 1" en: <http://www.univ-paris1.fr/lmd/comprendreLMD.php> (08/05/2007); "La voie normale" en: [http://www.cnb.avocat.fr/VieProfessionAvocat/VPA\\_deveniravocat.php](http://www.cnb.avocat.fr/VieProfessionAvocat/VPA_deveniravocat.php) (08/05/2007); "Le Barreau de Marseille" en: [http://www.barreau-marseille.avocat.fr/barreau\\_devenir.htm](http://www.barreau-marseille.avocat.fr/barreau_devenir.htm) (08/05/2007); "Comment devenir avocat?" en: [http://www.efb-paris.avocat.fr/pages\\_barnav2/comment\\_devenir\\_avocat.aspx](http://www.efb-paris.avocat.fr/pages_barnav2/comment_devenir_avocat.aspx) (08/05/2007); "Décrets, arrêtés, circulaires textes généraux ministère de la justice" en: <http://www.cnb.avocat.fr/VieProfessionAvocat/PDF/Arrete6decembre2004.pdf> (08/05/2007); [http://www.cnb.avocat.fr/VieProfessionAvocat/VPA\\_vie\\_barreaux\\_CoordonneesCRFPA.php](http://www.cnb.avocat.fr/VieProfessionAvocat/VPA_vie_barreaux_CoordonneesCRFPA.php) (08/05/2007); "Les personnes justifiant d'une experienceprofessionnelle" en: [http://www.cnb.avocat.fr/VieProfessionAvocat/VPA\\_deveniravocat\\_lesprofessionnelsdudroit.php](http://www.cnb.avocat.fr/VieProfessionAvocat/VPA_deveniravocat_lesprofessionnelsdudroit.php) (08/05/2007); "Avocats d'un Etat membre de l'Union Européenne Procédure et conditions pour bénéficier des dispositions de l'article 99 du décret du 27 novembre 1991" en: [http://www.cnb.avocat.fr/VieProfessionAvocat/VPA\\_deveniravocat\\_lesresortissants\\_communautes.php](http://www.cnb.avocat.fr/VieProfessionAvocat/VPA_deveniravocat_lesresortissants_communautes.php) (08/05/2007); <http://www.unice.fr/droit/enseign-Master1.htm> (08/05/2007); "Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 Décret organisant la profession d'avocat" en: <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/AKHCb.htm> (08/05/2007); "Loi 71-1130 1971-12-31loi portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques" en: <http://www.cnb.avocat.fr/VieProfessionAvocat/textes/Loi71-1130.htm> (08/05/2007); "Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991décret organisant la profession d'avocat" en: [http://www.cnb.avocat.fr/VieProfessionAvocat/PDF/Decret\\_91-1197.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/VieProfessionAvocat/PDF/Decret_91-1197.pdf) (08/05/2007).

## 2. Estudios universitarios y profesionales

El régimen de estudios necesarios para ejercer la abogacía en Francia ha sufrido transformaciones radicales durante los últimos años debido al desarrollo de dos procesos distintos y simultáneos. El primero dice relación con la homogenización de la educación superior dentro de la Unión Europea. El segundo se refiere a la regulación del título profesional de abogado y a su clara diferenciación respecto de la licenciatura en derecho.

Los estudiantes franceses, al egresar de la enseñanza secundaria, reciben el título de "*Baccalauréat*", el cual les permite postular e ingresar directamente a las escuelas de derecho de las universidades públicas y privadas. Tradicionalmente, los estudios de derecho duraban cuatro años, al final de los cuales se obtenía el grado académico de *Maîtrise*. Posteriormente, los alumnos cursaban *D.E.S.S.* o *D.E.A.*, programas que duraban uno o dos años y que equivalían al grado de magíster. Posteriormente se podían realizar estudios de doctorado, cuya duración era variable (alrededor de cuatro años).

Sin embargo, la estructura antes descrita ha sido completamente modificada en cumplimiento de los acuerdos europeos para armonización de estudios y títulos de educación superior. Francia ha sido uno de los líderes de este proceso, el que ha resultado en la implementación de la estructura de estudios denominada "LMD": licenciatura (3 años), master (2 años) y doctorado (3 años). En consecuencia, hoy las universidades francesas ofrecen programas de licenciatura en derecho de tres años, o mejor dicho, 6 semestres (los acuerdos europeos también han incluido la adopción de semestres y de un "sistema de créditos europeo", de modo de facilitar la equivalencia de estudios superiores y la movilidad de los estudiantes).

Una anomalía del sistema francés es que el principal requisito para obtener el título profesional de abogado no es la licenciatura en derecho. Tampoco lo es el master. Se trata de una situación intermedia, ya que se requiere un "master 1", vale decir, un año de estudios adicional a la licenciatura. De esta forma, podríamos sostener que se intentó mantener el requisito de la antigua *Maîtrise*, la cual suponía cuatro años de estudios.

A continuación, el aspirante a abogado deberá rendir exitosamente el examen de acceso al respectivo Centro Regional de Formación de la Profesión de Abogado (CRFPA), entidades organizadas por el *Conseil National des Barreaux* (asociación nacional de colegios de abogados), sin perjuicio de las facultades del Ministerio de Justicia y de otros órganos públicos.

El examen de ingreso al CRFPA tiene componentes orales y escritos, teóricos y prácticos, y no puede rendirse más de tres veces. Con el objeto de reforzar la

preparación práctica de los licenciados antes de la rendición de este examen, aquellos se inscriben en un "Instituto de Estudios Judiciales", donde recibirán durante un año una enseñanza de carácter aplicado y práctico que complementará la educación teórica universitaria.

La formación dentro del CRFPA tiene una duración de 18 meses. Adicionalmente a la enseñanza teórica y práctica dentro del mismo CRFPA, los aspirantes a abogados deben consagrar seis meses a trabajar dentro de un estudio de abogados. Los alumnos tienen también la posibilidad de especializarse en ciertas materias, estudiar el segundo año de master, realizar pasantías en lugares distintos a estudios de abogados, etc.

Al término del período de 18 meses, se rinden las pruebas orales y escritas correspondientes para obtener el Certificado de Aptitud de la Profesión de Abogado (CAPA).

### 3. Colegiatura

La colegiatura es obligatoria en Francia para poder ejercer como abogado. Una vez obtenido el CAPA, el aspirante se incorpora a un colegio de abogados en calidad de "practicante" por un plazo de dos años, durante los cuales quedará sujeto a un "*Maître de Stage*" que estará encargado de su formación.

El practicante se encuentra ampliamente facultado para ejercer la abogacía en condiciones similares a los abogados más antiguos. No obstante lo anterior, y a diferencia de estos, los practicantes están sujetos a algunas obligaciones adicionales, tales como defender en juicio a quienes no poseen los medios económicos necesarios y participar en instancias de formación permanente.

Si bien existen diversas agrupaciones gremiales regionales y nacionales, es el *Conseil National des Barreaux* el órgano que representa oficialmente a los abogados frente a los poderes públicos, y a través del cual participan activamente en la formación de nuevos abogados.

En todo caso, la inscripción en cualquier colegio de abogados habilita para ejercer la abogacía en toda Francia.

### 4. Abogados extranjeros

Es necesario distinguir la situación de los abogados nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo de aquella propia de los abogados nacionales del resto de los países del mundo.



En el caso de los primeros, existen diversas alternativas. Una de ellas es ejercer con su título de origen, para lo cual deben inscribirse en una lista especial del colegio profesional que elijan. El título debe invocarse en uno de los idiomas oficiales del Estado que lo otorgó. Después de tres años de práctica efectiva y regular, pueden solicitar su incorporación plena a la profesión de abogado.

La segunda opción consiste en solicitar el reconocimiento de su título en Francia en cumplimiento de los acuerdos de la UE, siempre y cuando se acrediten ciertos mínimos (e.g., al menos tres años de estudios superiores, un componente práctico relevante, en ocasiones incluso la sola práctica continua podría bastar). Los candidatos deben aprobar un examen de conocimientos sobre un máximo de cuatro materias. Estas son determinadas por el *Conseil National des Barreaux* tomando en consideración los antecedentes particulares del candidato y la experiencia que pudiese tener en derecho francés. Este examen se puede rendir hasta tres veces. Si el candidato aprueba, le es permitido inscribirse en el colegio de abogados que desee. Además puede utilizar el título francés de "avocat" después del juramento de rigor.

Los nacionales de otros países que deseen practicar la abogacía en Francia deben cumplir con los siguientes requisitos:

- Poseer un título profesional de abogado.
- Estar inscrito en el colegio de abogados del respectivo país.
- Reciprocidad: el país de origen del candidato debe otorgar facilidades similares a abogados franceses que deseen ejercer en ese país.
- Rendir un examen de conocimientos en diversas materias de derecho francés, oral y escrito. Este examen se puede rendir hasta tres veces. Excepcionalmente se puede dispensar de esta exigencia en razón de los trabajos universitarios o científicos que haya desarrollado previamente el candidato.

Cumplidos los requerimientos anteriores, el candidato puede inscribirse en el colegio de abogados que desee, y puede utilizar el título francés de "avocat" después del juramento de rigor.

## 5. Otros requerimientos

No pueden acceder a la profesión de abogados quienes no cumplan con alguno de los siguientes requisitos:

- ser francés o nacional de un estado miembro de la UE o del Espacio Económico Europeo (con las excepciones vistas).
- No haber sido condenado penal ni administrativamente (destitución, revo-

cación o similares) por actos contrarios al honor, la probidad o las buenas costumbres.

- No haber sido sancionado por aplicación de la ley de quiebras y liquidación judicial de negocios.

Antes de poder ejercer, los abogados deben prestar juramento de “ejercer sus funciones con dignidad, conciencia, independencia, probidad y humanidad”.

Existen ciertos tribunales de especial jerarquía ante los cuales no cualquier abogado puede ejercer. En efecto, y salvo excepciones, sólo pueden actuar frente a la Corte de Casación y frente al Consejo de Estado ciertos abogados nombrados por el Ministerio de Justicia. Estos abogados son verdaderos funcionarios ministeriales, de número limitado y dotados de su propia organización gremial.

Finalmente, cabe destacar que la legislación francesa exige la formación continua de los abogados, cuestión cuya regulación encarga al Consejo de Estado y al *Conseil National des Barreaux*.

## IV. Estados Unidos<sup>3</sup>

### 1. Síntesis

El ejercicio de la profesión de abogado en Estados Unidos requiere una serie de exigencias: estudios universitarios generales; grado académico de postgrado; aprobación de un examen en el estado federado en el cual se pretende ejercer; pago de tasas y prestación de juramentos. En todo caso, existen una serie de reglas específicas sobre la materia que varían de estado en estado.

<sup>3</sup> Las principales fuentes consultadas fueron las siguientes: “Permitted Means of Legal Study (Bar Exam)” en: <http://www.abanet.org/legaled/publications/compguide2005/chart3.pdf> (11/05/2007); “Bar Admission Overview” en: <http://www.abanet.org/legaled/baradmissions/basicoverview.html> (11/05/2007); “Comprehensive Guide to Bar Admission Requirements 2007” en: [http://www.ncbex.org/fileadmin/mediafiles/downloads/Comp\\_Guide/2007CompGuide.pdf](http://www.ncbex.org/fileadmin/mediafiles/downloads/Comp_Guide/2007CompGuide.pdf) (11/05/2007); “The Bar Examination” en: <http://www.nybarexam.org/barexam.htm> (11/05/2007); “Bar Exams/Bar Admissions” en: <http://jurist.law.pitt.edu/barexam.htm> (11/05/2007); “Impact of the Increase in the Passing Score of the New York Bar Examination” en: <http://www.nybarexam.org/ncberep.pdf> (11/05/2007); “The Multistate Bar Examination (MBE)” en: <http://www.ncbex.org/multistate-tests/mbe/> (11/05/2007). Quisiera también agradecer la valiosa colaboración ofrecida por el Service Center de la American Bar Association.

## 2. Estudios universitarios

Una vez egresados de la educación secundaria, los alumnos norteamericanos postulan a Universidades y Colleges con el objeto de iniciar estudios superiores de carácter invariablemente general. Durante 4 años, los alumnos reciben una formación multidisciplinaria al estilo de nuestros recientemente creados "bachilleratos". Al término de ese período, el estudiante se gradúa con un título de "bachiller". No obstante la generalidad de este grado académico, existe la posibilidad de obtener ciertas especializaciones o concentraciones en ciertas áreas del conocimiento (e.g., historia, matemáticas) denominadas *minors*.

El grado de bachiller es bastante cotizado en la sociedad norteamericana, y la mayoría de los bachilleres no prosiguen su perfeccionamiento académico después de la obtención de ese grado.

Quienes desean ejercer como abogados, sin embargo, deben postular a escuelas de derecho y estudiar 3 años adicionales. Los estudios de derecho, por tanto, se consideran de postgrado, y el título que se obtiene al final de este período es de *Juris Doctor (JD)*.

Cabe destacar que algunas escuelas de derecho norteamericanas, incluyendo las más prestigiosas, ofrecen dos programas adicionales al JD. Estos son el *Master in Laws (LL.M.)* y el *Science Juris Doctor (S.J.D. o J.S.D.)*. Dichos programas, sin embargo, están principalmente dirigidos a estudiantes extranjeros, y sólo excepcionalmente puede encontrarse entre sus alumnos a JDs norteamericanos. Consecuentemente, ni el *LL.M.* ni el *S.J.D.* son requisitos para ejercer como abogado en los Estados Unidos.

## 3. El *Bar Exam*

Una vez obtenido el grado de *JD*, es necesario rendir un examen de conocimientos a cargo del *Bar* del estado federado correspondiente. Los *Bar* son instituciones dependientes del poder judicial del respectivo estado, cuya organización y características varían de estado federado en estado federado. Algunos ostentan vinculaciones relevantes con las asociaciones gremiales de abogados del mismo estado.

El aspecto que más varía de estado en estado son los requisitos adicionales al grado de *JD* que son exigidos para poder rendir el *Bar*. Así, por ejemplo, la mayor parte de los estados exige que el *JD* haya sido otorgado por una escuela de derecho acreditada ante la *American Bar Association* (la organización gremial voluntaria de abogados más grande el país). También es muy común la exigencia del pago de una tasa. Algunos estados exigen además un certificado de buena conducta o de calidad moral suficiente para ejercer como abogado.

Cabe destacar que la aprobación del *Bar Exam* sólo permite el ejercicio de la profesión de abogado en el estado en el cual se rindió ese examen. En otras palabras, un abogado que aprobó el *Bar Exam* de California no se encuentra calificado para ejercer en Nueva York o en Florida, y viceversa. Las excepciones al principio anterior son muy limitadas.

El contenido del *Bar Exam* también varía entre los distintos estados. Sin embargo, lo común es que comprenda una sección de legislación propia del estado, otra de ética profesional, y una última llamada *Multistate Bar Examination (MBE)*, una suerte de test estandarizado para todos los estados de la Unión. La modalidad de preguntas es normalmente doble: selección múltiple y ensayos.

#### **4. Abogados extranjeros**

La regla general es que abogados que recibieron su título profesional fuera de Estados Unidos no pueden rendir el *Bar Exam*, y consecuentemente, no pueden practicar como abogados en ese país.

Ciertos estados contemplan excepciones, especialmente en favor de profesionales educados en un país perteneciente a la familia del *Common Law* (e.g., Reino Unido, Australia).

Algunos estados permiten rendir el examen a abogados extranjeros que han recibido un *LL.M.* de una universidad norteamericana, normalmente exigiendo un mínimo de créditos en materias "fundamentales" (e.g., derecho constitucional, propiedad, contratos).

En la práctica, el *Bar Exam* más solicitado por abogados extranjeros es el de Nueva York, estado más bien flexible en cuanto a los requisitos exigidos para rendir ese examen.

#### **5. Otros requerimientos**

Ciertos tribunales exigen otros requisitos adicionales para poder comparecer y alegar ante ellos (e.g., tribunales federales, tribunales de apelación). Normalmente tales requerimientos son simples: el pago de una tasa y la prestación de un juramento.

Diversos estados exigen una educación legal continua. Ello significa que para mantener su status de abogados admitidos por el *Bar* del estado respectivo, los profesionales deben participar en un mínimo anual de cursos aprobados por ese *Bar*. Estos cursos abordan un amplio espectro de materias legales y son oportunamente informados a los abogados del estado.

## V. España<sup>4</sup>

### 1. Síntesis

El ejercicio de la abogacía en España requiere el título académico de licenciado en derecho y la membresía en un colegio de abogados. En las últimas décadas se han aprobado diversas modificaciones normativas con el doble objetivo de uniformar el estudio del derecho y promover la formación práctica de los alumnos. Especial atención merece la reforma del año 2006, la cual estableció como requisito para obtener los nuevos títulos profesionales de abogado y procurador, un año adicional de enseñanza práctica y aplicada, así como un examen final estatal sobre las competencias adquiridas durante ese año.

### 2. Estudios universitarios

Una vez egresados de la educación secundaria, los alumnos españoles pueden postular directamente a la carrera de derecho, impartida por universidades públicas y privadas. Normalmente después de cuatro años de estudios, el alumno recibe el título de licenciado en derecho. Cabe destacar a este respecto que los contenidos mínimos o "troncales" del plan de estudios están fijados por el Ministerio de Educación y Ciencia. Lo anterior no sólo ha sido relevante para lograr cierta uniformidad sustancial entre las diversas facultades de derecho, sino también como una herramienta de gran utilidad en el proceso de homologación de títulos profesionales entre los países de la Unión Europea.

<sup>4</sup> Las principales fuentes consultadas fueron las siguientes: Real Decreto 1424/1990, de 26 de octubre, por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Derecho y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquel, en: [http://www.mec.es/univ/html/normativa/alumnos/titulaciones/titulaciones\\_gobierno/ciencias\\_sociales\\_juridicas/rd1424-90.pdf](http://www.mec.es/univ/html/normativa/alumnos/titulaciones/titulaciones_gobierno/ciencias_sociales_juridicas/rd1424-90.pdf) (11/05/2007); REAL DECRETO 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española en: <http://www2.cgae.es/es/cgae/docftp/egae.pdf> (11/05/2007); "El Anteproyecto de Ley de Acceso al ejercicio de la profesión de Abogado y Procurador" en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/200306-1255926410311451.html> (11/05/2007); Reglamento para la homologación de las Escuelas de Práctica Jurídica y las Prácticas de Iniciación a la Abogacía en: <http://www.cgae.es/portalCGAE/archivos/ficheros/1172490357201.pdf> (11/05/2007); "Plan de Estudios de la Licenciatura en Derecho" en: [http://www.uam.es/servicios/administrativos/ordenacion/planes\\_estudios/Derecho/derecho.pdf](http://www.uam.es/servicios/administrativos/ordenacion/planes_estudios/Derecho/derecho.pdf) (11/05/2007); "Información General" en: [http://www.cgae.es/portalCGAE/printPortal.do?urlPagina=S001012001/es\\_ES.html](http://www.cgae.es/portalCGAE/printPortal.do?urlPagina=S001012001/es_ES.html) (11/05/2007); "La nueva regulación legal del acceso profesional a la Abogacía y Procurador de los Tribunales" en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/200611-9982391521241499411.html> (11/05/2007); "Novedades : LEY 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales" en: <http://www.websjuridicas.com/modules/news/article.php?storyid=444&keywords=ley+34%2F2006> (11/05/2007); "LEY 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales" en: [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2006/18870](http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2006/18870) (11/05/2007); "10 cosas que ha de saber de un abogado" en: <http://www.elabogado.com/xml/static.xml?stylesheet=elprofesional/jurisweb/10cosas.xsl> (11/05/2007).

Si bien no se requieren estudios de postgrado para el ejercicio de la abogacía, las tendencias contemporáneas del mercado español indican que los abogados tienden fuertemente a realizar postgrados. Por lo general, los master en derecho duran un año, y los doctorados en derecho 4 años (el primero de los cuales se dedica a la aprobación de cursos mínimos).

### **Después del 30 de octubre del 2011**

La Ley 34, del 30 de octubre de 2006, introdujo una profunda reforma en la materia en estudio, y su objeto fue asegurar la formación práctica de los abogados mediante la colaboración de universidades y colegios de abogados.

A partir de octubre de 2011, se distinguirán el título académico de licenciado en derecho de los títulos profesionales de abogado y procurador de los tribunales. El grado de licenciado será conferido por las universidades públicas o privadas, luego de 4 años de estudio.

Los títulos profesionales de abogado y procurador se obtendrán luego de realizar un año adicional de "cursos de formación" en universidades públicas o privadas, y en las "Escuelas de Práctica Jurídica". Estas Escuelas serán creadas por los colegios de abogados y deberán celebrar convenios con las universidades para la dictación de los "cursos de formación".

La mitad de los "cursos de formación" deberán corresponder a prácticas profesionales, y deberán estar debidamente acreditados ante los Ministerios de Justicia y Educación y Ciencia.

Al final del período, se realizará una "evaluación de aptitud profesional", la que tendrá por objeto verificar la capacitación profesional del postulante, así como su conocimiento de normas éticas y profesionales. Dicha evaluación será conducida por una comisión designada por los Ministerios de Justicia y Educación y Ciencia. En caso de ser aprobada exitosamente por el postulante, el Ministerio de Educación y Ciencia le conferirá el título profesional.

La obtención de los títulos profesionales de abogado y procurador será requisito indispensable para la inscripción en el respectivo colegio.

### **3. Colegiatura**

Una vez obtenido el grado de licenciado en derecho, es necesario incorporarse a un colegio de abogados para poder ejercer la abogacía, la cual se entiende en forma amplia (dirección y defensa profesional en toda clase de procesos así como asesoramiento y consejo jurídico).

Los colegios de abogados gozan de personalidad jurídica de derecho público, y pueden existir varios aun dentro de una misma provincia. Su competencia es territorial y se agrupan en asociaciones regionales (Consejos de Colegios de Abogados) y en una entidad de carácter nacional (Consejo General de la Abogacía Española).

No obstante lo anterior, basta la incorporación a un colegio de abogados para que el licenciado en derecho se encuentre habilitado para practicar la abogacía en toda España. Cuando un abogado ejerce en el territorio de otro colegio distinto al suyo, debe comunicárselo y queda sujeto al control y reglas de aquel.

Cabe destacar que la colegiatura exige ciertos requisitos adicionales a la licenciatura en derecho, a saber:

- nacionalidad española o de algún Estado de la UE o del Espacio Económico Europeo;
- mayoría de edad;
- no estar incurso en causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición para el ejercicio de la abogacía (e.g., suspensión por orden judicial o del colegio respectivo);
- pago cuota de ingreso;
- ausencia de antecedentes penales inhabilitantes para el ejercicio de la abogacía;
- incorporación al sistema de seguridad social correspondiente.

Cumplidos los requisitos anteriores, el colegio respectivo debe acceder a la incorporación.

#### 4. Abogados extranjeros

Es necesario distinguir la situación de los abogados nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo de aquella propia de los abogados nacionales del resto de los países del mundo.

Los primeros tienen diversas alternativas. La primera es ejercer con su título extranjero, mencionando dicha circunstancia y utilizando el nombre del referido título en el idioma original de su otorgamiento. Así, por ejemplo, un abogado danés debe presentarse y ejercer como *Advokat*, y un abogado islandés como *Lögmaður*. Antes de comenzar su ejercicio profesional, sin embargo, deben inscribirse en el colegio de abogados respectivo. Después de tres años de práctica efectiva y regular, pueden solicitar su incorporación plena al colegio de abogados en cuestión.

La segunda opción consiste en solicitar el reconocimiento o la homologación (efectos más generales) de su título, lo que puede suponer la aprobación de una prueba sobre conocimientos de derecho español y ética profesional. En todo caso, el beneficiado debe colegiarse para poder ejercer la abogacía.

Los nacionales de otros países deben homologar su título extranjero. Además deben solicitar que se les dispense del requisito de nacionalidad para así encontrarse en condiciones de unirse a un colegio de abogados y poder ejercer la abogacía.

## 5. Otros requerimientos

Se debe prestar juramento o promesa de acatar la Constitución y el ordenamiento jurídico y las normas éticas de la profesión ante la Junta de Gobierno del colegio de abogados respectivo.

## VI. Otros países

### 1. Alemania<sup>5</sup>

La formación alemana de abogados es larga y está destinada a moldear profesionales hábiles para trabajar en diversas áreas.

Los estudios universitarios de derecho teóricamente toman tres años y medio, pero en la práctica los alumnos suelen invertir cinco años y más. A continuación se debe rendir un examen estatal de conocimientos a cargo del Ministerio de Justicia del estado federado respectivo. La aprobación del examen confiere el grado de licenciado en derecho.

Terminada la etapa de formación académica, se inicia una formación profesional práctica de al menos año y medio. Durante este tiempo, el aspirante realiza pasantías con jueces, fiscales, funcionarios de la Administración y abogados ejercientes. Se trata de una práctica pagada, conlleva obligaciones de perfeccionamiento, y termina con la rendición de un segundo examen estatal. La aprobación de dicho examen confiere el título de abogado. En todo caso, el ejercicio de la profesión supone la colegiatura gremial obligatoria.

<sup>5</sup> Las principales fuentes utilizadas fueron: Jutta Brunée, "The Reform of Legal Education in Germany: The Never-Ending store and European Integration", en: Mary Ann Glendon et al, "Comparative Law Traditions" (2ª ed., West Group, reimpreso 2001), pp. 134 y ss.; "Regulations of the Lawyer Profession and the duties and Functions of the Lawyer Organisations in Germany" en: <http://www.anwaltverein.de/regulation.rtf> (11/05/2007); "German Bar Association" en: [http://www.anwaltverein.de/01/01/01\\_e.html](http://www.anwaltverein.de/01/01/01_e.html), y "El Anteproyecto de Ley de Acceso al ejercicio de la profesión de Abogado y Procurador" en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/200306-1255926410311451.html> (11/05/2007).





Cabe destacar que la necesidad de uniformar los estudios superiores de los diversos países de la Unión Europea ha introducido, y sigue introduciendo, cambios importantes a las reglas descritas. Del mismo modo, se reconocen diversas alternativas para el ejercicio de la profesión por parte de ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea que hayan recibido su título de abogado fuera de Alemania.

## 2. Italia<sup>6</sup>

Las normas italianas sobre la profesión de abogado requieren estudios universitarios de cinco años, seguidos de dos años de práctica profesional. El aspirante se registra como practicante ante el Colegio de Abogados respectivo, el que supervisa y verifica el cumplimiento de la práctica.

Posteriormente, deben aprobarse exitosamente dos exámenes estatales de gran exigencia (uno escrito y otro oral). A continuación se presta juramento ante un organismo gremial. La colegiatura es obligatoria para el ejercicio de la abogacía.

Al igual que en el caso alemán, las normas italianas sobre el ejercicio de la abogacía han estado sujetas a revisión en razón de los procesos de estandarización y apertura de los mercados laborales europeos.

## 3. Suiza<sup>7</sup>

Las últimas reformas introducidas en Suiza transformaron la educación universitaria del derecho en tres años de bachillerato en derecho seguidos de un año de maestría o master (antes los mismos cuatro años otorgaban el título de licenciado en derecho). Esto se explica en el proceso de "europeización" y de creciente vinculación del país a la Unión Europea, el cual incluye facilidades especiales para la circulación de abogados entre Suiza y la UE.

<sup>6</sup> "Normativa professionale R.D. 22 gennaio 1934, n. 37. Norme integrative e di attuazione del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, sull'ordinamento della professione di avvocato e di procuratore" en: <http://www.professione-avvocato.it/downloads/norme/n3.htm> (11/05/2007); "Normativa professionale R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578. Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore" en: <http://www.professione-avvocato.it/downloads/norme/n1.htm> (11/05/2007); y "El Anteproyecto de Ley de Acceso al ejercicio de la profesión de Abogado y Procurador" en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/200306-1255926410311451.html> (11/05/2007). Agradecemos la colaboración de la abogada italiana Deborah Delli Carri.

<sup>7</sup> "Obligation de Formation" en: [http://www.oar-fsa-fsn.ch/fr/03\\_aus\\_weiterbildung/01\\_ausbildungspflicht.htm](http://www.oar-fsa-fsn.ch/fr/03_aus_weiterbildung/01_ausbildungspflicht.htm) (11/05/2007); Loi fédérale sur la libre circulation des avocats en: <http://www.admin.ch/ch/l/rs/9/935.61.fr.pdf> (11/05/2007), y "El Anteproyecto de Ley de Acceso al ejercicio de la profesión de Abogado y Procurador" en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/200306-1255926410311451.html> (11/05/2007).

El proceso y las etapas posteriores varían de cantón en cantón. En general, es necesario desarrollar prácticas de una duración de entre uno y dos años, después de lo cual se rinde un examen a cargo de la asociación gremial del respectivo cantón y del gobierno local. Se obtiene entonces el "*brevet de avocat*" o título profesional habilitante.

Más allá de la reglamentación positiva, es común que pasen años de ejercicio antes de que el abogado sea reconocido como tal por su medio. Adicionalmente, se exige formación continua de los profesionales.

## **VII. Comentarios generales**

Del análisis de los casos expuestos, es posible afirmar que la formación de un abogado es normalmente concebida como un proceso compuesto de dos etapas. La primera es de naturaleza académico/teórica, mientras que la segunda corresponde a un entrenamiento profesional. A ello deben agregarse ciertos requerimientos adicionales de diversa clase. Utilizaremos esta clasificación tripartita para formular las observaciones que nos merece el análisis de los sistemas comparados antes presentados.

### **1. La formación académica**

La formación académica es siempre la primera en llevarse a cabo, y se trata de estudios fundamentalmente teóricos proveídos por centros de educación superior. En general, tales centros gozaban de amplia libertad para impartir la enseñanza jurídica en los términos que estimaban conveniente. Sin embargo, dicha libertad ha sufrido ciertas restricciones indirectas producto de exigencias impuestas por los organismos encargados de conceder el título profesional. Tales entidades (estatales o gremiales) requieren que los licenciados en derecho hayan cursado ciertas materias para poder convertirse en abogados, cuestión que en la práctica está condicionando los planes de estudio de las universidades.

Una tendencia universal que puede observarse en esta materia es la progresiva reducción de los años de estudio de derecho. Estos han ido disminuyendo de los tradicionales cinco años en los sistemas continentales, hacia la equiparación con los tres años propios de la tradición anglosajona (debemos recordar, sin embargo, que los tres años de educación legal en Estados Unidos presentan una calidad totalmente diferente, toda vez que se trata de estudios de postgrado precedidos por cuatro años de formación universitaria de carácter general).

Del mismo modo, existe un claro movimiento hacia la especialización de los estudios jurídicos, mediante la implementación de mallas curriculares flexibles.

De esta forma, las materias fundamentales se reducen a unas seis o siete, las que son de carácter obligatorio, y que normalmente se concentran en los primeros años de carrera. El resto de los cursos presentan el carácter de optativos y permiten al alumno profundizar en el o las áreas de su interés.

Finalmente, todas las reformas recientes a la enseñanza del derecho implementadas en los países estudiados (particularmente en aquellos pertenecientes al sistema jurídico continental) han intentado modificar, si bien con éxito limitado, las metodologías de enseñanza, fortaleciendo el entrenamiento práctico de los estudiantes. De este modo, la tradicional transmisión de conocimientos a través de la clase magistral ha ido complementándose con la inculcación de las destrezas necesarias para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas a casos concretos. Simultáneamente, existe una tendencia a un formato de educación que reconoce mayor protagonismo al alumno, exigiéndole una participación más activa en su propio proceso de aprendizaje.

## 2. La formación práctica

Si bien es cierto que la educación universitaria ha ido incorporando cada vez con mayor fuerza un componente práctico (clínicas jurídicas, estudio de casos reales, etc.), la mayoría de los países exigen al licenciado en derecho someterse a un demandante, largo y absorbente régimen de entrenamiento práctico antes de recibir el título de abogado.

Algunas de las características de este entrenamiento práctico son las siguientes:

- a) **Se encuentra en manos de organismos estatales y de asociaciones gremiales de abogados.** La universidad y su autonomía en materia de estudios de derecho se ve reemplazada por la acción más o menos directa del Estado, ya sea a través de su Ministerio de Justicia, de su Ministerio de Educación o del Poder Judicial. Adicionalmente, suelen participar en esta etapa con gran fuerza los colegios de abogados.
- b) **Normalmente termina con un examen estatal común para todos los aspirantes del respectivo país.** Esta evaluación tiene por objeto demostrar fehacientemente que se han reunido las condiciones profesionales necesarias para desarrollarse como abogado. Opera entonces como una suerte de "certificación estatal" de competencia que es independiente del prestigio de las universidades de origen y de las instituciones o personas que guiaron el entrenamiento práctico del aspirante.

Algunos de estos exámenes son amplios, e incluyen pruebas orales y escritas,

tanto de conocimientos teóricos como de su aplicación práctica. Otros son sustancialmente más restringidos, y se limitan a evaluar la aplicación práctica de los conocimientos que se suponen al postulante. En todo caso, la regla general es que se trate de exámenes exigentes y difíciles de aprobar, cuestión que va unida a un máximo de ocasiones para rendirlos (normalmente tres).

- c) **Importancia de la ética profesional.** A pesar de tratarse de una etapa de entrenamiento "práctico", se ha puesto gran énfasis en que durante esta etapa el abogado adquiera y aplique las reglas éticas o deontológicas propias de la profesión. La filosofía detrás de este fenómeno, correcta a mi juicio, es que la única forma efectiva de enseñar ética profesional es mediante su vivencia real, de modo de evitar una disociación teórico/práctica que puede redundar en serios perjuicios para los clientes y para la profesión de abogado en general.
- d) **Pasantías.** La mayoría de los países estudiados exigen que todo o parte del entrenamiento profesional se desarrolle bajo el sistema de pasantías o prácticas profesionales. De esta forma, se busca asegurarse que el postulante reciba instrucción real y aplicada de la labor que se esperará de él.

Cabe destacar que existen distintas alternativas en materia de concentración versus diversificación de la pasantía. En ciertos casos (e.g., Alemania), es obligatorio realizar la práctica en distintos ámbitos del ejercicio profesional, asistiendo, por ejemplo, a jueces, fiscales, burócratas y abogados en libre ejercicio. En otros países, basta con ser pasante en un estudio jurídico, ofreciendo muchas veces la alternativa voluntaria de trabajar también en otras variantes de la profesión.

La gran excepción en materia de entrenamiento profesional es Estados Unidos, donde los egresados en derecho sólo deben rendir un examen de conocimientos teóricos (*Bar Exam*) para poder acceder al ejercicio de la abogacía. Si bien esta situación puede deberse a una serie de factores, nos parece importante destacar que, en nuestra opinión, existe en el caso norteamericano una suerte de imposibilidad práctica de desarrollar e implementar una etapa de entrenamiento práctico. En efecto, debemos recordar que el estudiante de derecho norteamericano ha completado cuatro años de educación superior antes de estudiar derecho. A continuación ha cumplido tres años de estudios jurídicos, para luego preparar por algunos meses el *Bar Exam*. Hablamos por tanto de al menos siete años y medio de estudios superiores para poder ejercer la abogacía. Considerando que los demás países en estudio exigen un máximo de cinco años para obtener la licenciatura en derecho, período que se ha estado reduciendo a cuatro o incluso a tres años, pareciera inconcebible exigir aun más años de

preparación a los abogados norteamericanos mediante la instauración de un programa obligatorio de entrenamiento profesional.

### 3. Requerimientos adicionales

Mencionábamos al comienzo de esta sección que además de la formación académica y profesional, el ejercicio de la abogacía en los países analizados establece una serie de otros requerimientos. Mencionaremos brevemente algunos de ellos:

- a) Colegiatura obligatoria. Absolutamente todos los casos estudiados exigen la membresía a las asociaciones gremiales correspondientes como requisito previo al ejercicio de la profesión. En algunos países la colegiatura debe hacerse en la asociación nacional de abogados, sin perjuicio de que el abogado también pueda pertenecer a otras asociaciones regionales o locales. En otros la membresía relevante es aquella del colegio de abogados local, sin perjuicio de que estos colegios a su vez formen siempre una asociación de carácter nacional, la que opera como cara visible frente a los poderes públicos y la sociedad civil. En este último caso, la membresía a un colegio de abogados local cualquiera autoriza a ejercer la abogacía en cualquier lugar del país, con la notable excepción de Estados Unidos (el abogado debe estar registrado en el *Bar* de cada estado federado en que pretenda ejercer).

La colegiatura va normalmente asociada al control ético de la profesión y a potestades sancionatorias que pueden significar la suspensión o incluso la imposibilidad de ejercer la abogacía.

- b) Juramento. La mayoría de los sistemas estudiados exige a los abogados, antes de comenzar su ejercicio, prestar juramento de desempeño. Si bien el objeto del juramento difiere, en todos los casos dice relación con el ejercicio leal y honesto de la profesión.

El juramento, así como otras formalidades y características del proceso de formación del abogado, nos demuestra que existe una concepción común y transnacional que vincula la abogacía a una idea de honor y de responsabilidad social. El abogado está llamado a ser un servidor de la justicia y de sus semejantes, cuestión que se vincula estrechamente con la formulación y aplicación estricta de reglas éticas o deontológicas.

- c) Formación continua. Existe una clara tendencia a la incorporación de exigencias de formación legal continua de los abogados. A diferencia de los requisitos y requerimientos antes estudiados, la formación continua se

impone a abogados ya ejercientes, sin que importe mayormente su experiencia o la calidad de sus servicios profesionales. La formación continua está normalmente a cargo de las asociaciones gremiales de abogados, en ocasiones asistidas o dirigidas por ciertas entidades estatales como el Poder Judicial o el Ministerio de Justicia.

Si bien las modalidades varían de país en país, en general se imponen metas anuales que se traducen en una cantidad mínima de horas dedicadas a cursos teóricos o prácticos. El mínimo exigido es discreto, facilitando su cumplimiento y evitando de esa forma afectar el trabajo profesional del abogado.

Particular éxito ha tenido a este respecto la experiencia inglesa, la cual ha ido ampliando sus metas en esta materia gracias a la positiva respuesta encontrada en la comunidad de abogados.

#### **4. Otras consideraciones relevantes**

La identificación de algunos fenómenos transversales observados en la experiencia comparada puede ser de utilidad para la evaluación y eventual reforma de nuestro sistema.

En primer término, llama poderosamente la atención el proceso de creciente uniformidad y homologación entre los diversos países de la Unión Europea. Se trata de un esfuerzo de gran escala, destinado a acercar tradiciones jurídicas tan distintas como la inglesa y la española, y tan orgullosas y autorreferentes como la francesa y la alemana.

El fin último de esta convergencia es permitir la real y libre circulación de profesionales entre los Estados miembros de la Unión Europea. Para ello, ha sido necesario una profunda reflexión acerca de qué es lo esencial en la educación legal, qué tipo de profesionales se desea formar, y cómo diseñar una educación que permita y facilite la adquisición de nuevos conocimientos autónomamente por sobre la mera transferencia mecánica de los mismos. En efecto, el abogado europeo de este siglo debe ser capaz de adaptarse rápidamente al sistema jurídico de cualquier país de la Unión Europea.

No cabe duda que la riqueza y ambición del fenómeno descrito merece un seguimiento atento, tanto por sus eventuales resultados como por el proceso en sí: la respuesta a las preguntas que él ha planteado y el desarrollo de fórmulas de solución de conflictos y de conciliación de criterios. Podríamos encontrarnos frente a un primer y definitorio paso hacia la estandarización universal (o al menos occidental) de la abogacía.

En segundo lugar, es evidente la preocupación generalizada por reforzar la formación práctica de los abogados. Tal y como sucede en Chile, existía (y existe) una importante disociación entre la educación recibida por los abogados y las tareas profesionales que deben cumplir. Como resultado de lo anterior, no sólo se ha potenciado el componente aplicado de la educación universitaria, sino que se han creado diversos e ingeniosos mecanismos para asegurar el entrenamiento práctico obligatorio y prolongado de los futuros abogados. A su vez, este fenómeno ha conducido a la revalorización del título profesional de abogado como algo distinto al grado académico de licenciado en derecho, dotado de requerimientos propios vinculados a las capacidades y aptitudes necesarias para el ejercicio práctico de la profesión.

Finalmente, la posición de las asociaciones gremiales en los países analizados contrasta con aquella del Colegio de Abogados chileno. En nuestro sistema actual, la colegiatura no es obligatoria para ejercer la abogacía, cuestión que ha resentido la importancia de dicha institución gremial. Si bien la reforma constitucional introducida por la Ley 20.050 rescató para el Colegio de Abogados el control ético de la profesión, este se aplica sólo a los miembros voluntarios del Colegio. Más aún, existen serias dudas acerca de las facultades del Colegio de Abogados en materia disciplinaria, en particular respecto a la capacidad de suspender o impedir el ejercicio de la profesión.

Sabemos que la situación chilena obedece a un conjunto de razones históricas y constitucionales (e.g., libertad de no asociación, derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, libertad de trabajo), y no es esta la instancia para abordar ese debate. Sin embargo, sí nos corresponde destacar que la situación descrita dista mucho de aquella existente en los países estudiados, donde las asociaciones gremiales de abogados son organizaciones dotadas de gran poder, algunas de las cuales investidas de facultades y funciones de naturaleza más bien pública. Es así como estas asociaciones monopolizan la representación de los abogados al exigir su colegiatura obligatoria; participan consultivamente en el diseño de programas de estudio; resolutivamente en programas de entrenamiento profesional; formulan y aplican autónomamente normas de ética profesional; pueden suspender e impedir el ejercicio de la profesión; dialogan con propiedad con los entes públicos y sociales, entre otros. En definitiva, nos hallamos frente a un tipo asociación sustancialmente más importante, poderosa y multifacética que su par chilena.

## VIII. Conclusiones: qué podemos aprender de la experiencia comparada

La primera lección que podemos extraer de los sistemas jurídicos analizados es **la necesidad ineludible de una reforma profunda y decidida a la situación actual de la educación de los abogados chilenos**. En efecto, la gran mayoría de los sistemas en estudio han incorporado modificaciones importantes con el objeto de actualizar la educación jurídica y responder a problemas similares a los nuestros.

En segundo término, la experiencia comparada nos invita a dar mayor contenido a **la diferencia entre el grado académico de licenciado en derecho y el título profesional de abogado**, siendo el primero una condición necesaria pero no suficiente para el segundo. En esta misma línea, es evidente que una reforma del sistema chileno deberá abordar simultáneamente ambas aristas: la modificación de la educación universitaria conducente al grado de licenciado en derecho o en ciencias jurídicas y el entrenamiento práctico necesario para obtener el título de abogado.

En relación al primer punto, **el derecho comparado es casi unánime en recomendar la reducción del período de estudios; la potenciación del complemento práctico de la enseñanza teórica tradicional, así como la especialización de los alumnos en ciertas ramas del derecho**. Salvo algunos tímidos intentos, todas estas medidas se hallan pendientes en Chile.

En relación al entrenamiento práctico para recibir el título de abogado, nuestro sistema responde actualmente a esta inquietud a través de la práctica de seis meses que debe realizarse en los consultorios jurídicos de la Corporación de Asistencia Judicial, organismo dependiente del Ministerio de Justicia. **Dicha práctica debiera reformarse en varios sentidos. En primer lugar, aquella tendría que ser más amplia**: no todos los licenciados en derecho desean ser litigantes, y por tanto, haría mucho más sentido considerar prácticas equivalentes en estudios de abogados, tribunales ordinarios (esta vez como funcionarios del tribunal), fiscalías de empresas, servicios públicos, entre otros. En segundo lugar, **los seis meses actuales debieran ampliarse significativamente, al menos a un año**, de forma de permitir al postulante obtener realmente las competencias prácticas que justifican la institución. En tercer término, la práctica profesional debe ser pagada, cuestión que no sólo responde a nociones fundamentales de justicia (tópico ampliamente discutido por la profesión), sino que permitiría al postulante concentrarse en ella con exclusividad y tranquilidad. Esta mayor concentración, unida a la también mayor extensión temporal de la práctica, contribuirían notablemente a la elevación de sus resultados. Finalmente, **debe**



**involucrarse más activamente al Colegio de Abogados** en la organización, diseño y eventualmente en la evaluación de tales prácticas profesionales.

Otra invitación que nos hace la experiencia comparada es a **la revisión del rol, facultades e institucionalidad del Colegio de Abogados**. Si bien este tópico ha sido abundantemente discutido en razón de la Reforma Constitucional 2005, convendría una nueva revisión a la luz del papel que tales organismos juegan en la formación de futuros abogados en diversos sistemas jurídicos extranjeros. Al respecto, cabría también considerar la temprana vinculación de los estudiantes (o practicantes) de derecho al Colegio de Abogados, tal y como sucede en otros países. Dicha circunstancia fortalecería las relaciones gremiales y permitiría al Colegio de Abogados participar más activamente en la formación de nuevos profesionales.

Finalmente, convendría **evaluar el diseño y aplicación de un examen habilitador para la recepción del título de abogado, a cargo del Poder Judicial con participación del Colegio de Abogados**. Dicho examen debiera, idealmente, evaluar conocimientos teóricos y prácticos, sustituyendo de esa forma a nuestro actual examen de grado. Su contenido debiera componerse de un núcleo común, y de una parte específica variable dependiendo de qué tipo de práctica hizo el postulante (en tribunales, en un estudio de abogados, etc.).

Las ventajas de esta evaluación pueden sintetizarse del siguiente modo: certificación objetiva y común de calidad aplicable a los licenciados en derecho de todas las universidades; comprobación efectiva de la capacidad del postulante para ejercer en propiedad la abogacía; independencia, conocimiento y experiencia práctica de las entidades a cargo; simplificación de los requisitos para obtener la licenciatura en derecho y vinculación más estrecha del título profesional a capacidades de aplicación práctica de conocimiento jurídico.

Al concluir, quisiera resaltar que el estudio de experiencias jurídicas comparadas sólo nos permite inferir sugerencias válidas si tomamos en debida consideración el contexto de tales experiencias *vis à vis* a nuestra realidad nacional. **Tras las normas y regulaciones de la profesión de abogado en cada país, se encuentran una serie de consideraciones jurídicas, sociológicas, económicas, históricas, presupuestarias, entre otras, que las hacen particulares para esa sociedad en un tiempo determinado.** En consecuencia, es necesario complementar el presente análisis con estudios más amplios que nos develen esas características particulares, de forma de evitar generalizaciones y trasplantes apresurados y dañinos para el sistema jurídico chileno.



# El acceso a la profesión de abogado en España

**José Ramón de Verda y Beamonte**

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

## A. Texto de la ley 34/2006

RCL 2006\1970

*Ley 34/2006, de 30 octubre*

JEFATURA DEL ESTADO

*BOE 31 octubre 2006, núm. 260, [pág. 37743];*

*ABOGADOS Y PROCURADORES DE LOS TRIBUNALES.*

*Acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales*

Texto:

### *Exposición de motivos*

*I.*

*La regulación del régimen de acceso a la profesión de abogado en España es una exigencia derivada de los artículos 17.3 y 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836; ApNDL 2875): estos profesionales son colaboradores fundamentales en la impartición de justicia, y la calidad del servicio que prestan redundan directamente en la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución garantiza a la ciudadanía.*

*Esta ley constituye, por tanto, complemento de lo dispuesto al efecto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (RCL 1985, 1578, 2635; ApNDL 8375), del Po-*

*der Judicial, y en la Ley 1/1996, de 10 de enero (RCL 1996, 89), de Asistencia Jurídica Gratuita, que consagran la función de los abogados, a los que reservan la dirección y defensa de las partes, de modo que a los mismos corresponde garantizar la asistencia letrada al ciudadano en el proceso, de forma obligatoria cuando así lo exija la norma procesal y, en todo caso, como derecho a la defensa expresamente reconocido por la Constitución. La asistencia del abogado, conforme al concepto amplio de tutela al que debe aspirarse, comprende también las actuaciones profesionales tendentes a evitar el proceso mediante fórmulas preventivas y compositivas, así como, en general, el asesoramiento en Derecho.*

*También el procurador, al que la LOPJ otorga la representación de las partes cuando así lo establezca la norma procesal, garantiza la asistencia jurídica, siendo, pues, imprescindible prever también los requisitos necesarios para el acceso a esta profesión, en línea con la tradición que ya existió en España.*

*La experiencia del Derecho comparado muestra que la actuación ante los tribunales de justicia y las demás actividades de asistencia jurídica requieren la acreditación previa de una capacitación profesional que va más allá de la obtención de una titulación universitaria. Ello justifica la regulación de dos títulos profesionales complementarios al título universitario en Derecho: el título profesional de abogado, exigible para prestar asistencia jurídica utilizando la denominación de abogado; y el título profesional de procurador, exigible para actuar ante los tribunales en calidad de tal.*

*Además, en una Europa que camina hacia una mayor integración, se hace imprescindible la homologación de estas profesiones jurídicas, en orden a garantizar la fluidez en la circulación y el establecimiento de profesionales, uno de los pilares del mercado único que constituye base esencial de la Unión Europea.*

## II.

*Debe recordarse que la necesaria capacitación profesional de estos colaboradores en el ejercicio de la tutela judicial efectiva ha sido una reivindicación constante de los representantes de las profesiones. Todos los congresos de la abogacía española, de manera significativa el de León de 1970, el de Palma de Mallorca de 1989, el de La Coruña de 1995, el de Sevilla de 1999 y el de Salamanca de 2003, y las reuniones de las juntas de gobierno de los colegios de abogados desde Santander en 1994, Girona en 1997, Valencia en 2001 y Santa Cruz de Tenerife en 2005, expresando el sentir unánime de la abogacía española, han reivindicado la garantía de una formación inicial igual para todos los profesionales de la abogacía. En particular, en el VI Congreso de la Abogacía Española se destacó la importancia fundamental de la formación profesional práctica y la necesaria homogeneidad en la evaluación de tal capacitación para equipararse*

*a los profesionales de la Unión Europea, instando la regulación de la materia por parte de los poderes públicos. También las segundas Jornadas de las Juntas de Gobierno de los Colegios de Abogados de 1997 aprovecharon la entrada en vigor de la regulación sobre asistencia jurídica gratuita para insistir en esta cuestión, dando un paso más con el establecimiento del certificado de aptitud profesional, que, aun voluntario, es exigido por los colegios para la inclusión del profesional en el turno de oficio.*

*La procura también ha insistido en la materia. En su X Congreso Nacional del año 2000 se señaló que debe regularse "el acceso al ejercicio de la profesión de procurador, homologándola al resto de los países de la Unión Europea, sin perjuicio de la función específica de cada profesión", lo que se reiteró, como ejemplo, en el VII Congreso Internacional del Comité de Postulantes de Justicia Europeos, celebrado en Mallorca en el año 2004.*

*Otros operadores jurídicos se han mostrado sensibles a la cuestión. El propio Libro Blanco de la Justicia presentado por el Consejo General del Poder Judicial en 1997 reclamó la capacitación práctica de estos profesionales. Asimismo, las Conclusiones de la X Conferencia de Decanos y Decanas de las Facultades de Derecho de las Universidades Españolas, reunida en Vigo el día 28 de junio de 2004, señalaron "la asunción de la necesidad y urgencia de regular el acceso a las profesiones de abogado y de procurador", añadiendo que el modelo debía contemplar "esencial y principalmente la superación de cursos de contenido práctico, a programar, organizar e impartir conjuntamente por las facultades de Derecho y los colegios de abogados", haciendo referencia complementaria a la posibilidad de una prueba objetiva final.*

*Y, de modo muy significativo, el Pacto de Estado sobre la Justicia del año 2001 se refirió también a la cuestión en su punto 20, previendo "fórmulas homologadas con los países miembros de la Unión Europea para garantizar la preparación para el ejercicio de la profesión".*

### III.

*El texto subraya la importancia de la formación práctica de los profesionales, de modo que quede garantizada de forma objetiva su capacidad para prestar la asistencia jurídica constitucionalmente prevista.*

*A tal fin, conjuga la idoneidad formativa de las universidades con el acervo de experiencia de los colegios profesionales. Debe destacarse que la colaboración entre universidades y colegios profesionales es una de las claves del sistema. Manifestación significativa de ello es que los cursos de formación requieran un período de prácticas profesionales externas cuya existencia se asegura mediante el correspondiente convenio entre la universidad y los colegios profesionales.*

*El reconocimiento a efectos profesionales de la formación práctica adicional al grado en Derecho permite coordinar e integrar el proceso con el sistema de estudios universitarios, con el que, sin embargo, y con pleno respeto a la autonomía universitaria y a su regulación sectorial, no se interfiere. Ahora bien, tal y como prevé ya la regulación universitaria, no puede prescindirse en este caso del establecimiento de criterios a los que deberán sujetarse los estudios universitarios a los efectos de posibilitar el acceso a la obtención de los títulos profesionales que se regulan. A tal fin se dispone la necesaria acreditación de los contenidos formativos conjuntamente por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación y Ciencia, con la decisiva exigencia de prácticas externas, profesorado especialmente cualificado para la impartición de esta formación de contenido práctico, etcétera.*

*Por otra parte, el modelo no puede obviar la realidad de la existencia de numerosas y prestigiosas escuelas de práctica jurídica para abogados, cuya integración en el sistema descrito se produce por su necesario concierto con las universidades.*

*En todo caso, para garantizar de forma objetiva la capacitación profesional del licenciado en Derecho así formado, se incluye al final del período formativo práctico una evaluación de naturaleza general, creando a tal fin una comisión plural con importante representación de los sectores universitarios y profesionales afectados.*

#### IV.

*Entrando ya en el análisis del articulado, cabe destacar que se regulan dos títulos acreditativos de aptitud profesional, el título profesional de abogado y el título profesional de procurador de los tribunales. La Ley no interfiere, más allá de constituir estos títulos, en los presupuestos de ejercicio profesional de la abogacía y la procura.*

*Como establece el capítulo II, la formación que nos ocupa podrá ser impartida por las universidades, si bien no puede olvidarse que estamos ante un título profesional, de manera que, como ya se ha indicado, a efectos de admitir los correspondientes programas de estudios como suficientes para la capacitación profesional, y sin que ello interfiera en su validez académica, estos cursos serán acreditados conjuntamente por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación y Ciencia. Ello otorga una gran flexibilidad al modelo y respeta al máximo la autonomía universitaria, pues permite que las universidades decidan qué configuración tendrán estos estudios en cada caso, sin interferir en la posibilidad de que, además, las universidades organicen otros estudios*

*jurídicos de postgrado con la validez académica que les otorgue la normativa sectorial vigente.*

*Asimismo, se reconoce la validez de la formación práctica impartida en las escuelas de práctica jurídica de abogados, dentro de los convenios antes referidos, como reconocimiento a la labor de preparación de los profesionales que, sobre todo para la mejor tutela en la justicia gratuita, vienen realizando estas escuelas.*

*En cuanto a la evaluación final se refiere, si bien la misma, para garantizar la objetividad, será única en todo el territorio nacional, razones de operatividad aconsejan su descentralización, con la creación de una comisión evaluadora para el territorio de cada Comunidad Autónoma donde tengan su sede los centros que impartan esta formación práctica.*

*En cuanto a las disposiciones que complementan el texto, debe destacarse el establecimiento de un amplio período de "vacatio legis" previo a la entrada en vigor de esta norma, durante el que no se exigirán ni el título profesional de abogado ni el título profesional de procurador de los tribunales para colegiarse y ejercer las respectivas profesiones, de modo que no se quiebren las expectativas de los actuales estudiantes de la licenciatura o el grado en Derecho.*

*Asimismo, se ha resuelto la cuestión de aquellos que ejercen el Derecho desde otra función para cuyo desempeño han superado pruebas selectivas acreditativas de capacitación jurídica, respecto de los cuales carecería de sentido someterlos a un proceso formativo y a una evaluación reiterativa si deciden pasar a desempeñar la abogacía o la procura.*

*La competencia estatal está amparada en el artículo 149.1.1º, 6º y 30º de la Constitución, de acuerdo con el artículo 36 de la misma, por lo que las previsiones de esta Ley serán de aplicación en todo el territorio nacional.*

## **CAPÍTULO I**

### **Disposiciones generales**

#### **Artículo 1. Objeto y finalidad de la Ley**

*1. Esta Ley tiene por objeto regular las condiciones de obtención del título profesional de abogado y el título profesional de procurador de los tribunales, como colaboradores en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva,*

*con el fin de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad.*

*2. La obtención del título profesional de abogado en la forma determinada por esta Ley es necesaria para el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de abogado, y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho utilizando la denominación de abogado; todo ello sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera otros requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la abogacía.*

*3. La obtención del título profesional de procurador de los tribunales en la forma determinada por esta Ley es necesaria para desempeñar la representación legal de las partes en los procesos judiciales en calidad de procurador, realizando los actos de comunicación a las partes y aquellos otros actos de cooperación con la Administración de Justicia que la Ley les autorice, así como para utilizar la denominación de procurador de los tribunales, sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera otros requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la procura.*

*4. La obtención de los títulos profesionales de abogado o procurador será requisito imprescindible para la colegiación en los correspondientes colegios profesionales.*

## **Artículo 2. Acreditación de aptitud profesional**

*1. Tendrán derecho a obtener el título profesional de abogado o el título profesional de procurador de los tribunales las personas que se encuentren en posesión del título universitario de licenciado en Derecho, o del título de grado que lo sustituya de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 88 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre (RCL 2001, 3178), de Universidades y su normativa de desarrollo y que acrediten su capacitación profesional mediante la superación de la correspondiente formación especializada y la evaluación regulada por esta Ley.*

*2. La formación especializada necesaria para poder acceder a las evaluaciones conducentes a la obtención de estos títulos es una formación reglada y de carácter oficial que se adquirirá a través de la realización de cursos de formación acreditados conjuntamente por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación y Ciencia a través del procedimiento que reglamentariamente se establezca.*

*3. Los títulos profesionales regulados en esta Ley serán expedidos por el Ministerio de Educación y Ciencia.*



## CAPÍTULO II

### *Obtención de la capacitación profesional*

#### **Artículo 3. Formación**

- 1. Los cursos de formación para abogados y procuradores podrán ser organizados e impartidos por universidades, públicas o privadas, y por escuelas de práctica jurídica.*
- 2. Todos estos centros deberán establecer al efecto los convenios a los que se hace referencia en el presente capítulo.*

#### **Artículo 4. Formación universitaria**

- 1. Los cursos de formación para abogados podrán ser organizados e impartidos por universidades públicas o privadas, de acuerdo con la normativa reguladora de la enseñanza universitaria oficial de postgrado y, en su caso, dentro del régimen de precios públicos, y deberán ser acreditados, a propuesta de éstas, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2. Esta acreditación se otorgará sin perjuicio de las autorizaciones y aprobaciones exigidas por la normativa educativa a los efectos de la validez y titulación académica de los referidos cursos.*
- 2. Constituirán requisitos indispensables para la acreditación de los referidos cursos que éstos comprendan la realización de un período de prácticas externas en los términos del artículo 6, y que incluyan la realización de la evaluación regulada en el capítulo III.*
- 3. Reglamentariamente se establecerá el procedimiento y los requisitos que deberán cumplir tales cursos para su acreditación periódica en lo referente a su contenido y duración, así como a la titulación y cualificación del profesorado, de modo que quede garantizada la presencia de la mitad, al menos, de profesionales colegiados ejercientes. La duración de los cursos será de 60 créditos, más los créditos necesarios para la realización de las prácticas externas referidas en el artículo 6.*
- 4. Lo previsto en este artículo será de aplicación a los cursos de formación para el acceso a la procura de acuerdo con la específica regulación que al efecto se establezca en sede reglamentaria.*

#### **Artículo 5. Escuelas de práctica jurídica**

- 1. Las escuelas de práctica jurídica creadas por los colegios de abogados que hayan sido homologadas por el Consejo General de la Abogacía conforme a su normativa reguladora podrán organizar e impartir cursos que permitan acceder a la evaluación regulada en el artículo 7, siempre que los citados cursos sean*

*acreditados conjuntamente por los Ministerios de Justicia y de Educación y Ciencia en la forma que reglamentariamente se determine.*

*2. Para que se pueda proceder a la acreditación y reconocimiento de sus cursos a los efectos de la determinación de su programa, contenido, profesorado y demás circunstancias, las escuelas de práctica jurídica deberán haber celebrado un convenio con una universidad, pública o privada, por el que se garantice el cumplimiento de las exigencias generales previstas en el artículo 4 para los cursos de formación. Asimismo, deberán prever la realización de un período de prácticas externas en la abogacía o en la procura, según estén orientados a la formación profesional de los abogados o de los procuradores, en los términos del artículo siguiente, y la realización de la evaluación regulada en el capítulo III.*

### **Artículo 6. Prácticas externas**

*1. Las prácticas externas en actividades propias del ejercicio de la abogacía o en actividades propias de la procura, con los requisitos que reglamentariamente se determinen, deberán constituir la mitad del contenido formativo de los cursos a que se refieren los artículos precedentes, quedando como parte integrante de los mismos. En ningún caso implicarán relación laboral o de servicios.*

*2. Las prácticas se realizarán bajo la tutela de un abogado o procurador, según se dirijan a la formación para el ejercicio de la abogacía o de la procura. Los tutores serán abogados o procuradores con un ejercicio profesional superior a cinco años. Los respectivos estatutos generales de la abogacía y de la procura reglamentarán los demás requisitos para el desempeño de la tutoría, así como los derechos y obligaciones del tutor, cuya infracción dará lugar a responsabilidad disciplinaria.*

*3. En los supuestos regulados en los artículos 4 y 5.2 deberá haberse celebrado un convenio entre la universidad y, al menos, un colegio profesional de abogados o un colegio profesional de procuradores, que establezca la fijación del programa de prácticas y la designación de los correspondientes tutores, el número máximo de alumnos que podrá asignarse a cada tutor, los lugares o instituciones donde se efectuarán las prácticas, así como los mecanismos de control del ejercicio de éstas, dentro de los requisitos fijados reglamentariamente.*

*4. Una vez presentada una oferta de convenio por una universidad o una escuela de práctica jurídica, a los efectos de lo establecido en el artículo 4.2 en relación con los artículos 5.2 y 6.3 de esta Ley, y siempre que la misma reúna los requisitos mínimos que se establezcan por los ministerios responsables de la acreditación de los cursos de formación, en los términos previstos en el artículo 2.2, la parte a la que se presente la oferta no podrá rechazarla de forma arbitraria y deberá dictar resolución motivada en relación con la misma.*

### CAPÍTULO III

#### *Acreditación de la capacitación profesional*

##### **Artículo 7. Evaluación**

1. *La evaluación de la aptitud profesional, que culmina el proceso de capacitación profesional, tiene por objeto acreditar, de modo objetivo, formación práctica suficiente para el ejercicio de la profesión de abogado o de la profesión de procurador, así como el conocimiento de las respectivas normas deontológicas y profesionales.*

2. *Las comisiones para la evaluación de la aptitud profesional serán convocadas conjuntamente por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación y Ciencia, oídas las Comunidades Autónomas, el Consejo de Coordinación Universitaria y el Consejo General de la Abogacía o el Consejo General de los Colegios de Procuradores.*

3. *Reglamentariamente se establecerá la composición de la comisión evaluadora para el acceso a la abogacía y de la comisión evaluadora para el acceso a la procura, que serán únicas para los cursos realizados en el territorio de una misma Comunidad Autónoma, asegurando la participación en ellas de representantes del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Educación y Ciencia, y de miembros designados a propuesta de la respectiva Comunidad Autónoma. En todo caso, en la comisión evaluadora para el acceso a la abogacía habrá miembros designados a propuesta del Consejo General de la Abogacía Española; asimismo, en la comisión evaluadora para el acceso a la procura habrá miembros designados a propuesta del Consejo General de los Procuradores de los Tribunales. El número de representantes designados a propuesta de cada ministerio, de la Comunidad Autónoma, y de la correspondiente corporación profesional será el mismo.*

4. *Si el número de aspirantes así lo aconseja, podrá constituirse una única comisión evaluadora para los cursos realizados en el territorio de varias Comunidades Autónomas, señalándolo así en la convocatoria.*

5. *Tanto la evaluación para el acceso a la abogacía como la evaluación para el acceso a la procura tendrán contenido único para todo el territorio español en cada convocatoria. Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el cual el Ministerio de Justicia fijará el contenido concreto de cada evaluación, con participación de las universidades organizadoras de los cursos, del Consejo General de la Abogacía Española o del Consejo General de los Procuradores de los Tribunales.*

6. Las convocatorias tendrán una periodicidad mínima anual y no podrán establecer un número limitado de plazas.

7. Reglamentariamente se regulará el procedimiento de convocatoria, lugares y forma de celebración de la evaluación, publicación y comunicación de los resultados y demás requisitos necesarios para su realización. Asimismo, se regularán los programas, que contemplarán también materias relativas al Derecho propio de las Comunidades Autónomas, y el sistema de evaluación, de modo diferenciado para la abogacía y la procura, de acuerdo con la diferente capacitación necesaria para el desempeño de una y otra profesión.

#### **Disposición adicional primera. Libertad de establecimiento**

El ejercicio permanente en España de la profesión de abogado o procurador con título profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo se regulará por su legislación específica.

#### **Disposición adicional segunda. Ayudas y becas**

El Gobierno garantizará la igualdad de oportunidades para el acceso al ejercicio de las profesiones de abogado y procurador; a tal efecto se establecerán ayudas y becas para aquellos licenciados en Derecho que quieran obtener cualquiera de las titulaciones a que se refiere la presente Ley, de conformidad con el sistema nacional de becas.

#### **Disposición adicional tercera. Ejercicio profesional de los funcionarios públicos**

1. La actuación del personal al servicio del Estado, de los Órganos Constitucionales, de las Administraciones Públicas o entidades públicas ante Juzgados y Tribunales en el desempeño de las funciones propias del cargo se regirá por lo dispuesto en el artículo 551 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y demás legislación aplicable, sin que en ningún caso le sea exigible la obtención del título regulado en esta Ley.

2. Los funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de licenciados en Derecho estarán exceptuados de obtener el título de abogado o el título de procurador de los tribunales a los efectos descritos en el artículo 1 de esta Ley, siempre que desempeñen funciones de asistencia letrada o asesoramiento jurídico. También estarán exceptuados quienes hayan ingresado en el Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales, en alguno de los cuerpos de letrados de las asambleas legislativas autonómicas, en la Carrera Judicial, en la Carrera Fiscal, en el Cuerpo de Secretarios Judiciales, o en alguno

*de los cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas en su condición de licenciados en Derecho.*

***Disposición adicional cuarta. Adaptación de las normas colegiales a lo previsto en esta Ley***

*Los colegios profesionales de abogados y procuradores adaptarán su normativa a lo previsto por esta Ley.*

***Disposición adicional quinta. Accesibilidad***

*Al objeto de favorecer el acceso de las personas con discapacidad a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, en el diseño y realización de los cursos y evaluaciones a que se refiere el artículo 2.2 de la presente Ley, se tendrán en cuenta criterios de accesibilidad.*

***Disposición adicional sexta. Consejos autonómicos***

*Las referencias al Consejo General de la Abogacía o al Consejo General de la Procura, o a sus respectivos Estatutos, contenidas en el articulado de la Ley, se entenderán hechas, en su caso, a los respectivos consejos autonómicos o a su normativa reguladora, de conformidad con lo que disponga la legislación aplicable.*

***Disposición adicional séptima. Grado en Derecho y licenciatura en Derecho***

*A los efectos de la presente Ley, la referencia al grado en Derecho se entenderá hecha a la licenciatura en Derecho, cuando así corresponda.*

***Disposición transitoria única. Profesionales colegiados a la entrada en vigor de la exigencia de título profesional***

*1. Los títulos profesionales regulados en esta Norma no serán exigibles a quienes ya estuvieran incorporados a un colegio de abogados o procuradores, como ejercientes o no ejercientes, en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley.*

*2. Los títulos profesionales regulados en esta Ley tampoco serán exigibles a quienes, sin estar incorporados a un colegio de abogados o procuradores a su entrada en vigor, hubieran estado incorporados antes de su entrada en vigor, como ejercientes o no ejercientes, durante un plazo continuado o discontinuo no inferior en su cómputo total a un año, siempre que procedan a colegiarse antes de ejercer como tales y no hubieran causado baja por sanción disciplinaria.*

3. *Quienes en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley se encontraran en posesión del título universitario de licenciado o de grado en Derecho, y no estuvieran comprendidos en el apartado anterior, dispondrán de un plazo máximo de dos años, a contar desde su entrada en vigor, para proceder a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes, sin que les sea exigible la obtención de los títulos profesionales que en ella se regulan.*

#### ***Disposición final primera. Título competencial***

*Las disposiciones contenidas en esta Ley, dictadas al amparo del artículo 149.1. 1º, 6º y 30º de la Constitución y de acuerdo con el artículo 36 de la misma, serán de aplicación en todo el territorio nacional.*

#### ***Disposición final segunda. Habilitación reglamentaria***

*Se faculta al Gobierno, a los Ministerios de Justicia y de Educación y Ciencia y al resto de departamentos ministeriales competentes para dictar cuantas disposiciones reglamentarias fueran necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente Ley.*

#### ***Disposición final tercera. Entrada en vigor de esta Ley***

*Esta Ley entrará en vigor a los cinco años de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".*

## **B. Comentario**

La forma tradicional de acceso a la profesión de abogado en España ha suscitado críticas generalizadas en todos los sectores jurídicos.

En España, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los países de nuestro entorno, cualquier licenciado en Derecho podía y puede, de momento, ejercer la profesión de abogado, mediante su simple colegiación y pago de las cuotas correspondientes.

Las críticas se han centrado en la anomalía del sistema español, en relación con el contexto europeo, que hace que exista un evidente exceso de abogados, hasta el punto de que hoy en día las posibilidades reales de que los jóvenes licenciados en Derecho puedan ejercer la abogacía son escasas.

A ello, se añaden las grandes lagunas formativas con que actualmente finalizan muchos de los alumnos sus estudios universitarios. Ello tiene varias causas, pero,

en general, se admite que, en buena parte, se debe a la falta de preparación con que llegan a la Universidad, como consecuencia del alarmante empobrecimiento de la enseñanza primaria y secundaria que sufre España, fruto de reformas educativas que han demostrado ser un absoluto fracaso.

Por otro lado, parece necesario exigir que las personas que se quieran dedicar a la profesión de abogado tengan específicos conocimientos, teóricos y prácticos, que les permitan desarrollar con eficacia su oficio, haciendo, así, real el derecho constitucional de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva.

Ante estas críticas generalizadas y por exigencias de homologación con el resto de los países de la Unión Europea, se ha dictado la Ley 34/2006, de 30 de octubre, por la que se regula el acceso a la profesión de abogado, la cual supone un cambio radical respecto al sistema hasta ahora existente.

En ella se establece que la mera obtención del título de licenciado en Derecho (o del grado que lo sustituya de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 88 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades y su normativa de desarrollo) no habilita para ejercer la profesión de abogado, sino que, para ello, es necesario obtener un título profesional específico, que se recibe con la superación de un examen de carácter nacional, previa la realización de unos cursos de formación acreditados conjuntamente por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación y Ciencia, que es el que, en su caso, expedirá el título.

Los cursos podrán hacerse en universidades o en escuelas de prácticas jurídicas de los Colegios de Abogados y la mitad de su contenido formativo habrá de consistir en prácticas externas sobre las actividades propias de la abogacía, las cuales se desarrollarán bajo la tutela de un abogado con un ejercicio profesional superior a los 5 años.

En su artículo 7, la Ley especifica que el objeto del examen es “La evaluación de la aptitud profesional, que culmina el proceso de capacitación profesional” y “tiene por objeto acreditar, de modo objetivo, formación práctica suficiente para el ejercicio de la profesión de abogado”, así como el conocimiento de las respectivas normas deontológicas y profesionales.

Determina que, como mínimo, habrá una convocatoria anual y que en ella no podrá establecerse un número limitado de plazas.

La filosofía de la Ley es, pues, que todo aquel que acredite tener aptitud profesional para ejercer la abogacía pueda ejercerla, lo que es discutible, ya que, al no haber competencia entre los aspirantes al título, se corre el riesgo de

que los cursos de formación acaben siendo una pura extensión formal de los estudios de licenciatura.

En cualquier caso, la Ley está pendiente de desarrollo reglamentario, y lo que es más importante, se halla sujeta a un amplio periodo de "vacatio", de 5 años, contados desde su publicación, que tuvo lugar el 31 de octubre de 2006, lo que se explica por la radicalidad del cambio que introduce.

Cuenta, además, con una importante disposición transitoria única, tendente a salvaguardar "derechos adquiridos" y expectativas de los actuales estudiantes de Derecho.

Dice así:

"1. Los títulos profesionales regulados en esta Norma no serán exigibles a quienes ya estuvieran incorporados a un colegio de abogados o procuradores, como ejercientes o no ejercientes, en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley.

2. Los títulos profesionales regulados en esta Ley tampoco serán exigibles a quienes, sin estar incorporados a un colegio de abogados o procuradores a su entrada en vigor, hubieran estado incorporados antes de su entrada en vigor, como ejercientes o no ejercientes, durante un plazo continuado o discontinuo no inferior en su cómputo total a un año, siempre que procedan a colegiarse antes de ejercer como tales y no hubieran causado baja por sanción disciplinaria.

3. Quienes en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley se encontraran en posesión del título universitario de licenciado o de grado en Derecho, y no estuvieran comprendidos en el apartado anterior, dispondrán de un plazo máximo de dos años, a contar desde su entrada en vigor, para proceder a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes, sin que les sea exigible la obtención de los títulos profesionales que en ella se regulan".



## **Los requisitos para obtener el título de abogado: alegato para el establecimiento de un examen único, cualquiera sea la filiación universitaria del candidato**

**Bruno Caprile Biermann**

Magister (D.E.A. Droit Privé Général)

UNIVERSIDAD DE PARÍS II, FRANCIA

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SSMA. CONCEPCIÓN

1. Los abogados son, de acuerdo al artículo 520 Código Orgánico de Tribunales, "personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes". **A diferencia de lo que ocurre en otras áreas del conocimiento, en que son las Universidades las encargadas de otorgar el título profesional, tratándose de los abogados éste lo otorga la Corte Suprema,** "previa comprobación y declaración de que el candidato reúne los requisitos establecidos por los artículos 523<sup>1</sup> y 526"<sup>2</sup> (art. 521 COT), entre los cuales se cuenta "tener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas otorgado por una Universidad, en conformidad a la ley".

---

<sup>1</sup> El artículo 523 del COT dispone. "Para poder ser abogado se requiere:

1° Tener veinte años de edad;

2° Tener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas otorgado por una Universidad, en conformidad a la ley;

3° No haber sido condenado ni estar actualmente acusado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva;

4° Antecedentes de buena conducta. La Corte Suprema podrá practicar las averiguaciones que estime necesarias acerca de los antecedentes personales del postulante, y

5° Haber cumplido satisfactoriamente una práctica profesional por seis meses en las Corporaciones de Asistencia Judicial a que se refiere la Ley N° 17.995, circunstancia que deberá acreditarse por el Director General de la respectiva Corporación. Las Corporaciones de Asistencia Judicial, para este efecto, podrán celebrar convenios con el Ministerio Público y con la Defensoría Penal Pública.

Un reglamento determinará los requisitos, forma y condiciones que deban cumplirse para que dicha práctica sea aprobada.

La obligación establecida en el N° 5 se entenderá cumplida por los postulantes que sean funcionarios o empleados del Poder Judicial o de los tribunales del trabajo, por el hecho de haber desempeñado sus funciones durante cinco años, en las primeras cinco categorías del escalafón del personal de empleados u oficiales de secretaría.

<sup>2</sup> El artículo 526 del COT prescribe: "Sólo los chilenos podrán ejercer la profesión de abogado. Lo dicho se entenderá sin perjuicio de lo que dispongan los tratados internacionales vigentes".

2. La realidad universitaria chilena ha experimentado un trascendental cambio desde la reforma de la década de 1980, en términos tales que la realidad que justificó la dictación de esos requisitos para obtener el título de abogado difiere sustancialmente de la actual. En efecto, **existen hoy día diferencias abismantes entre la formación que imparten las numerosas Facultades de Derecho del país para obtener la licenciatura en ciencias jurídicas.** Así, se observan regímenes diurnos y vespertinos; mallas curriculares con 5 años de duración y otras más reducidas, hasta otras en que basta la acreditación de haber obtenido un título anterior y un par de años de formación; desde luego, diferencias en las asignaturas obligatorias y en sus programas; disparidades en cuanto a la exigencia de una memoria de prueba, de examen de grado y, entre los que todavía los exigen, en cuanto al objetivo y materias a evaluar.

3. **Digámoslo claramente: la formación impartida por las Universidades nacionales a los Licenciados en Ciencias Jurídicas difiere sustancialmente y, sin embargo, todos ellos obtienen el título de abogado, otorgado ya no por la Universidad que los formó, sino por la Corte Suprema.** Es más, se observan distorsiones difíciles de comprender, como el hecho de que ciertos organismos públicos, al efectuar la selección para proveer cargos, se limitan a considerar la nota que el candidato obtuvo durante sus estudios universitarios, sin corregirla según la Universidad de procedencia.<sup>3</sup> El argumento es que, gozando todas las universidades de igual reconocimiento ante la ley, no puede “discriminarse” según ese criterio.

4. **Agreguemos que la práctica profesional, en nuestro medio, tiene por objeto prioritario “en el orden social la atención jurídica gratuita de las personas que no cuentan con los medios necesarios para sufragar los gastos de su defensa por abogados particulares”** (art. 1 Decreto N° 265, D. Of. 02.10.1985, “Reglamento de práctica profesional de postulantes al título de abogado”). Si se examina la forma en que se desarrolla la práctica profesional, no cabe duda que la finalidad didáctica de aplicar los conocimientos adquiridos durante los estudios universitarios queda relegada a un segundo plano. Esa finalidad social tenía plena justificación en una época en que el sistema universitario era financiado con aportes fiscales, pero ya no la tiene hoy, en que el licenciado ha tenido que pagar por sus estudios y debe rembolsar el eventual crédito fiscal que puede haber recibido.

5. **Debido al estado actual, tenemos la convicción absoluta de que es necesario efectuar una revisión de los requisitos para que la Corte Suprema otorgue el título de abogado. Para cooperar en ese proceso, nos ha parecido relevante ilustrar la situación actual en Europa y, en particular,**

<sup>3</sup> Recuérdese la polémica mantenida por medios de prensa por la Sra. Directora de la Academia Judicial.

en Francia, realidad a la cual somos más cercanos y que, por ende, podemos exponer con mayor propiedad. Tal es el objetivo de este trabajo.

**6. Debemos dejar establecido, en primer término, que nuestra preocupación no dice relación con el número de abogados, sino más bien con la calidad de los mismos, la que incide directamente en el prestigio de la profesión.** Desde luego, el acceso a la profesión debe estar reservado a las personas seleccionadas conforme a criterios objetivos y la reglamentación no puede discriminar sino en función de la formación y conocimientos. El incremento del número de abogados, en este sentido, puede ser beneficioso para la sociedad, toda vez que disminuye el costo de los servicios jurídicos, mejorando el acceso a la justicia. Sin embargo, tampoco debe perderse de vista que es un deber del Estado el asegurar que todo abogado tenga una formación mínima, puesto que de lo contrario el prestigio de la profesión y, con ello, el de la administración de justicia, se resiente. Nótese que las deficiencias en la formación de los profesionales golpean con mayor dureza a los sectores humildes de nuestra sociedad, puesto que los acomodados siempre podrán pagar por mejores servicios jurídicos.

**7. En seguida, debemos tener siempre presente las variables económicas que influyen en el análisis.** En efecto, existe un "mercado" reservado para quienes detentan el título profesional de abogado, puesto que su ejercicio por terceros constituye un delito: el ejercicio ilegal de la profesión (art. 213 C. Penal). Esta suerte de monopolio se manifiesta con nitidez en la representación en juicio, pero también en las asesorías profesionales extra-judiciales, como en la redacción de ciertos actos y contratos, en que se exige que la minuta respectiva esté firmada por un abogado (por ej.: art. 413 COT). En otra época, a estas restricciones en el acceso se sumaban precios tarifados, como los aranceles de los Colegios de Abogados, cuya aplicación era obligatoria para el gremio. No olvidemos tampoco la dificultad para evaluar la calidad de los servicios, cuyo resultado suele ser incierto y postergado en el tiempo, como ocurre con las decisiones judiciales.

**8. Para examinar la situación en la Unión Europea, debemos recordar en primer término que el Tratado de Roma se aplica también a los servicios y, entre ellos, a los jurídicos.** El derecho de la competencia concierne entonces el ejercicio de las profesiones liberales y, en concreto, la profesión de abogado. De hecho, la CJCE, en un fallo de 23.04.1991 (HOFNER y ELSER) consideró que el ejercicio de las actividades de las profesiones liberales quedaba comprendido en el concepto de empresa.

**9. Para asegurar la libre competencia de los servicios jurídicos en los Estados miembros, se han dictado diversas directivas europeas,** entre las cuales merecen destacarse la Directiva 77/249/CEE, de 22.03.1977, dirigida a facilitar

el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, y la Directiva 98/5/CEE, de 16.02.1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en que se haya obtenido el título.<sup>4</sup> Estos instrumentos se complementan con la Directiva 89/48/CEE, relativa al reconocimiento de las calificaciones profesionales y la Directiva 2006/123/CEE, de 12.12.2006, relativa a los servicios en el mercado interior, también aplicable a los servicios jurídicos.

**10. Observamos entonces que en el viejo continente existe un mercado de los servicios jurídicos que comprende la totalidad de la Unión Europea, a diferencia de lo que ocurre en nuestro medio, en que se trata de un mercado esencialmente nacional.<sup>5</sup> Ello ha forzado a establecer, a través de directivas europeas, que luego se han transpuesto a los ordenamientos internos de los países miembros, criterios comunes para el otorgamiento del título profesional y para el ejercicio profesional en un país distinto a aquel en que se obtuvo el diploma.**

**11. En Francia, los aspectos esenciales relativos a la profesión de abogado están regulados en la ley N° 71-1130, de 31.12.1971, que ha sido objeto de múltiples modificaciones posteriores. Dicha ley establece, en su artículo 11, los requisitos para obtener el título de abogado, entre los cuales se cuenta desde luego haber obtenido una maestría en derecho u otro título universitario equivalente, pero también ser titular de un certificado de aptitud para la profesión de abogado (conocido bajo la sigla "CAPA").<sup>6</sup>**

<sup>4</sup> Esta directiva fue transpuesta al ordenamiento jurídico francés mediante la Ley N° 2004-130, de 11.02.2004.

<sup>5</sup> Cf. art. 526 COT, arriba transcrito.

<sup>6</sup> Article 11 Modifié par Loi N°93-1420 du 31 décembre 1993 art. 6 (JORF 1er janvier 1994).

Nul ne peut accéder à la profession d'avocat s'il ne remplit les conditions suivantes :

1° Etre français, ressortissant d'un Etat membre des Communautés européennes ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ou ressortissant d'un Etat ou d'une unité territoriale n'appartenant pas à ces Communautés ou à cet Espace économique qui accorde aux Français la faculté d'exercer sous les mêmes conditions l'activité professionnelle que l'intéressé se propose lui-même d'exercer en France, sous réserve des décisions du conseil des Communautés européennes relatives à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté économique européenne ou avoir la qualité de réfugié ou d'apatride reconnue par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ;

2° Etre titulaire, sous réserve des dispositions réglementaires prises pour l'application de la directive C.E.E. n° 89-48 du Conseil des communautés européennes du 21 décembre 1988, et de celles concernant les personnes ayant exercé certaines fonctions ou activités en France, d'au moins une maîtrise en droit ou de titres ou diplômes reconnus comme équivalents pour l'exercice de la profession par arrêté conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé des universités ;

3° Etre titulaire du certificat d'aptitude à la profession d'avocat, sous réserve des dispositions réglementaires mentionnées au 2°, ou, dans le cadre de la réciprocité, de l'examen prévu au dernier alinéa du présent article ;

4° N'avoir pas été l'auteur de faits ayant donné lieu à condamnation pénale pour agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes moeurs ;

5° N'avoir pas été l'auteur de faits de même nature ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ;

6° N'avoir pas été frappé de faillite personnelle ou d'autre sanction en application du titre VI de la

En términos simplificados, el candidato, luego de haber obtenido una maestría en derecho u otro diploma universitario equivalente, debe rendir un examen a fin de ser admitido en un Centro Regional de Formación Profesional de Abogados (CRFPA), cuyo programa y modalidades son fijados por decreto conjunto del *Garde des Sceaux*, del Ministro de Justicia, del ministro a cargo de las universidades, con opinión del Consejo Nacional de la Barra de Abogados (art. 51 a 55 del Decreto 91-1197, del 27.11.1991, que organizó la profesión de abogado).

Aprobado el examen de ingreso, el candidato debe seguir en el CRFPA una formación que dura 18 meses, compuesta de tres etapas, cada una de seis meses: una formación base común; la realización de un proyecto pedagógico individual y, finalmente, una pasantía o práctica en la oficina de un abogado (art. 56 a 57 del Decreto 91-1197, del 27.11.1991, precitado).

Finalmente, el candidato debe rendir un examen destinado a certificar su aptitud para la profesión de abogado. Este examen se rinde en el mismo CRFPA y su programa y las modalidades de son fijados por decreto conjunto del *Garde des Sceaux*, del Ministro de Justicia, con opinión del Consejo Nacional de la Barra de Abogados (art. 68 a 71 del Decreto 91-1197, de 27.11.1991).

12 El programa y modalidades del CAPA están regulados en un decreto de fecha 7.12.2005. **A título ilustrativo, nos parece interesante transcribir, en su parte pertinente, el artículo 3 que regula las pruebas que comprende el examen:**

“1<sup>º</sup> La redacción en cinco horas de un informe, seguida de un acto de procedimiento o de un acto jurídico (coeficiente 2);

2<sup>º</sup> Un ejercicio oral, de una duración de alrededor de quince minutos, después de una preparación de tres horas, que versará sobre un dossier de derecho

---

loi N° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises ou, dans le régime antérieur à cette loi, en application du titre II de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

Les titulaires de la licence en droit qui ont obtenu ce diplôme sous le régime antérieur à celui fixé par le décret n° 54-343 du 27 mars 1954 relatif au nouveau régime des études et des examens en vue de la licence en droit sont considérés, pour l'application de la présente loi, comme titulaires d'une maîtrise en droit. Il en est de même pour les licenciés en droit ayant obtenu ce titre lorsque la licence a été organisée sur quatre années.

L'avocat ressortissant d'un Etat ou d'une unité territoriale n'appartenant pas aux Communautés européennes ou à l'Espace économique européen, s'il n'est pas titulaire du certificat d'aptitude à la profession d'avocat, doit subir, pour pouvoir s'inscrire à un barreau français, les épreuves d'un examen de contrôle des connaissances en droit français selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Il en est de même d'un ressortissant d'un Etat membre des Communautés européennes ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen qui aurait acquis la qualité d'avocat dans un Etat ou une unité territoriale n'appartenant pas à ces Communautés ou à cet Espace économique.

civil, comercial, del trabajo, penal, administrativo o comunitario, a elección del candidato (coeficiente 2);

3<sup>º</sup> Una interrogación oral con finalidad práctica, de una duración de alrededor de veinte minutos, después de una preparación de una hora, sobre un tema que verse sobre el estatuto y la deontología de los abogados (coeficiente 3);

4<sup>º</sup> Una interrogación oral, de una duración de alrededor de 20 minutos, después de una preparación de 20 minutos, que versará, a elección del candidato, acerca de una de las lenguas vivas extranjeras enseñadas en el centro (coeficiente 1);

5<sup>º</sup> Una exposición-discusión de alrededor de veinte minutos con el jurado, a partir de un informe elaborado por el candidato, que versará acerca de su proyecto pedagógico individual que visa el inciso primero del artículo 58 del decreto de 27 de noviembre de 1991, antes referido (coeficiente 1);<sup>7</sup>

6<sup>º</sup> Una discusión de alrededor de veinte minutos con el jurado, a partir de un informe redactado por el candidato, que versará sobre sus observaciones y reflexiones relativas al ejercicio profesional posterior a la pasantía visada en el segundo inciso del artículo 58 del decreto de 27 de noviembre de 1991, antes referido (coeficiente 2);<sup>8</sup>

El jurado dispondrá de las observaciones del responsable de la práctica sobre la calidad del trabajo de cada candidato”.

**13. El mismo decreto regula las materias que son objeto de la examinación:** el derecho civil (el derecho de las personas y de la familia; la posesión, propiedad y copropiedad; el derecho de las obligaciones); el derecho penal (aspectos del derecho penal general y algunos delitos especiales); el derecho administrativo (teoría general del Estado de Derecho; teoría general del acto administrativo y de la función pública; teoría general de la responsabilidad administrativa; organización administrativa; contratos administrativos; policía administrativa y servicios públicos); el derecho comercial y de los negocios; el derecho del trabajo; el derecho comunitario y europeo. Por si lo anterior fuera poco, se agrega en el programa el examen del dominio de alguna lengua extranjera y de la reglamentación profesional.

Finalmente, digamos que el decreto asegura el **anonimato** de los candidatos en la prueba escrita, la que es calificada por dos correctores. Los **exámenes orales son públicos**.

<sup>7</sup> Se trata del un proyecto pedagógico individual a que nos referimos supra N° 11.

<sup>8</sup> Se trata de la pasantía o práctica en la oficina de un abogado a que nos referimos supra N° 11.



14. No cabe duda que, después de esta descripción sinóptica de las pruebas para obtener el CAPA, el examen de grado para obtener la licenciatura en derecho que se aplica en las universidades chilenas no parece ya tan tremendo e inhumano. Pero hay más, una vez obtenido el título profesional, el abogado tampoco puede dormirse en los laureles, puesto que la ley establece expresamente que **“la formación continua es obligatoria para los abogados** inscritos en el listado de la orden” (art. 14-2 ley N° 71-1130, de 31.12.1971). Esta regla no queda en una mera declaración programática, sino que se reglamenta en la Decisión de carácter normativo N° 2005-001, sobre las modalidades de aplicación de la formación continua de los abogados, adoptada por la Asamblea General del Consejo Nacional de las Barras de Abogados el 11.02.2005. En esa decisión se establecen los tipos de actividades de formación a las cuales puede asistir un abogado y el número mínimo de horas que deben consagrar a éstas.

15. El lector de estas líneas ya conoce el sistema chileno para obtener el título de abogado y hemos esbozado los lineamientos generales de los requisitos que rigen en Francia. **Veamos a continuación cuáles son, a nuestro juicio, las enseñanzas que podemos extraer del sistema francés**, para asegurar la calidad profesional de los abogados y conservar el prestigio de la profesión. Naturalmente, no es nuestra pretensión postular una copia servil, sino obtener ilustraciones de la experiencia europea, concretamente la francesa, que puedan evitar excesos que se han generado en otras latitudes y que hace un tiempo comenzamos a percibir en nuestro país.

**16. En primer término, en Chile existe hoy día una identidad entre el diploma universitario y el título profesional; basta que el candidato haya obtenido el diploma universitario para que, efectuada la práctica, la Corte Suprema le otorgue el título de abogado. Observamos aquí una diferencia marcada con el sistema francés, en que la Universidad se limita a otorgar un grado académico, mas no un título profesional, el cual requiere exigencias adicionales**, en concreto, una formación adicional, una práctica profesional y, señaladamente, un examen, proceso que se sigue ante un organismo distinto del universitario.

La casi identidad entre el diploma universitario y el título profesional que se observa en Chile se justificaba en una época en que la realidad universitaria era uniforme, reconociendo simples matices, pero ya no. Mientras el diploma universitario debe ser avalado por la Universidad que lo otorga, el título profesional supone una garantía que otorga el Estado acerca de la competencia del que lo inviste. **En ese contexto, es perfectamente razonable y lógica la aplicación de un examen único para los candidatos procedentes de todas las universidades a fin de obtener el título de abogado.**

A lo anterior debe agregarse que, en nuestro medio, el título de abogado habilita para ejercer la profesión en todos los ámbitos del ejercicio profesional, en circunstancias que, en otras latitudes, el diploma universitario sólo habilita para otorgar asesorías en el ámbito extrajudicial, toda vez que para representar los intereses de las partes en un litigio, es decir, para ejercer la función esencial del abogado, se requiere un examen especial.

**17. La observación anterior justifica nuestra indignación contra quienes postulan la reducción del plazo de duración de la carrera universitaria e invocan como argumento a su favor la situación en Europa. Se trata de un argumento falaz, puesto que, si bien los estudios universitarios pueden tener una duración menor en Europa, ellos no habilitan por sí solos para ejercer la profesión de abogado, como ocurre en nuestro país.**

**18. En concreto, nos manifestamos partidarios de que, para obtener el título de abogado, deba rendirse un examen nacional, homogéneo para todos los postulantes, cualquiera sea su filiación universitaria.** En nuestra realidad actual, la llamada a aplicar dicho examen sería la Corte Suprema, pues es ella la que otorga el título profesional. Naturalmente, en la elaboración del programa y modalidades de dicho examen pudieran intervenir los Ministerios de Justicia y Educación, las Universidades (tradicionales y privadas) y las asociaciones gremiales de abogados.

Ese examen sería, por definición, una medición homogénea para todos los candidatos y permitiría contar con un índice objetivo en la postulación a la Academia Judicial, para cargos públicos, para el otorgamiento de becas como la Presidente de la República. No cabe duda que los agentes privados se servirían también de él al decidir la contratación de un abogado, al menos para los letrados que acaban de obtener su título profesional.

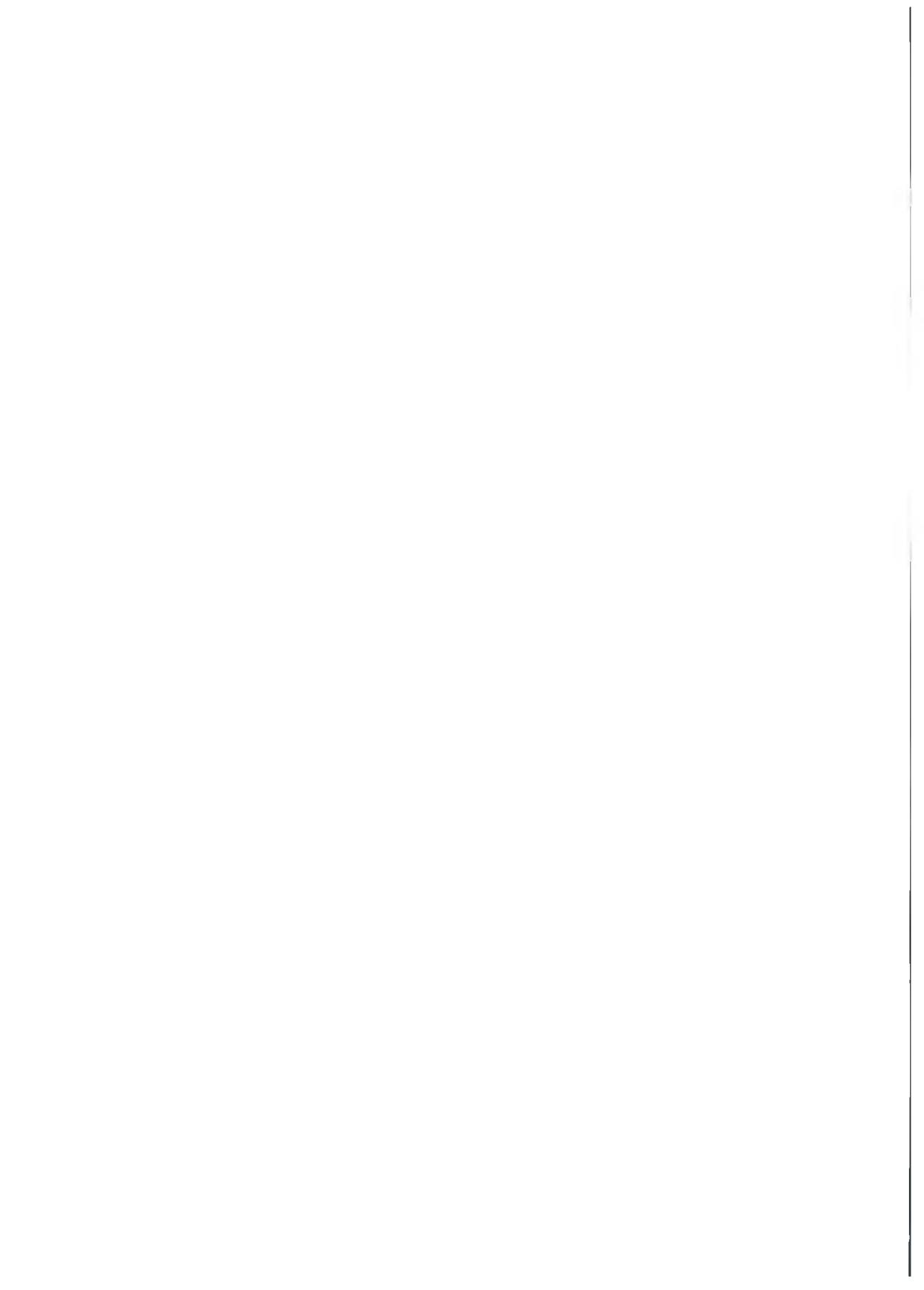
Desde luego, este examen no podría aplicarse a los abogados que ya obtuvieron el título profesional. Somos también partidarios de exceptuar a quienes ya estuvieran inscritos en una Facultad de Derecho. De esa forma se evitaría afectar derechos adquiridos y eventuales reparos de inconstitucionalidad.

**19. Creemos que debe invertirse o al menos atenuarse la actual jerarquía u orden de prelación de los objetivos de la práctica profesional. En efecto, el objetivo (loable) de brindar asesoría jurídica gratuita a personas que no cuentan con los medios necesarios para sufragar los gastos de su defensa por abogados particulares debe matizarse para poner un mayor acento en la formación del candidato.** Cada vez con mayor frecuencia los estudiantes han procurado durante sus estudios universitarios, de tal suerte que, en el sistema actual, la práctica profesional les aporta poco, por no decir nada.



Los encargados de supervisar las prácticas profesionales deben ser verdaderos pedagogos que, junto con cooperar a la resolución del problema que aqueja al consultante, deben también formar al postulante.

A través de estas breves líneas, hemos procurado demostrar que el fenómeno que experimenta la realidad universitaria y profesional del abogado ya se ha presentado en otras latitudes. Es de esperar que, más temprano que tarde, se establezca en nuestro país un examen único para obtener el título de abogado, cualquiera sea la procedencia universitaria del candidato: creemos que de esa forma se podrá evitar el deterioro de la calidad de la formación de los abogados. Si se dejan de lado los intereses mezquinos, todos los actores deberían apoyar esta iniciativa, pues es interés del Estado, de la sociedad, de los órganos jurisdiccionales y de la administración de justicia en general, de las universidades y de nuestro gremio que existan criterios objetivos, ecuanímenes y homogéneos para obtener el título profesional. Sólo así nuestra generación podrá legítimamente seguir sintiéndose orgullosa y amando nuestra profesión, en términos que podamos seguir aplicando el último de los célebres mandamientos del abogado formulados por Eduardo Couture: "Ama tu profesión: trata de considerar la abogacía de tal manera, que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado".



# Reflexiones sobre la constitucionalidad de un eventual restablecimiento del examen de competencia ante la Corte Suprema para la obtención del título de abogado



**Salvador Mohor Abuauad**

Profesor Titular de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD DE CHILE

1. La existencia de más de cincuenta universidades en el país que imparten la carrera de Derecho a través de sus respectivas Facultades y Escuelas, dentro de las cuales un número significativo lo hacen en horario diurno y vespertino, arroja periódicamente al mercado de las profesiones una cantidad considerable de abogados. Ella supera con creces a la que en promedio y guardando la debida relación de proporcionalidad se observaba con anterioridad a la dictación del DL 3.621, de 1981, que, como se sabe, estableció normas de aplicación general para el establecimiento de universidades privadas.

Por cierto, el incremento de la cantidad de profesionales no es algo que por sí mismo deba considerarse reprochable desde el punto de vista de la potencialidad intelectual de una nación y el mejoramiento de la calidad de vida de sus integrantes, amén del cauce institucional que las universidades ofrecen al desarrollo de las vocaciones, cuyo número y distribución, en tiempo y espacio, parecen quedar misteriosamente entregados al designio providencial. Sin embargo, debe reconocerse que el fenómeno no está exento de riesgos.

2. Uno de ellos, sin duda, está representado por una hipotética perversión basal de las finalidades inherentes a toda institución de educación superior, que se sintetizan principalmente en la formación académica al más alto nivel de excelencia y en la preparación de profesionales competentes y honestos. En efecto, la concurrencia de un gran número de universidades dentro de un sistema normativo que no las limita en función de las necesidades del mercado, puede conducir, a no mediar las debidas medidas de prevención, a un régimen de competición en el cual la progresiva disminución de los niveles de exigencia para el acceso, permanencia y egreso, y no las expectativas de una cada vez mejor y más eficiente formación académica y profesional, sean el principal aliciente para la captación de potenciales alumnos. Ello inevitablemente redundaría en el desprestigio de las profesiones y en un debilitamiento de la función

social que su recto ejercicio conlleva. La sobreproducción de profesionales y la relatividad ética de su desempeño parecen ir de la mano. Ello unido a la ausencia de una colegiatura obligatoria agravaría el problema.

3. Es en este contexto que se ha venido reflexionando sobre la posibilidad de restablecer el denominado examen de competencia que tradicionalmente tomaba la Corte Suprema a los que postulaban al título de abogado, de conformidad a la antigua Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (1875). Ello hipotéticamente evitaría la titulación de abogados que carecieran de conocimientos jurídicos y de las condiciones morales que se requieren para el debido ejercicio de la profesión, al mismo tiempo que contribuiría indirectamente a moderar la cantidad de abogados.

4. Siguiendo una tradición que se remonta a los tiempos de la Real Audiencia, el título de abogado era otorgado por el máximo tribunal del Estado, previo examen de competencia que el postulante debía rendir ante él, una vez acreditados los requisitos legales. De conformidad con el artículo 403 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 1875, dicho examen se rendía ante la Corte Suprema reunida en pleno para la comprobación de las aptitudes del aspirante. La Ley 4.409, del 8 de septiembre de 1928, relativa al Colegio de Abogados, por medio de su artículo 34, para hacer más expedito el trámite, reemplazó la intervención de la Corte Suprema por una Comisión, integrada por el Presidente de la Corte Suprema, el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago y el Presidente del Consejo General del Colegio de Abogados, la que, además de comprobar los requisitos legales del postulante, debía someterlo a un examen de competencia. Las disposiciones pertinentes de dicha ley fueron incorporadas posteriormente a los artículos 521, 522 y 523 del Código Orgánico de Tribunales.

En 1944, sin embargo, la Ley 7.855, del 13 de septiembre del mismo año, modificando los artículos citados, suprimió la exigencia de dicho examen, disponiéndose que el título de abogado se otorgaría en audiencia pública por la Corte Suprema reunida en pleno con los miembros del Consejo General del Colegio de Abogados, previa comprobación y declaración de que el candidato reunía los requisitos legales de los artículos 523 y 526 del Código Orgánico de Tribunales (artículo 521 modificado). En dicha audiencia el postulante debía jurar desempeñar leal y honradamente la profesión, luego de lo cual el Presidente del Tribunal, de viva voz, lo declaraba legalmente investido del título de abogado, dejándose constancia en acta de todo lo obrado, por el secretario de la Corte. El título o diploma que se entregaba al profesional debía firmarse por el Presidente de la Corte Suprema, los Ministros asistentes a la audiencia, el secretario mencionado y el Presidente del Consejo General del Colegio de Abogados, debiendo inscribirse en el registro de la Orden (artículo 522 reformado).

A partir, pues, del 13 de septiembre de 1944, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 7.855, dejó de rendirse por los postulantes al título de abogado el examen de competencia ante la Comisión señalada, siendo reemplazada esta exigencia por el procedimiento indicado. Este procedimiento, en esencia, se mantiene hasta hoy, con la salvedad que, en 1981, por el DL 3.637, del 10 de marzo de dicho año, se suprimió definitivamente la intervención que los artículos reseñados del Código Orgánico de Tribunales otorgaban al Colegio de Abogados.

## 5. ¿Qué motivos llevaron a la supresión del examen de competencia?

El estudio de la historia fidedigna de la Ley 7.855\* nos muestra que la supresión de este examen no fue precisamente algo que se aceptara pacíficamente. La gran mayoría de los argumentos que se esgrimieron en esa oportunidad, tanto en pro como en contra de dicho trámite, conservan todavía su actualidad, aun cuando las circunstancias históricas en que se vertieron sean muy diferentes a las que hoy imperan. Primeramente intentaré sintetizar de la manera más objetiva posible las ideas que se hicieron valer a favor de la eliminación de dicho examen.

a) **La inutilidad o redundancia** del examen de competencia, teniendo en vista las diversas exigencias académicas a que los postulantes se encuentran sometidos durante una permanencia superior a 5 años en la universidad: interrogaciones orales y escritas durante todo el periodo y por cada asignatura, exámenes de fin de año en presencia de, a lo menos, tres profesores, trabajos de seminario, memoria de prueba y un estricto examen de licenciatura para la obtención del grado respectivo, sin perjuicio de la práctica forense que debían realizar en los Consultorios Jurídicos para Pobres, bajo la dependencia del Colegio de Abogados, por espacio (en ese tiempo) de cuatro meses. Todo ello en el marco de planes y programas de estudios muy exigentes y de un riguroso sistema de selección de los profesores, que permiten a la Universidad formarse un concepto cabal de las condiciones académicas y morales de sus estudiantes y conferirles así el grado de licenciado. Frente a todo esto, ¿qué utilidad tendría un examen adicional ante un organismo como la Corte Suprema o una Comisión examinadora?

b) **La injusticia** que representa el hecho de que la Comisión examinadora, en un lapso de algunos minutos, pretenda aquilatar en el postulante conoci-

---

\* Boletín de la Cámara de Diputados, sesión ordinaria, en miércoles 19 de julio de 1944; sesión 39ª, ordinaria, en miércoles 2 de agosto de 1944; sesión 57ª, ordinaria, en miércoles 30 de agosto de 1944; sesión 69ª, ordinaria, en miércoles 6 de septiembre de 1944. Boletín del Senado, sesión 43ª ordinaria, en martes 22 de agosto de 1944; sesión 50ª ordinaria, en miércoles 30 de agosto de 1944.

mientos, moralidad, aptitudes, capacidad y vocación, condiciones que ya con anterioridad la Universidad, cumpliendo su fin propio, pudo razonablemente evaluar durante un tiempo superior a cinco años.

c) **La evidente desconfianza** que este examen de competencia involucra respecto de las capacidades, fines y responsabilidades de las Universidades en el proceso formativo de sus estudiantes, todo lo cual conduce a una clara y retardatoria duplicidad de funciones. El Estado, que primeramente asigna a la Universidad la labor de formación académica y moral de los alumnos, incurre luego en la contradicción de desconocerla, entregándole a un organismo ajeno a la Universidad la misión de decidir acerca de la competencia y moralidad de esos mismos estudiantes.

d) **El agravamiento** que este examen de competencia provoca en la desigualdad que, desde ya, implica mantener un sistema que impone a los Licenciados en Derecho un tratamiento excepcional del que no participan los estudiantes de otras carreras a los que la propia Universidad inviste del respectivo título.

e) **La pérdida de solemnidad y la ruptura de una tradición centenaria** que provocó la Ley 4.409, de 1928, al reemplazar la intervención de la Corte Suprema por una simple Comisión integrada con los Presidentes de la Corte Suprema, Corte de Apelaciones de Santiago y Colegio de Abogados.

f) **El menoscabo en su autonomía** que experimenta la Universidad con un examen que implica establecer sobre ella una suerte de supervigilancia estatal, que desconoce sus fines propios.

g) **La inconsecuencia de que un organismo no conformado por académicos** y por tanto carente de aptitudes pedagógicas, pretende poner en duda la formación académica impartida por organismos esencialmente académicos, exponiendo a los alumnos con preguntas inconducentes, a la humillación y al fracaso.

h) **La contradicción** que significa afirmar, por una parte, que la Comisión Examinadora se preocupa más bien de evaluar la calidad o condiciones morales del postulante antes que sus conocimientos jurídicos, y posibilitar, por otra, que aquellos que son reprobados repitan el examen una y otra vez hasta aprobarlo, como si quien fuera rechazado por falta de idoneidad moral pudiera recobrarla o adquirirla en exámenes sucesivos. Ello unido al trauma psicológico que se le provocaría al postulante que es reprobado una o más veces, determinaría la inconsecuencia del examen.

i) Si se acepta que los Tribunales ejerzan sobre los abogados sólo un control eminentemente moral, pues no se los puede sancionar directamente por su

ignorancia en materias jurídicas, **resulta inconsecuente que el examen de competencia se extienda además a los conocimientos del Derecho del postulante.** Se argumenta, en consecuencia, que el examen no se justificaría y que para aquilatar la importancia de lo moral en el ejercicio profesional sería suficiente, como compromiso de un comportamiento ético, el juramento que solemnemente formula el postulante ante la Corte Suprema en audiencia pública, de desempeñar leal y honradamente la profesión.

j) Por último se sostiene que es el **Colegio de Abogados** el que con más propiedad evalúa los conocimientos jurídicos y las condiciones morales del postulante durante su periodo de práctica forense, en los llamados Consultorios Jurídicos para Pobres, haciendo así completamente inconducente la rendición de un examen de competencia ante la Corte Suprema o ante una Comisión Examinadora ajena a la Universidad.

#### 6. ¿Qué razones se esgrimieron sobre la conveniencia de mantener el examen?

a) El examen de competencia que los postulantes al título de abogado deben rendir ante la Corte Suprema tiene una **tradición centenaria** que se origina en la vinculación esencial de la abogacía con el Poder Judicial, de cuya tuición disciplinaria dependen los abogados, y que es considerada como auxiliar de la administración de justicia.

b) Dicho examen no sólo busca evaluar los conocimientos jurídicos de los postulantes, sino, además, **sus condiciones morales**, contribuyendo por tanto a favorecer el desempeño ético de la profesión.

c) Los miembros de la **Comisión Examinadora** creada por la Ley 4.409 se manifestaron, en general, a favor de la mantención del examen en razón de haber podido comprobar que en determinados casos los egresados de las Escuelas de Derecho no cuentan con la suficiente preparación jurídica y moral para la obtención del título. Agregan que no existiendo justificación razonable para su derogación, dicho examen, como sucede con toda institución que cumple con sus fines, debiera mantenerse. Niegan que el número de reprobados sea muy alto (no más del 3 ó 4 %) y que las preguntas que se formulan en el examen sean absurdas, desde que siendo el examen secreto, no sería posible enterarse objetivamente de ellas. Precisan que, por lo demás, el hecho de que los candidatos reprobados puedan repetir el examen les obliga a mejorar su formación jurídica, de modo que quienes se resisten a cumplir con esta obligación son quienes precisamente pugnan por la derogación de dicho examen.

d) Se cuestiona la idea de **delegar** en el Colegio de Abogados la responsabilidad de evaluar los conocimientos y aptitudes morales del postulante, por la mayor solvencia moral que se les supone a los miembros integrantes de la comisión examinadora creada por la Ley 4.409.

e) En general, se atribuye a este examen el mérito de haber gatillado un **mejoramiento** de los planes y programas de estudio de las Escuelas de Derecho y de los procedimientos de selección del profesorado.

f) La eventual supresión del examen de competencia **favorecería el incremento** desmedido del número de abogados y las presiones de los abogados sin trabajo por engrosar las filas de la burocracia, propugnándose en cambio, la conveniencia de favorecer la obtención de aquellos títulos profesionales que se vinculan con la producción y la salud, como los de ingenieros, agrónomos, médicos y dentistas. Se descalifica el proceder de parlamentarios y postulantes que han sido reprobados, pues comprometen sus energías en la insignificancia de suprimir un examen para favorecer a cincuenta o cien postulantes que no han podido recibirse por falta de tiempo o capacidad. En relación con el excesivo número de abogados existente, se cuestionan las facilidades que se les dan para obtener su título, a lo cual se agrega un edificio con toda clase de comodidades construido muy cerca del centro para el estudio del Derecho, a pesar de la indigencia en que se encuentran las Escuelas Universitarias relacionadas con la producción, como la Escuela de Ingeniería, relegada al Parque Cousiño, y la Escuela Práctica de Agricultura, con sus galpones inhóspitos, todo lo cual se hace contrastar con los bajos niveles de producción existentes en el país y la necesidad de promoverlos.

7. En principio el conjunto de las argumentaciones formuladas a favor de la mantención del examen, como aquellas que se vertieron para justificar su abolición, parece susceptible de extrapolarse a nuestra realidad. Sin embargo, debe tenerse el cuidado de incorporar en el análisis aquellos elementos de juicio que objetivamente sólo concurren en el momento presente, como la cantidad de Universidades y Escuelas de Derecho, cuyo número es muy superior al que existía cuando se aprobó la Ley 7.855, de 1944, época en la que sólo funcionaban cuatro universidades (Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica, Universidad de Concepción y Universidad Católica de Valparaíso), así como también el aumento exponencial de la cantidad de abogados que ello ha traído como consecuencia. La inexistencia de condicionamientos de tipo legal o administrativo que de una manera efectiva permitan determinar las carreras que habrán de impartirse, o permitan ajustar, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, la existencia y concurrencia de Universidades a las necesidades de mercado, constituye por sí solo un factor que promueve y estimula su creación; aunque es discutible que tales limitaciones puedan



establecerse, a la luz de los requerimientos constitucionales de la libertad de enseñanza en el marco de una organización de inspiración neoliberal, en donde el mercado es el que orienta la toma de decisiones.

En este contexto el restablecimiento del examen en cuestión ante un organismo extrauniversitario que, en razón de su alta investidura y solvencia moral, pueda asegurar la competencia y moralidad de los postulantes al título, hasta donde sea posible, parece cobrar fuerza. Ello, sin embargo, debe evaluarse a la luz de los preceptos constitucionales vigentes, a fin de llegar a determinar su procedencia jurídica, cuestión esta que intentaremos dilucidar en los párrafos siguientes, a lo menos en sus aspectos más generales. La naturaleza del tema, no obstante su aparente simplicidad, es compleja, por sus implicancias y proyecciones y, por cierto, susceptible de diversas apreciaciones.

8. La posible reinstitucionalización del examen significaría incorporar al proceso de formación del postulante una nueva exigencia a satisfacer con el fin de obtener el título, exigencia que se agregaría a la lista de requisitos que se contiene en el artículo 523 del Código Orgánico de Tribunales. Como ella involucra la imposición sobre el postulante de una obligación cuyo cumplimiento éste no podría eludir, el nuevo requisito viene a constituir una limitación jurídica adicional en el proceso formativo que lleva adelante dicho postulante, en el ejercicio de su derecho a la educación. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental, deberá evaluarse si esa limitación afecta la esencia del derecho mencionado, o si impide su libre ejercicio, para llegar a determinar si, por este concepto, resulta o no procedente reinstalar el examen.

Por otra parte, en la línea de la lógica que se sigue, también deberá analizarse si la institucionalización del examen afectaría la esencia de otros derechos en los que indirectamente pudiera incidir o si, en su caso, impediría el libre ejercicio de los mismos, como podría suceder con la libertad de enseñanza, la libertad de trabajo, el derecho a realizar actividades económicas y el derecho de propiedad, sin perjuicio de su repercusión en el ámbito de las igualdades, pues igualmente, por estos conceptos, deberá determinarse la procedencia de dicho examen.

9. **Por lo que respecta al derecho a la educación**, si consideramos que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional basada en la de su homónimo alemán, la esencia de un derecho fundamental es todo aquello que lo identifica, permitiendo diferenciarlo de los demás derechos, debiéramos concluir que una limitación, como el examen a que nos referimos, concebida con el propósito de verificar y de asegurar que efectivamente el postulante al título cuenta con la competencia y condiciones morales que se requieren

para el ejercicio profesional, no podría estimarse que desvirtúe la identidad del derecho a la educación, como no lo harían las interrogaciones, controles y exámenes a que el postulante es sometido durante el transcurso de su proceso formativo, proceso que, considerado objetiva y globalmente, comprendería también la rendición del nuevo examen. Antes bien, esta última exigencia, en teoría, estaría llamada a garantizar su seriedad y efectividad.

#### **10. Debemos ahora decidir si la imposición del nuevo examen configura una limitación que impediría el libre ejercicio del derecho a la educación.**

La jurisprudencia a que se ha recurrido para conceptuar la esencia de un derecho se preocupa igualmente de precisar cuándo debe entenderse que una limitación impide el libre ejercicio de un derecho. Previene sobre el particular que ello sucede cuando se establecen requisitos, condiciones, o tributos que entran el ejercicio del derecho más allá de lo razonable. Reflexionemos sobre este punto. Si las Universidades son instituciones de educación superior que se han constituido de conformidad con la legislación vigente (Ley 18.962, artículos 29 al 55), de tal manera que el sistema educacional las acepta con todas sus implicancias; si, por disposición de la misma legislación, son ellas las encargadas de la formación académica y profesional en el más alto nivel de excelencia, gozando para ello de la autonomía académica en el ejercicio de la cual establecen sus planes y programas de estudio, bajo el control del Consejo Superior de Educación, organismo público que debe pronunciarse sobre sus proyectos institucionales y verificar progresivamente su desarrollo; si esa autonomía no es más que una manifestación específica de aquella que en forma más amplia la Constitución asegura a los cuerpos intermedios de la sociedad en el artículo 1º inciso 3º; si en el marco de lo señalado realizan sus actividades de docencia, investigación y extensión, de conformidad con una metodología científica y con profesores cuya capacidad e idoneidad se han verificado de acuerdo a un riguroso proceso de selección; y si, por último, corresponde a las propias Universidades en el ejercicio de sus facultades legales otorgar grados académicos y títulos profesionales a estudiantes que se han sometido al proceso formativo correspondiente, basado en los planes y programas sancionados por la autoridad competente, después de haber superado todos los controles, interrogaciones, exámenes, trabajos de investigación, memorias y el examen final de grado, con profesores cuya capacidad e idoneidad han sido igualmente reconocidas por la autoridad, después de un minucioso control; entonces, dados tales presupuestos, y en una dimensión meramente normativa, ¿qué sentido tendría obligar a los postulantes a rendir un examen adicional ante un organismo no académico, extrauniversitario e integrado por personas que no necesariamente tienen formación pedagógica, cuyo conocimiento del Derecho es esencialmente práctico y que por tanto carecen de una visión jurídica teórico-sistemática que los habilite para conducir razonable y ordenadamente

una interrogación de acuerdo a los principios generales de la disciplina?, ¿qué objeto puede tener exponer a los postulantes a que, en unos cuantos minutos, se desbaraten sus legítimas expectativas y se les desconozca intempestivamente una formación universitaria de más de cinco años de duración, avalada por el propio Estado, de acuerdo con la Constitución y las leyes? ¿Es razonable incurrir en duplicidad de funciones, considerando la pérdida de recursos y de tiempo que necesariamente conlleva? ¿Es razonable entregar a la comunidad nacional el mensaje de que el sistema universitario está colapsado y que, por tanto, es menester someterlo a un régimen de interdicción a cargo de un organismo estatal ajeno a la Universidad, que inevitablemente habrá de comprometer su autonomía constitucional (artículo 1° inciso 3° de la Constitución Política de la República)? ¿Es razonable caer en la contradicción de sostener que ante un organismo no académico, integrado por miembros que no necesariamente tienen formación pedagógica, se habrá de evaluar su condición académica?

En teoría, **y siempre en un plano normativo**, lo razonable sería que, detectado el riesgo de incumplimiento de los objetivos propios de una Universidad o materializando dicho incumplimiento, entraran oportunamente en juego los medios de acción preventivos y represivos del propio sistema educacional y se aplicaran las sanciones que sirvan de eficaz disuasivo a futuras irregularidades, procediéndose en casos graves a la cancelación de su personalidad jurídica y a la revocación del reconocimiento oficial del Estado (artículo 53 de la Ley 18.962).

En conclusión, el restablecimiento eventual del examen de competencia a rendir ante la Corte Suprema u otro organismo constituiría un requisito o condición que por su naturaleza entraría el ejercicio del derecho a la educación más allá de lo razonable y, por tanto, la norma que lo consagre sería inconstitucional.

### **11. ¿El restablecimiento del examen en cuestión afectaría la esencia de la libertad de enseñanza?**

Pienso que si una institución de educación superior, en el ejercicio de la libertad de enseñanza, emplea todas sus energías creativas al servicio de sus alumnos, procurando otorgarles la mejor formación académica y axiológica posible, dentro de un sistema institucional avalado por el propio Estado, todo lo cual termina concretándose en el otorgamiento del grado académico respectivo, pero luego una institución no académica tiene en el hecho la virtud de poder desconocer todo ese proceso formativo, declarando que el postulante al título posee una formación jurídica deficiente o carece de las condiciones morales suficientes, entonces ese desconocimiento afecta la esencia de la libertad de enseñanza en cuyo ejercicio la Universidad prepara a sus estudiantes. En dicha

hipótesis la libertad de enseñanza se desvirtúa, perdiendo su identidad característica, pues un poder superior termina, eventualmente, haciendo tabla rasa de sus frutos.

## 12. ¿Se impide con ello el ejercicio de la libertad de enseñanza?

Pienso que no, pues objetiva y materialmente la Universidad se encuentra siempre en situación de iniciar y consumir, dentro de su ámbito de acción, el proceso formativo de sus estudiantes. Cosa distinta es que luego todo ese proceso formativo pueda eventualmente ser desconocido a través del examen en cuestión, en sede extrauniversitaria, circunstancia esta última que no parece entorpecer el ejercicio mismo de la libertad de enseñanza más allá de lo razonable, aunque deba reconocerse que subjetivamente la conciencia del riesgo que implica un control ulterior siempre sería un factor perturbador.

13. Por lo que respecta a las **libertades de trabajo y económica** que la Constitución Política de la República asegura en los numerandos 16 y 21 de su artículo 19, la incidencia que sobre ellos tendría el examen en cuestión en nada parecería afectar su esencia, pues seguirían existiendo como tales, con o sin la reposición de dicho examen. Pero si, como se ha concluido, la limitación que implica el restablecimiento de dicho examen carece de razonabilidad dentro del sistema educacional, deberíamos igualmente concluir que esta circunstancia representaría un impedimento no razonable al ejercicio de dichas libertades, **en la medida que pudiera llegar a obstaculizar la elección de un trabajo o el desempeño de una actividad económica para cuyo desarrollo se requeriría estar en posesión del título profesional.**

14. La restauración del examen de competencia también podría, a nuestro juicio, lesionar el derecho constitucional de propiedad de los estudiantes, pues por causa de un nuevo trámite, básicamente contrario a la Carta Fundamental, **se les causa un daño patrimonial que constitucionalmente no se encuentran obligados a soportar y que se vincula en relación de causa-efecto con el restablecimiento del examen por parte del Estado.** Concretamente este daño consistiría en la eventual pérdida de todo lo que invirtieron durante el período de su formación, por concepto de derechos de matrícula y colegiatura, gastos que, de acuerdo al sistema vigente al momento de la incorporación, eran los únicos que debían legalmente efectuar.

15. La posible restauración del examen tiene también repercusiones en el **ámbito de las igualdades.** Descontando la particularidad de que la abogacía sea la única profesión cuyo título no es otorgado por la Universidad, sino por un órgano externo a ella, como es la Corte Suprema, y que encuentra su debido fundamento en la tradición y en la estrecha vinculación de su ejercicio con el

Poder Judicial, dicho examen tendría incidencia sobre la igualdad de oportunidades y también sobre las igualdades jurídicas, como la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas (artículo 19 N°2 y N°20 de la Constitución Política de la República).

En relación con la igualdad de oportunidades, ello queda de manifiesto si se considera que la eventual reprobación del examen, al afectar, como se ha explicado, la esencia del derecho a la educación, se transformaría en un obstáculo a la realización espiritual y material del postulante, impidiéndole así participar en la vida nacional en las mismas condiciones que aquellos que no están expuestos a este examen (artículo 1° inciso final de la Constitución Política de la República).

Su eventual restablecimiento también afectaría la igualdad del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, pues la norma legal que lo instituyera estaría imponiendo una diferenciación arbitraria, carente, por tanto, de un fundamento de razón, de justicia o de bien común. **De razón**, porque, como ya se ha explicado, resulta contradictorio afirmar que con dicho examen se busca detectar y prevenir deficiencias en la formación académica de los estudiantes, en circunstancias de que el organismo ante el cual se rinde no es esencialmente académico, entre otros motivos; **de justicia**, porque a este examen únicamente serían sometidos los egresados de Derecho, como si sólo en esta área del conocimiento se detectaran deficiencias, con lo cual, por otro lado, se infringiría la igualdad a que se refiere el artículo 19 N° 20, que obliga a repartir las cargas públicas en forma igualitaria; y **de bien común**, porque no se configura una condición social que favorezca la mayor realización espiritual y material de todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional, con un examen que representa una negación del sistema de educación superior instituido de conformidad con la Constitución y las leyes, el cual **dispone de sus propios medios de acción para prevenir y enfrentar eventuales irregularidades**.

16. La improcedencia jurídica de un eventual restablecimiento del examen en cuestión no significa desconocer, en la especie, los riesgos que conlleva la multiplicidad de Universidades concurrentes sobre la formación jurídica de los estudiantes, según se ha señalado con anterioridad. Tampoco significa aceptar que la Corte Suprema desempeñe el rol de un buzón o mero receptor de antecedentes legales en el otorgamiento del título, y, en consecuencia, el de un dispensador automático del mismo, especialmente en términos de la responsabilidad moral que asume ante la comunidad nacional.

Pero conviniendo en la importancia que reviste el hecho de que sea la Corte Suprema quien otorgue el título de abogado por las razones que se han expli-

**citado, ¿cómo conciliar una intervención que permitiendo la participación de la Corte Suprema en el proceso de evaluación académica y axiológica de los postulantes, no involucre al mismo tiempo una intromisión indebida en el ámbito de competencia que el sistema educacional otorga en exclusividad a las Universidades?**

Ya se ha visto que la intervención de un organismo o la formación de una comisión examinadora ajenos a la Universidad, con el poder de denegar el otorgamiento del título a aquellos postulantes que, a su entender, carezcan de la debida formación jurídica y axiológica, es algo que jurídicamente resulta improcedente, por transgredir diversas disposiciones de la Constitución y por implicar un desconocimiento de la labor que las leyes asignan exclusivamente a las Universidades. No sólo eso. Además sería derechamente impracticable, considerando el número de Universidades que imparten la carrera de Derecho y el de postulantes que aspiran al título cada año, alrededor de 1.700 en el año 2005 y 1.600 en el 2006. Sería virtualmente imposible que la Corte Suprema o una Comisión como la que se creó por la Ley 4.409 pudiera examinar a tan alto número de postulantes en forma oportuna y eficiente. Este parece no ser el camino.

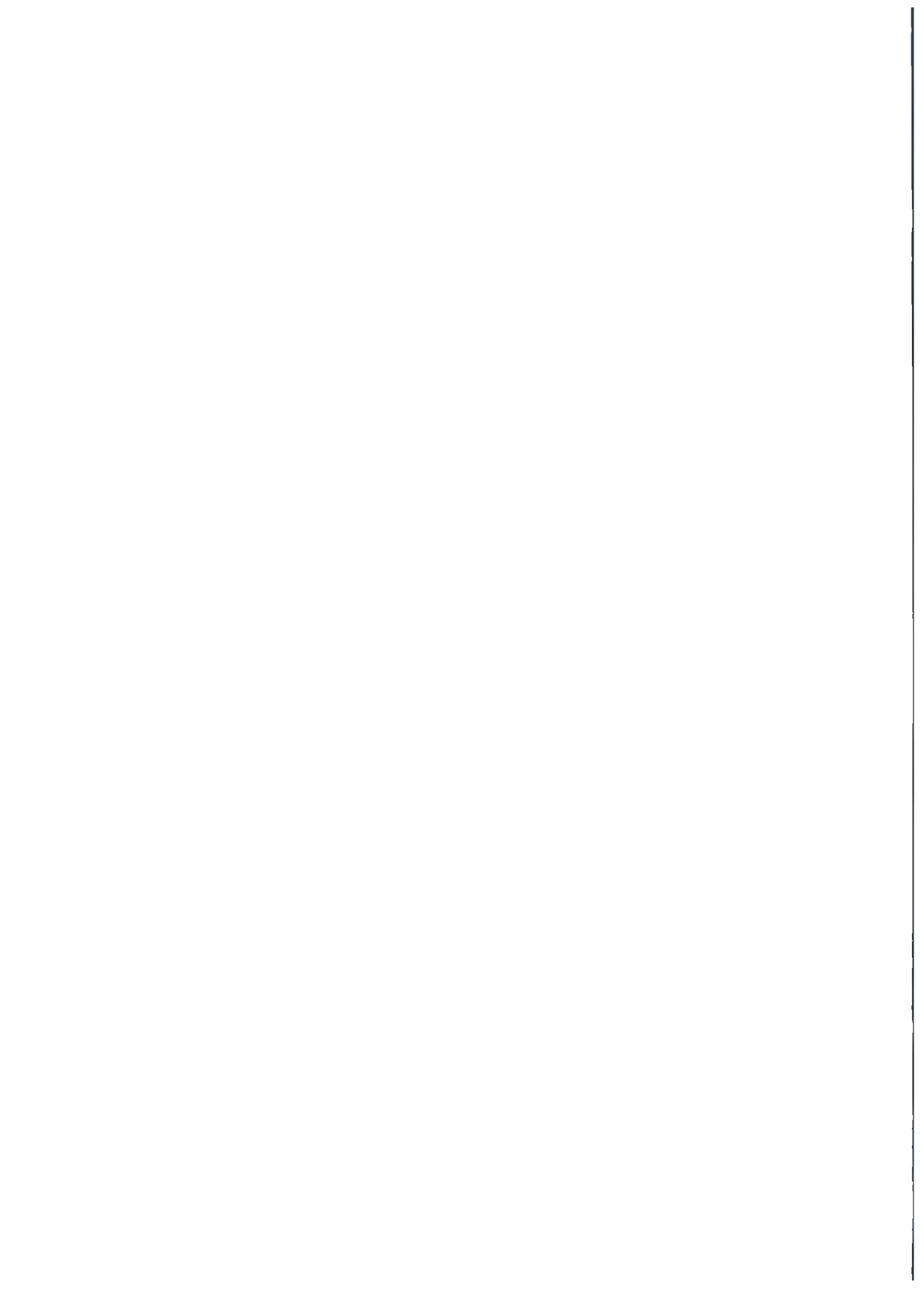
A mi entender, existiría una forma de lograr la armonización deseada, y esta no es otra que la de establecer **un sistema de acuerdo al cual la Corte Suprema se integre, de alguna manera, al proceso de evaluación de las Universidades**, como, por ejemplo, entrando a formar parte de las comisiones de licenciatura de las Universidades a través de alguno de sus Ministros o de personas versadas en el conocimiento jurídico, en calidad de representantes. A fin de evitar una intromisión contraria al principio de autonomía constitucional que se reconoce a los cuerpos intermedios de la sociedad y, específicamente, evitar un compromiso de la autonomía académica, los Ministros o representantes **no debieran tener derecho a voto**, sino sólo derecho a voz, permitiéndoseles tomar parte en las interrogaciones. Además la señalada modalidad debiera aplicarse **en forma general a todas** las Universidades que imparten la carrera, para evitar reparos fundados en el principio de igualdad y considerando que el riesgo de mal formación académica puede, en esencia, darse respecto de cualquier Universidad, pública o privada.

De acuerdo con este sistema se salvaguarda la competencia y autonomía propia de las Universidades; se refuerza el proceso formativo de los estudiantes con el aporte renovador de nuevos enfoques; se mantiene el control y dirección de los exámenes en manos de los propios académicos; se hace participar razonablemente a la Corte en la formación y evaluación de los estudiantes, evitándose con ello que su actuación se reduzca a la de un mero receptor de antecedentes; y, por último, se sortea el obstáculo de las inconstitucionalidades

en que inevitablemente se incurriría con el restablecimiento del examen de competencia, de acuerdo a lo señalado en los párrafos precedentes.

Sin embargo, este sistema descrito en sus aspectos más generales, no está exento de inconvenientes, aunque, por cierto, ostensiblemente menores que los que conllevaría el restablecimiento de un examen de competencia extrauniversitario. En efecto, el número de Universidades y postulantes es un serio desafío para cualquier sistema o mecanismo de control efectivo que se pretenda instituir, y una manera de salvarlo prudencialmente sería estableciendo un mecanismo de sorteo en virtud del cual seleccionar a las Universidades que habrán de ser objeto de este control, sorteo que debería producirse al término del año lectivo, para evitar una publicidad inoportuna y promover de manera más efectiva el mejoramiento del proceso formativo. Por otra parte, debería establecerse un turno entre los miembros de la Corte, a fin de seleccionar al o a los Ministros concurrentes, sin perjuicio de la designación de especialistas ajenos a ella y que podrían integrarse igualmente al proceso en su representación.

Pienso que sería una forma moderada de resolver la cuestión de compatibilizar una intervención de la Corte Suprema, que le permita efectivamente participar en el proceso formativo de los estudiantes previniendo eventuales irregularidades o excesos, con la autonomía de las Universidades, la salvaguarda de los derechos de los estudiantes y los intereses generales de la sociedad.





## **Notas sobre la enseñanza del derecho en las Indias**

**Eduardo Andrades Rivas**

Profesor Titular de Historia del Derecho e  
Historia Constitucional de Chile  
Facultad de Derecho  
**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

### **Preliminar**

Una curiosa pero constante tradición de nuestra cultura jurídica nacional consiste en cuestionar periódicamente la conveniencia de mantener en el currículo de estudios de derecho los llamados cursos de "Ciencias del Derecho" o propios del Humanismo Jurídico. Así, con una puntualidad de dos décadas, que resulta no solo asombrosa sino risible, supuestos reformadores de los estudios jurídicos, generalmente desprovistos de la formación adecuada,<sup>1</sup> abogan por la supresión de asignaturas que llaman "inútiles" o impropias de lo jurídico, como la Iusfilosofía, el Derecho Natural, la Historia del Derecho (occidental y nacional) y la favorita de estos émulos de los antiguos bárbaros, el Derecho Romano. Sus justificaciones, cuando se molestan en indicar alguna, suelen vincularse a la inutilidad de estos conocimientos en la "realidad de la carrera", la aparente falta de especialistas para dictarlas, la supuesta "saturación de materias del currículo" y más recientemente la pretensión de reducir los estudios de cinco a cuatro años. Este tipo de ataques ha generado las consecuencias más variopintas en aquellas Facultades en que han logrado la victoria, aunque

---

<sup>1</sup> Y muchas veces mediocres o malos alumnos en dichas disciplinas en sus años universitarios.

pasajera. Y lo que resulta más incomprensible es que olvidan por completo que los primeros afectados por este tipo de mutilaciones formativas son los estudiantes universitarios, que se vuelven verdaderos conejillos de Indias de las más descabelladas iniciativas, cuyo fracaso obliga a volver en forma por demás traumática al currículo tradicional.

Cabría preguntarse ¿qué hay de malo en dicho currículo? ¿Acaso no tiene en el ámbito de las instituciones civiles casi 19 siglos de antigüedad, desde las Instituciones de Gayo? ¿Y en el ámbito del Derecho Procesal no cuenta con una experiencia de más de 600 años, desde las Partidas del Rey Sabio?

No es nuestro propósito defender aquí la conveniencia de preservar la formación romanista, filosófica e histórica en la formación de todo buen abogado, ello ya lo han hecho con mucho más talento autores de nuestro medio y del extranjero.<sup>2</sup> Por lo demás correspondería a los críticos de estas disciplinas esenciales dar argumentaciones reales y no falaces en su contra. Pero no hemos de ilusionarnos. Desde el programa político de Adolfo Hitler, que en 1933 instaba por la supresión de los estudios romanistas, no ha existido argumentación verdadera de ninguna naturaleza en este sentido. Entonces, es tal vez la indiferencia de los docentes el gran apoyo que tienen los adversarios de nuestras asignaturas. Vaya para ellos una declaración de energía: Las Humanidades no han muerto, gozan de buena salud y continúan prestando sus valiosos servicios a la formación de los nuevos abogados, y habrán de seguirlo haciendo permanentemente.

Con todo, desde nuestra experiencia, puede resultar una útil ilustración al debate aludido el recordar nuestra tradición formativa desde los tempranos días de la Conquista del Nuevo Mundo y hasta el inicio de la República. Es el propósito de las explicaciones que se contienen a continuación. Esperamos que contribuya a animar una discusión frecuentemente eludida por los responsables de diseñar nuevos currículos de estudio.

<sup>12</sup> Al respecto ver Zapata Larraín, Patricio, "¿Quo Vadis Derecho Romano? Enseñanza Romanística y formación jurídica en Chile", en Terrazas Ponce, Juan David, editor, *Viae Romanae, estudios en homenaje a Francisco Samper Polo*, A&V Comunicaciones, Santiago, 2006, pp. 125 y ss. En el mismo sentido, Soto Kloss, Eduardo, editor, *Álvaro D'Ors, homenaje a un maestro*, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2004, 100 p.; Martínez B., Sergio, "Una cátedra en auge", y Ávila M., Alamiro, "La enseñanza del Derecho Romano en Chile, desde sus orígenes hasta el siglo XIX", ambos estudios en Dougnac R., Antonio, y Eyzaguirre V., Felipe, editores, *La Escuela chilena de historiadores del derecho y los estudios jurídicos en Chile*, tomos I y II, Ediciones de la Universidad Central, Santiago, 1999, pp. 355 y ss., y 25 y ss., respectivamente.

## Las universidades indianas

Conocido es el interés de la Corona Castellana por dotar a los reinos de las Indias con Universidades en donde los habitantes del nuevo mundo pudieran completar sus estudios superiores. La Corona, empeñada en su afán de fundar "reinos nuevos", replica en las Indias los órganos e instituciones que habían impulsado el desarrollo cultural en la Península, así como funda órganos particulares para la realidad del nuevo hemisferio, como los colegios de naturales.

En el ámbito de la educación superior, la primera de las Universidades en el Nuevo Mundo fue la de Santo Domingo, erigida en 1538 por iniciativa de la Iglesia Católica.<sup>3</sup>

Sin embargo, las fundaciones más complejas y ambiciosas verían la luz en 1551 en ambos extremos del continente, México y Lima. Una antigua querrela entre ambas por determinar cuál de las dos fue la primera ha sido resuelta a favor de la Universidad de México.<sup>4</sup> Como quiera que se estime, ambas fueron fundadas siguiendo el modelo de las Universidades de Salamanca, Alcalá de Henares y Valladolid. Y además, tenían el carácter de Universidades Pontificias. Ambas constaban con Facultad de Cánones y Leyes, como se conocía en aquellos tiempos a las escuelas de derecho y a ellas concurrían los estudiantes provenientes del reino de Chile, desde la segunda mitad del siglo XVI.

## La enseñanza del derecho en las Indias

Volvamos a nuestro tema. La participación de los abogados en la empresa de las Indias distaba de resultar pacífica. En efecto, el prestigio de los abogados que habían obtenido el pase o permiso de viaje a las Indias había sufrido un grave deterioro debido a la escandalosa cantidad de juicios promovidos entre los conquistadores. Asuntos que iban desde riñas callejeras, hasta las complicadas tratativas para regular los repartimientos de indios. Gran parte de los bachilleres y licenciados que llegaban a las Indias se valían de los expedientes más increíbles para iniciar juicios y litigios que no tenían fin. Y es que a falta de

<sup>3</sup> Cfr. Eyzaguirre G., Jaime, *Historia del Derecho*, 16ª edición, Editorial Universitaria, Santiago, 2000, p. 194. La bula papal de erección fue fechada el 28 de octubre del mismo año 1538. La Universidad recibió del Consejo de Indias los mismos privilegios reales que la Universidad de Alcalá. Cfr. Dougnac R., Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, 2ª, Editorial McGraw Hill, México, 1998, p. 220.

<sup>4</sup> Como se sabe, habiendo sido fundadas ambas en el mismo año, la Cédula de erección de la de Lima data del 12 de mayo, mientras que la de México corresponde a una cédula de 21 de septiembre, no obstante las actividades docentes de la de México se iniciaron antes que la de Lima, el 25 de enero de 1553. Sus primeras constituciones fueron elaboradas por las autoridades del Virreinato y en forma supletoria regirían las de la Universidad de Salamanca. Cfr. Dougnac R., Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, op. cit., p. 220.

méritos militares y por ende premios de la corona en tierras o indígenas, los abogados dependían de la obtención de honorarios para poder sobrevivir. Ello se tradujo en un alza de los litigios (lo que hoy los técnicos llamarían el "Índice de Litigiosidad") de más de un 700% en tan solo 10 años, entre 1494 y 1504, fecha de la muerte de la reina católica, los juicios promovidos en las Indias se elevaron de 50 al año a más de 350. Y ello mientras que la población de origen hispánico se elevaba sólo en un 150% para el mismo periodo de tiempo.<sup>5</sup>

Tal situación colmó la paciencia de la Corona. En 1509, don Fernando el Católico, gobernador y regente del reino de Castilla, debido a la insania mental de su hija doña Juana la Loca, tomaría una tajante pero muy explicable medida, que consistía en ordenar a la Casa de Contratación que prohibiera totalmente el pase de abogados a las Indias y bajo pena de muerte para el que burlara la prohibición.

Nuestra profesión se encontraba así en el nadir de su desprestigio. Pero pocos años más adelante el Emperador Carlos, nieto de don Fernando, dejaría sin efecto la orden de su abuelo. En efecto, los conflictos producidos en las Indias, al desatarse las apetencias económicas y las pasiones de todo orden entre los conquistadores, habían aumentado sin control pese a la prohibición, y los tribunales no eran suficientes para dar respuesta oportuna a los conflictos creados.

Los abogados recobraron así su lugar en la naciente sociedad indiana. Y la profesión jurídica fue, junto con la Teología, la única que las principales Universidades americanas, la de México y la de San Marcos de Lima, impartieron como cátedra hasta el grado de doctorado. Debe recordarse que lo que se enseñaba en ellas era solo el derecho romano (prima de leyes) y derecho canónico (prima de cánones). Como veremos más adelante, las leyes de Indias no eran estudiadas por los alumnos en la Universidad, sino en la práctica.

En las dos Universidades indianas indicadas, México y San Marcos, la enseñanza del derecho se componía de explicaciones de Derecho Común, con cátedras de Prima y Víspera de Leyes, Código, Institutas, Digesto Viejo y Volumen, para el Derecho Romano, y de Prima y Vísperas de Cánones, Decreto, Decretales, Liber Sextus y Clementina, en Derecho Canónico.

Al finalizar sus estudios el alumno debía ser sometido a una examinación por parte de un doctor de la Universidad que testimoniaba que había rendido las

<sup>5</sup> Cfr. Laredo P., Eugenio, *Justicia y abogados en el Caribe durante el siglo XVI*, Editorial Edeves, San Juan, 1968, p. 253.

materias del currículo. Declarada su suficiencia, se le considera bachiller, con lo que adquiría los derechos inherentes a tal condición y la posibilidad de optar a los grados de licenciado y doctor.<sup>6</sup> El proceso de obtención de los grados académicos estaba cuidadosa y rigurosamente regulado en la legislación indiana y en las Constituciones de las respectivas Universidades. Para la adquisición del grado de doctor era preciso aprobar dos exámenes: el primero de ellos, reservado o secreto, habilitaba para obtener el grado de licenciado. Consistía en una interrogación por parte de 16 doctores sobre puntos de la legislación romana o canónica. El segundo, que daba derecho al grado doctoral, era una lectura pública de tesis y su respectiva defensa, frente a las interrogaciones o “vejámenes” de los doctores más jóvenes del claustro. Aprobada la *lectio* o lectura de la tesis doctoral, el candidato era investido con los símbolos de su rango académico<sup>7</sup> y admitido a los claustros.<sup>8</sup>

No obstante lo anterior, no hemos de olvidar que las restricciones al ejercicio de la profesión se extendieron durante todo el periodo indiano. Así, hacia 1802 la Real Audiencia de Buenos Aires reiteraba la necesidad de limitar el número de abogados a un máximo de 24. Para Madrid la Novísima Recopilación estipulaba un número máximo de 200. Este tipo de restricciones se basaba en las supuestas “perniciosas consecuencias que con grave perjuicio del público, buen gobierno y administración de justicia ocasiona la multitud de abogados en los dominios de Indias”.<sup>9</sup>

## La recepción del derecho común en Indias

Tradicionalmente se ha insistido en la influencia que sobre el derecho indiano tuvo el *ius commune*. Concordamos en lo esencial con dicha afirmación, pero su exacta dimensión e intensidad ha sido objeto de recientes estudios, entre los que destacan los trabajos del profesor chileno Javier Barrientos, tanto para la Nueva España como para el reino de Chile.<sup>10</sup> En ambas obras el profesor Barrientos estudia las bibliotecas de juristas indianos y concluye con interesan-

<sup>6</sup> Cfr. Dougnac R., Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, op. cit., pp. 223-224.

<sup>7</sup> Un libro, un birrete y anillo.

<sup>8</sup> En la obra de Derecho Indiano de Dougnac se contiene una sintética y precisa narración de todos esos procedimientos. Cfr. Dougnac R., Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, op. cit., pp. 224-225.

<sup>9</sup> Cfr. Levene, Ricardo, *Notas para la historia de los abogados en Indias*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, número 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959, pp. 9 a 12.

<sup>10</sup> Cfr. Barrientos G., Javier, *La cultura jurídica en el reino de Chile, bibliotecas de ministros de la Real Audiencia de Santiago* (s. XVII – XVIII), Cuadernos de Análisis Jurídico de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1992, 482 p., y del mismo autor, *La cultura jurídica en la Nueva España. Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Méjico, 1993.

tes aportaciones sobre la importancia relativa de las diversas escuelas del *ius commune*<sup>11</sup> en nuestro hemisferio:

- 1) En relación a los Glosadores, su importancia está limitada en el caso de Chile a los más grandes exponentes de la escuela: Azo de Bolonia, Sinibaldo Fiesco (Papa Inocencio IV) y Dino de Muxelo, para el derecho canónico.
- 2) En el caso de los Glosadores su influencia es mucho más marcada, las grandes obras de Bartolo, Baldo y muchos otros se encuentran dentro del material estudiado.
- 3) Los Conciliaristas, Decisionistas, Alegacionistas, Controversistas, Prácticos, Tratadistas, todos representantes de escuelas menores, son abundantemente citados en las bibliotecas indianas, como reacción a las contradicciones del *mos italicus* posterior al 1500.
- 4) El humanismo jurídico o *mos gallicus* no ha sido estudiado debidamente hasta hoy, pero los trabajos de Barrientos permiten asegurar que las obras de sus representantes eran bien conocidas en las Indias en el siglo XVIII.
- 5) Asimismo es objeto de gran atención la Escuela Española del Derecho Natural fundada por los maestros dominicos de la Universidad de Salamanca, desde el gran Francisco de Vitoria en adelante.
- 6) Finalmente la literatura jurídica del siglo XVIII, como el Iusnaturalismo racionalista, fue conocida escasamente debido a su origen protestante. Como excepciones señala Barrientos a Heineccius y a Domat.

No hemos de olvidar que estas escuelas, autores y obras jurídicas entraron en América gracias a las Universidades. La enseñanza jurídica, que tenía como ejes al Corpus Iuris Civilis de Justiniano y al Corpus Iuris Canonici de la Iglesia requería de dichas obras para la explicación de las instituciones pertenecientes a ambos cuerpos jurídicos.

Como método expositivo el derecho indiano utilizó habitualmente el de casos y empleó la *communis opinio* tal y como su modelo del *mos italicus*.

## La enseñanza del derecho en Chile

Corresponde ahora ocuparnos sobre la enseñanza del derecho en nuestro país. En el reino de Chile la presencia de los abogados es de larga data. Los primeros actuaron notoria aunque no positivamente en la cuestión sobre la herencia política de don Pedro de Valdivia. El licenciado Antonio de las Peñas fue el primero en desempeñarse como letrado en el reyno.

<sup>11</sup> La siguiente relación ha sido extractada de la obra del profesor Barrientos: *La cultura jurídica en el reino de Chile, bibliotecas de ministros de la Real Audiencia de Santiago* (s. XVII - XVIII), op. cit., pp. 17 y ss.

Asimismo chileno será el primer abogado criollo que rindiera sus exámenes ante la Real Audiencia de Buenos Aires, don Gabriel Sánchez de Ojeda.<sup>12</sup>

Debido a la precariedad de los medios con los que contaba el reino en los orígenes de su poblamiento no fue posible concretar los proyectos de Universidades patrocinados por el primer obispo de Imperial, Monseñor Antonio de San Miguel en 156,7 y por el obispo de Santiago, fray Juan Pérez de Espinosa, de 1602. Por lo que los primeros estudios jurídicos en el Reyno de Chile parecen haberse cursado en las Universidades conventuales fundadas en el siglo XVII, particularmente en las fundaciones pontificias del Colegio de Santo Tomás perteneciente a la orden de Santo Domingo y fundado como Universidad en 1622,<sup>13</sup> el Colegio de San Francisco Javier de la Compañía de Jesús<sup>14</sup> y el Colegio Máximo de San Miguel. Sin embargo, estos estudios no eran independientes, sino parte de la formación especulativa y retórica de los estudiantes de Teología y Filosofía. Los testimonios históricos nos permiten reconstituir algunos de los principales elementos de estudio jurídico en aquellos tempranos tiempos. Se trataba de explicaciones de Derecho Natural y de Gentes y las instituciones del Derecho Canónico Clásico.<sup>15</sup>

Pero sería en el siglo XVIII, bajo el reinado del primer borbón, Felipe V (1700-1744) y con la erección de la Real Universidad de San Felipe en 1738,<sup>16</sup> cuando se fundaría la primera Facultad de Derecho. Los primeros cursos de Derecho principiaron en 1758. Resulta relevante recordar que las primeras cátedras fueron las de Derecho Romano y Derecho Canónico. La primera, como Prima de Leyes, fue inaugurada el 9 de enero de 1758, ante el propio Gobernador del Reyno. La segunda, Prima de Cánones (hoy Historia del Derecho) fue inaugurada el mismo día.<sup>17</sup> Ello prueba que las cátedras de Derecho Romano

<sup>12</sup> Cfr. Cutolo, Vicente, *El primer abogado criollo que actuó en Buenos Aires en el siglo XVII*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Número 3, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1964, pp. 32-38.

<sup>13</sup> La Bula de erección pontificia *Carissimi in Christo*, de 11 de marzo de 1619, fue dictada por Paulo V a ruego del Rey Felipe III. Su primer rector fue Fray Martín de Salvatierra, chileno de origen, doctor en Teología. En su carácter de Universidad conventual solo dictaba Artes, Filosofía y Teología. Cfr. Bravo L, Bernardino, *La Universidad en la Historia de Chile, 1622-1992*, Pehuén Editores, Santiago, 1992, pp. 18 y 24.

<sup>14</sup> Cuya bula de erección fue dada por el Papa Gregorio XV en 1621. Cfr. Ávila Martel, Alamiro, *El Derecho Romano en la formación de los juristas chilenos del siglo XVIII*, en *La Escuela chilena de historiadores del derecho y los estudios jurídicos en Chile*, tomo II, op. cit., p. 28.

<sup>15</sup> Cfr. Eyzaguirre G., Jaime, op. cit., pp. 194-195.

<sup>16</sup> Sus labores docentes principiaron en 1747 y su primer rector fue don Tomás de Azúa e Iturgoyen, chileno de nacimiento, caballero de la orden de Santiago. La Universidad dictaba las cátedras de Teología, Filosofía, Derecho, Medicina y Matemáticas. Cfr. Bravo L Bernardino, op. cit., p. 18.

<sup>17</sup> Cfr. Dougnac R., Antonio, y Eyzaguirre V., Felipe, editores, *La Escuela chilena de historiadores del derecho y los estudios jurídicos en Chile*, op. cit., p. 11.

e Historia del Derecho son las más antiguas y tradicionales en la formación jurídica nacional.<sup>18</sup>

Los primeros catedráticos de derecho en la Universidad de San Felipe fueron don Santiago de Tordesillas, chileno y santiaguino, en la cátedra de Prima de Leyes, y don Alonso de Guzmán, chileno y penquista, en la de Prima de Cánones.<sup>19</sup>

El plan de estudios comprendía los cursos de Decretales, Institutas e Inforciado (derecho romano justiniano y canónico pontificio). Específicamente se ofrecían a los alumnos cuatro cátedras, las de Prima de Cánones y Decreto, abocadas al estudio del derecho canónico, y las de Prima de Leyes e Instituta, destinadas a la explicación de las instituciones romanas.

La Universidad de San Felipe seguía la tradición de las universidades de Salamanca y de Valladolid, por lo que su enseñanza jurídica se concentraba en el *ius commune*.

Teniendo presente el carácter real y confesional de la Universidad, es preciso destacar que de los diversos estudios impartidos por ella, aparte de la Teología, solo el curso de Derecho se consolidó en el tiempo. Con sus cuatro cátedras contribuyó a construir una cultura jurídica autóctona de notable nivel de desarrollo.<sup>20</sup> El reglamento de los cursos de Derecho fue obra del rector don Valeriano de Ahumada, dictado con fecha 23 de mayo de 1759.<sup>21</sup>

A partir de mediados del mismo siglo XVIII, la tendencia de la Corte de Madrid fue clara, en el sentido de introducir en el plan de estudios de Derecho una expresa enseñanza de la legislación real. No obstante, la resistencia de los claustros universitarios a abandonar el Derecho Romano hizo que se optara por una fórmula de transacción, en donde el Derecho real sería estudiado en paralelo o en concordancia con las instituciones romanas. Hacia 1771 se iniciaba esta práctica oficialmente en Salamanca y luego se extendería por las Indias, aunque con evidentes dificultades, pues el Derecho Romano continuaba campeando casi sin contradicción.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Siguiendo el modelo de las demás universidades indianas, el cabildo de Santiago había sugerido la existencia de 6 cátedras, pero la falta de recursos obligó a suprimir tempranamente las de visperas, tanto de leyes como de cánones. Cfr. Ávila Martel, Alamiro, *El Derecho Romano en la formación de los juristas chilenos del siglo XVIII*, en *La Escuela chilena de historiadores del derecho y los estudios jurídicos en Chile*, tomo II, op. cit., p. 29.

<sup>19</sup> Cfr. Cattan A., Ángela, *Doscientos cuarenta años de estudios de derecho en Chile*, en Dougnac R., Antonio, y Eyzaguirre V., Felipe, editores, *La Escuela chilena de historiadores del derecho y los estudios jurídicos en Chile*, tomo I, op. cit., p. 20.

<sup>20</sup> Cfr. Bravo L., Bernardino, op. cit., pp. 73-77.

<sup>21</sup> Cfr. Ávila Martel, Alamiro, *El Derecho Romano en la formación de los juristas chilenos del siglo XVIII*, en *La Escuela chilena de historiadores del derecho y los estudios jurídicos en Chile*, tomo II, op. cit., p. 29.

<sup>22</sup> Cfr. Barrientos G., Javier, *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación. I. Ius Commune-Ius Proprium en las Indias Occidentales, Il Cigno Galileo Galilei*, Roma, 2000, pp. 419 y ss.



En efecto, hasta el tiempo anterior, el derecho indiano y real vigente no se estudiaba en la Universidad sino en la práctica, en despachos de abogados y más tarde en las nuevas Universidades y Academias que poco a poco fueron surgiendo a lo largo de todo el Nuevo Mundo: así fue en la Real y Literaria Universidad de Guadalajara, fundada en 1791; en la Real Universidad de Caracas, fundada en 1721; en el nuevo colegio Seminario de Puebla; en las Reales Academias de Madrid, de Valencia y de Alcalá en la Península, y en la Academia Carolina de Practicantes Juristas de Charcas, fundada el 1776; la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica de México, fundada en 1807; la Academia de Jurisprudencia de San Fernando, de Puerto Príncipe, de 1817, y la Academia de Derecho Teórico Práctico de Guatemala, de 1810.<sup>23</sup>

Finalmente para Chile se fundó en 1778 la Academia Carolina de Leyes Reales y Práctica Forense,<sup>24</sup> iniciativa del fiscal de la Audiencia de Santiago, don Ambrosio Zerdán y Pontero.<sup>25</sup> Los bachilleres de la Universidad que desearan acceder al título de abogado debían cursar un total de tres años de estudios en la práctica forense.<sup>26</sup> Las lecciones debían constar de explicaciones de leyes reales y práctica forense, y solo en defecto de la legislación real, castellana o indiana podían emplearse explicaciones de derecho común, romano o canónico. Como textos de enseñanza se utilizaban la *Praxis ecclesiastica et saecularis*, de Gonzalo Suárez de Paz, la *Curia Philippica* de Hevia Bolaños, las *7 Partidas* con las glosas de Gregorio López, el *Manual de José Alberto Díaz*, primer Presidente de la Academia y el *Cuadernillo de Gutiérrez*.<sup>27</sup>

En las Universidades el periodo lectivo iba del 16 de agosto al 17 de febrero. Las lecciones constaban de dos partes, la *lectio* o dictado de la clase y la explicación de las materias. La sesión duraba una hora y media. Asimismo existían las llamadas "Conferencias", de carácter quincenal, que los doctores encomendaban a algún alumno que debía preparar un texto en particular ante toda la facultad, conferencia seguida de un debate al respecto. Finalmente estaban las llamadas "lecciones de 24 horas", en donde el alumno debía disertar sobre un tema sorteado 24 horas antes. Los exámenes se tomaban de marzo a mayo y el periodo de vacaciones iba de junio a agosto.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Ídem, pp. 420-424.

<sup>24</sup> La Real Cédula de fundación fue dada en San Lorenzo del Escorial el 24 de octubre de 1779.

<sup>25</sup> En ella los alumnos cursaban estudios de Derecho Español y Derecho Indiano vigente. Cfr. Baeza M., Mario, *Esquema y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*, Santiago, 1944.

<sup>26</sup> Cfr. Barrientos G., Javier, *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación. I. Ius Commune-Ius Propium en las Indias Occidentales*, op. cit., p. 425.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> De más está decir que esta calendarización correspondía a la lógica estacional del hemisferio norte, y no a la realidad de Chile. Cfr. Ávila Martel, Alamiro, *El Derecho Romano en la formación de los juristas chilenos del siglo XVIII*, en *La Escuela chilena de historiadores del derecho y los estudios jurídicos en Chile*, tomo II, op. cit., pp. 29-30.

Los estudios universitarios comprendían un periodo de 2 años para obtener el Bachillerato en Leyes y 3 años adicionales para el grado de Doctor en Cánones y Leyes. Pero en la práctica indiana fueron habituales las excepciones, con lo que hubo casos de doctores que obtuvieron su grado antes de cumplir 14 años de edad.

Para la obtención del grado académico era preciso rendir un examen sobre 5 diversos temas provenientes de las Institutas de Justiniano. Más tarde el examen de licenciatura versó sobre una selección de temas tomados de las Decretales de Gregorio IX, y finalmente, hacia las postrimerías del siglo XVIII, el examen consistió en una interrogación oral sobre una tesis de grado, más un examen escrito sobre 5 temas tomados de las decretales.<sup>29</sup>

Sin embargo, la obtención del título de abogado era competencia de los órganos judiciales. Debía rendirse un examen ante un oidor de la Real Audiencia y luego jurar ante la misma. Esta Audiencia otorgaba el competente título de abogado con validez para el territorio jurisdiccional de la respectiva Audiencia. De manera que si un abogado titulado en Chile deseaba ejercer la profesión en Lima o Charcas, había de rendir nuevamente el examen y juramento de abogado ante la Audiencia del respectivo distrito.

Hacia fines de la dominación hispánica en el hemisferio, la Novísima Recopilación había fijado el papel del abogado como "razonador" del pleito<sup>30</sup> y los requisitos para obtener el título. Existían numerosas prohibiciones, que iban desde las usuales de parentescos, idoneidad moral, capacidad,<sup>31</sup> hasta algunas más pintorescas como la prohibición de desempeñarse como abogado para el que hubiese actuado a *quota litis*, o la que afectaba al *lidiador de bestia brava*, cuando no actuaba solo para defenderse del peligro.<sup>32</sup>

El examen de titulación ante los oidores solía consistir en una interrogación ante una comisión integrada por el oidor, un segundo juez designado por él y un representante del Colegio de Abogados, si existía dicho gremio en el distrito de la Audiencia respectiva. Hacia el término del periodo indiano el examen debía rendirse previos cuatro años de estudios generales de *ius commune*, cuatro de jurisprudencia española (o dos en jurisprudencia canónica) y dos de pasantía en compañía de abogados o en las Academias.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Esta última modalidad parece ser el antecedente directo de nuestro actual sistema de titulación, la memoria de prueba y el tradicional examen de licenciatura.

<sup>30</sup> La Novísima Recopilación de Leyes de España y de Indias de 1805, sigue en estas materias el modelo de las Partidas de Alfonso X.

<sup>31</sup> No podían ser abogados los locos, el absolutamente sordo, el pródigo y el menor de 17 años.

<sup>32</sup> Un completo listado de estas prohibiciones se contiene en la interesante obra del profesor colombiano Hernández Peñalosa. Cfr. Hernández P., Guillermo, *El derecho en Indias y en su metrópoli*, Editorial Temis, Bogotá, 1969, pp. 471-472.

<sup>33</sup> Cfr. Hernández P., Guillermo, op. cit., p. 472.

## **Apostillas a la enseñanza del Derecho en la República**

En lo esencial, el plan de estudios descrito para el periodo indiano se mantuvo invariable en los primeros años de nuestra organización republicana. La tradición se impuso a las profundas transformaciones que experimentaría el sistema político en los agitados tiempos de la secesión de España. De forma que la enseñanza de las instituciones jurídicas mantuvo continuidad evidente con lo que había sido durante el sistema indiano y de similar manera el proceso de obtención del título de abogado conservó parecidas modalidades.

Hacia mediados del año 1811 don Bernardo de Vera y Pintado, profesor de la Universidad de San Felipe, propuso la supresión de la tradicional cátedra de Derecho Romano, para reemplazarla por la de Derecho de Castilla.<sup>34</sup> Sin embargo el claustro de profesores de la Universidad acordó postergar toda discusión al respecto hasta que se tuviera claridad sobre la aprobación real a la reforma general que se había presentado previamente.

Una de las iniciativas de fray Camilo Henríquez ante el Congreso Nacional promovía un nuevo plan de estudios para las Ciencias Morales o Sociales.<sup>35</sup> La disolución del Congreso por Carrera hizo inviable su discusión.

De hecho bajo el Gobierno de don José Miguel Carrera se procede a la creación del Instituto Nacional, la nueva institución educativa regida por el Estado, que abrió sus puertas en 1813. Tras el periodo de Reconquista, el Instituto reunió las funciones que antes habían desempeñado la Universidad de San Felipe, la Academia Carolina, el Seminario Conciliar y el Colegio de Naturales, ya mencionados.

El primer rector del Instituto, Francisco Echaurren, redactó personalmente el primer plan de estudios de Derecho: dos cursos complejos, el primero denominado Derecho Natural, de Gentes y Economía Política, y el otro de Leyes Patrias, Derecho Canónico y Práctica Forense. Ambos tenían una duración de tres años y se estudiaban sucesivamente. En el caso del primer curso, el Derecho Natural y el de Gentes se enseñaba según el modelo de Heinecio, seguidor de Puffendorf. La Economía Política, bajo las explicaciones de Juan Say y Adam Smith. Por su parte el Derecho Civil Castellano era estudiado bajo el texto de Jordán de Asso y el de Miguel de Manuel.

La Universidad otorgaba el grado de bachiller, que habilitaba para obtener el título de abogado previo examen ante el Tribunal Superior Judicial, tras tres

<sup>34</sup> Como dijimos al inicio de estas reflexiones, no será esta la última vez que semejante dislate sea escuchado en nuestras aulas universitarias.

<sup>35</sup> Cfr. Eyzaguirre G., Jaime, op. cit., p. 199.

años de estudios en la Academia, que, como hemos visto, se había transformado en parte del Instituto Nacional.<sup>36</sup>

En tiempos de O'Higgins el plan de estudios correspondiente a la Licenciatura en Derecho se estructura en torno a un currículo de 5 años, como continúa siendo hasta hoy.

En el primer ciclo de estudios se estudiaba Derecho Natural y de Gentes, Economía Política y Filosofía Moral. En el segundo ciclo, que comenzaba en el tercer año, se estudiaba Derecho Civil, Canónico y Leyes Patrias. Al igual que en el periodo indiano, el llamado curso de Derecho Civil consistía en explicaciones de *ius commune* referentes al Derecho Romano. Mientras que el Derecho Canónico se estudiaba en base a las explicaciones sobre el Decreto. En el año final se estudiaba Elocuencia Doctrinal y Retórica, materias que nos recuerdan el plan de formación humanista de Cicerón y a las artes del "*Trivium*".<sup>37</sup>

Posteriormente, en 1829, en tiempos del Periodo de Ensayos Constitucionales, el liberal español José Joaquín de Mora impone la creación del llamado "Liceo de Chile", el que contemplaba los estudios de derecho divididos en tres cursos con 3 años de duración en total. La experiencia culminó con la publicación de un texto guía por parte de Mora, el curso de "Derecho Natural y de Gentes", pero en 1830 el Liceo fue clausurado definitivamente.<sup>38</sup>

La llegada a Chile del gran intelectual don Andrés Bello producirá interesantes cambios en la enseñanza del Derecho. Desde su cátedra de "Legislación Universal", que dictaría en el Colegio de Santiago, y hasta la tutoría privada en su casa, con lecciones de Derecho de Gentes y Derecho Romano. Desde luego, Bello presionaría de inmediato para restituir la enseñanza del Derecho Romano, por estimarlo "origen y fuente de todos los derechos".<sup>39</sup> Desde su rectorado en la Universidad de Chile, Bello continuó personalmente interesado en la enseñanza

<sup>36</sup> *Ibíd.*

<sup>37</sup> No deja de resultar curioso que hoy día se incorporen en el quinto año de la carrera asignaturas sobre "técnicas de litigación oral", es decir, similares materias a las del currículo de inicios de la propia República.

<sup>38</sup> Un resumen sobre la vida del Liceo puede encontrarse en Ávila Martel, Alamiro, *La enseñanza del Derecho Romano en Chile, desde sus orígenes hasta el siglo XIX*, en *La Escuela chilena de historiadores del derecho y los estudios jurídicos en Chile*, tomo II, op. cit., pp. 39 a 41.

<sup>39</sup> Cfr. Bello, Andrés, *Obras Completas*, tomo XV, Santiago, 1893, p. 133. La suerte del Derecho Canónico había sido mejor durante los años de la emancipación, la cátedra continuó dictándose sin inconvenientes todos esos años. No obstante, el Derecho Romano también fue estudiado, ya en el oficio de José Joaquín de Mora, ya en el propio estudio de Bello, antes de su plena reincorporación a la enseñanza oficial. Cfr. Dougnac R., Antonio, *Dos cátedras universitarias con historia*, en *La Escuela chilena de historiadores del derecho y los estudios jurídicos en Chile*, tomo I, op. cit., p. 32.

del Derecho Romano.<sup>40</sup> Asimismo, el intelectual venezolano sería impulsor de la realización de Memorias de Prueba en materias históricas.<sup>41</sup>

Bajo el gobierno del Presidente Prieto, en 1832, se introdujo una primera reforma al currículo, el que quedó formado por un total de 10 cursos distribuidos a lo largo de los 5 años: en el primer año se estudiaba Derecho de Gentes y Bellas Letras; en el segundo, Principios de Legislación Universal y Bellas Letras; en el tercer año, Historia y Elementos de Derecho Romano y Economía Política; en el cuarto año, Instituciones de Derecho Nacional e Historia y Elementos de Derecho Público, Eclesiástico e Instituciones Canónicas, y en el quinto año, Instituciones de Derecho Nacional, Historia Eclesiástica y Summa de Concilios.

El programa de estudios concluía con la obtención del grado de “Bachiller en Cánones y Leyes”, título otorgado todavía en forma oficial por la Universidad de San Felipe y que recuerda al de doctor “*utrumque ius*” de la Universidad en tiempos del derecho común. Este grado académico habilitaba a quien lo obtenía para continuar sus estudios en la Academia de Leyes y Práctica Forense, por dos años adicionales, luego de lo cual obtenía el Título de Abogado, que otorgaba la Corte de Apelaciones de Santiago.<sup>42</sup>

Hacia finales del gobierno del Presidente Prieto se produjo un fuerte disenso entre la autoridad universitaria y la del Instituto Nacional, cuyo rector a la sazón era don Manuel Montt. Sostenía el rector de la Universidad de San Felipe, don José Francisco Meneses, que para otorgar el título de Bachiller en Cánones y Leyes no era preciso haber cursado los ramos de Economía, Política y Retórica, por no ser “necesarios para la formación jurídica”.<sup>43</sup> Montt protestó airadamente ante el gobierno y el Presidente, tomando partido por la postura de este último, dictó el decreto que declaró clausurada la Universidad de San Felipe, para establecer en su lugar “una casa de estudios generales que se denominará Universidad de Chile”. En verdad la clausura de la antigua Universidad Real obedecía a razones más profundas que desbordan los límites de este trabajo, pero tocó a la polémica por los estudios jurídicos el contribuir decisivamente a la creación de una nueva Casa de Estudios para la naciente República.

<sup>40</sup> Al respecto consultar el interesante estudio de Hanisch E., Hugo, *Los ochenta años de influencia de Andrés Bello en la enseñanza del Derecho Romano en Chile*, en *La Escuela chilena de historiadores del derecho y los estudios jurídicos en Chile*, tomo II, op. cit., pp. 55 y ss.

<sup>41</sup> De las que es buen ejemplo la tesis de don Domingo Santa María, futuro Presidente de la República, sobre el gobierno de O’Higgins.

<sup>42</sup> Heredera también aquí de la función equivalente que antes competía a la Real Audiencia. Y antecesora directa del papel que desempeña hoy la Excm. Corte Suprema de Justicia.

<sup>43</sup> Criterio reduccionista que recuerda demasiado al que hoy esgrimen algunos.

No obstante, la creación de la Universidad de Chile en 1842 la contempló alejada de la labor docente directa. Dentro de ella la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas estaba pensada como una academia científica. Recién una década después de su creación se estableció dentro del Instituto la "Sección Universitaria", que agrupó los estudios profesionales dictados por éste bajo la tuición de la Universidad.<sup>44</sup>

La Facultad de Derecho creada en la Universidad del Estado contribuyó decisivamente a la creación de una cultura jurídica distintiva en el entorno americano. La vital aportación de don Andrés Bello,<sup>45</sup> autor de los más importantes estudios en Derecho Civil, como la de don Justo Donoso, en Derecho Canónico,<sup>46</sup> señaló el inicio de una importante corriente de pensamiento jurídico que irradió desde nuestros claustros hacia el resto del continente. Con razón afirma Bravo Lira: "Dentro de los Estados sucesores de la monarquía española, el letrado pasa a ser el ciudadano por excelencia, el más capacitado para intervenir en los asuntos públicos. La vigencia continental de esta cultura de abogados se explica, en buena parte, porque, de un modo muy marcado, antes de la codificación, tanto la administración como el derecho vigente en estos Estados son fundamentalmente los mismos".<sup>47</sup>

A partir de la ley de 1879 la Universidad adopta el modelo napoleónico de la universidad formadora de profesionales, por lo que a contar de ese momento la cultura jurídica es objeto de importantes variaciones. El proceso de codificación que se había iniciado en 1855 con el Código de Bello seguía su curso contribuyendo a la adopción de los métodos exegéticos galos, que, al decir de Bougnnet, no precisaban de enseñar derecho civil, sino el Código.<sup>48</sup> De más está decir que esta tendencia produjo una literatura jurídica limitada simplemente a las fronteras del derecho vigente en su país de origen. Asimismo condujo a la creación de nuevos centros de estudios jurídicos creados a semejanza del modelo estatal, como la Universidad Católica de Chile, en 1889, el de los Sagrados Corazones de Valparaíso, en 1894, y el de la propia Universidad del Estado en la misma ciudad puerto.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Cfr. Eyzaguirre G., Jaime, op. cit., pp. 200-201.

<sup>45</sup> Cfr. Bravo L., Bernardino, op. cit., pp. 133 y ss.

<sup>46</sup> Cfr. Donoso, Justo, *Instituciones de Derecho Canónico Americano*, Valparaíso, 1848-49.

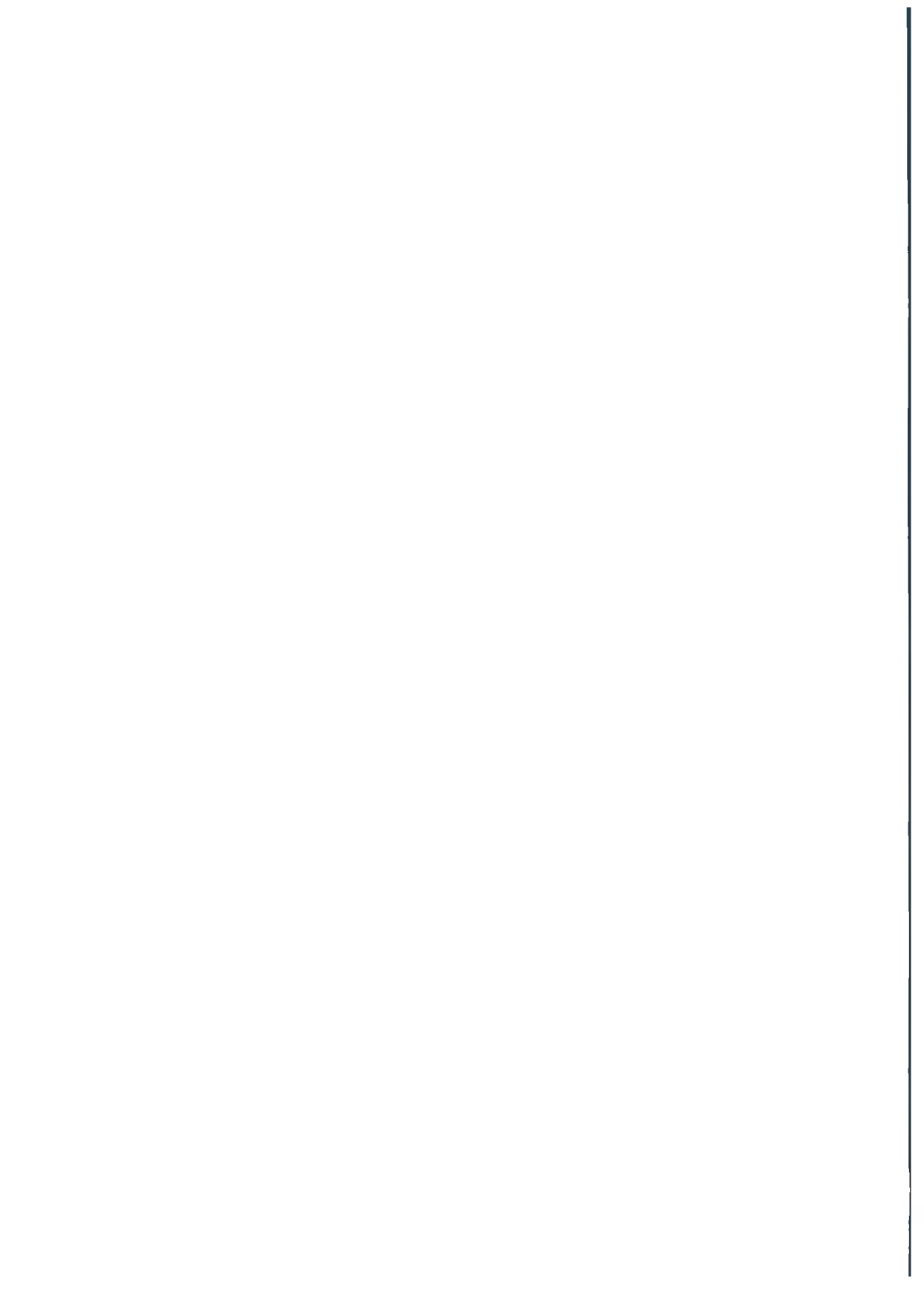
<sup>47</sup> Cfr. Bravo L., Bernardino, op. cit., p. 136.

<sup>48</sup> Ídem, p. 149.

<sup>49</sup> Ídem, p. 150.

## Conclusiones:


- 1) La enseñanza del Derecho en las Indias fue una preocupación de los primeros tiempos y los estudios jurídicos nacieron con la misma creación de las primeras Universidades en el Nuevo Mundo.
- 2) El currículo de estudios se basaba en las explicaciones del *ius commune* tanto en su vertiente romanista como canónica, pues se estimaba vital para la formación del abogado el que dominara las instituciones del derecho clásico y de la Iglesia, sistemas normativos de un valor científico ineludible.
- 3) El derecho vigente local, tanto real como indiano, era objeto de estudios, pero en los propios despachos de abogados y más tarde en centros especializados como las Academias, creadas en América en el siglo XVIII.
- 4) El advenimiento de la República no cambió sensiblemente esta forma de orientar los estudios jurídicos. Antes bien, se prolongó por varias décadas, incorporando paulatinamente asignaturas propias del derecho patrio republicano.
- 5) En lo referente al sistema de obtención del grado académico y del título profesional de abogado, el sistema actual es heredero prácticamente directo del sistema indiano. Inclusive el papel asignado a la Corte Suprema encuentra su origen en la intervención que, para la obtención del título de abogado, cabía a los oidores de la antigua Audiencia.
- 6) Debido a lo anterior, podemos sostener que la enseñanza jurídica entre nosotros presenta como característica distintiva la estabilidad en las materias que componen el currículo, la permanencia de los requisitos para acceder al grado de licenciado y la preservación de unos procesos de titulación uniformes en el tiempo.
- 7) Introducir modificaciones radicales en cualquiera de estos sentidos conspira contra lo que es nuestra tradición formativa y contra lo que es una constante en la formación jurídica; la visión amplia y humanista que ha de entregarse a los abogados por parte de las Universidades a fin de permitirles una visión más compleja de la sociedad en que se desempeñarán.



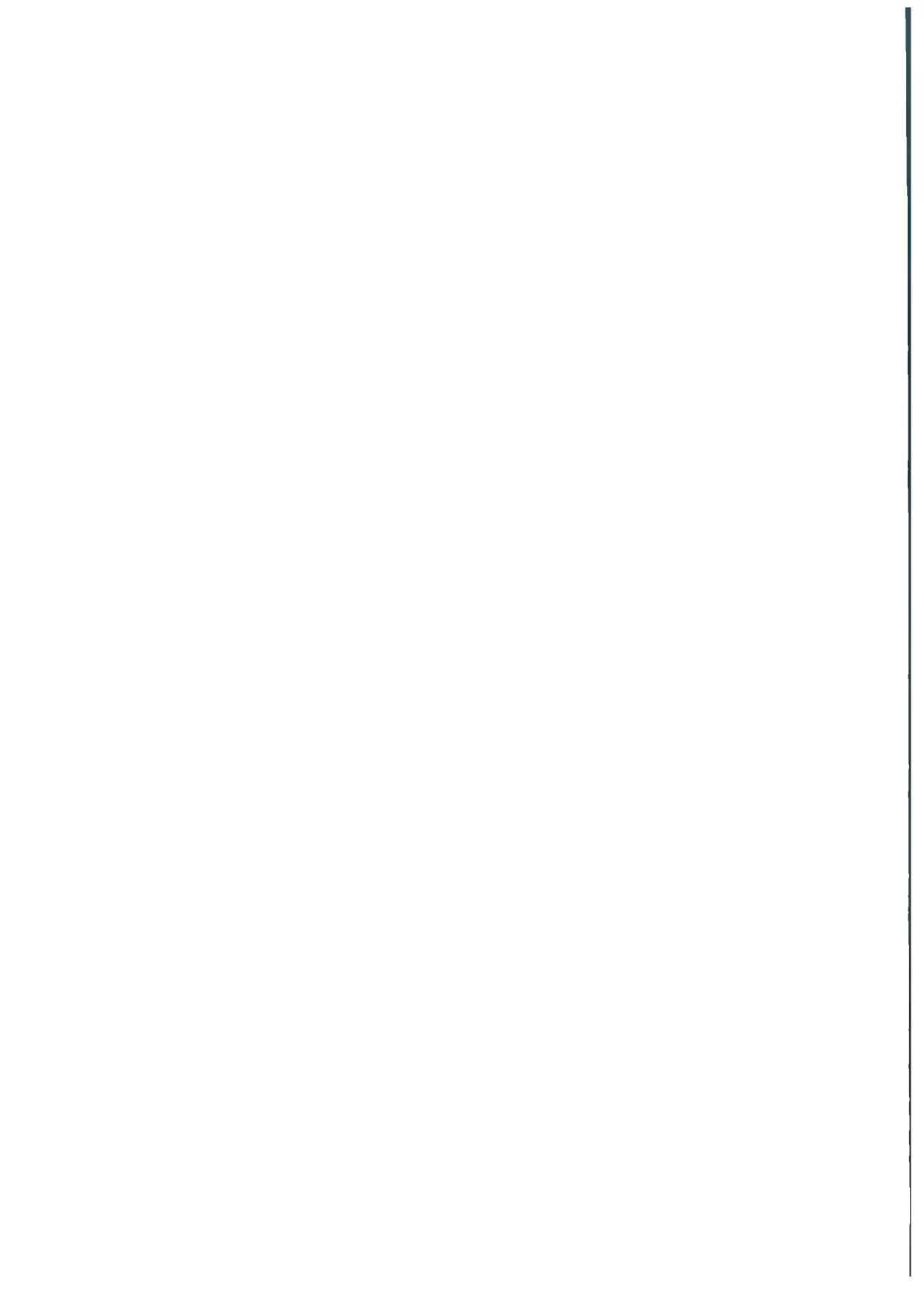




# Ensayos y Estudios

 Universidad del  
**Desarrollo**

FACULTADES DE DERECHO



# Responsabilidad penal de los adolescentes

**Luis Bates Hidalgo**

Director del Departamento de Derecho Penal

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## I. Responsabilidad

### Tema valórico y jurídico

La responsabilidad es un valor, una virtud. Como tal, su enseñanza sostenida, al igual que otros valores como el respeto, la tolerancia, y la honestidad, contribuye a construir sanas conductas de vida, sociedades más armoniosas y a prevenir situaciones conflictivas que pueden incluso caer en la órbita de lo judicial.

Se atribuye a Pitágoras haber afirmado que cuando la educación trabaja bien disminuye el trabajo de los jueces.

La responsabilidad como valor significa capacidad de responder, de percibir los efectos y asumir las consecuencias de nuestras conductas. Su ejercicio es señal de madurez.

La historia de la humanidad es historia de transferencias de responsabilidades a terceros. Desde el relato bíblico de Adán y Eva hasta nuestros días se dan expresiones de inmadurez, de excusas cuando las cosas no salen bien.

En el proceso de llegar a **ser personas**, el objeto o las **materias que están dentro del poder de la parte responsable varían de acuerdo con la edad**. No son iguales las materias de las que debe ser responsable un adulto que las que corresponden a un niño o adolescente. Por ello, los niños, niñas y jóvenes deben aprender gradualmente a asumir y vivir con las consecuencias de sus actos, aprender a construir su propio ser y a rechazar las excusas falsas. Las multitudes, los grupos y las pandillas reducen el sentido de la responsabilidad.

Para cultivar el valor responsabilidad, contribuyen de modo importante la práctica y sobre todo el ejemplo –la mejor metodología de enseñanza– de padres, profesores, autoridades privadas y públicas, entre otros.

Pero cuando fallan o son insuficientes los mecanismos de control social que educan en valores –familia, sistema educativo, medios de comunicación social, comunidad o el Estado–, se entra a transitar por los caminos del derecho y de la justicia, y para ello los últimos gobiernos **han asumido la responsabilidad** de abrir surcos fecundos para mejor resolver los conflictos en los ámbitos del proceso penal, laboral, comercial de familia y ahora de responsabilidad penal de adolescentes.

Con obras como éstas se aumenta la justicia en las relaciones entre las personas y con ello la perfectibilidad social. Son surcos profundos que quedarán grabados en la configuración biográfica de Chile.

## II. Penal

La nueva ley que entró en vigencia el 8 de junio 2007 –esfuerzo mancomunado de muchos–, asigna **por primera vez** responsabilidad a los adolescentes que **infringen la ley penal**, desde los 14 años de edad. Desde esta edad, deberán asumir las consecuencias jurídico-penales de sus conductas, pero de acuerdo a lo ya dicho sobre el objeto o materia de responsabilidad según la edad y el proceso evolutivo del desarrollo físico y psicosocial de los adolescentes, la ley contempla regulaciones que crean un sistema de justicia penal diferente del de los adultos, con **funcionarios especializados para el procedimiento, las sanciones y la ejecución** de las mismas. Se espera que esta nueva ley genere criterios de política criminal que construyan estándares y doten al sistema de respuestas de calidad tanto para el adolescente infractor, como para la víctima y la sociedad. Se mejora la eficiencia en la persecución del delito y efectiva protección a las víctimas en el contexto de un **debido proceso**. La ley contempla un elenco de **sanciones flexibles** de acuerdo con la naturaleza y gravedad de la infracción penal.

Dichas sanciones desarrollan funciones punitivas, pero también **funciones educativas en forma de jurisdicción** (pedagogía de la justicia penal juvenil) lo que es particularmente importante cuando se trata de **infractores con déficits culturales y educacionales, o ausencia de vínculos familiares o sociales lícitos**. La cárcel, tradicionalmente reproductora de marginación y conflicto, queda, tratándose de adolescentes y por la vía de la excepción, para delitos de especial gravedad. Insistir solo en la cárcel como única sanción es más de lo mismo, y por ello no pueden esperarse resultados diferentes de los ya conocidos. Más cárceles es una respuesta emocional y vengativa que desincentiva la rehabilitación y termina como todo **populismo** pagando siempre con desequilibrios económicos. El mayor desafío que enfrentan los jueces es ser justos con los que no lo son. ¡Con mayor razón tratándose de los niños y jóvenes hay que decir No a los mitos antidelincuencia!

### Mito 1

#### De la supresión del delito

**No** al mito de que se puede eliminar o suprimir la delincuencia, porque es un fenómeno humano de todos los tiempos y lugares. El discurso populista de la supresión total del delito ha fracasado en todas partes independientemente del sistema político de gobierno.

**Sí** a la reducción y control de los delitos y evitación de la impunidad en contexto democrático.

### Mito 2

#### De los "delincuentes"

**No** más referencia a "los delincuentes", sin distinguir (porque también los hay de cuello blanco), como si fueran depravados "extraterrestres", quienes deben ser excluidos de nuestro planeta y de nuestro medio, del que quienes así se expresan no se sienten responsables.

**Sí** la referencia a **personas** o individuos que infringen las leyes penales. **Personas** únicas e irrepetibles, de **diferentes condicionamientos de vida**, capaces de cometer delitos distintos y de reaccionar de modo personalísimo al proceso y al castigo penal. Los infractores de la ley penal son **seres humanos**: considerarlos como números, objetos o casos para otros fines, es propio de regímenes autoritarios que no respetan la dignidad de las personas. (Art. 1º de la Constitución Política de la República)

**No** al reproche a la delincuencia con varas distintas de las propias, de los familiares o de los grupos a que se pertenece.

### Mito 3

#### De la cárcel como única respuesta

**No** a más cárcel como única respuesta a un fenómeno social multicausal, porque ello no es honesto, reduce la realidad y simplifica el problema. Producto de políticas gubernamentales, Chile tiene niveles comparados medios de delincuencia y la tasa más alta de reclusos en América Latina, es decir, **la mano más dura del continente**. Es legítimo entonces preguntarse ¿Cuánta cárcel resiste el país? ¿Cuántos recursos deben asignarse a la construcción de cárceles? ¿Más cárcel en vez de programas de prevención juvenil contra la violencia y las drogas, viviendas sociales, escuelas o consultorios públicos? Y al respecto ¿qué sector socio-económico se encuentra en las cárceles y por qué?

**Sí** manos, corazón y cabeza para castigar con creatividad, flexibilidad e inteligencia los delitos de menor gravedad. Lo permite el marco legal de la reforma procesal penal acorde con las modernas tendencias y responde a la pregunta de cómo reestablecer el bienestar de la víctima, del ofensor y de la comunidad, en vez de preguntarnos solamente ¿cómo castigamos a este ofensor?

**Sí** a la construcción de modernas cárceles concesionadas con participación de capitales privados para que sean lugares de real preparación para la libertad y reinserción social.

#### **Mito 4**

##### **De la responsabilidad de los jueces en los índices de delincuencia.**

**No** a atribuir a los jueces responsabilidad directa en los niveles de delincuencia del país, porque ello no corresponde a la realidad, como lo explican los expertos en el tema.

**Sí** a los cambios al sistema judicial, como lo han hecho los últimos gobiernos, para que los jueces cumplan mejor la misión que les es propia: hacer justicia, que en el campo penal significa declarar la inocencia o la culpabilidad de las personas y en este último caso, aplicar penas justas equilibrando la eficacia del sistema judicial con el debido proceso. Porque corresponde a los Tribunales de Justicia conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado (art. 76 de la Constitución Política de la República) en el más breve lapso posible entre el hecho y la decisión, es decir, certeza en el castigo –cuando procede–, de acuerdo a las circunstancias de cada caso. Los logros en la celeridad de los conflictos penales alcanzados con la nueva justicia penal están bien evaluados y ello contribuye a desalentar la comisión de delitos.

#### **Mito 5**

##### **De las soluciones automáticas.**

**No** a las respuestas simplificadoras en las que impera el continente por sobre los contenidos para un problema complejo como es la delincuencia.

**No** a los remedios apresurados o improvisados probadamente inútiles que solo complican la enfermedad, porque el delito es síntoma de desajustes y desequilibrios personales o sociales.

**Sí** a propuestas viables en base a estudios criminológicos serios, por ejemplo, los de la Comisión de las Naciones Unidas Contra el Delito y en base a experiencias comparadas bien evaluadas, como por ejemplo, el **control**

**electrónico de imputados y condenados; el ataque frontal al sistema de reducción, distribución y comercialización de los bienes robados más allá del tradicional castigo al acto individual del robo; mecanismo de indemnización reglada del Estado a las víctimas de delitos violentos; la contratación de más policías siempre y cuando se estudie el impacto laboral y económico que significa ese aumento de la dotación policial en la correlativa carga de trabajo de los fiscales, jueces y defensores; uso de la nueva institucionalidad creada con motivo de la reforma procesal penal con fines de sistematización de información y acciones para la prevención del delito; leyes adecuadas al control directo e indirecto del delito, no menos de 30 aprobadas en el período del ex Presidente Ricardo Lagos.**

### **Mito 6**

#### **De la delincuencia y temor: una misma cosa.**

El delito es una realidad, pero el temor al mismo es el producto de factores múltiples que tienen poco que ver con los índices de delincuencia. Una cosa son los índices de delincuencia y otra la información sobre la misma; una cosa es la seguridad ciudadana objetiva y otra la subjetiva o temor.

**Medidas socioeducativas.** Para ser cumplidas en libertad son las más eficaz intervención respecto de los adolescentes infractores de la ley penal: *La libertad asistida, la reparación y los servicios a la comunidad.*

Se busca la **reintegración social**, que en **los jóvenes es donde rinde más frutos.**

Como expresamos en su oportunidad:

*"este es un proyecto que permitirá enfrentar el delito cometido por jóvenes adolescentes, pero dándoles también una oportunidad efectiva de rehabilitación".*

Las personas que infringen la ley penal son únicas e irrepetibles, con diferentes **condicionamientos de vida**, capaces de cometer delitos de mayor o menor gravedad y de reaccionar al procedimiento y a la sanción también de modo distinto.

Son **seres humanos**, y por lo tanto, no pueden ser tratados como objetos o números o para fines distintos de los propios de la **justicia penal**. Esta, **la justicia**, tiene que ver, precisamente, con las circunstancias y complejidades de las situaciones particulares, para cuyo efecto esta ley fija los criterios que debe considerar el juez en la aplicación de las penas.

## Debido proceso

La nueva ley crea un modelo de justicia que respeta el denominado “debido proceso”, que significa entre otras cosas **castigar conductas y no la peligrosidad de sus autores derivada generalmente de adversas circunstancias socioeconómicas**; hacer responsables a los partícipes como sujetos de derecho por delitos descritos previamente en la ley penal y con derecho a defensa; poner fin a la antigua y vaga institución del discernimiento y sus alcances en la libertad de los jóvenes; aplicar penas proporcionales a la gravedad del delito con criterios legales para la determinación de la pena; la privación de libertad como medida de último recurso; el principio de oportunidad y garantías constitucionales y derechos procesales básicos incluso en el proceso de ejecución de sanciones.

## Justicia restaurativa o reparatoria

La justicia restaurativa o reparatoria, uno de los movimientos más significativos de la justicia penal moderna, tiene amplia cabida en esta ley, como que ofrece a la víctima la oportunidad de expresar su opinión sobre el hecho del infractor y participar en la formalización de una respuesta social apropiada al delito. Esta forma de justicia constituye una respuesta más constructiva al delito sin rotular ni estigmatizar al infractor de la ley penal y refuerza la responsabilidad personal.

## Adolescentes

Esta ley asigna responsabilidad penal a los adolescentes. Los trata como victimarios, pero también como jóvenes adolescentes, realidad esta última que se olvida con frecuencia frente a la comisión de delitos.

Algo hemos dicho sobre la responsabilidad como valor y sus alcances jurídicos penales. También nos hemos referido a la regulación legal aplicable cuando los jóvenes cometen delito. Ahora bien, ser joven significa, en palabras de José Ingenieros:

- Ignorar la esclavitud de la rutina.
- Mirar el amanecer libre de dogmatismos.
- Tener entusiasmo, lo que es salud moral y energía para la acción.
- Desafiar las resistencias que apuntalan el pasado y preparar el mañana.

**Olvidamos con frecuencia, sin embargo, porque no los vemos sino cuando han infringido la ley penal, lo que significa ser joven en circuns-**



**tancias adversas de vida desde la cuna.** Expresaba el Padre Hurtado, hoy San Alberto Hurtado, que *“de los 140 primeros adolescentes que se recogieron en el Hogar que funcionó el primer tiempo en calle López, solo cuatro no habían sido detenidos alguna vez por la policía y algunos habían sido detenidos más de 10 veces”.*

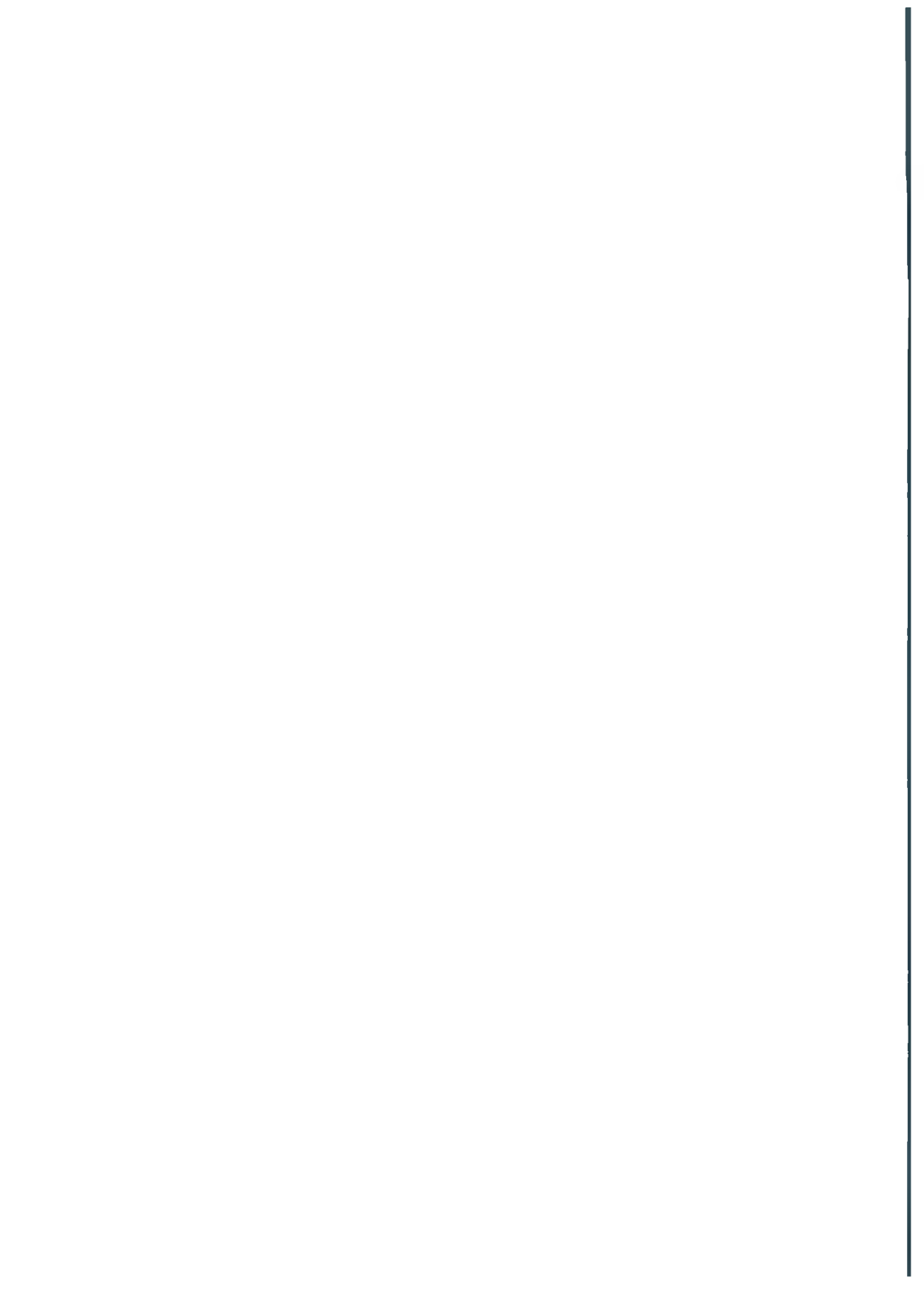
- En una sociedad en que el entorno físico y social que forma la visión del mundo, el sentido de identidad, de pertenencia, de lo que la vida ofrece y la posibilidad de alcanzar éxito por medios legítimos son para muchos profundamente desfavorables...
- En un entorno físico y social en que el delito suele ser una opción ocupacional –juego ilícito, alcohol, prostitución, venta de drogas, robos–, con premios más altos que los premios que se ofrecen para evitarlo...
- En un entorno en que la violencia es parte de un estilo de vida que suele perpetuarse de generación en generación...
- En un entorno en que el sentido de valía propia, ser “alguien”, se logra a través de las armas, la conquista abusiva o violenta del sexo, el vandalismo, las drogas, el lenguaje agresivo y la violencia. Acciones todas con orientación de presente como modo de ajustarse a un mundo sin futuro, donde las recompensas carecen de significación...
- En fin, en un entorno físico y social en que las circunstancias de sus vidas les dificultan a los jóvenes hacer algo distinto de lo que hacen...
- En un entorno castigado penalmente bajo el rótulo de “situación irregular”...

**¿No es legítimo preguntarse si las circunstancias precitadas en que viven aún algunos jóvenes tienen alguna relación causal con la comisión de cierta tipología de delitos?**

El punto no es por qué algunos cometen delitos y otros no, el punto es por qué delitos violentos contra la propiedad se dan más en los sectores de más bajos ingresos económicos.

La nueva ley diseña un sistema de justicia penal juvenil que busca una aproximación equilibrada de tratamiento para los ofensores violentos, que son los menos, y para los no violentos, que son los más.

En un proyecto-país al que todos debemos contribuir para el éxito de su puesta en marcha, porque su destinatario final es el futuro de Chile.



## Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección\*

**Enrique Alcalde Rodríguez**

Profesor de Derecho Civil

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Desde el punto de vista de la legislación nacional, pensamos 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>1</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.

En la búsqueda por satisfacer las exigencias que impone el concepto del interés social, el ordenamiento jurídico no sólo ampara aquellas conductas compatibles

\* El presente artículo corresponde a pasajes extractados del libro publicado por el mismo autor: *Sociedad Anónima: Autonomía Privada, Interés Social y Conflictos de Interés*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007. Asimismo, y sin perjuicio de las citas particulares que en cada caso se indican, los conceptos que se analizarán en esta parte aparecen formulados, principalmente, en las obras de EASTERBROOK, Frank, y FISHEL, Daniel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, USA, 1998; KÜBLER, Friedrich, *Derecho de Sociedades*, 5ª edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998; CABANELLAS, Guillermo "El Interés Societario y su Aplicación", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992; SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, *Conflictos de Intereses entre Socios en las Sociedades de Capital*, Arazandi, Navarra, 2000; y 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.

<sup>1</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.

con ese objetivo común, sino que también tutela los intereses particulares de un socio, en la medida que no contradigan aquella finalidad cosustancial a la sociedad y que es participada por todos los accionistas. En otras palabras, si bien los intereses individuales deben subordinarse al interés social –en cuanto éste se identifica con la función socioeconómica que se representó el legislador al reglamentar los tipos societarios–, ello no implica que los intereses particulares del accionista que no se opongan al interés social deban ser preteridos o quedar desprovistos de protección jurídica. Por lo demás, una distinción como la expuesta, que reconoce legitimidad al interés individual del socio, se encuentra explícitamente formulada en nuestra legislación societaria; muestra de lo cual viene a ser el artículo 30 de la Ley 18.046, de acuerdo al cual los accionistas “deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas”.

A partir del precepto transcrito, alguno podría pensar que los intereses de los socios son diversos al interés de la sociedad, lo que en el extremo llevaría a postular que en esta materia el legislador nacional adhiere a las doctrinas que identifican el interés social con intereses extrasocietarios, independientes del que posean los propios accionistas. Tal conclusión creemos que debe descartarse entre nosotros, dado el indudable y explícito reconocimiento a la naturaleza *contractual* que atribuimos a la sociedad anónima. A nuestro juicio, la distinción que formula la referida disposición legal no implica que se asigne a la sociedad la titularidad de un interés ajeno a los socios, sino que, simplemente, alude a intereses individuales de los accionistas que no se vinculan necesariamente con el interés común o interés societario, aunque tampoco lo contradicen o son incompatibles con él. Sucede, pues, que junto con el denominado “interés social”, en toda sociedad conviven también los intereses “particulares” de sus socios, los cuales, supuesta su concordancia con el ordenamiento jurídico aplicable, dejan un amplio margen a la actuación de los accionistas, sin que la aspiración de éstos en orden a procurar su satisfacción implique una infracción a las reglas que gobiernan el tipo social.

Como se podrá apreciar, las posibilidades de contrastar intereses distintos se amplían también por virtud de aquellas hipótesis en las cuales se advierta un conflicto no ya entre el interés particular de un accionista o grupo de accionistas y el interés de la propia sociedad, sino que de una colisión entre el interés individual del socio y el interés particular de otro socio, exhibiéndose ambos, en principio, armónicos o consistentes con el interés social y sin que ninguno de ellos pueda, a su vez, ser calificado de un interés “extrasocietario”.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Sin embargo, debe destacarse que la mayor parte de las normas que regulan las relaciones internas entre los socios se inspiran en una lógica de coexistencia entre intereses convergentes o, al menos, encaminados a un mismo fin común. De ahí que los eventuales conflictos de intereses que pueden surgir entre los socios se resuelvan, normalmente, dentro de este contexto “comunitario”, y los instru-

En los casos planteados, y dada la imposibilidad de aplicar, lisa y llanamente, el principio de la sumisión del interés individual al social, el gobierno de las sociedades anónimas obliga, primeramente, a recurrir al *principio mayoritario* como primera aproximación para la solución del tema. Con todo, y siguiendo en esta parte la doctrina contractualista italiana, el referido principio tiene eficacia vinculante respecto de todos los socios sólo cuando la mayoría, al ejercer su derecho de voto, lo hace inspirándose en sus intereses sociales. De lo contrario, y en virtud de frustrarse el fin para el cual tal derecho es concedido, se incurre en una situación de abuso. En otras palabras, y basándose en la distinción entre los intereses sociales y extrasociales, tal doctrina considera que las decisiones en las cuales los socios no se conducen como miembros de la colectividad no constituyen una manifestación válida de la voluntad social. Únicamente en los supuestos en que la mayoría tutela sus intereses sociales, es válido su poder y puede, entonces, considerársela como la *melior pars* e intérprete de la voluntad social.

Según lo expuesto, el principio mayoritario reconoce como límites la consecución de los intereses cuya realización atañe al contenido del contrato de sociedad, y resulta inaplicable cuando los intereses tenidos en mira son extraños a la comunión societaria. Sería ésta, según *Jaeger*, la consecuencia natural de la concepción contractualista: mediante el contrato de sociedad se establece una comunidad de intereses sometidos a la regulación propia que impone la ejecución, por cierto período, de una actividad mediante la cual han de satisfacerse los fines para los cuales el contrato de sociedad ha sido celebrado, y que a su vez, de no tener lugar, impondría la disolución por imposibilidad de cumplir con el objeto social. Cuando uno o la mayoría de los socios persigue intereses extraños a esa comunidad, la voluntad de quienes se inspiran en los intereses sociales debe ser prevaleciente, porque tiende al cumplimiento del estatuto, aceptado por todos, que delimita la actividad social. De este modo, una minoría, aun ínfima, se convierte en la *melior pars* cuando reclama la observancia del contrato y demanda su ejecución. Ello significa, por ejemplo, que la mayoría no podría imponer a los socios disidentes una decisión inspirada en fines altruistas, salvo que ello estuviera previsto en el contrato social o fuere compatible con su giro u objeto.<sup>3</sup>

Ahora bien, aun cuando pudiere sostenerse que al hacer prevalecer la decisión que postulen quienes ostentan la mayoría del capital social o derechos políticos en la sociedad, según el caso, el legislador se ha representado que

---

mentos jurídicos empleados para tal fin incidan sobre el funcionamiento del órgano social en el que se produce el conflicto, afectando al proceso de toma de decisiones sociales (p. ej., prohibiciones de voto, impugnación de acuerdos, etc.). SÁNCHEZ, op. cit., págs. 145-147.

<sup>3</sup> ROIMISER, Mónica, *El Interés Social en la Sociedad Anónima*, Depalma, Buenos Aires, 1979, págs. 85-89.

tales socios actuarán del modo que más favorezca a la compañía –dado que es dable pensar que su voluntad se encamina, de forma natural, a maximizar los beneficios sociales– ello constituye una suerte de presunción cuya base descansa en la consideración de que una decisión equivocada y perjudicial a la empresa termina por dañar a quienes debieran normalmente asignar a ésta una mayor importancia.<sup>4</sup> Sin embargo, dicha solución apriorística no siempre se revela como el medio idóneo o definitivo para zanjar un conflicto. Y ello es así, entre otras razones, porque tal “presunción” –que ciertamente descansa sobre un supuesto “normal”– no constituye una constante que siempre encuentre su correlato en los hechos o debido a que, incluso habiéndolo, el recurrir a ella puede implicar desconocer un derecho del socio minoritario al cual la propia ley, de un modo explícito y directo, ha querido dotar de primacía. Como ejemplos del primer supuesto pueden citarse los casos en que existe un *abuso de la mayoría*, configurando hipótesis del segundo las situaciones en que se halla comprometido un *derecho individual del socio*.

Descartados, entonces, los casos que evidencian una confrontación entre intereses societarios (sea el interés social o el interés particular de un socio) e intereses extrasocietarios (interés de la comunidad, de los trabajadores, de los acreedores sociales, de los consumidores, del Estado, etc), existen diversas hipótesis relevantes de analizar que dicen relación con la confrontación entre el interés de los socios mayoritarios y el interés del minoritario, supuesto que –como se dijo– la prevalencia de ninguno de ellos suponga infligir perjuicios a la sociedad misma; en caso contrario, la consideración del interés social obliga a preferir el interés que no lesione a la compañía. Entre las materias concretas cuya resolución pueda plantear este tipo de problemas, cabe mencionar aquellas vinculadas con *aumentos del capital social; distribución de dividendos; acuerdos de fusión; y la propia disolución de la sociedad*.<sup>5</sup>

A fin de situar el marco preciso de nuestras consideraciones, debe asimismo tenerse presente que cuando hablamos de *minoría*, en un sentido amplio, tal expresión designa no sólo al grupo de accionistas que posee menos de la mitad de los derechos políticos de una compañía, sino que también al conjunto de socios que tenga una menor participación frente a otro grupo que goza de una influencia significativa en las decisiones sociales, o, incluso al porcentaje

<sup>4</sup> Como señala Girón Tena, “el fundamento del principio mayoritario estriba en la consideración de que los más reflejarán el interés social –“*maior pars, melior pars*”–, tomando como explicación de su eficacia la esperanza de que a mayor riesgo en la empresa, mayor interés por ella. Estas coincidencias de interés no pasan de ser presuntas y, por tanto, será posible la discusión de casos en que se producen discordancias”, y por esta razón se establece una regla general de sumisión de la minoría a lo decidido por la mayoría. SANCHEZ, op. cit., pág. 183.

<sup>5</sup> Para un desarrollo de estas materias puede verse nuestro libro: *Sociedad Anónima: Autonomía Privada, Interés Social y Conflictos de Interés*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

de accionistas que aun ostentando una mayoría del capital social se haya de tal modo disperso que carece de capacidad suficiente para hacer frente a otro grupo de socios con menor participación societaria, pero que cuenta con los grados de organización necesarios para imponer sus acuerdos.

Ahora bien, tanto doctrina como jurisprudencia comparadas han propuesto diversas opiniones a fin de prevenir y, en su caso, reprimir, un ejercicio del principio mayoritario que resulte lesivo para los intereses de la minoría. Entre las principales cabe destacar las siguientes:

### 1. Doctrina de la justificación objetiva

Conforme con esta posición, propugnada principalmente por la doctrina alemana, cualquier decisión de la mayoría que pueda afectar los derechos de los minoritarios debe obedecer a un criterio de *necesidad y proporcionalidad*. Aunque los propios adherentes a esta tesis no siempre coincidan a la hora de identificar cuáles son los fundamentos en los cuales se basa tal criterio, en general éstos dicen relación con la específica relación que se genera entre los sujetos ligados a través de un contrato de sociedad y que se deben mutua fidelidad. En lo que interesa, esta particular relación determina una influencia recíproca en la esfera jurídico-social de los consocios que conlleva a establecer limitaciones al poder de la mayoría, no sólo de carácter adjetivo o procedimental referidas a la formalización del proceso decisorio, sino, principalmente, límites inmanentes de carácter material, vinculados directamente con el contenido de los acuerdos sociales y, por tanto, con el ejercicio del derecho de voto.<sup>6</sup> De este modo, sobre la mayoría pesa siempre el deber de tener en consideración los intereses del minoritario, es decir, de valorar, en el caso de que se trate, las consecuencias concretas de la decisión adoptada y, muy especialmente, de la necesidad y proporción que ésta guarde con el resultado que se pretende obtener atendida la posición en que ella colocará al accionista minoritario. En otras palabras, para que la decisión mayoritaria que lesiona el interés de otros socios no sea jurídicamente reprochable, la pertinente decisión debe contar con una *justificación objetiva*, con un fundamento de oportunidad y conveniencia que le otorgue al acuerdo un mérito y razonabilidad tal que las consecuencias negativas del mismo sean un efecto secundario no deseado que explique suficientemente la postergación del interés de la minoría.

En los hechos, esta doctrina se concreta en una alteración del *onus probandi* en materia de impugnación de acuerdos lesivos, puesto que frente a una demanda del socio afectado, exige a la mayoría acreditar que la decisión acordada, atendida las circunstancias concretas de la situación en examen, responde a

<sup>6</sup> En el sentido enunciado, SÁNCHEZ, op. cit., pág. 223.

criterios de necesidad y proporcionalidad desde la perspectiva de los requerimientos que impone la noción de interés social.

Entre las principales falencias que presenta la posición que exponemos, puede anotarse, por una parte, la inseguridad jurídica que representa la vaguedad en torno a las pautas por las cuales debe guiarse una decisión cualquiera a objeto de ser calificada como proporcional y necesaria y, por otra, la situación en que coloca al juzgador al imponerle una valoración respecto de apreciaciones de conveniencia, oportunidad y, en definitiva, consistencia "material" de los acuerdos relacionados con la administración de la sociedad y sus activos.

## **2. Doctrina de la buena fe y el deber de fidelidad en las relaciones societarias**

Para una buena parte de la doctrina, la calificación jurídica y consecuencias que se siguen de adoptar acuerdos lesivos para la minoría debe resolverse conforme a los deberes de buena fe y fidelidad que presiden las relaciones de aquellos que han decidido vincularse mediante la sociedad. Tales deberes determinan la obligación de adecuar la conducta a ciertos cánones que se fundamentan, a su vez, en exigencias de lealtad recíproca que pueden reclamarse quienes se asocian por este tipo de contratos. En consecuencia, los accionistas que pretendieran asilarse en el principio mayoritario para imponer una decisión perjudicial para el interés minoritario, faltarían a los deberes de fidelidad y corrección a que se hallan obligados en virtud del contrato.

Refuerza las ideas expuestas el hecho de que si bien las exigencias de lealtad y fidelidad que emanan de la buena fe constituyen un principio general de derecho, aplicable a cualquier tipo de contratos, no lo es menos que tratándose de las relaciones asociativas su proyección, así como el contenido y aplicación en concreto del mismo, guardan una especial particularidad.<sup>7</sup> En este sentido, *Betti* hace ver que mientras en las relaciones de cambio la buena fe contractual tiene un alcance limitado que implica el comportamiento necesario para el intercambio; en las relaciones asociativas, en sentido amplio, en las que se trata de poner en común los esfuerzos para una finalidad de intereses comunes, la buena fe abraza todo cuanto es necesario para alcanzar ese objetivo común, y,

<sup>6</sup> Citando a Hüffer podemos decir que "en el ejercicio de las facultades que en su condición de miembros les asisten en interés de la sociedad, los socios se hallan obligados a realizar aquellas acciones que sirven a la promoción del fin social, así como a abstenerse de las conductas que se opongan a aquélla. En el ejercicio de los derechos de miembro conferidos en interés propio habrán de observarse los límites, que resultan de la prohibición de un derecho arbitrario o desproporcionado de los derechos. Habrá de tomarse en consideración adecuada a los intereses de los demás socios derivados de su condición de socio". JUSTE MENCÍA, Javier, *Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 146.



por tanto, se potencia en un deber de fidelidad. "Deber que intuyeron espléndidamente los romanos, en las relaciones de fiducia personal, como *societas*, la tutela, el mandato y la fiducia".<sup>8</sup>

Sin perjuicio de lo dicho, pensamos que el recurso a la buena fe, dada su naturaleza de principio general de derecho, no aporta en verdad un criterio específico y diferenciador con otros contratos diversos al de sociedad en términos tales de permitirnos dar una satisfactoria solución a los conflictos que se presentan en este ámbito. Empero, y más importante que eso, tales conceptos, atendidos su propio alcance y extensión, se restringen al ámbito de lo contratado y, por tanto, al interés social o común de los accionistas, lo cual no alcanza las situaciones en que se trata de tutelar intereses del minoritario que, si bien legítimos, son extraños a ese interés común. Finalmente, la contribución que nos pueden prestar estos criterios en el mejor de los casos servirá a los fines de interpretar el contrato y determinar si la mayoría ha cumplido o no con éste, pero no permitiría anular o invalidar los acuerdos que se estimen contrarios a los deberes de fidelidad o lealtad.

### 3. Doctrina del motivo ilícito en el ejercicio del voto

Un sector liderado principalmente por la doctrina italiana postula que los acuerdos que perjudican a la minoría pueden ser invalidados si ellos han sido acordados por un motivo ilícito, constituido, en este caso, por el abuso de poder en que incurre el accionista mayoritario que adopta una decisión lesiva para sus consocios. Desde este punto de vista, se dice, la persecución de intereses particulares extrasocietarios con daño para la minoría conlleva la ilicitud de los motivos que subyacen a la emisión del voto, determinando la nulidad del acuerdo, que resulta así ineficaz por ser contrario a la ley.

En nuestra opinión, la posición enunciada presenta el serio inconveniente de prescindir del hecho que los intereses extrasociales, en la medida que no se opongan al interés social y sean, en sí mismos, lícitos, no devienen en ilegítimos por la sola circunstancia de causar un perjuicio a terceros. Por lo mismo, el simple hecho de emitir un voto, justificado en función del legítimo interés del accionista que lo emite, si no contraría a su vez el interés *común* de los socios, no necesariamente deberá ser calificado de ilícito o ilegal, aunque con él se produzca una frustración del interés o expectativa de otro accionista.

<sup>8</sup> BETTI, Emilio, *Teoría General de las Obligaciones*, T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/n, pág. 103.

#### 4. Doctrina del exceso o desviación de poder

Sobre la base de "trasplantar" al derecho societario conceptos propios del derecho administrativo, algunos han pretendido justificar la impugnabilidad de los acuerdos lesivos para el interés minoritario en una suerte de desviación del poder que ostenta el accionista en relación con su propio derecho de voto. Por lo mismo, no es extraño que esta teoría goce del favor de quienes aprecian la sociedad anónima con un criterio *institucionalista*, conforme al cual aquella está llamada a servir intereses y fines que exceden del interés de sus socios, cumpliendo un rol de utilidad o función pública que prevalece frente a cualquiera otra consideración individual. Desde esta perspectiva, se postula que siendo el interés social la forma o vehículo a través del cual se satisfacen los intereses extrasocietarios, y por ende, superiores al interés particular del accionista, su prosecución se erige siempre en el criterio o guía para juzgar si una determinada decisión puede calificarse jurídicamente de legítima.

De este modo, hallamos que el rasgo definitorio de la teoría del exceso de poder se sitúa en la concepción del derecho de voto no ya como un derecho subjetivo atribuido al socio en su propio interés, sino como una potestad atribuida para su ejercicio en aras de la consecución de un fin *institucional*. El ejercicio del voto se concibe como una obligación o deber de perseguir exclusivamente el interés social, del mismo modo que el ejercicio de una potestad jurídico-pública es obligatorio por cuanto que se atribuye en función de un interés ajeno a su titular. Se presume, así, que el socio, con el derecho de voto, tiene un poder jurídico que le ha sido concedido en interés de otros.

Un examen de la posición enunciada nos conduce, primeramente, a formular la misma crítica que planteáramos a propósito de la doctrina del motivo ilícito, en orden a que también prescinde de la legitimidad que cabría predicar respecto de aquellos acuerdos adoptados por la mayoría que, no hallándose en contradicción con el interés social ni adoleciendo en sí mismos de ilicitud, sean susceptibles de causar un perjuicio a la minoría. De otro lado, esta teoría supone la adhesión a una determinada concepción del voto que nos resistimos a seguir y que asimila su naturaleza a la de una *potestad* o *función*.

En efecto, creemos que el derecho de voto, aun cuando impone a su titular determinados deberes –como se deduce del artículo 30 de nuestra Ley de Sociedades Anónimas– constituye para éste un derecho subjetivo o *facultad*, rechazando por tanto aquellas doctrinas que propugnan la aplicación de conceptos y categorías propios del Derecho Público al específico campo del Derecho Privado.

## 5. Doctrina del fraude a la ley

A nuestro juicio, en determinadas circunstancias, también la doctrina del fraude a la ley podría servir de remedio ante las situaciones de abuso de que tratamos.<sup>9</sup> En efecto, recordemos que tal teoría se vincula con aquella situación en la cual un sujeto conforma su conducta de tal modo que no puede reprobarse directamente, y de manera que, con el conjunto de los medios oblicuos empleados, en definitiva obtiene un resultado que la ley pretende impedir.<sup>10</sup> Conforme a lo dicho, entonces, sería factible aplicar dicha doctrina tratándose de aquellas hipótesis en que el accionista mayoritario, exhibiendo un respeto formal o aparente a la ley al momento de emitir el voto, logra no obstante sustraerse del mandato legislativo en orden a ejercer su derecho respetando los derechos de los demás accionistas, v.gr. aquellos de que es titular el minoritario. El problema, no obstante, que podría derivar de la aplicación de esta teoría, se vincula con la notable disparidad de criterios que muestra tanto la doctrina como la jurisprudencia al momento de determinar cuál es la sanción por el *acto in fraudem legis*, para cuyo efecto se han postulado soluciones tan diversas como la nulidad por objeto ilícito<sup>11</sup> o por causa ilícita<sup>12</sup> o la inoponibilidad<sup>13</sup> y prevalencia de la norma defraudada con el acto ejecutado,<sup>14</sup> siendo de advertir que incluso algunos se pronuncian en contra de la represión genérica al fraude.<sup>15</sup>

## 6. Doctrina del abuso del derecho

Para esta teoría, los acuerdos que adopte la mayoría de los accionistas, aunque no se opongan al interés social o común de los socios, pueden ser impugnados si ellos obedecen al ejercicio de un derecho de voto que se aparta de los fines para los cuales tal derecho se concedió. De esta manera, si una determinada decisión sólo encuentra fundamento real en la circunstancia de causar un

<sup>9</sup> Para un panorama general respecto de dicha doctrina y los efectos que produce tanto entre las partes como respecto de terceros, puede verse ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Teorías del Derecho Civil Moderno*, AAVV, Ediciones Universidad del Desarrollo, año 2005, págs. 87 y sgtes.

<sup>10</sup> FERRARA, Francisco, *La Simulación de los Negocios Jurídicos*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1926, págs. 96 y 97.

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, y entre nosotros, VIAL DEL RIO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, 5ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 214.

<sup>12</sup> V.gr. SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, págs. 225 y 226.

<sup>13</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "*Fraus Omnia Corruptit*. Notas sobre el Fraude en el Derecho Civil", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 189, Año LIX, enero-junio 1991, págs. 27, 28 y 29.

<sup>14</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, págs. 186 y 187 y, en nuestro medio, FUEYO L., Fernando, "El Fraude a la Ley", *RDJ*, Tomo LXXXVIII, 1991, págs. 27 y 42.

<sup>15</sup> En tal sentido, por ejemplo, *Planiol y Esmein*, citados por CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil*, T. II, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 286.

perjuicio a los minoritarios o bien obtener un beneficio que es ajeno al interés jurídico protegido con el voto, su ejercicio pasa a ser ilegítimo o contrario al ordenamiento jurídico. En este sentido, recuérdese que “se puede ser titular de un derecho “aparente” y esto sucederá cuando su titular pretende lograr con su ejercicio la satisfacción de un interés que la norma no resguarda ni que al gestarse se tuvo en consideración. El derecho, creemos nosotros, es un medio para alcanzar ciertos fines y ellos consisten en la realización de “intereses” que legitiman y amparan la norma jurídica. Si el ejercicio del derecho –aplicación de la norma– se extiende a intereses que éste no consagra, entonces se actúa al margen de él, porque su existencia gira en función de aquellos intereses cuya satisfacción, al fin y al cabo, es lo único que legitima el actuar de su titular. No cabe sino al legislador y al juez, en fases distintas, especificar e identificar este elemento esencial. El primero al dar vida a la norma, el segundo al ponerla en movimiento”.<sup>16</sup>

## 7. Doctrina de la causa ilícita

A partir de la posición que seguimos en materia de “causa”, entendiéndola como aquel *supuesto de hecho* legalmente suficiente para *justificar* un determinado efecto jurídico,<sup>17</sup> creemos posible proyectar su aplicación a la materia que aquí nos ocupa.

Muy ligada al concepto enunciado, la doctrina italiana concibe la causa como la *función económico-social* que caracteriza al negocio,<sup>18</sup> independiente de las motivaciones individuales (“causa ocasional”) que puedan haber inspirado a las partes. Así, por ejemplo, *Cariota Ferrara* expresa que “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”.<sup>19</sup> *Pietrobon*, a su turno, dirá que la causa viene a ser la finalidad objetiva que vitaliza el negocio; es la razón esencial del contrato, que corresponde a la finalidad perseguida por el mismo según su especial naturaleza.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, págs. 43 y 44.

<sup>17</sup> Esta concepción la desarrollamos largamente en nuestro artículo: “*Hacia una Reformulación del concepto de “Causa” y su Proyección en el Código Civil*”, actualmente en prensa.

<sup>18</sup> BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1ª ed., s/a., p. 143.

<sup>19</sup> CARIOTA FERRARA, Luigi, *El Negocio Jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956, pág. 487.

<sup>20</sup> PIETROBON, Vittorio, *El Error en la Doctrina del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág.500.

Esta es, precisamente, la noción que a nuestro parecer puede ser predicada en nuestro ordenamiento jurídico a propósito de este requisito de los actos jurídicos y la que permite entender, entre otras cosas, por qué el legislador nacional *presume* la causa sin que sea, por lo mismo, necesario expresarla. (art. 1467)

Relativamente a la *licitud* de la causa, la ley no puede tolerar que aquella finalidad práctica o motivo “presunto” del acto jurídico sea utilizado por la parte –en este caso el accionista que concurre con su voto a la junta– como un medio para alcanzar un resultado que repugna a la propia ley, al orden público o las buenas costumbres. Y, a nuestro juicio, da igual que en el caso particular el socio se haya representado o haya sabido que su motivo personal o individual (“causa ocasional”) es contrario al ordenamiento jurídico. De acontecer aquello, *independientemente del ánimo del sujeto*, se produce una *desviación* del motivo que la ley presume en la conducta del agente, desde el momento que ya no se cumplirá con la finalidad práctica del acto que la ley ha estimado *merecedor* de protección o reconocimiento. Esta desviación, asimismo, resulta de una magnitud o relevancia tal que no es posible ya *justificar jurídicamente* el acto o contrato y la correspondiente obligación. En otras palabras, en tal situación, al perseguirse la ejecución de un resultado no amparado por el Derecho, el sujeto se habrá apartado o, más que eso, habrá torcido el interés jurídicamente tutelado, que no es otro que –insistimos– satisfacer la necesidad práctica para el cual el Derecho considera apto o idóneo el acto de que se trata, en este caso: el ejercicio del derecho de voto.

Atendido lo expuesto, en las hipótesis que examinamos podrá postularse que una emisión del voto que reúna las características analizadas y que, por tanto, implique un ejercicio abusivo del principio mayoritario, acarreará como consecuencia que el acto así generado devenga en ilegítimo por *ilicitud de su causa*. Siendo así, y en protección de los derechos del socio minoritario, puede entonces atacarse la actuación viciada alegando su nulidad y pertinente indemnización de perjuicios, o bien deducirse esta última acción de un modo autónomo.

## Bibliografía citada

- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Sociedad Anónima: Autonomía Privada, Interés Social y Conflictos de Interés*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Hacia una Reformulación del concepto de "Causa" y su Proyección en el Código Civil*, actualmente en prensa.
- 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, *Teorías del Derecho Civil Moderno*, AAVV, Ediciones Universidad del Desarrollo, año 2005.
- BETTI, Emilio, *Teoría General de las Obligaciones*, T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/a.
- BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1ª ed., s/a.
- CABANELLAS, Guillermo, "El Interés Societario y su Aplicación", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992.
- CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil*, T. II, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1971.
- CARIOTA FERRARA, Luigi, *El Negocio Jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Fraus Omnia Corruptit. Notas sobre el Fraude en el Derecho Civil", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N°189, Año LIX, enero-junio 1991.
- EASTERBROOK, Frank, y FISHEL, Daniel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, USA, 1998.
- 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.
- FERRARA, Francisco, *La Simulación de los Negocios Jurídicos*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1926.
- FUEYO L., Fernando, "El Fraude a la Ley", *RDJ*, Tomo LXXXVIII, 1991.
- JUSTE MENCÍA, Javier, *Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.
- KÜBLER, Friedrich, *Derecho de Sociedades*, 5ª edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- PIETROBON, Vittorino, *El Error en la Doctrina del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- ROIMISER, Mónica, *El Interés Social en la Sociedad Anónima*, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, *Conflictos de Intereses entre Socios en las Sociedades de Capital*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- VIAL DEL RIO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, 5ª edición actualizada, 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.

## La Contraloría hoy



**Iván Aróstica Maldonado**

Director del Departamento de Derecho Público

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Noticiado estuvo el Instituto Contralor en el último tiempo, no sólo por la designación de una nueva autoridad. También, por la polémica sobre el “lugar exacto” de la Contraloría General, atinente a la amplitud de sus atribuciones cuando le toca emprender el examen de juridicidad de los actos de la Administración. Si esta revisión –en cuanto no podría erigirse como sustituto de la actividad jurisdiccional– comprende únicamente aspectos “de forma”,<sup>1</sup> o –siendo una instancia de control completo de juridicidad– puede extenderse también sobre cuestiones “de fondo”.<sup>2</sup>

Al paso, se cuestiona la utilidad misma del trámite de toma de razón, como mecanismo de control jurídico preventivo (que para eso estarían mejor los tribunales, actuando con posterioridad) y generalizado (por el imposible número de actos a revisar), lo que aconsejaría reemplazarlo por un mero control contable, posterior y selectivo.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Polémica abierta por Arturo Fermandois, en *El exacto lugar de la Contraloría*, El Mercurio (Santiago) 14.8.2006 cuerpo A página 2. Comenta allí favorablemente la sentencia recaída en el caso *Club Deportivo Universidad Católica*, protección acogida contra el Dictamen 56.977 de 2005, y en el cual la Contraloría ordenaba invalidar un acto administrativo favorable a particulares, porque –en concepto del tribunal– a la Contraloría sólo le correspondería revisar su “forma” y no el fondo: Corte de Apelaciones de Santiago 25.4.2006 (rol 8.344-05: especialmente considerandos 5º y 10º), Corte Suprema (confirma) 27.7.2006 (rol 2.224-06).

Iguals son los recursos de protección *Valparaíso Sporting Cristal Club y Congregación de los Sagrados Corazones* (ambos deducidos contra el Dictamen 1.477 de 2006, donde la Contraloría también ordenaba invalidar actos administrativos favorables a particulares), acogidos por la Corte de Santiago el 8.8.2006 (roles 531-2006 y 811-2006: considerandos 11º, 14º y 18º). Otro caso análogo (contra el Dictamen 26.252 de 2006, por igual motivo) es *Inmobiliaria Altair*, acogido por la misma Corte el 25.8.2006 (rol 3.137-2006: considerandos 8º y 11º).

<sup>2</sup> Respuesta al artículo del profesor Fermandois, de la Contralora (S) doña Noemí Rojas Llanos, *El lugar de la Contraloría*, en El Mercurio (Santiago) 21.8.2006 cuerpo A pág. 2. Más ampliamente esta postura, en Dictamen 24.343 de 2006.

Los informes de la Contraloría en los recursos de protección indicados en nota 1 anterior se encuentran, respectivamente, en los Dictámenes 1.201, 9.655 y 33.451, todos de 2006.

<sup>3</sup> Enrique Rajevic M., *Contraloría y función de control: una necesaria revisión*, La Semana Jurídica N° 316 (27 noviembre-3 diciembre 2006) 6-7.

Porque la conocemos y la Contraloría General ha sido materia de nuestro estudio durante años, es que creemos estar en condiciones de aportar algunos datos y meditaciones personales para clarificar su situación.

## La Contraloría y los tribunales

1. La historia es conocida y dice que, aunque nacida en 1927 sólo para fiscalizar la legalidad-contable, la regularidad financiera solamente de los actos de la Administración, desde el punto de vista únicamente presupuestario o hacendista (de allí su vinculación con el Ejecutivo a través del Ministerio del ramo), no obstante, hacia comienzos de la década de los '50 del siglo pasado, la Contraloría General –tras una interpretación extensiva de sus facultades– pasó a profundizar su control a fin de asegurar que los actos de la Administración se conformen al ordenamiento jurídico en su integridad.<sup>4</sup>

Bien sabemos que esto obedeció al encomiable propósito de afianzar efectivamente la vigencia del imperio del Derecho y para, de algún modo, reemplazar la inexistencia de aquellos “Tribunales Administrativos” anunciados –pero nunca creados– por la norma programática del artículo 87 de la Carta de 1925.

Como asimismo sabemos que –no sin dudas– la Constitución de 1980 terminó por reconocer, en definitiva, esa tarea insustituible que le corresponde a la Contraloría General de ejercer “el control de la legalidad de los actos de la Administración”, en –curiosa coincidencia– su artículo 87 (actual art. 98).<sup>5</sup>

2. Lo concreto entonces es que la Constitución vigente zanjó cualquier duda al respecto, al insertar la función fiscalizadora que le compete a la Contraloría dentro de un sistema de control jurídico de los actos de la Administración,<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Eduardo Soto Kloss, *El decreto de insistencia ¿es conforme al ordenamiento constitucional?*, Revista de Derecho Público (Universidad de Chile) 15 (1974) 58-80; Jorge Precht Pizarro, Gobierno y Administración en la Constitución de 1980, Gaceta Jurídica 67 (1986) 13-27 (especialmente 23-26), y Lautaro Ríos Álvarez, *La Contraloría General en el Estado de Derecho*, GJ 69 (1986) 6-7.

De nuestra autoría: *Notas sobre los Dictámenes de la Contraloría General de la República*, Colección Jornadas Académicas (Universidad de Valparaíso) 14 (1990) 531-552. *El trámite de toma de razón de los actos administrativos*, RDP (U. de Chile) 49 (1991) 131-168. *Sobre el recurso de protección y la representación del Contralor (Reflexiones acerca de una contienda de competencia)*, Revista Chilena de Derecho (Universidad Católica de Chile) vol. 20 N° 2/3 (1993) 745-757. *El gobierno de la Unidad Popular y la Contraloría General de la República*, RDP (U. de Chile) 53/54 (1997) 97-116.

<sup>5</sup> Para el encuadre de la Contraloría General dentro del Estado, y su deber de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas que regulan los actos de la Administración, véase la sentencia del Tribunal Constitucional (rol 78) 20.9.1989 (cons. 7°), en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 86 (1989) 2.6, 138-152.

<sup>6</sup> Las expresiones “controlar” y “fiscalizar” se ocupan acá indistintamente, por no haber diferencias entre ellas y ser términos sinónimos, según el Diccionario de la Lengua Española (21ª edición, 1992).



materia en que también se le reconoció su rol a los tribunales, dando la última (que no la única) palabra.

El que ahora –con la Carta de 1980– los tribunales del Poder Judicial tengan jurisdicción y competencia para revisar la juridicidad de los actos de la autoridad, no puede entenderse, entonces, en desmedro de las plenas atribuciones que le asisten a la Contraloría General, desde que la Constitución debe ser interpretada de modo que todas sus normas produzcan resultados, en concordancia práctica, desechando cualquier hipótesis que conduzca a la reducción o menoscabo de alguna de sus disposiciones, más allá de los términos previstos por el constituyente.

De ahí que establecer el “lugar exacto” de la Contraloría y de los tribunales, pertinente al control sobre los actos de la Administración, obliga a conciliar y hacer eficaces las atribuciones constitucionales de una y otros.

### **¿Superposición de controles?**

Siendo de precisar, a este propósito, que dos medios le fueron confiados a esa casa fiscalizadora para satisfacer el referido cometido de ejercer “el control de la legalidad de los actos de la Administración”: pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones en grado de toma de razón, y emitir dictámenes interpretativos para la correcta inteligencia y aplicación de las leyes y reglamentos que rigen a la Administración.

1. El primero, con cobertura constitucional (en los artículos 99 y 93 N° 9) y legal (en los artículos 1º, 10 y 154 de la Ley 10.336), aparece concebido como un trámite destinado a revisar preventivamente la validez jurídica de los actos decisorios de la autoridad, sin perjuicio de las atribuciones de control represivo que les corresponden al Tribunal Constitucional y a los tribunales del Poder Judicial.

1.1) Mientras la Contraloría aquí debe ejercer un control ante-facto (previo al nacimiento del acto en examen) en abstracto y generalizado (masivo sobre los decretos y resoluciones), los tribunales pueden ejercer un control post-facto (posterior a la tramitación del acto, no obstante su toma de razón),<sup>7</sup> en concreto y eventual (en la medida naturalmente que el acto de la autoridad sea

---

<sup>7</sup> Este es un punto pacífico en la doctrina y la práctica. Sobre la revisión jurisdiccional a posteriori de un acto de la Administración, aun si ha sido cursado sin reparos por la Contraloría, puede consultarse la jurisprudencia citada en nuestro *¿Qué queda de la “presunción de legalidad”?*, en RDJ 88 (1991), 1ª parte, sección Derecho, 1-7, y en GJ 134 (1991), 7-15.

impugnado en sede jurisdiccional), por manera que a este respecto no cabría hablar de una superposición de controles o aducir que la Contraloría estaría sustituyendo a dichos órganos jurisdiccionales.

Este esquema, típicamente chileno e inédito en el mundo entero, ha funcionado razonablemente bien durante años de práctica continua, y no se divisan motivos de peso para innovar al respecto.

1.2) ¿Ha llegado la hora de cambiar este control ex ante, por alguna nueva fórmula de control ex post?

La prudencia aconseja no experimentar en la materia y mantener esta primera barrera del Estado de Derecho. Porque si bien la toma de razón afecta la inmediatez en el actuar de la Administración (por un tiempo razonable), es de toda evidencia que los bajos índices de corrupción que el país lució durante años se deben –en gran medida– a esta vigilancia preventiva que ejerce la Contraloría. La verdadera utilidad del trámite de toma de razón no se mide por los casos donde se vio incapaz para detener sonadas irregularidades, sino por los muchos más en que operó como disuasivo o evitó la consumación de actos irregulares.

2. El segundo cometido de la Contraloría General, el poder dictaminante, está tratado en su ley orgánica constitucional N° 10.336 (artículos 5º, 6º, 9º y 19), a que se remite la Constitución (art. 98), y su ejercicio demanda dos precisiones a fin de que no colisione con las prerrogativas que son propias o inherentes a la jurisdicción.

2.1) Un punto a aclarar en lo inmediato viene exigido por la redacción del artículo 6º inciso 3º: “La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia”.

Es esta una prohibición, cuyo acto contraventor es nulo y de ningún valor, derivada directamente del artículo 76 de la Constitución, el cual –a su turno– impide al Presidente de la República (y por lógica extensión al resto de la Administración del Estado), entre otras conductas, “avocarse causas pendientes” y “ejercer funciones judiciales”.

a) Se entiende nítidamente que si el asunto ya está radicado en sede jurisdiccional, la Contraloría no puede emitir parecer alguno, por configurarse la susodicha prohibición que le impide dictaminar en asuntos “que estén sometidos

al conocimiento de los Tribunales de Justicia”, en correspondencia con aquel impedimento general de “avocarse causas pendientes”.<sup>8</sup>

b) Más dificultoso parecería deslindar aquellos “asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso”, y respecto de los cuales tampoco la Contraloría puede entrar a informar. La cuestión precisa es la siguiente: si la Contraloría puede o no pronunciarse acerca de la validez de un acto administrativo, en circunstancias que hoy –potencialmente– todos los actos de la Administración son susceptibles de impugnación ante los tribunales del Poder Judicial.

No nos parece que la solución esté en eliminar dicho impedimento,<sup>9</sup> ni en entender que el solo hecho que un acto administrativo pueda, eventualmente, ser reclamado ante tribunales, inhibe automáticamente a la entidad fiscalizadora para dictaminar en la materia.<sup>10</sup>

En nuestro criterio, cuando la Ley 10.336 le veda a la Contraloría intervenir en los “asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso” (art. 6º inc. 3º), no está haciendo más que particularizar y concretar la citada prohibición de rango constitucional (art. 76), que proscribió a la Administración “ejercer funciones judiciales”. En el sentido que la Contraloría no puede dictaminar sobre la legalidad de un acto administrativo, a instancias de un particular, si de su invalidez pudieran derivarse perjuicios para los derechos de terceros, porque zanjar el *quid juris*, cual es el límite de un derecho y del ajeno, comporta un asunto eminentemente litigioso, de exclusivo conocimiento judicial.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Para la contradictoria jurisprudencia judicial en torno a este impedimento, hágase el contrapunto entre la sentencia publicada en RDJ 98 (2001) 2.5, 40-50, por una parte, con el fallo publicado en LSJ N° 294, Jurisprudencia al Día N° 13 (26 junio-2 julio 2006) 146-148, por otra.

<sup>9</sup> Como lo quiso hacer el nonato proyecto de nueva LOC de la Contraloría, enviado al Senado por el ex Presidente Patricio Aylwin (Mensaje N° 542-323, de 8.5.1992), cuyo artículo 16 inciso 4º acotaba que “La Contraloría General no dictaminará sobre los asuntos de que estén conociendo los Tribunales de Justicia” (iniciativa conjunta con el Mensaje N° 687-07 de 6.5.1992, que proponía crear tribunales de lo contencioso-administrativo dentro del Poder Judicial).

Solución igual de incompleta a la incluida en el art. 54 inciso 3º de la Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, en cuya virtud “Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cuaiquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión”.

<sup>10</sup> La Contraloría, por su lado, parece entender que allí donde existe un tribunal “especial” destinado a revisar determinados actos administrativos, ello solo la enerva para pronunciarse sobre la materia específica en que particulares le han requerido su intervención. Así para el caso del Tribunal de Contratación Pública creado por la Ley 19.886, se desprende de sus Dictámenes 18.740, 41.552, 53.271 y 55.887, todos de 2004, y 35.749 de 2005.

<sup>11</sup> En ese entendido vamos a coincidir con la opinión de E. Soto Kloss, *Urbanismo, Contraloría General de la República, Tribunales de Justicia. A propósito de la acción de protección deducida por la Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile*, en “Sentencias Destacadas” 2006, del Instituto Libertad y Desarrollo, 131-144. Igualmente, Pedro Aguerrea Mella, *La Contraloría General de la República y el control de los organismos administrativos con competencia en materia urbanística*, IV Jornadas Constitucionales (octubre 2006) Fac. Derecho Universidad Mayor (Temuco), en “Derecho Mayor” vol. 5/2006 (en prensa).

2.2) Otro aspecto a esclarecer –más delicado– obedece al hecho que gran parte de las veces los dictámenes de la Contraloría General no se limitan sólo a “interpretar” en abstracto la ley, esto es, a esclarecer su sentido y alcance para el único objeto de que los órganos de la Administración le den correcta aplicación, sino que –adquiriendo tales dictámenes los ribetes de un verdadero acto decisorio– concluyen resolviendo situaciones particulares y ordenando la invalidación de sendos actos administrativos, en circunstancias que el asunto tendría que trasladarse a residencia jurisdiccional,<sup>12</sup> supuesto el monopolio de los tribunales en materia contencioso-administrativa.

a) El caso es que ya en el seno de la Comisión Ortúzar fue el profesor Raúl Bertelsen quien –una y otra vez– insistió que la Contraloría no debería tener la facultad para interpretar la ley de manera general y obligatoria (por pertenecerle al Parlamento) ni competencia contencioso-administrativa alguna para mandar invalidar actos administrativos (por ser ello de resorte exclusivo de los tribunales).<sup>13</sup>

Pensando en aquella práctica asumida por el ente contralor desde la época en que no existían “tribunales administrativos”, conociendo de reclamos de particulares contra actos de la Administración y a fin de no relegarlos a una situación de indefensión, pero que continúa aplicando hasta el día de hoy, cuando ya es reconocida la jurisdicción de los tribunales para pronunciarse sobre la nulidad de derecho público de cualquier acto administrativo.

b) Es nuestra opinión, sin embargo, que el referido modo de proceder de la Contraloría no merece reparos de constitucionalidad.

Porque como el constituyente de 1980 –conociéndolas en su aplicación–<sup>14</sup> no restringió las potestades de la Contraloría y mantuvo su situación, le es permitido seguir pronunciándose –a través de un dictamen– sobre la validez de todo acto administrativo reclamado ante ella por un particular afectado. Esto es, si los redactores de la Carta, a sabiendas de esta manera particular que tiene la Contraloría para conocer de impugnaciones en ejercicio de su

<sup>12</sup> Este cuestionamiento, para el resto de los órganos administrativos dotados de potestades “interpretativas”, lo hemos planteado en *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, en *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo) 14 (2006) 149-160.

<sup>13</sup> Sesiones 309 (8.11.1977) pág. 1436; 322 (28.10.77) págs. 1701, 1706-1709, y 325 (8.11.77) págs. 1751 y 1760 (con opinión compartida aquí por don Enrique Ortúzar).

<sup>14</sup> Especialmente entre las sesiones 306 (19.7.1977) y 329 (22.11.1977) de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Además, esa forma de actuar de la Contraloría siempre ha sido pública y explicitada en sus Memorias Anuales: son de particular interés las de los años 1970-73, relativas al número de decretos y resoluciones representados por “defectos de fondo” (19.764, 26.909, 30.316 y 28.600, respectivamente), con la advertencia que los que presentan defectos de forma habitualmente son salvados mediante oficios de alcance.

potestad dictaminadora, no la rechazaron explícitamente y su voluntad fue conservar el régimen de la entidad fiscalizadora tal cual se había consolidado hasta el momento, ello implica que ésta puede seguir operando hoy de la misma forma que antes.<sup>15</sup>

Eso sí en el bien entendido que, merced al artículo 76 de la Carta, la Contraloría debe abstenerse inmediatamente y no emitir pronunciamiento alguno, cuando la materia ya está cuestionada ante los tribunales (porque eso implicaría “avocarse causas pendientes”) o cuando el asunto puede comprometer derechos de terceros (porque ello significaría entrar a “ejercer funciones judiciales”, erigiéndose en una suerte de comisión especial que asimismo rechaza la Carta, en su art. 19 N° 3).<sup>16</sup>

c) Pretender que los tribunales habrían de monopolizar en exclusiva la totalidad de las impugnaciones contra actos administrativos, negándoles la opción contralora a los particulares, carece de asidero constitucional, desborda sus reales posibilidades de actuación,<sup>17</sup> y no se compadece con la realidad de las nuevas trabas de acceso a la justicia que se les siguen poniendo a los privados, especialmente cuando se obstaculiza la procedencia de ese remedio judicial pronto y expedito en que consiste el recurso de protección.<sup>18</sup>

Aquellos tres o cuatro veredictos que reivindicán la competencia “excluyente” de los tribunales para pronunciarse sobre la regularidad de los actos administrativos, pues, pudieron ser más prolijos, en el sentido que la Constitución (art. 76) les reserva el conocimiento y resolución de estas materias en definitiva con

---

<sup>16</sup> Ni una palabra puede informar la Contraloría General si el asunto ya es judicial o concierne a un conflicto entre derechos que sólo un tribunal puede dirimir. Ejemplos en contrario –a discutir en la cátedra– son el Dictamen 25.027 de 2002 (una arista del caso “Ralco”) y el Dictamen 53.137 de 2006 (en el caso de la “Píldora del día después). Ni tampoco en sus informes al Tribunal Constitucional, cuestionado que sea un decreto por inconstitucional, puede extenderse a artículos previos u objeciones de admisibilidad respecto de una impugnación parlamentaria, que no digan directa relación con los motivos que la condujeron a tomar razón del mismo, sin poner en entredicho la Contraloría su propia neutralidad.

<sup>17</sup> Según sus Memorias Anuales, el año 2003 la Contraloría recibió 21.748 solicitudes de dictámenes, el 2004 fueron 21.709 y subieron a 25.214 el año 2005. Convéngase que gran parte de estas solicitudes son reclamos de particulares, y al cabo se tendrá una idea aproximada de lo que tendrían que absorber los tribunales.

<sup>18</sup> Nuevas trabas reforzadas por el Auto Acordado de 1998, que permite declarar inadmisibles de plano protecciones por extemporáneas o falta de fundamentos. La esperada reacción del decano Soto Kloss puede verse resumida en *La protección de los derechos de las personas, logros y penurias (veinticinco años de jurisprudencia 1977/2002)*, Ius Publicum 10 (2003) 71-88.

Con más sensibilidad ante los reclamos de particulares, la Contraloría ha informado que ella puede pronunciarse respecto de materias que han sido objeto de recursos de protección declarados extemporáneos por resolución inimpugnable de las Cortes, sin que tales tribunales hayan decidido sobre el fondo del asunto (Dictámenes varios, entre el 42.035 de 1996, el 61.817 de 2006 y ahora el 674 de 2007).

imperio de última voz, pero sin que esto obste los recursos o reclamaciones administrativas previas.<sup>19</sup>

## **Toma de razón: ¿hasta dónde su control?**

Vuelta ahora al trámite de toma de razón, para preguntarnos sobre su profundidad. Si abarca solo cuestiones “de forma” o también “de fondo”.

1. Incómodo será recordar que el gobierno de la Unidad Popular y sus partidarios (1970-73) fueron los primeros en plantear que la Contraloría debía restringirse a fiscalizar únicamente lo formal o simplemente procedimental, pues los asuntos de fondo de los actos de la autoridad sólo podrían ser analizados por los tribunales.<sup>20</sup>

Tan incómodo como recordar que después, en la discusión parlamentaria de leyes que sustraen de la órbita fiscalizadora de la Contraloría a empresas y servicios públicos, no pocas veces se le ha dejado caer la crítica de realizar un control meramente formalista, apegado a las ritualidades, de modo que la toma de razón poco o nada agregaría a la juridicidad de fondo del acto cursado.<sup>21</sup>

Algo hay ahí de eso: “palos porque bogas, palos porque no bogas”.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Si la persona afectada no ha ejercido efectivamente el derecho a la acción y el asunto no es “causa pendiente” ante los tribunales, no procede impedirle el derecho constitucional de petición (art. 19 N° 14), en que se sustenta la posibilidad de reclamo ante la Contraloría General. Es que la solución no pasa por negarle facultades a la Contraloría ni restarle la opción a los privados para acudir ante ella, como lo hace el fallo del caso *Club Deportivo Universidad Católica* (cons. 12° y 14°). Ponderando la práctica chilena y la experiencia acumulada en la materia, no queda sino reconocerles esta posibilidad, sin perjuicio –claro está– de que la última palabra siempre quede reservada a los tribunales.

Máxime cuando en los casos concretos citados en nota 1, las protecciones podrían haberse acogido acudiendo los tribunales al argumento más simple de que no puede la Administración ni la Contraloría invalidar por sí y ante sí actos administrativos que han generado derechos adquiridos. O sea, no es que la Contraloría no se pueda pronunciar sobre el fondo de un asunto (bien o mal); el problema es que allí se pronuncie sin respetar dos derechos asegurados por la Constitución: sin darle audiencia o derecho a participar a los afectados (art. 1° inc. 5°) y sin importar los derechos adquiridos por éstos (art. 19 N° 24). En vez de ordenar invalidar a petición de unos supuestos terceros perjudicados, debió abstenerse y sugerirles remitir el caso a los tribunales, por estar comprometidos los derechos de otros.

<sup>20</sup> Eduardo Novoa Monreal, *El difícil camino de la legalidad*, Revista de la Universidad Técnica del Estado N° 7 (abril 1972) 9-34 (especialmente 26-29). Raúl Espinoza Fuentes, *La Contraloría General y el proceso de cambios*, misma revista N° 8 (marzo-junio 1972) 15-35.

<sup>21</sup> Véase nuestro *Derecho Administrativo Económico*, Universidad Santo Tomás (2001), apéndice “Las empresas estatales y la Contraloría General de la República”, 120-133.

<sup>22</sup> Tómese de ejemplo el editorial de *El Mercurio* (Santiago) de 22.4.2003, cuerpo A pág. 3, *Contraloría y caso MOP-GATE*, donde se apunta que irregularidades generalizadas como aquella se explican por “un problema de la fiscalización que ejerce la Contraloría”, cual “es su excesivo apego a los aspectos formales de la actuación de los funcionarios públicos”.

2. Pero lo cierto es que ninguna norma constitucional hace el susodicho distinción entre revisión de forma y fondo, para efectos de encauzar o restringir a la Contraloría actuando en trámite de toma de razón. De modo que el control completo de legalidad de los actos de la Administración, para la Contraloría supone hacerse cargo en plenitud de su adecuación a Derecho.

En verdad, el tema quedó superado con la Ley 19.817 (27.7.2002), modificatoria de la Ley 10.336, cuya gestación concitó el convencimiento general en el Congreso, en orden a que el examen de legalidad que efectúa la Contraloría General no se circunscribe sólo a lo formal.<sup>23</sup>

2.1) Se explica de ahí que, dejando de lado añejos criterios restrictivos del pasado,<sup>24</sup> ahora acertadamente entiende la Contraloría que el principio de juridicidad por el que le compete velar en su integridad lleva implícitas la racionalidad y proporcionalidad en el actuar de los órganos de la Administración del Estado, conforme consagra el ordenamiento constitucional vigente, especialmente en sus artículos 6º y 7º, en relación con el artículo 2º de la Ley 18.575.<sup>25</sup>

2.2) Conviniendo la Contraloría que las meras afirmaciones son de suyo arbitrarias, en esa línea ya en algún caso ha ido encima de los “conceptos jurídicos indeterminados”, un campo generalmente exento de control.<sup>26</sup> La concurrencia de “cambios de significación” que según un reglamento habilitan a la Administración para decidir en cierto sentido, es una cuestión que a ésta corresponde determinar, pero –actualmente ha precisado– sobre la base de antecedentes objetivos y fundados que a la Contraloría toca revisar.<sup>27</sup>

2.3) Ha avanzado asimismo la Contraloría en el último tiempo, en lo que hace a la “discrecionalidad administrativa”, acotando que la posibilidad de elegir entre dos o más cursos de acción, cuando la ley así se lo permite a una autoridad, no escapa al control de los órganos jurisdiccionales y administrativos, en

<sup>23</sup> Para la historia fidedigna de su establecimiento (Boletín N° 2.610-07 de 2.11.2000), en este punto, especialmente el 2º Informe de la Comisión de Constitución del Senado (acordado en sesiones de 8, 15 y 22 de enero y 5 de marzo de 2002) y las clarificadoras opiniones vertidas en Sesión 16ª (15.5.2002) del mismo cuerpo legislativo.

<sup>24</sup> En Dictámenes 51.405 de 1968, 74.721 de 1966, 34.087 de 1972, 7.858 de 1979, 679 de 1992.

<sup>25</sup> Nueva y mejor tendencia explicitada en sus Dictámenes 14.886 y 16.973 de 1999; 3.744 de 2000 y 10.219 de 2002.

<sup>26</sup> Dictámenes 30.692 de 1952; 17.785 y 43.315 de 1971; 70.768 de 1972; 13.481 y 58.643 de 1973; 40.756 de 1976; 23.377 de 1985; 9.269 de 1994, y 27.856 de 2005. Al punto, siguen siendo válidas las críticas de Gustavo Fiamma, en *¿Apreciación de los hechos o interpretación del derecho?*, incluida en “La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977)”, Departamento de Derecho Público-Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (1977) 191-202.

<sup>27</sup> Dictamen 27.856 de 2005. Se mantiene, sin embargo, la común resistencia de la Contraloría para pronunciarse sobre las materias técnicas o científicas involucradas en un acto administrativo (Dictámenes 11.735 de 1987, 23.348 de 1991, 49.303 de 2000, 18.388 y 36.758 de 2002).

la verificación de los fundamentos de la decisión tomada y el cumplimiento de los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico.<sup>28</sup>

2.4) Yendo más allá, se vincula la legalidad con la eficiencia, por constituir ésta una exigencia normativa puesta a la Administración, principalmente por los artículos 3º y 53 de la Ley 18.575.<sup>29</sup> Efectividad que, por lo demás, dice relación con la proporcionalidad en los medios empleados para la consecución del interés general, lo que al venir requerido por el artículo 1º inciso 4º de la Constitución, como un imperativo jurídico de derecho público, obliga a la Contraloría a objetar cualquier abuso en el ejercicio de las potestades administrativas, así como todo exceso en el empleo de los recursos públicos.

Son logros, todos, que una vez enunciados deben traducirse –ya– en actos de efectivo control, para la mejor preservación del Estado de Derecho.

3. Existe un único campo al que a la Contraloría le está vedado entrar: “La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorias, no podrá evaluar aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”, dice el artículo 21 B de la Ley 10.336, agregado por la Ley 19.817 a proposición y siguiendo la tradicional posición de esa misma entidad fiscalizadora.<sup>30</sup>

3.1) El problema es que el legislador no define ni ofrece parámetros de claridad para saber, realmente, cuáles serían esos “aspectos de mérito o de conveniencia” en los que la Contraloría no puede entrar.

O sea, la cuestión no es solo que el legislador haya terminado por introducir una figura (el “mérito”) extraña y perturbadora para nuestro ordenamiento.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Dictámenes 30.307 de 2004, y 30.516 y 38.859 de 2006. También en sentencia del Tribunal de Cuentas de 19.4.2005 (rol 39), voto de minoría del Presidente (S) del Tribunal don Jorge Correa Fontecilla (considerandos 25º-28º). Para la opinión favorable que concitó este veredicto minoritario en contraposición al de mayoría, v. los editoriales de El Mercurio (Santiago) de 6.5.2005, *Prestigio de la Contraloría en riesgo*, y de 13.5.2005, *Solvencia del Tribunal de Cuentas*, ambos en cuerpo A pág. 3.

Una acotación: en la discrecionalidad, si bien todas las soluciones abiertas por el legislador se presentan –en abstracto– como “igualmente justas”, en el plano su ejercicio, cuando son llevadas al caso concreto para ser escrutadas a la luz de los hechos y con criterios de proporcionalidad, no puede admitirse sino una sola decisión como válida.

<sup>29</sup> *El control de legalidad lleva implícito el de la eficiencia*, entrevista al entonces contralor Aylwin en LSJ N° 45 (17-23 septiembre 2001) 8-9. Otras semejantes en El Mercurio (Santiago) de 15.8.1993 cuerpo C pág. 5 y de 12.11.1995 sección “Enfoques” pág. 6.

<sup>30</sup> Entre innumerables pronunciamientos suyos en tal sentido, está su declaración pública –con redacción de documento definitivo cuando arreciaban las críticas– *La Contraloría General de la República y la Fiscalización*, en El Mercurio (Santiago) 4.3.1984.

<sup>31</sup> E. Soto Kloss, *Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos (Notas para un mejor entendimiento del problema)*, RDP (U. de Chile) N°. 43/44 (1988) 117-130.



El tema inmediato es que los límites entre la “legalidad” (afecta a control) y el “mérito” de un acto (inmune a la fiscalización) siguen siendo absolutamente difusos.<sup>32</sup>

Puestos a exigir algo más que los balbuceos de algunos ejemplos burdos de clase, ¿qué es el “mérito”, entonces? ¿Una de esas fórmulas dúctiles que mutan y se malean con la más completa elasticidad, con el más amplio transformismo acomodaticio? ¿Una grieta abierta en la muralla del control, por donde se han filtrado gruesos decretos causantes de daños sociales masivos? ¿Un inhibidor que opera sobre el subconsciente del contralor, cuya sola representación va minando su labor?

Varias razones aconsejan terminar con esta indefinición. La confianza en las instituciones; salvar a la Contraloría de porosidades políticas; el peligro de comprimir el control al amaño de las contorsiones; la transparencia y la certeza jurídica, son algunas de ellas.

3.2) Lo que pasa por interpretar el ambiguo artículo 21 B de la Ley 10.336, con alcance general y resultante en una nómina taxativa de aquellos tópicos “de mérito o de conveniencia” que escapan al control.<sup>33</sup>

Interpretación condicionada a la observancia de dos presupuestos indiscutidos.

Primero: que en ningún caso una ley orgánica constitucional puede modificar conceptos fundamentales de la Constitución,<sup>34</sup> de suerte que a esa ley (art. 21 B) no puede atribuírsele el alcance de limitar –eliminar o restringir severamente– el “control de legalidad” que la Carta (art. 98) manda realizar a la Contraloría General.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Fíjese lo mudable que puede resultar este concepto: mientras aquella declaración pública de 1984 citada en nota 30 ponía como ejemplos de mérito “comprar o vender una especie por el Estado, o construir una obra para él, o contratar a un empleado o profesional a honorarios”, el año 2002 el contralor Aylwin –en el 2º Informe de la Comisión de Constitución del Senado, al discutirse la Ley 19.817– mantenía que “Hay que evitar por todos los medios que la Contraloría se transforme en co-administrador”, que a ella “no le corresponde evaluar ni las políticas ni los programas de Gobierno”, pero agregando que “esto no la inhabilita para, por ejemplo, cuestionar la desproporción en el pago de unas indemnizaciones, los créditos dados por la Administración a personas insolventes, o un contrato para realizar una tarea minúscula y al que se le fija un valor de millones de pesos”.

<sup>33</sup> De hecho, como esto puede hacerlo la propia Contraloría General en ejercicio de su potestad para dictaminar, el punto debiera transparentarlo ella misma, como aspecto central dentro de sus directivas de actuación.

<sup>34</sup> Tribunal Constitucional (rol 78) 20.9.1989 (cons. 7º, 11º, 13º, 24º y 25º), en RDJ 86 (1989) 2.6, 138.153.

<sup>35</sup> Tribunal Constitucional (rol 92) 5.1.1990 (cons. 6º-9º), en RDJ 87 (1990) 2.6, 3-7.

Segundo: que no siendo la ley quien condiciona a la Constitución, sino al revés, por una cuestión de simple jerarquía normativa, entonces esta prohibición legal (art. 21 B) no puede servir de base o punto de partida para decantar qué aspectos restan o caen dentro de dicha obligación constitucional (art. 98).

Luego, cualesquiera sean los contornos que se den al “mérito”, es lo cierto que este indeterminado campo carece de título y altura para erigirse en referente, desde donde se pueda modelar –por eliminación o descarte– lo que comprende la “legalidad” y queda bajo control. Por lo que nunca razones subalternas “de mérito o conveniencia” podrán evitar un pronunciamiento cabal sobre la juridicidad de fondo del acto examinado (incluida su razonabilidad, proporcionalidad, eficiencia y recta finalidad), sea que se haya sido dictado en ejercicio de competencias regladas o discrecionales.<sup>36</sup>

De ahí nuestra permanente posición en la cátedra, en orden a que la prohibición legal que le impide a la Contraloría “evaluar aspectos de mérito o de conveniencia” ha de leerse –mejor– como un modo de afianzar su autonomía constitucional, en cuanto la pone a salvo de tener que atender razones políticas o gubernamentales para aprobar o rechazar la juridicidad de un acto de la Administración. La responsabilidad consecuente es que nunca el Contralor puede apelar a tal impedimento para eludir su función irrenunciable de examinar la legalidad completa de los decretos o resoluciones de la Administración, sin caer en un “notable abandono de sus deberes” sancionado por la Constitución (art. 52 N° 2 letra c).

### **Toma de razón: ¿tantos actos bajo control?**

Otro tema –cuantitativo ahora– es el relativo a la extensión de los actos afectos a toma de razón.

1. Cuestión a la que responde sin ambigüedad la Constitución (artículo 99) al aludir a “los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría”, cuyo evidente significado es que –por regla general– todos los actos decisorios de la Administración (conforme define el art. 3° de la Ley 19.880) deben cumplir con este trámite previo, salvo que –por excepción– una ley orgánica constitucional exima del mismo a ciertos específicos y puntuales decretos o resoluciones.

Mas, este orden se ve completamente alterado por el artículo 10 inciso 5° de la Ley 10.336, cuando dice con licencia que “el Contralor General podrá

<sup>36</sup> En ese entendido, v. las intervenciones de los senadores Novoa, Silva Cimma y Viera Gallo, en la antes referida sesión 16ª del Senado (15.5.2002), donde se aprobó definitivamente la Ley 19.817.

eximir a uno o más Ministerios o Servicios del trámite de la toma de razón de los decretos supremos o resoluciones que concedan licencias, feriados, y permisos con goce de sueldos, o que se refieran a otras materias que no considere esenciales”.

2. Norma esta última que consideramos inconstitucional en sí misma, porque siendo la materia de exclusiva reserva legal, y de ley orgánica constitucional nada menos, no procede remitirla para que la ejercite y disponga dicha “liberalidad” un órgano de la Administración (la Contraloría General) merced a una simple resolución (que es la forma en que decide el Contralor).

Y a la que se le ha dado, además, una aplicación que contraviene sus propios términos, puesto que aun pudiendo el Contralor eximir a ciertos decretos o resoluciones que no estime esenciales, en realidad lo que viene haciendo desde 1968 en sucesivas resoluciones es invertir la regla, al indicar taxativamente cuáles actos deben cumplir con esta formalidad, quedando automáticamente eximidos los que no enumera en sus cada vez más reducidos listados.

3. Que estas no son solamente opiniones de algunos profesores . Fue recientemente el Senado con ocasión de discutirse la Ley 19.817, quien se negó a modificar ese inciso 5º del artículo 10 recién copiado (como proponía el proyecto del Ejecutivo), precisamente por presentar visos de inconstitucionalidad.<sup>38</sup>

Es por esta distorsión que la regla general en Chile ha pasado a ser la exención y no la toma de razón, lo que está dejando al margen del examen preventivo de juridicidad unos muchos actos de singular trascendencia y significación.<sup>39</sup>

Las exenciones debieran quedar reservadas para casos verdaderamente de excepción, considerando los antecedentes de cada organismo público por separado, y no como hasta ahora se hace en que tales eximentes se donan gratuitamente, sin considerar el comportamiento jurídico previo de los servicios liberados. Amén de no contemplarse mecanismos expeditos de reincorporación, para cuando de los controles de reemplazo aplicados no aparezca que el organismo favorecido ha sabido responder a tal acto de confianza.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> En el tantas veces citado 2º Informe de la Comisión de Constitución.

<sup>39</sup> Vaya también nuestra crítica al mismo legislador orgánico constitucional, que ha hecho de estilo excluir de la órbita de la Contraloría a un sinnúmero de servicios fiscalizadores y superintendencias, no obstante estar apertrechados con extensos poderes discrecionales –administrativos, legislativos y jurisdiccionales– de regulación, cuyo ejercicio no se ve moderado o equilibrado con un control de regularidad preventivo.

<sup>40</sup> El DL 1.141 de 1975, dictado por la Junta de Gobierno en ejercicio de su potestad constituyente, de entenderse vigente después de la Carta de 1980, con rango ahora de ley orgánica constitucional, sólo permite al Presidente de la República (y no directamente al Contralor) ordenar la reinserción al régimen ordinario de toma de razón.

4. No nos es desconocida la alegación de que sería materialmente imposible para la Contraloría revisar, con prontitud y suficiente acuciosidad, el enorme tráfago de decretos y resoluciones que prodiga a raudales la Administración.

El censo arroja cifras crecientes que son de considerar. El año 2001: 158.263 decretos y resoluciones pasaron por el trámite de toma de razón; el 2002: 177.700; el 2003: 177.804; el 2004: 200.534, y el 2005: 226.385.

Los números no caen –se mantienen o crecen– a pesar de sucesivas exenciones por ley o acto del Contralor. Y a igual o superior ritmo deben ir aumentando los decretos o resoluciones que no cumplen con el trámite, gracias precisamente a tales exenciones.

5. La estadística sin embargo está dando cuenta de otro fenómeno, más profundo que el concerniente a la imposibilidad física de control: que el ascenso de decretos y resoluciones –sin un mayor crecimiento de la población o de la economía u otras variables– es revelador de una cada vez mayor presencia e intervención administrativa.

El problema no es la burocracia contralora, sino la burocracia controlada.

5. 1) Está en la creación por ley de nuevos servicios estatales con funciones imprecisas o superfluas, dotados de amplísimas prerrogativas discrecionales para regular a los privados o repartir el erario nacional, con el añadido de nuevos pelotones de funcionarios y de personal contratado a honorarios.<sup>41</sup>

Debiendo ser más consciente el legislador que así como puede ser convocado para “crear” estos servicios, fondos e institutos varios, así también debe ser citado para “suprimirlos”, según la Constitución (art. 65 inciso 4º Nº 2), si no acreditan la conveniencia de continuar en gestión, con apoyo en auditorias objetivas e imparciales de resultados y aplicados los mismos severos sistemas de transparencia y control que ese legislador ha exigido a las empresas e instituciones del sector privado.

5.2) Está en la complaciente aceptación por la jurisprudencia de la llamada doctrina de la esencialidad, que reduce la esfera de la ley sólo al núcleo de lo medular o fundamental de una materia y –al contrario– deja entregado todo el dilatadísimo campo de lo demás, lo supuestamente adventicio, a actos de la

<sup>41</sup> Un dato elocuente: mientras en 1990 el gobierno central gestionaba directa o indirectamente 6.400 millones de dólares, en la actualidad esta cifra asciende a 28.300 millones de dólares. El Mercurio (Santiago) 26.3.2007 cuerpo A pág. 3, editorial *La gestión del sector público*.

Administración apenas acotados por esa concisa e insuficiente norma legal.<sup>42</sup> Lo que alienta, por supuesto, la emisión de nuevos reglamentos llamados a “completar” la ley, sea para ampliar las competencias de la misma autoridad, sea para restringir los derechos de los demás.

En vez de entenderse, al fin, que según la Constitución sólo toca a la ley y nada más que a la ley conferir “expresamente”, “determinar” (fijar, precisar, limitar según el Diccionario), las atribuciones de la autoridad. Y que, en lo que hace a los particulares, todo cuanto sobrepasa el indispensable marco de la ley es –por interpretación de la Constitución a favor de la libertad– materia de exclusiva reserva personal, donde son los particulares quienes deciden al amparo de sus derechos e iniciativa individual.

5.3) El problema está en la vocación autoritaria y en la falta de coordinación y simplificación del aparato burocrático, que gusta duplicar su firma en innecesarios e incontables decretos y resoluciones.

En circunstancias que, en un ambiente donde florecen con plenitud las libertades, la mejor autoridad viene a ser la que menos se nota.

## **En conclusión**

1. Toda concepción general, el Estado de Derecho lo es, atrae intentos de derogaciones parciales. Interrupciones, sombríos y arbitrarios eclipses que reducen su vigencia plenaria.

Pasa con la Contraloría: que más exenciones; que menos servicios públicos bajo control; que no se entrometa en el mérito, fondo o discrecionalidad de los actos administrativos, sino solo en su forma; que una reformulación completa a su demasiado vasto vigor fiscalizador.

Cortapisas que desconocen la función amplísima que la Constitución le confía a dicha institución, consistente en ejercer “el control de la legalidad de los actos de la Administración” (art. 98), sin exclusiones ni reservas, esto es, en velar porque la actuación (todos los actos) de los órganos de la Administración (de todos ellos) se someta a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad (art. 6º).

<sup>42</sup> Un autor de categoría, Tomás-Ramón Fernández, había advertido los peligros que encierra tal elástica doctrina a poco de que se comenzara a calcar en Chile, en su ya clásico *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas (Madrid) 1ª edición (1991) 95 (nota 58). Mismo autor que hace poco vino a advertir el abandono en Europa de esa concepción que escinde el “mérito” de la “legalidad”, en *Alcance del control judicial de las políticas públicas*, Revista Jurídica de Buenos Aires (Universidad de Buenos Aires-LexisNexis) año 2004, 281-296.

Merzas que se tejen a pretexto de misceláneas interpretaciones reductivas, a pesar de que nadie puede invocar precepto constitucional o legal alguno para afectar la integridad del régimen constituido.<sup>43</sup>

Y que ignoran la prudencia, consejera de que los poderes de control, lejos de relajarse, deben desplegarse en la misma medida y proporción como que se tonifica a la Administración. Nada más pernicioso para las libertades de las personas y el imperio del Derecho –la historia lo demuestra– que potenciar a la autoridad sin tomar los paralelos resguardos en materia de fiscalización.

2. Lo que no quita que –son 80 años de edad– nuestra Contraloría padezca achaques de la decrepitud. Lentitud, un andar a veces parsimonioso, el gusto por ciertas añejas concepciones estatistas del pasado, algo de ostracismo o encierro en sí misma, demasiada deferencia con los controlados, sin asumir del todo que la Constitución la coloca también al servicio de la persona humana, son algunos de los síntomas.

Razón de sobra entonces para preservar y perfeccionar esta institución, cívica y jurídicamente valiosa. No para desmejorarla ni hacerla menos potente que la Administración que controla. Que a la buena autoridad no le molestan contralores.

Preservarla, como instancia de control de la regularidad íntegra de los actos de la Administración, actuando pre-facto en el trámite de toma de razón y post-facto con la emisión de dictámenes jurídicos, siempre sin mengua alguna ni invasión de las atribuciones de los Tribunales de Justicia.

Y perfeccionarla, dotándola de los mejores medios para el cumplimiento de su delicada función de primer guardián del Estado de Derecho.

---

<sup>43</sup> Lo explicitaba así el Acta Constitucional N° 3 (DL 1.552 de 1976), artículo 11, en beneficio del normal y eficaz funcionamiento de las instituciones.

## **El concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el Derecho Público chileno**

**Julio Alvear Téllez**

Director del Departamento de Ciencias del Derecho

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La seguridad es una necesidad tan elemental del ser humano que sería huero registrarlo si no fuera por la presencia incesante de los peligros y riesgos que cual ave fénix van renaciendo de manera sorpresiva en cada época histórica.

Esta constatación envuelve de suyo una paradoja. Pues no hay teórico entusiasmado por las promesas progresistas (y cuán dieciochescas) de la modernidad ilustrada y racionalista que no haya imaginado un mundo cada vez más seguro, con un Derecho cada vez más perfecto, y una felicidad social cada vez más asentada, gracias a los encantos de la revolución industrial y tecnológica y a las intervenciones del Estado Benefactor. Sin embargo, la dura realidad ha quebrado los espejismos de la ilusión, especialmente con la irrupción del nuevo siglo. Nuevos vaivenes, nuevas amenazas –muchas de ellas ocasionadas, exasperadas o causadas por la misma tecnología– van tomando cuerpo, volatilizándolo el ideal fuerte de seguridad. La imposibilidad de planear el futuro, la crisis del Estado de bienestar marcada por una creciente precariedad laboral y por el recorte de la protección social, la competitividad aprendida desde la infancia, la disgregación de la familia, célula de la sociedad, junto a la pérdida de los lazos de vecindad, el tejido social roto o abrumado bajo el peso de la masificación, la obsolescencia de las estrategias primarias de control social en las grandes ciudades, etc., van pintando un cuadro muy poco halagüeño. La lepra y la peste que para Foucault representan el miedo de las sociedades antiguas han sido reemplazadas por otras epidemias.

Pero el Derecho permanece como exigencia de justicia y de esa misma seguridad que pugna por sus fueros. Así fue en cada período histórico, y así lo es en el presente. Como ayer, requerimos *“saber a que atenernos”* en nuestras relacio-

nes de alteridad del cada vez más complejo mundo globalizado; anhelamos resguardar físicamente nuestra persona y nuestros bienes frente a todo lo que los pueda dañar inicualemente; exigimos que el imperio del Derecho prevalezca sobre la norma o decisión arbitraria y que la certeza jurídica cubra de manera íntegra nuestros derechos y los mecanismos de nuestra responsabilidad. También hoy necesitamos calcular de manera seria las consecuencias de nuestros actos y prever las ventajas del ejercicio de nuestros derechos. Por ello, la lucha por la seguridad jurídica se plantea con vigor en nuestros tiempos.

La investigación que a continuación presentamos se divide en dos partes. La primera, puramente teórica, se destina a delimitar el concepto de seguridad jurídica en sus diversas dimensiones en sus aspectos esenciales. Por razones obvias, no pretendemos descender a detalles incompatibles con la extensión de un artículo como el presente.

La segunda parte de este trabajo, de carácter teórico práctico, evalúa la situación de la seguridad jurídica en el Derecho Público chileno en sus dimensiones más controvertidas, en sus líneas fundamentales, y será entregada en el próximo número de la Revista *Actualidad Jurídica*.

## I. Noción etimológica de seguridad

El término seguridad, del latín "*securitas*", evoca la necesidad que tiene cada ser de cuidarse a sí mismo. Pero la tarea, a la vez tan simple y tan compleja, de "*cuidarse*" (cuidado del ser en su ser y en su obrar) lleva la necesidad de una ulterior precisión. Tratándose del ser humano, que vive en sociedad, requerimos saber *de qué* o *de quién* nos hemos de cuidar y *a quién* vamos a atribuir la función primordial o subsidiaria de protección.

Por su parte, el adjetivo "*securus*" denota la condición de vivir "sin temor" o "despreocupado". El Diccionario de la Real Academia Española lo define como lo "*libre y exento de todo peligro, daño o riesgo*", o como lo "*cierto, indubitable y en cierta manera infalible*", y como equivalente a "*certeza, seguridad, confianza*".

## II. Noción de seguridad en el lenguaje cotidiano

La definición antecedente de la RAE es susceptible de una amplísima aplicación. De hecho, en el lenguaje coloquial se utiliza la palabra "seguridad" de una manera difusa para un sinúmero de actividades que connotan esa cualidad negativa de "*estar exento de daño o riesgo*" o ese aspecto más positivo de "*certeza*" respecto del futuro.



En términos de una reacción activa de defensa, se ha proyectado la seguridad a diversos géneros de operación: seguridad nacional, seguridad pública, seguridad ciudadana, seguridad urbana, incluso seguridad en la red. Esta última seguridad establece una especie de mundo paralelo al humano, en cuanto más allá de la "seguridad de los datos informáticos", realidad propiamente jurídica, tiende a establecer mecanismos de protección contra los llamados "virus informáticos", que reciben su nombre por analogía con los virus biológicos, que se propagan a costa de los organismos en los que se introducen.<sup>1</sup>

Antonio-Enrique Pérez Luño, en su estudio sobre la seguridad jurídica, constata las múltiples y heterogéneas facetas del vocablo: seguridad personal, seguridad ciudadana, seguridad del empleo, seguridad en el trabajo, seguridad social, seguridad del tráfico negocial, etc.<sup>2</sup>

Las aplicaciones polifacéticas de la seguridad a dimensiones subyacentes o próximas a la juridicidad, nos llevan a aclarar su significado en las ciencias del Derecho.

### III. Noción científica de seguridad jurídica

Vamos intentar en este trabajo abordar en su esencia el concepto de seguridad jurídica. Ello implica, como consecuencia, enunciar las instituciones o principios que permiten su realización dentro del sistema jurídico, pero hemos de dejar de lado obviamente las problemáticas, y las (aparentes) antinomias que cada una de estas instituciones presenta.<sup>3</sup>

La seguridad jurídica ha sido considerada como función ínsita al ordenamiento jurídico o como fin, valor o ideal de ese mismo ordenamiento. En la primera acepción, Henkel, vr. gr., sostiene que hay seguridad cuando existe un sistema de legalidad.<sup>4</sup> Por contra, Fuller la considera como "*exigencia moral que*

<sup>1</sup> Los virus informáticos son programas, habitualmente ocultos dentro de otro programa, correo electrónico, pagina web, fichero o volumen. Se ejecutan automáticamente, haciendo copias de sí dentro de otros programas a los que infectan. Esta capacidad de copiarse a sí mismos genera un efecto de propagación exponencial, que además suele conllevar la alteración del funcionamiento del equipo infectado. Los virus no están solos, tienen algunos parientes cercanos que pueden ser igual o más dañinos que ellos: los gusanos, los troyanos y los *backdoors*. Aunque para efectos prácticos se les suele considerar a todos como virus, los perjuicios que generan y las técnicas que usan son diferentes. [www.seguridadenlared.org/es/index10esp.html](http://www.seguridadenlared.org/es/index10esp.html)

<sup>2</sup> Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, "*La Seguridad Jurídica*", Ariel, Barcelona, 1991, p. 7.

<sup>3</sup> Indicaremos, según el caso, la bibliografía que el lector puede consultar para profundizar estas problemáticas.

<sup>4</sup> Cfr. Henkel, H., "*Introducción a la Filosofía del Derecho*", Taurus, Madrid, 1968, p. 544.

*hace posible el Derecho*<sup>5</sup> y López de Oñate habla de la *“específica eticidad del Derecho”*.<sup>6</sup>

La noción científica de seguridad jurídica, sobre cuya delimitación existen serias discrepancias, ha conservado, sin embargo, a lo largo del tiempo, un núcleo de común acuerdo. Los autores que se han dedicado con detención a su análisis suelen distinguir en ella una dimensión objetiva y otra subjetiva. En el Derecho anglosajón se reserva, a veces, el término *legal security* o *public safety* para indicar la primera, y *certainty of law* para señalar la segunda. En el Derecho italiano se prefiere hablar en general de *“certezza del diritto”* para abarcar ambos elementos, al igual que en el Derecho germano, que los expresa con el vocablo *“Rechtssicherheit”*.

La seguridad jurídica objetiva puede ser definida como *“la exigencia de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de normas e instituciones”* y sugiere la idea de una calidad, situación o estado de carencia de riesgo.<sup>7</sup>

La seguridad jurídica subjetiva es *“la certeza del Derecho, es decir, la proyección en las situaciones personales de la seguridad jurídica objetiva”* y alude a la posibilidad subjetiva de conocimiento del Derecho por parte de sus destinatarios, a partir del cual son capaces de organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad.<sup>8</sup>

Desde el punto de vista técnico, el principal desafío de la conceptualización de la seguridad se ha verificado en la ardua tarea de concretar con un nivel de precisión suficiente sus elementos integrantes necesarios. Veamos algunas propuestas.

Gustav Radbruch vincula la seguridad a la positividad del Derecho. *“La seguridad jurídica exige positividad del Derecho: si no puede fijarse lo que es justo, hay que establecer lo que debe ser jurídico”*.<sup>9</sup> Para ello establece cuatro requisitos: (i) que la positividad se establezca mediante leyes; (ii) que el Derecho positivo se base en hechos y no en el arbitrio del juez; (iii) que esos hechos sean *“practicables”*, esto es, susceptibles de verificación; (iv) que el Derecho positivo sea estable.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Cfr. Fuller, L.L., *“La moral del Derecho”*, Trillas, México, 1967, p. 43.

<sup>6</sup> Cfr. López de Oñate, F., *“La certeza del diritto”*, Giuffrè, Milán, 1968, p. 634.

<sup>7</sup> Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *“La Seguridad Jurídica”*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 21 y 37.

<sup>8</sup> Cfr. Pérez Luño, A., op. cit., pp. 22 y 37.

<sup>9</sup> Cfr. Radbruch, G., *“Filosofía del Derecho”*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 96.

<sup>10</sup> Radbruch, G., *“Introducción a la Filosofía del Derecho”*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965, pp. 40-41.

Lon L. Fuller enuncia ocho condiciones para la seguridad jurídica: (i) generalidad de las normas; (ii) promulgación; (iii) irretroactividad; (iv) claridad; (v) coherencia; (vi) posibilidad de cumplimiento; (vii) estabilidad; (viii) congruencia entre lo dispuesto en las leyes y su aplicación.<sup>11</sup>

En un texto ya clásico, el ilustre iusfilósofo chileno Jorge Millas ha propuesto la siguiente caracterización: *“Conviene distinguir entre la seguridad específica o de primer grado que procuran las normas individualmente consideradas y en relación con los derechos y obligaciones concretos que reconocen para determinadas situaciones, y la seguridad genérica, formal o de segundo grado que procura el orden normativo como totalidad y respecto de todas las situaciones posibles de convivencia dentro de ese orden”*.<sup>12</sup> Para tales efectos han de existir ciertos principios normativos básicos, ciertas instituciones, que son las siguientes:

- i) Principio *“ignorantia vel error juris non excusat”*, que consagra la obligatoriedad absoluta de las normas jurídicas;
- ii) Las normas de prefiguración de lo lícito y de lo ilícito;
- iii) La irretroactividad de las normas;
- iv) La norma de autorregulación del Derecho y las normas que vinculan el órgano público, particularmente el juez, al Derecho;
- v) La cosa juzgada;
- vi) La prescripción.<sup>13</sup>

También en nuestro medio, el profesor Alejandro Guzmán Brito distingue entre la seguridad en el derecho privado y en el derecho público. En la primera, reseña las siguientes circunstancias condicionantes: (i) eficacia de la organización

<sup>11</sup> Fuller, L., *“La moral de derecho”*, Trillas, México, 1967, pp. 43 ss.

<sup>12</sup> Millas, Jorge, *“Filosofía del Derecho”*, Editorial Universitaria, Santiago, 1961, p. 246. La Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso dedicó a Jorge Millas su volumen N°49/50, del año 2005. Para nuestros efectos, resultan especialmente interesantes los artículos de Munita Rojas, Enrique, *“La noción de seguridad jurídica en el pensamiento de Jorge Millas”*, pp. 371 ss. y de Cofré, Juan, *“La singularidad del pensamiento jurídico según Jorge Millas”*, pp. 301 ss. El Anuario de Filosofía Jurídica y Social, de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, rindió también un importante homenaje al filósofo chileno en su edición del año 1984. Agustín Squella dedica asimismo atinadas páginas a Millas en su *“Filosofía del Derecho”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

<sup>13</sup> Millas, J., op. cit., p. 247. El autor se detiene útilmente para intentar resolver las problemáticas que plantea la inexcusabilidad del cumplimiento de la ley (pp. 247-250); la prefiguración de lo lícito e ilícito (pp. 250-251); la preexistencia de la norma (pp. 251-263); la irretroactividad de las normas (pp. 263-268); la nomogénesis (pp. 268-278); la cosa juzgada (pp. 278-282). Desde un punto de vista técnico-procesal, consúltese los vínculos entre debido proceso, socialización de la sentencia y cosa juzgada en relación con la seguridad jurídica, en Mosquera Ruiz, Mario, *“Seguridad jurídica y derecho procesal”*, en *“Derecho y Seguridad Jurídica”*, Colección Seminarios N° 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, pp. 125-132. Desde la perspectiva civil, los lazos entre certeza, titularidad de los derechos, irretroactividad y seguridad jurídica, pueden estudiarse en Merino S., Francisco, *“La seguridad jurídica en el Derecho Civil”*, en *“Derecho y Seguridad Jurídica”*, Colección Seminarios N° 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, pp. 136-149.

judicial y de la regulación procesal para producir el reconocimiento expedito y rápido de los derechos subjetivos y su ejecución; (ii) eficacia de los organismos notariales destinados a velar por su documentación, y de las instituciones registrales garantizadoras de su publicidad y oponibilidad; (iii) facilidades o dificultades para que los derechos nacidos defectuosos se consoliden a través del tiempo mediante la prescripción o la caducidad de las acciones.<sup>14</sup>

Para la seguridad en el Derecho Público, el profesor Guzmán Brito establece los siguientes requisitos: (i) existencia de las normas generales, pues las lagunas de derecho impiden la previsión sobre la validez y eficacia de los negocios jurídicos; (ii) la univocidad de las normas existentes, pues los caracteres de claridad, precisión e inteligencia evitan las controversias de interpretación, que operan como si multiplicaran las normas para un mismo caso; (iii) la fijeza de las normas, que indica su inmutación dentro de plazos relativamente largos, pues lo contrario entorpece la previsión o la defrauda; (iv) la accesibilidad de las normas, es decir, su capacidad para ser conocidas rápida y eficazmente, pues las dificultades para encontrar el derecho vigente implican grandes peligros.<sup>15</sup>

En la actualidad, ha sido el profesor español Antonio-Enrique Pérez Luño quien con mayor acierto ha propuesto un concepto de seguridad jurídica satisfactorio, cuyo esquema seguimos, con las adiciones necesarias que hemos extraído de otros autores.

La seguridad jurídica presupone dos ideas centrales que se condicionan mutuamente:

**1) PRIMERA IDEA: Exigencia de corrección estructural**, que es la garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico.

Ello supone un proceso de formulación normativa que se va decantando en los siguientes momentos lógicos:

**a) *Lege promulgata***: es absolutamente necesario que las normas jurídicas sean debidamente promulgadas. Esta exigencia cobra especial relevancia en las normas de jerarquía legal, cuya misión es regular de una manera general y obligatoria las conductas sociales en orden al bien común, estatuyendo las bases generales del ordenamiento jurídico.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, "La seguridad y la ciencia jurídica a través de la historia del Derecho", en "Derecho y Seguridad Jurídica", Colección Seminarios N° 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, pp. 55.

<sup>15</sup> Ídem, p. 56.

<sup>16</sup> Desde la perspectiva dogmática constitucional, esta finalidad esencial de la ley se desprende del art. 63 N° 20 en relación con el artículo 1° inc. 3° de la Constitución Política.

A este propósito, es oportuno retrotraernos a las enseñanzas de los clásicos, pues los ordenamientos jurídicos actuales se hacen eco de sus grandes preocupaciones. El príncipe de la escolástica española, Francisco Suárez S. J., nos legó una de las más célebres definiciones de ley: "*lex est commune praeceptum, justum ac stabile, sufficienter promulgatum*". Con ello quiso decir que no basta que la ley contenga normas jurídicas generales, justas y estables, sino también ha de ser objeto de suficiente promulgación, a fin de que su existencia vinculante sea constatada formalmente por la autoridad pública, e intimada a través de signos sensibles a los ciudadanos, con el objeto de que sea convenientemente conocida y obedecida.<sup>17</sup>

Corolario de lo anterior es la escrituración de la ley. Desde el Derecho Romano a la ley se le ha denominado *lex o constitutio scripta*, por oposición a la costumbre o *lex non scripta*. En este punto, Cesare Beccaria exigía como condición de suficiente promulgación para los sistemas jurídicos modernos el que la ley conste por escrito.<sup>18</sup>

Este momento de promulgación, y de consecuente publicación de la ley, está desde antiguo previsto en nuestro Código Civil en los artículos 6º, 7º y 8º.

El profesor Eduardo Soto Kloss llama a esta faceta "*seguridad jurídica/certeza o seguridad jurídica/conocimiento*" y la define como "*la posibilidad de conocimiento cierto por parte de los destinatarios del ordenamiento jurídico de las normas que lo configuran, y de los derechos y obligaciones que derivan de las relaciones jurídicas que tales normas crean, modifican o extinguen*".<sup>19</sup> Para tales efectos, el sistema jurídico ha establecido variados mecanismos, entre los cuales deben mencionarse:

- i) Los procedimientos de elaboración de los distintos actos de los órganos estatales, a través de los cuales actualizan sus distintas funciones y competencias. Estos procedimientos permiten conocer con certeza si dichos actos se han adecuado o no a su normación de elaboración (nomogenética).
- ii) Los mecanismos de publicidad de las normas integrantes del ordenamiento jurídico, a fin de conocer con certeza si han sido válidamente insertas en él, desde un momento determinado y comunicadas a sus destinatarios.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Suárez, Francisco S. J., "*Tractatus de Legibus ac de Deo Legislatore*", Libro I, Cap.12, 2. Vid. también Libro I, Cap. 11 y Libro III Caps. 15 y 16.

<sup>18</sup> Beccaria, C., "*Dei delitti e delle pene*", V.

<sup>19</sup> Soto Kloss, E., "*Seguridad jurídica e interpretación en el Derecho Público Chileno*", en "*Derecho y Seguridad Jurídica*", Colección Seminarios N° 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, p. 94.

<sup>20</sup> Ídem, pp. 94-95.

**b) *Lege manifesta*:** Las normas que componen el ordenamiento jurídico deben ser comprensibles, y han de evitar las expresiones ambiguas, equívocas u oscuras.

La claridad normativa requiere “una tipificación unívoca de los supuestos de hecho que evite, en lo posible, el abuso de los conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas. Con ello se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho”.<sup>21</sup>

Este requisito, en realidad, es un elemento consecuencial a una cualidad imprescindible de toda norma de conducta: la racionalidad. Según la famosa definición de Santo Tomás, toda ley (hoy diríamos, toda norma general autoritativa) es una *ordinatio rationis*, una ordenación de la razón.<sup>22</sup> Una norma irracional es un desorden, un elemento espurio del sistema jurídico, que modernamente, vía consideración de arbitrariedad, difícilmente podría pasar el test de constitucionalidad. Una ley irracional no es propiamente ley, sino más bien violencia: “*non habet rationem legis, sed magis violentiae*”.<sup>23</sup>

Pero hay que tener cuidado con la noción de “irracional”. Una norma jurídica no es irracional porque sea defectuosa, discutible o insuficiente en razón de su fin. Adquiere tal carácter cuando es contraria a la razón, es decir, cuando es *torpe* (notoriamente inmoral o injusta), *perniciosa* (contraria al bien común, por el alto grado de inadecuación a la realidad social) e *imperita* (cuando debiendo asumir reglas propias de un arte o técnica no lo hace o lo hace distorsionadamente).<sup>24</sup> También es irracional la norma *ilógica, contradictoria o absurda*.

Por otro lado, la insuficiencia en el uso del lenguaje normativo se opone también a la seguridad jurídica en la medida en que hace de la interpretación jurídica una operación extremadamente problemática. De ahí que San Isidoro de Sevilla enunciara como requisito esencial de la norma jurídica el que sea clara (*manifesta quoque*) para que a nadie induzca a error por su oscuridad (*ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat*).<sup>25</sup> Las normas han de ser “*chiare e precise*” como decía Beccaria.

<sup>21</sup> Pérez Luño, A., op. cit., p. 24.

<sup>22</sup> Tomás de Aquino, Santo, “*Suma Teológica*” I-II, q.90, a.4.

<sup>23</sup> Tomás de Aquino, Santo, op. cit., I-II, q.93 a.3 ad.2.

<sup>24</sup> Cfr. Hervada, Javier, “*Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*”, Eunsa, Pamplona, 1992, pp. 363-369. Esta clasificación de Hervada la presentamos meramente con fines introductorios, pues no nos parece del todo clara. Lo pernicioso y lo torpe puede quedar incluido en una noción más amplia, la de norma injusta, la que a su vez comprende varias especies. Sobre la ley injusta, vid. Santo Tomás, op. cit., I-II, q.93, a.3 y q.95, a.2.

<sup>25</sup> Isidoro de Sevilla, San, “*Etymologiae*” V, XXI, I.

Carlos Santiago Nino ha tipificado, siguiendo a Ross y a Hart, algunos de los problemas de interpretación del lenguaje jurídico más notorios:

- i) Ambigüedades semánticas, que van desde la homonimia accidental hasta la distinta significación producida por el uso metafórico de una palabra.
- ii) Imprecisiones, que incluyen desde la simple vaguedad hasta las palabras de textura abierta.
- iii) La carga emotiva del lenguaje.
- iv) La fuerza de las oraciones.
- v) Las dificultades en la promulgación de las normas.<sup>26</sup>

El profesor Cruz Villalón discierne tres graduaciones de significados en la noción de "calidad" de la ley. En un primer y amplio significado, calidad equivale a bondad, acierto, adecuación y técnica. En un segundo nivel, la calidad se vincula a los caracteres propios de la ley, la generalidad y estabilidad, y sus consecuencias de racionalidad y coherencia con el ordenamiento en su conjunto (Systemgerechtigkeit). En un tercer nivel, la calidad de la ley se expresa en principios constitucionales tales como seguridad jurídica, confianza y certeza del Derecho o interdicción de la arbitrariedad y tolerabilidad (en el sentido de la Zumutbarkeit).<sup>27</sup>

**c) *Lege plena*:** La plenitud del ordenamiento jurídico se considera una cualidad básica de la seguridad jurídica. Un ordenamiento con vacíos normativos o incapaz de colmarlos incumpliría el objetivo que determina su propia razón de ser: ofrecer una solución con arreglo a Derecho a los problemas que plantea la convivencia humana.

*"Para garantizar su plenitud, los ordenamientos jurídicos establecen un sistema de fuentes del Derecho y prevén la utilización por los jueces de unos medios de integración de las eventuales lagunas legales (interpretación extensiva, analogía, equidad y principios generales del Derecho), para evitar que éstos, ante la carencia o insuficiencia legal, puedan limitarse a emitir un non liquet".<sup>28</sup>*

En nuestro ordenamiento jurídico, la plenitud del ordenamiento jurídico es un principio que puede desprenderse de diversas normas. La posibilidad de la existencia de las lagunas legales se reconoce en el art. 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil. La inexcusabilidad de los tribunales, que también supone

<sup>26</sup> Nino, Carlos Santiago, *"Introducción al análisis del Derecho"*, Ariel, Barcelona, 1987, pp.2 59-272.

<sup>27</sup> Cfr. Cruz Villalón, P; *"Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley en la proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho"*, Aurelio Menéndez (Director), Madrid, 2004, pp. 113-133

<sup>28</sup> Pérez Luño, A., op. cit., pp. 24-25.

la primera, se encuentra recogida a nivel constitucional en el art. 76 inc. 2º de la Carta fundamental. La plenitud ha sido estudiada en la dogmática jurídica chilena por el profesor Pablo Rodríguez G. en un trabajo que para estos efectos es bastante relevante.<sup>29</sup>

Como es de prever, las lagunas legales no existen en materia penal, por exigencia del principio de legalidad enunciado por Paul Johann Anselm Feuerbach en los términos siguientes: "*nullum crimen nulla poena sine lege*". Ello ha sido elevado a principio constitucional por el art. 19 N° 3 inc. 7º de nuestra Ley Fundamental.

**d) *Lege stricta*:** La función de las normas jurídicas dependen de su naturaleza, función y jerarquía. En este plano, la ley se concibe como una fuente formal que contiene normas generales y abstractas ordenadoras de las conductas sociales. "*Se reserva a la ley, en cuanto norma general y abstracta dictada por el Parlamento, la definición de los aspectos básicos del status jurídico de los ciudadanos (...) Esta cláusula de garantía tiene su complemento en el principio de jerarquía normativa por el que se establece un orden de prelación de las fuentes del Derecho, que impide la derogación, modificación o infracción de las normas de rango superior por aquellas que les están subordinadas*".<sup>30</sup>

Lo anterior requiere de una aclaración. En los sistemas jurídicos continentales, la jerarquía normativa y la prelación de las fuentes del Derecho, que en un principio giró en torno a la ley, hizo que durante mucho tiempo, por especial influencia del positivismo formalista del siglo XIX, el sistema jurídico se equiparara a un sistema legal. De este modo, la seguridad jurídica se transformó, en la práctica, en una seguridad que tendía a garantizar en la mayor medida de lo posible la aplicación del mandato legal. Grosso modo, el Derecho se convirtió en la ley.

Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, con ocasión de una multiplicidad de causas, el centro jerárquico del ordenamiento jurídico se movió hacia una realidad no únicamente legal: los derechos fundamentales. El sistema de fuentes se jerarquizó de otro modo, en la medida en que la Constitución Política comenzó a exigir una real subordinación de las otras fuentes normativas, a través de sistemas de control cada vez más nítidos. La seguridad se entenderá entonces como la seguridad del imperio del Derecho,

<sup>29</sup> Rodríguez G., P., "*Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del Derecho*", Facultad de Derecho UDD, Santiago, 2006, pp. 171-177. El profesor Rodríguez inserta su investigación sobre la plenitud jurídica en toda una teoría del sistema jurídico que ha propuesto a los medios nacionales. Vid. "*El Derecho como creación colectiva*", Ediciones jurídicas UDD, Santiago, 1999 y "*Estructura Funcional del Derecho*", Facultad del Desarrollo UDD, 2001. Las huellas de Kelsen y de Jorge Millas son apreciables en su obra, aunque con notables innovaciones.

<sup>30</sup> Pérez-Luño, A., op. cit., p. 25.



que implicará la subordinación de la ley (y de los actos de administración) a las normas y principios constitucionales.<sup>31</sup>

En materia penal la *lege stricta* es llevada a su más fuerte significado en el principio de tipicidad. Nuestra Constitución establece en tal ámbito que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella” (art. 19 N° 3, inc. 8°).<sup>32</sup>

e) *Lege perpetua*: La estabilidad de la razón regulatoria de las normas generales es un presupuesto de importantes instituciones de la seguridad jurídica. Puntualiza el profesor Pérez Luño: “La estabilidad del Derecho es un presupuesto básico para generar confianza en su contenido. La tendencia de las normas jurídicas hacia la permanencia se conecta con el aludido principio de su irretroactividad y cristaliza en dos manifestaciones de la seguridad jurídica, frecuentemente invocadas: **la cosa juzgada**, que atribuye firmeza a las decisiones judiciales, no susceptibles de ulterior recurso, por desistimiento o renuncia o por haberse agotado las instancias o plazos para interponerlo; y **los derechos adquiridos**, que amparan las situaciones jurídicas surgidas de acuerdo con la legalidad vigente en el momento de su conformación, frente a eventuales cambios legislativos que pudieran incidir *ex post facto*, es decir, retroactivamente en ellas”.<sup>33</sup>

El profesor Soto Kloss llama a esta faceta de la seguridad jurídica “seguridad/permanencia” o “seguridad/estabilidad”, y la define como “la permanencia o estabilidad de las normas jurídicas que integran el ordenamiento y sobre todo de los efectos jurídicos que de ellas derivan o se siguen”.<sup>34</sup>

Este tipo de seguridad se logra con un difícil equilibrio entre dos extremos. Por un lado, hay que evitar el exceso de alteración constante de las normas, pues con ello pierden su finalidad regulativa; pero por otro, la inmutabilidad, la permanencia eterna de las normas contradice en cierta medida –*secundum quid*– la idea de la necesaria adaptación a las necesidades sociales, especialmente en el Derecho Público, que tiende a concretar en bien común temporal de una sociedad política dada.

<sup>31</sup> Sobre el principio de jerarquía de las fuentes y la supremacía constitucional, vid. Otto Pardo, Ignacio de; “Derecho constitucional: sistema de fuentes”, Ariel, Barcelona, 1987; Sánchez Ferriz, Remedios, “El Estado constitucional y su sistema de fuentes”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002; Bastida, Francisco J., “Cuestionario comentado de derecho constitucional: el sistema de fuentes y la jurisdicción constitucional”, Ariel, Barcelona, 1991.

<sup>32</sup> Un estudio acabado de este principio en Wolf, Erik, “Las categorías de la tipicidad: estudios previos sobre una doctrina general de la Parte Especial del Derecho Penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; Vicente Martínez, Rosario de, “El principio de legalidad penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

<sup>33</sup> Pérez Luño, A., op. cit., pp. 25-26.

<sup>34</sup> Cfr. Soto Kloss, E., “Derecho y Seguridad Jurídica”, op. cit., p. 95.

La "seguridad/estabilidad" se logra:

- i) Prefigurando los procedimientos de modificación de las normas, lo que posibilita su estabilidad, pero actualizada.
- ii) Lo anterior, sin perjuicio de la permanencia y estabilidad de los efectos jurídicos producidos por tales normas.<sup>35</sup>

f) **Lege previa:** Es fundamental para la seguridad jurídica el que las normas del sistema jurídico prescriban en orden a las conductas futuras, de tal manera que los ciudadanos conozcan de antemano las consecuencias jurídicas de sus actos y las calificaciones jurídicas de la ley.

La previsibilidad de las leyes, junto a la prefijación de las conductas normadas, fue una premisa básica del Estado moderno. *"Así como para la concepción positivista comtiana, la ciencia consiste en la previsión que se introduce en el conocimiento de la realidad, según la vieja máxima savoir c'est prévoir, el Derecho a través de sus normas introduce la seguridad en la vida social al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos.*

*Esta garantía se traduce en la exigencia de irretroactividad de las normas, en cuya virtud no se puede extender la aplicación de las leyes a conductas previas a su promulgación, que, por tanto, fueron realizadas antes que pudiera conocerse su contenido".*<sup>36</sup>

Certeza jurídica, información, previsibilidad de las consecuencias jurídicas y libertad de acción formarían así una secuencia. Como ha señalado Finnis, la previsibilidad y certeza jurídicas aseguran a los sujetos a una autoridad la dignidad de la autodeterminación y la libertad frente a ciertas formas de manipulación.<sup>37</sup> Son célebres a este respecto las páginas dedicadas por Georges Ripert al abuso de legislación retroactiva (y a la conversión del Derecho en ley) en una de sus obras que marcó época: *"Le déclin du Droit. Études sur la législation contemporaine"*.<sup>38</sup>

En nuestro país, la irretroactividad de la ley penal es un principio constitucional: *"Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada*

<sup>35</sup> Cfr. Soto Kloss, E., *"Derecho y Seguridad Jurídica"*, op. cit., p. 95.

<sup>36</sup> Pérez Luño, A., op. cit., p. 25.

<sup>37</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980, pp. 272-273. Vid. en un mismo sentido RAZ, J., *"The Rule of Law and its virtue"*, en *The Authority of Law*, Oxford, 1979, p. 221; LUCAS, J., *"The Principles of Politics"*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 151.

<sup>38</sup> Editado por Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1949, pp. 275 ss.

con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado" (art. 19 N° 3 inc. 7º).

Asimismo, nadie puede ser juzgado sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho (art. 19 N° 3 inc. 4º) De la misma manera, ninguna ley puede afectar los derechos adquiridos en la forma garantizada por el art. 19 N° 24 de la misma Carta Fundamental.<sup>39</sup>

El profesor Soto Kloss habla a este propósito de la "seguridad/intangibilidad", que define como "el respeto total y cabal de los efectos jurídicos adquiridos en virtud de título válido (ley, acto unilateral o convención), o de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por la Constitución".<sup>40</sup>

Este tipo de seguridad implica:

- i) La inexistencia de una prefiguración normativa de los procedimientos de modificación de esas normas o de los efectos adquiridos por su causa.
- ii) Dicha ausencia otorga al sujeto que goza de esos derechos una situación de definitividad. En otras palabras, los efectos jurídicos de esos derechos adquieren un carácter intangible, al punto que no pueden afectarse sin caer en la ilicitud.
- iii) Tal definitividad es el grado máximo a que puede aspirarse de seguridad jurídica, y, por ende, los efectos adquiridos de los derechos que el ordenamiento reconoce –sea que emanen de la propia naturaleza humana, como esenciales, sean adquiridos por título positivo válido– configuran una multitud de situaciones jurídicas, las únicas que hacen posible no solo el comercio humano, sino también la vida civilizada.

Este análisis tan claro del profesor Soto Kloss ha de ser matizado, a mi juicio, por el cambio de algunas circunstancias que han hecho variar el revestimiento concreto de aquella definitividad. El llamado proceso de "descodificación" y el papel activo de los tribunales en la creación de reglas jurídicas particulares que adicionan con sentidos variables lo que de unitario tiene la *ratio iuris* de las normas generales, han trasladado la discusión de la previsibilidad y estabilidad de la ley a la previsibilidad de las sentencias judiciales y a la necesidad de uniformar la jurisprudencia en base a algún sistema de precedentes.

<sup>39</sup> Sobre la irretroactividad de la ley, cfr. Verdera Izquierdo, Beatriz, "La irretroactividad: problemática general", Dykinson, Madrid, 2006; Suárez Collía, José María, "El principio de irretroactividad de las normas jurídicas", Actas, Madrid, 1994.

<sup>40</sup> Cfr. Soto Kloss, E., "Derecho y Seguridad Jurídica", op. cit., p. 96.

**2) SEGUNDA IDEA: Exigencia de corrección funcional.** El sistema jurídico no solo debe tener las condiciones suficientes para otorgar seguridad jurídica desde un punto de vista *estático* (o estructural). También en su misma *operatividad* (en su funcionalidad, su dinamismo) ha de dar garantía del cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y de la regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación.

El profesor Pérez Luño vincula esta operatividad a la sujeción efectiva al bloque de legalidad por parte de los poderes públicos y de los ciudadanos, acompañada de condicionamientos materiales que se expresan en la tutela de los derechos fundamentales. De este modo, vincula insolublemente Estado de Derecho con Seguridad Jurídica.

*“La vinculación de todas las personas públicas y privadas a la ley, que emane de la soberanía popular a través de sus representantes, y que se dirige al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, constituye la clave de bóveda del Estado de Derecho. En esa forma de organización política cobra sentido pleno el solemne aserto de Cicerón: legum omnes servis sumus, ut liberi esse possimus”.<sup>41</sup> En el Estado de Derecho la ley aparece como condición y garantía de la libertad, porque en su cumplimiento por todos reposa el recíproco reconocimiento de los derechos cívicos. El carácter inviolable del Derecho, su respeto y aceptación, lo mismo por quienes lo crean y aplican que por el resto de los ciudadanos, es condición indispensable para una convivencia ordenada y libre. Se previene de este modo la **arbitrariedad** de quienes ejercen el poder, pero también la eventual trasgresión de las normas por quienes, obligados por ellas, adujeran **ignorancia del Derecho**.*

*La dimensión funcional de la seguridad enlaza con el principio de la **eficacia** del Derecho. La regularidad operativa de las normas e instituciones de un sistema jurídico es una condición, aunque no la única, de su eficacia. Asimismo, a la inversa, el funcionamiento irregular, o el incumplimiento sistemático de las normas, o sea, la falta de eficacia de un ordenamiento jurídico, conducen a la quiebra de la seguridad”.<sup>42</sup>*

*“Las leyes, dice Calsamiglia, deben ser eficaces. Una norma está bien hecha si la mayoría de los ciudadanos la obedecen espontáneamente, y solo en casos excepcionales la desobedecen, y en esos casos, se aplica la sanción de un modo general”.<sup>43</sup> Pero esta eficacia, no hay que olvidarlo, exige en un Estado de Derecho: i) una legalidad vinculada a la **responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad***

<sup>41</sup> Cfr. Cicerón, M.T., “Pro Cluentio”, 53, 146.

<sup>42</sup> Cfr. Pérez Luño, A., op. cit., p. 26

<sup>43</sup> Calsamiglia, A., “Justicia, eficiencia y Derecho”, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1988, N° 1, p. 329.

**de los poderes públicos; ii) mantenimiento de una coherencia de criterio en la aplicación de la ley y en la solución de supuestos iguales.**

La efectiva realización de la subordinación normativa supone en cada sistema jurídico un sistema de control de la juridicidad en general y de la constitucionalidad en particular. El principio de juridicidad ha sido profundamente estudiado en nuestro país por el profesor Eduardo Soto Kloss, especialmente en lo que dice relación a la sujeción de la ley a la Constitución, y de la Administración al imperio del Derecho, entendiéndolo como *“la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar”*.<sup>44</sup>

**3) TERCERA IDEA: LA CERTEZA JURÍDICA.** Lo propio de la seguridad objetiva es producir certeza jurídica o seguridad subjetiva en los destinatarios del sistema jurídico. Las dos facetas de la seguridad objetiva –su dimensión funcional y su sentido estructural– operan entonces como presupuestos para su incidencia subjetiva.

La **certeza jurídica** es la convicción que tienen los ciudadanos de que el sistema jurídico tutela sus derechos de un modo eficaz en las diversas áreas normativas, y en el evento de que éstos sean amenazados o violados, el imperio del Derecho será restablecido del modo preestablecido por el mismo sistema. De esta manera, la proyección sobre las conductas futuras en torno a los límites de lo permitido, prohibido e imperado es un motivo razonable para determinar libremente la propia conducta en sociedad.

Lo ideal es que a la seguridad objetiva corresponda la seguridad subjetiva, a través de un proceso normal de mediación institucional. Sin embargo, puede suceder que factores extrínsecos vengán a establecer una solución de continuidad entre estas dos facetas de la seguridad. Un país, por ejemplo, puede asegurar jurídicamente los derechos de sus habitantes, pero éstos pueden tener una sensación de inseguridad ciudadana que les resta confianza en la respuesta del sistema jurídico en la defensa de su persona y sus bienes. Una persistente errónea gestión del gobierno en su discurso público o una imagen mediática exagerada de los problemas de seguridad delictual pueden ocasionar, a mediano o largo plazo, una variable desestabilizadora de la seguridad objetiva.

Ha sido el ilustre iusfilósofo chileno profesor Jorge Millas quien con gran lucidez ha centrado una definición de seguridad jurídica acentuando el aspecto

<sup>44</sup> Soto Kloss, E., *“Derecho Administrativo. Bases fundamentales”*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 24. La lectura de esta obra ha de ser completada por el Tomo I, que constituye una auténtica instancia de reflexión filosófica en torno a las bases y al sentido histórico y deontológico del Derecho Administrativo.

subjetivo. Permítasenos citarlo in extenso habida cuenta de su particular planteamiento:

*"La seguridad jurídica es la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando estas se hallan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado. Se trata de no dudar de una seguridad específica, que conviene apellidar jurídica, para evitar las equívocas resonancias del concepto genérico de seguridad a secas. No es, pues, la seguridad metafísica (sic) del místico, ni la seguridad moral del optimista, ni la seguridad psicológica del hombre equilibrado, ni la seguridad material del hombre de fortuna, sino simplemente la del hombre social que seguro o no en su situación metafísica y económica, sabe con qué ha de contar como norma exigible en su trato con los demás. Es la seguridad, por tanto, de quien conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno" (...).*

*"La seguridad jurídica constituye un valor de situación: la situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando, sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentadas expectativas que ellas se cumplan".*

*"Dado este su concepto, la seguridad como posibilidad de ser (ser de situación) que "debe ser", es decir como valor, queda determinada por las siguientes condiciones:*

- a) Que existan normas reguladoras de las relaciones sociales;*
- b) Que estas normas preexistan a toda posible decisión concreta de conducta;*
- c) Que estas normas sean impersonales, esto es, (que se dicten) en función de necesidades y fines comunes de convivencia social;*
- d) Que estas normas sean objetivas, es decir, que su sentido pueda ser racionalmente determinado;*
- e) Que estas normas sean o puedan ser reconocidas por el súbdito que le debe acatamiento;*
- f) Que estas normas tengan autoridad, vale decir, que tengan la garantía del poder público, garantía virtual del cumplimiento futuro, y garantía real de actual y efectivo cumplimiento".*

Por tanto, *"la seguridad jurídica, en cuanto situación de quien psicológicamente la vive, se resuelve en dos componentes vivenciales: saber o certeza, por una parte, y expectativa o confianza por la otra. El saber se refiere a la existencia de las normas jurídicas. Es nuestro conocimiento a) de que hay ciertas normas que disponen tales y cuales conductas por modo impersonal y objetivo, y b) de que el orden así previsto es generalmente observado. La confianza deriva de ese conocimiento y consiste en*

*la fundada expectativa de una continua y prolongada vigencia del orden jurídico. No se trata aquí de esa certeza de conocimiento teórico respecto de la existencia y contenido de las normas, sino de la anticipación de lo que probablemente ocurrirá en vista de la actual vigencia del orden jurídico dado. Sin embargo, el valor práctico de esa probabilidad es tan grande, que lo equiparamos a la certeza y arreglamos conforme a ellas nuestra conducta. Solo así es posible que se constituya la situación de seguridad".<sup>45</sup>*

Tres críticas pueden hacerse a esta concepción, sobre la base de los aportes que la doctrina jurídica constitucional y la filosofía del derecho, primero anglosajona, y posteriormente continental, han venido planteando con fuerza en las últimas décadas:

a) La expectativa, previsibilidad y confianza del ciudadano no tienen como referencia única la norma de carácter general. Nunca las normas son tan "objetivas" como para no requerir de la determinación racional de los tribunales. La expectativa del ciudadano también debe ser garantizada respecto de la jurisprudencia judicial.<sup>46</sup>

b) La expectativa, previsibilidad y confianza no se satisfacen sólo con un sistema normativo formalmente establecido. Importa sobremanera el contenido, y, con ello, el asegurar en la medida de lo posible que la solución concreta que el

<sup>45</sup> Millas, Jorge, *Filosofía del Derecho*, Editorial Universitaria, Santiago, 1961, pp. 238-241. El pensamiento jurídico de Millas no se encuentra sólo en esta obra. Se haya desperdigado en sus diversos libros, aun a título de antecedente. Cfr. *Idea de la individualidad*, Prensas de la Universidad de Chile, Santiago, 1943; *Ensayos sobre la historia espiritual de Occidente*, Editorial Universitaria, Santiago, 1960; *De la tarea intelectual*, Editorial Universitaria, Santiago, 1974, *El desafío espiritual de la sociedad de masas*, Editorial Universitaria, Santiago, 1962; *Idea y defensa de la Universidad*, Editora del Pacífico, Santiago, 1981.

<sup>46</sup> Es de advertir que el profesor Jorge Millas, siguiendo a Kelsen, y en parte a Roscoe Pound, asume una posición antiformalista y critica la idea de las normas generales como regulación mecánica de conductas. Pero la defensa del principio de prefiguración normativa contra los excesos de la Escuela del Derecho libre o de autores como Jerome Frank lo llevan a mantener intacto el problema. "El juez, sostiene el reconocido filósofo chileno, sólo es juez y el Derecho sólo es Derecho en cuanto el principio de prefiguración (normativa) vale como estatuto de la conducta de aquél y como descripción de la esencia de éste. El Derecho es regulación prefigurativa de conducta y el juez es quien juzga ateniéndose a esa regulación". Cfr. Millas, Jorge, op. cit., p. 263. Pero es precisamente la naturaleza de ese "atenerse" la que es problemática en sí misma. Sobre la postura del profesor Millas en el llamado realismo norteamericano, vid. pp. 257-26.

Por otro lado, su consideración de la justicia como valor "extrajurídico" fue menguando a lo largo de su carrera. Hacia el final de su vida se siente una variación. Antes de su muerte sostuvo que los derechos humanos tienen su "raíz" en la "experiencia moral", en la "la consideración del prójimo como ente análogo a nosotros y valioso en el mismo sentido en que lo es nuestro propio ser". Cfr. Millas, Jorge, *Fundamento de los derechos humanos*, en Revista "Análisis", edición de noviembre de 1982. Sobre este punto, vid. Maximiliano Figueroa M., "La Democracia como construcción moral de la sociedad. Ideas políticas de Jorge Millas", en Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, N° 49/50, año 2005, pp. 161 ss (volumen homenaje a Jorge Millas) e "Idea y desafío de la democracia. El legado de Jorge Millas", en Hermenéutica Intercultural. Revista de Filosofía, Ediciones UCSH, N° 12, Santiago, 2002-2003, pp. 201-217.

ciudadano espera del sistema jurídico sea "justa" o "correcta". La garantía de una función jurisdiccional justa es hoy, quiérase o no, el centro de las preocupaciones teóricas, especialmente en materias de derechos fundamentales.

Las concepciones positivistas de la seguridad tienden a identificarla con la mera existencia de la legalidad positiva. Desde sus premisas, la existencia de un sistema legal, por injusto que pueda parecer, garantiza una determinada seguridad jurídica. Pero esto trae consecuencias paradójicas. *"La proclamación del principio de legalidad, la generalidad y abstracción de las leyes constituyen valiosas garantías formales, que engendran seguridad en la medida en que sus contenidos sean justos (...) La seguridad empírica de un atentado legal a los valores y derechos humanos entraña la seguridad de una iniquidad; es decir, la seguridad fáctica de una inseguridad jurídica"*.

*"La seguridad es una razón de ser que no es atributo inmanente de cualquier Derecho, sino condición y meta del Derecho justo, o, lo que es igual, a partir de la modernidad, de los sistemas jurídicos propios de los Estados de Derecho. De igual modo que no cualquier Estado es un Estado de Derecho, tampoco cualquier Derecho positivo implica un sistema de seguridad jurídica"*.<sup>47</sup>

*"El equívoco del positivismo jurídico, cuya más acabada formulación se desprende de las tesis de Hans Kelsen, reside en haber identificado la seguridad y el Estado de Derecho con la noción de legalidad. Según el planteamiento kelseniano, la centralización legislativa y la generalidad de las leyes compendian el principio del Estado de Derecho, que es esencialmente el principio de la seguridad jurídica: "Es stellt... das Prinzip der Rechtsstaates dar, das im wesentlichen das Prinzip der Rechtssicherheit ist"*.<sup>48</sup>

c) El normativismo ha sufrido un verdadero calvario con el estudio, profundización y utilización jurisprudencial de los principios jurídicos, que volviendo por sus fueros como expresiones de la justicia material, se han desmarcado del estrecho margen residual a que los había reducido la mentalidad positivista decimonónica. Incluso, en nuestro país, en la práctica de los tribunales, los principios juegan un papel muchísimo más relevante que el previsto tímidamente por el art. 24 del Código Civil.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Vid. Radbruch, G, *"Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes"*, en la famosa obra de G. Radbruch, E. Schmidt y H. Welsel, *"Derecho injusto y Derecho nulo"*, edición española de Aguilar, Madrid, 1971.

<sup>48</sup> Kelsen, H., *"Reine Rechtslehre"*, Franz Deuticke, Viena, 2ª ed., 1960, p.257. Cfr. Pérez-Luño, A., op. cit., pp. 58-59.

<sup>49</sup> Para un estudio de los principios en nuestro medio, vid. Alcalde R., Enrique, *"Los principios generales del Derecho: su función de garantía en el Derecho Público y Privado Chileno"*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003. Desde un ángulo más abstracto, los derechos fundamentales cumplen una verdadera función de principios como *"mandatos de optimización"*. Cfr. Alexy, R, *"Teoría de los Derechos*



## IV. Los actuales peligros de la seguridad jurídica

Vamos a destacar a continuación algunos de los riesgos exponenciales para la seguridad jurídica que penden, en mayor o menor grado, cual espada de Damocles, sobre los sistemas jurídicos de nuestros días, y particularmente sobre el chileno.

**1) Crisis del Estado contemporáneo**, que ha traído como consecuencia una *defección* y un *exceso*. En efecto, el Estado se caracteriza hoy por una gran **inacción** en asuntos propios de bien común e interés general y por un grave **intervencionismo o hipertrofia** en sus funciones públicas, para lo cual utiliza los instrumentos normativos del Derecho Administrativo.

Anota Pérez Luño que el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho ha comportado una presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad civil. Pero el aumento de de las consiguientes prestaciones y servicios públicos que distingue al *Welfare State* ha tenido su costo en términos de erosión del principio de legalidad, por cuanto la multiplicación de las intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Las clásicas "leyes formales" (*Rechtsgesetze*) se han visto reemplazadas paulatinamente por "leyes medida" (*Massnahmegesetze*).<sup>50</sup>

El Estado social de Derecho que había legitimado su omnipresente intervencionismo en función de un ambicioso programa de bienestar y emancipación, se halla hoy desbordado por sus propios compromisos, siendo ésta una de las causas de la crisis del modelo político. La falta de respuesta estatal a las exigencias sociales, la demora con la que las más apremiantes son atendidas contribuye a crear un clima de inseguridad en la eficacia de la respuesta política a las aspiraciones y necesidades de la sociedad.

En este sentido, Bobbio y Habermas reconocen que el actual modelo político ha sido incapaz de llevar a la práctica las promesas de la modernidad (de felicidad social), como sus teóricos anunciaron, y no ha respondido adecuadamente a las demandas sociales, de ahí sus enormes crisis de confianza y la tendencia a resolver los conflictos con la fuerza y no con el Derecho.<sup>51</sup>

*Fundamentales*", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. En su "Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales", Oxford, 2002, responde Alexy a las objeciones de Habermas (para quien el modelo de los principios resta fuerza a los derechos fundamentales) y Böckenförde (que lo considera un riesgo de tránsito desde el Estado legislativo al Estado jurisdiccional).

<sup>50</sup> Cfr. Pérez Luño, A., "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", Tecnos, Madrid, 1990, pp. 223 ss.

<sup>51</sup> Cfr. Bobbio, Norberto, "La crisis de la democracia y la lección de los clásicos", en AA.VV., "Crisis de la Democracia", Ariel, Barcelona, 1985, pp. 13 ss., y Habermas, Jürgen, "La modernidad: un proyecto inacabado", en "Ensayos políticos", Península, Barcelona, 1988, pp. 279 ss.

**2) Crisis de la legalidad y de la información jurídica**, que demuele la certeza del Derecho y que según famosas palabras de Simitis *"precipita en las tinieblas el ordenamiento jurídico"*.<sup>52</sup> Las causas señaladas por los estudiosos son dos:

i) *"Hipertrofia legislativa"* producida por un Estado convertido en *"machine à faire lois"*. *"Corruptissima respublica plurimae leges"*,<sup>53</sup> advertía Tácito. Hoy Zagrebelsky habla del *"derecho dúctil"*.<sup>54</sup>

*"El flujo incesante de leyes y decisiones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación por los operadores jurídicos. La transparencia del sistema normativo, que es presupuesto básico de la certeza del Derecho, se ve suplantada por su creciente opacidad e inescrutabilidad: el Derecho positivo deviene, por tanto, inaccesible para los propios especialistas. El valor de la seguridad jurídica se resquebraja por el menoscabo de la vigencia del ordenamiento jurídico, muchas de cuyas normas permanecen inoperantes por falta de información"*.<sup>55</sup>

El flujo incesante de leyes a dado coto a lo que Paolo Grossi denomina *"una legalidad fluida"*, que convierte en más activa y compleja la labor del jurista.<sup>56</sup> La legalidad puede llegar a convertirse en agua que tiene el efecto de ir licuando la seguridad jurídica, justo donde la modernidad había puesto su esperanza por oposición al vapuleado gobierno de los reyes.<sup>57</sup>

ii) La pérdida de la claridad en el lenguaje de las leyes.<sup>58</sup>

*"La certeza del Derecho en cuanto posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la prolijidad, complejidad y equivocidad del lenguaje en el que son expresadas las disposiciones legales. En estas circunstancias no solo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas –funcionarios administrativos, jueces y abogados– tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho"*.<sup>59</sup>

iii) Mala calidad de las leyes.

<sup>52</sup> Cfr. Simitis, S., *"Crisis de la Información en el Derecho y sistemas automatizados de información jurídica"*, en AA.VV., *"Problemas actuales de la documentación e informática jurídica"*, Tecnos, Madrid, 1987.

<sup>53</sup> Cfr. Tácito, *"Anales"*, III, 27.

<sup>54</sup> Cfr. Zagrebelsky, G., *"El derecho dúctil"*, 3ª ed., Valladolid, 1999.

<sup>55</sup> Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *"La Seguridad Jurídica"*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 46

<sup>56</sup> Grossi, P., *"Prima Lezione di diritto"*, GLF Editori Laterza, Roma, 2003.

<sup>57</sup> Grossi, P., *"Mitología jurídica de la modernidad"*, Trotta, Madrid, 2003. Por el contrario, vid. su exposición sobre el pluralismo jurídico del derecho medieval, en *"El orden jurídico medieval"*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

<sup>58</sup> López de Oñate, F., *"La certeza del diritto"*, op. cit., pp. 65 ss.

<sup>59</sup> Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *"La Seguridad Jurídica"*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 45

**3) Crisis de la jurisdicción.** La ventajosa “judicialización” del Derecho de las últimas décadas en los sistemas jurídicos continentales ha traído paradójicamente una consecuencia negativa: se han excluido estándares mínimos de previsibilidad decisoria, a veces con resabios de instrumentalización política del sistema.

Estos hechos cuentan con muchos antecedentes históricos. Enfoquemos dos para su mejor comprensión. En la inmediata postguerra se produjo una saludable reacción respecto a los dogmas ilustrados de *sujeción absoluta del juez a la ley positiva, así como de la concepción mecánica de la aplicación judicial del Derecho*. Esta última venía siendo ya arduamente combatida desde inicios de siglo por la llamada “Escuela del Derecho Libre”, pero aun desde el seno del positivismo más emblemático encontró fuertes oposiciones.

Respecto del primer punto, Chaïm Perelman escribe: *“Los sucesos ocurridos en Alemania después de 1933 demostraron que es imposible identificar el derecho con la ley. Hay principios que, aunque no constituyan objeto de una legislación expresa, se imponen a todos aquellos para quienes el derecho no es sólo expresión de la voluntad del legislador, sino de los valores que tiene por misión promover, entre los cuales figura en primer plano la justicia”*.<sup>60</sup>

Pérez Luño señala que con la experiencia totalitaria fue necesario distinguir entre la sumisión del juez al Derecho, en cuanto orden normativo axiológicamente legitimado, y su servidumbre a los contenidos de cualquier legislación positiva, aquel culto a la legalidad positiva condensada en el principio *“Gesetz ist Gesetz”*.

En el plano teórico, se objetó el presupuesto de que la norma general –sobre la cual se fundaba toda la seguridad legalista– tuviera un único significado auténtico y concluyente. Prevalció la idea de norma como estructura abierta (*open texture*) a diferentes sentidos posibles. En las últimas décadas se produjo una metamorfosis en el concepto de norma que tuvo consecuencias inmediatas en la forma de concebir la función judicial. Hoy se tiende a sustituir la noción de norma jurídica como “norma dato” (meras formulaciones promulgadas por el legislador) por la de “norma resultado”, que supone el momento completo y culminante de la elaboración normativa por los operadores jurídicos.

La fidelidad de los operadores jurídicos a la legalidad no tiene por qué suponer una concepción formalista de la interpretación y aplicación del Derecho. La fidelidad a la ley no debe confundirse, en definitiva, con su interpretación

<sup>60</sup> Perelman, Ch., *“La lógica jurídica y la nueva retórica”*, Civitas, Madrid, 1979, p. 97

literal, sino con la búsqueda de su sentido y objetivo. El jurista intérprete debe atender a los contenidos materiales de la legislación que remiten al sistema de valores éticos y políticos que le sirven de fundamento.

La labor judicial es, por tanto, un ejercicio de racionalidad práctica orientado y controlado: 1) por el ethos social institucionalizado en los valores que expresan las convicciones morales de la sociedad, que legitima el ordenamiento jurídico del Estado de Derecho y debe informar su aplicación; 2) por el sistema jurídico que contextualiza la decisión judicial en el seno del conjunto de fuentes normativas: leyes, principios, precedentes jurisprudenciales o doctrina.<sup>61</sup>

Dicho de otro modo, el juez llamado a resolver un asunto, a solucionar un "caso", aspira siempre a dictar una "resolución justa". Y ello se constituye en una de las palancas esenciales del proceso de captación del sentido de las normas y de la significación de los hechos, en una guía fuerte del proceso de aplicación del Derecho. Por ejemplo, la función correctora del Derecho estricto de la *aequitas* romana y de la *equity* inglesa permite comprobar la relevancia de las exigencias éticas de justicia en ambas experiencias jurídicas.<sup>62</sup>

Tomás y Valiente, F., dice a este respecto: *"en un Estado de Derecho se hace justicia al aplicar correctamente el Derecho positivo. Más allá de esta estricta delimitación positivista, la justicia es un concepto formado por nociones que rebasan la posibilidad de la experiencia: es una idea o concepto de razón, o, si se prefiere, un valor cuyo contenido se ha de concretar materialmente en cada momento y en cada situación social"*.<sup>63</sup>

Por otra parte, la aplicación mecánica de la norma jurídica por parte del juez se transformó por mucho tiempo en un auténtico desideratum de la seguridad jurídica, en el contexto del papel que la ilustración atribuyó al juez. Como ha indicado el profesor Díez-Picazo, *"los códigos se pensaron, redactaron y promulgaron con una pretensión de estabilidad e incluso, si se puede hablar así, de perennidad. Dicho de otro modo, hechos de una vez, estaban hechos para siempre"*.<sup>64</sup>

Pero desde las mismas filas del positivismo, este dogma fue demolido. Kelsen y Hart, por ejemplo, se negarán a suscribir la tesis según la cual las normas

<sup>61</sup> Pérez Luño, A., op. cit., pp. 99, 100, 101, 104.

<sup>62</sup> Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *"Aspetti e funzioni dell'equità"*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, pp. 834 ss.

<sup>63</sup> Tomás y Valiente, F., *"Las garantías de los ciudadanos y el papel del Tribunal Constitucional"*, en *"Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional"*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 151.

<sup>64</sup> Cfr. Díez-Picazo, L., *"Un siglo de derecho privado"*, en *"Pensando el derecho en el siglo XX"*, Madrid, 2003, p. 43.

generales poseen la determinación suficiente para que su aplicación a cada caso consista en un simple razonamiento deductivo. Su irrealidad era evidente. Por ello, Kelsen defenderá una indeterminación judicial incluso cercana a la arbitrariedad<sup>65</sup> y Hart sustentará una "zona de penumbra" que verá acompañada a la aplicación e interpretación de toda norma. En el primero, las elecciones llevadas a cabo por los jueces en los espacios de indeterminación normativa deberán considerarse una labor creativa, y en el segundo, los fundamentos de las decisiones judiciales, aunque enmarcados por un conjunto de normas, principios, razonamientos, argumentos, no podrán ser considerados en sí mismos parte del sistema jurídico, pues se trata de estándares valorativos, sociales, políticos, etc.<sup>66</sup> De ahí que sea necesario, por un problema de seguridad jurídica, mirar de frente la realidad del papel de los jueces a fin de recuperar el control del razonamiento jurídico y de la argumentación judicial.<sup>67</sup>

Desde matrices cercanas a la práctica judicial norteamericana, Dworkin rechazará en los años sucesivos la existencia de "espacios de textura abierta" o de indeterminación del derecho, pues va a considerar que si se acepta su existencia, se vulneraría seriamente lo que nosotros hemos llamado seguridad subjetiva. En consecuencia, va a transmutar el modelo de derecho adoptado por Kelsen y Hart, tan caro al positivismo confeso e inconfesado. El Derecho ya no se propondrá como un sistema compuesto exclusivamente de normas ("reglas", en el lenguaje anglosajón), sino también de principios que pueden ser descubiertos por los jueces subyaciendo al derecho establecido, especialmente en los "casos difíciles" en que Kelsen o Hart imaginaban una ausencia de solución normativa unívoca. Es un Derecho que atiende a "*cómo deciden los jueces los casos concretos*"<sup>68</sup> y que pueden encontrar la única respuesta correcta del sistema, desechando así la discrecionalidad judicial.

<sup>65</sup> El autor afirma textualmente: "*la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etcétera; pero de este modo estas normas se transformarían en normas jurídicas positivas*". Cfr. Kelsen, H., "*Teoría Pura del Derecho*", Unam, México, 1982, p. 354. La discusión sobre el exacto rol que juega el juez en el pensamiento de Kelsen puede encontrarse en Luzzati, C., "*La vaghezza delle norme*", Giuffrè, Milano, 1990, pp. 345-346; Ruiz Manero, J., "*Jurisdicción y normas*", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 28-29; Lifante, I., "*La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 70-72.

Aparte de la "*Teoría Pura del Derecho*" en sus tres versiones originales (1934, 1953, 1960), que presentan rectificaciones sucesivas, las obras de Kelsen traducidas al español son las siguientes: "*Teoría general del derecho y del Estado*", Unam, México, 1969; "*La idea del derecho natural y otros ensayos*", Ed. Losada, Buenos Aires, 1946; "*Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*", Ed. Siglo XXI, México, 1982; "*Esencia y valor de la democracia*", Ed. Guadarrama, Madrid, 1977; "*¿Qué es justicia?*", Ed. Ariel, Barcelona, 1982.

<sup>66</sup> Cfr. Calvo García, M., *Los fundamentos del método jurídico*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 163-164.

<sup>67</sup> Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 47.

<sup>68</sup> Cfr. Dworkin, R., "*Laws Empire*", Mass Belknap, Cambridge, p. 2. Vid. a este respecto, Cfr. García Figueroa, A., "*Principios y positivismo jurídico*", Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 56.

Según Dworkin, los jueces nunca determinan lo que el derecho debe ser, sino que están limitados a descubrir y declarar lo que creen que ya es con anterioridad a su decisión.<sup>69</sup> Frente a la objeción de que los estándares decisorios que no son normas jurídicas no hacen parte del sistema, porque formalmente no se encuentran insertos en él, Dworkin responde distinguiendo dos formas de validez: una basada en la *pertenencia* a un sistema jurídico, de acuerdo con la cual una norma tiene carácter jurídico si forma parte de un sistema identificable como jurídico por criterios como la regla de reconocimiento hartiana, y, otra, la validez como *obligatoriedad*, de acuerdo con la cual una norma es jurídica si es moralmente obligatoria. Los principios serían válidos, tendría existencia jurídica, de esta segunda manera.<sup>70</sup>

Todo lo contrario ocurre con el movimiento *Critical Legal Studies*, corriente del pensamiento jurídico estadounidense capaz de defender la tesis de la discrecionalidad y sostener, al mismo tiempo, que las decisiones judiciales son bastante previsibles. Una previsibilidad que, en lugar de tomar como referencia las normas jurídicas, atenderá al contexto en el que las decisiones son adoptadas.

De cualquier manera, como dice Gianformaggio, el valor de la seguridad jurídica ya no será el de la previsibilidad, sino el del control de las decisiones judiciales. De ahí el apareamiento de una serie de doctrinas sobre la argumentación jurídica que desde los tiempos de Perelman, Viehweg y Toúlin intentan evitar el decisionismo subjetivista en el Derecho y prometen seguridad jurídica por la vía de someter a pautas de racionalidad el proceso de interpretación y resolución de los casos.<sup>71</sup>

El profesor Xiol Ríos comenta a este propósito: "*La seguridad jurídica no se logra ya mediante una instancia decisora jerárquicamente superior. De manera realista, es de esperar una disminución de la inseguridad jurídica mediante una conexión reiterada de las decisiones jurídicas con las que se van produciendo posteriormente,*

<sup>69</sup> Cfr. Dworkin, R., "*Los derechos en serio*", Ariel, Barcelona, 1984, pp. 84-85.

<sup>70</sup> Ídem, p. 100.

<sup>71</sup> Cfr. Ruiz Sanz, M., "*El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy*", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994, p. 349. Alexy identifica cuatro postulados de la racionalidad práctica procedimental: 1) un grado sumo de claridad lingüístico-conceptual; 2) un grado sumo de información empírica; 3) un grado sumo de universalidad; 4) un grado sumo de desprejuiciamiento. Alexy enuncia veintidós reglas (fundamentales, de razón, sobre la carga de la argumentación, de fundamentación y de transición) y una tabla sobre la forma de los argumentos. Tales reglas se resumen en reglas de la lógica, reglas acerca de los derechos de participación e intervención oral, sobre las cargas de la argumentación, diversas variantes de la idea de universalidad, reglas para el examen del surgimiento de convicciones normativas y formas de argumentos deductivos. ALEXY, R., "*La idea de una teoría argumentación jurídica*", en *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 63.



lo cual apunta, en la realidad de la práctica judicial, a la tradición del precedente jurídico".<sup>72</sup>

El profesor Díez-Picazo expresa en análogo sentido: "hay una idea más profunda en la consideración de la jurisprudencia. En especial cuando se reclama su uniformidad, aflora la intuitiva idea de que la justicia exige la igualdad y que la igualdad exige que casos iguales sean tratados igualmente y que los precedentes judiciales sean respetados, salvo cuando hayan existido fundadas razones para desviarse de ellos. Este es para mí el pilar básico de una teoría de la jurisprudencia: el respeto del precedente judicial como respeto de la idea de justicia a través de la igualdad".<sup>73</sup>

En un contexto más amplio, el profesor Jesús Remón Peñalver sostiene: "Desde una perspectiva general, la multiplicación de centros sectoriales de decisión y el creciente recurso a la mediación y el arbitraje podrían analizarse en el contexto de un proceso de "refeudalización" <sup>74</sup> del sistema político y social o, si se prefiere, como una muestra del proceso de sustitución de las instituciones por la capacidad de composición de los grupos integrantes de la sociedad civil.<sup>75</sup> La lógica del imperio de la ley y el dogma de la racionalidad del legislador, que condujeron al monopolio de la jurisdicción en la tarea de solucionar los conflictos, está siendo paulatinamente sustituida por una "lógica de red" articulada en torno a una trama de estructuras sectoriales autónomas dotadas de sus particulares regímenes jurídicos (Derecho global sin Estado) y de sus propios centros y pautas de decisión".

"Para que un sistema asentado sobre esas claves pueda estar en condiciones de satisfacer unos mínimos estándares de seguridad será preciso que sea transparente, pero, sobre todo, que asuma el principio de vinculación al precedente para que puedan conocerse las líneas de razón que sirven de fundamento a sus decisiones y todo el mundo pueda saber a qué atenerse".

"¿Cuáles son las claves que explican esta evolución? Me atrevería a decir que, en el fondo, late una falta de confianza en el Estado y, en particular, en la legislación y en la jurisdicción. La sociedad global se estructura en una multitud de escenarios sectoriales que no confían en la capacidad de la ley, entendida como norma general, para resolver sus problemas; y que asimismo consideran que sus peculiaridades no pueden ser eficazmente abordadas por una jurisdicción generalista, sino por un sistema especializado".

<sup>72</sup> Xiol Ríos, J. A., "El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo", Madrid, 2005, p. 29.

<sup>73</sup> Díez-Picazo, L., "La jurisprudencia", en "El Poder Judicial", Madrid, 1983, p. 278.

<sup>74</sup> La tensión entre "universalismo" y "localismo" jurídicos es, como se sabe, característica de la Alta Edad Media (véase, por todos, García-Pelayo, M., "La idea medieval del Derecho", en "Del Mito y de la Razón en el pensamiento político", Madrid, 1968)

<sup>75</sup> Pérez Díaz, V.: "El retorno de la sociedad civil", Madrid, 1987.

*"Estas dos tendencias se han visto alimentadas por la progresiva pérdida de la calidad de las leyes, más atentas, como se ha visto, a las urgencias coyunturales que a las exigencias de orden y sistema, y por una progresiva disminución del valor de la jurisprudencia, que cuando llega lo hace tarde y pocas veces es uniforme."*<sup>76</sup>

#### 4) Fundamentos políticos de la seguridad jurídica

La historia no solo nos sirve para comprender el Derecho y deshacernos del exceso de utopismos y teorizaciones, sino también, en el caso específico de la seguridad jurídica, su formación conceptual, ha observado Pérez Luño, ha sido el resultado más de las conquistas políticas de la sociedad y menos de la elaboración puramente teórica.<sup>77</sup>

La seguridad es ante todo una radical necesidad antropológica humana.<sup>78</sup> Constituye *"un deseo arraigado en la vida anímica del hombre ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido"*.<sup>79</sup> De ahí que en el mundo germano se hable de la *exigencia de seguridad de orientación*.<sup>80</sup>

La apelación al valor de la seguridad como presupuesto y función del Derecho y del Estado será un lugar común en la tradición contractualista. Hobbes, Pufendorf, Locke, Rosseau, Kant, concebirán el tránsito desde el estado de naturaleza a la sociedad como la superación del *ius incertum* y su conversión en estado de seguridad a partir del pacto social.

Por inmediata influencia de la filosofía iluminista y contractualista, la seguridad se convertirá en presupuesto indispensable del Derecho moderno, devenido en Derecho *del* Estado. De ahí la tendencia a inferir que todo Derecho y que todo Estado conforman, por su mera existencia, sistemas de seguridad jurídica. Por influencia del positivismo jurídico decimonónico, el enfoque fue durante mucho tiempo la seguridad *del ordenamiento jurídico*, la *"seguridad del Derecho mismo"*<sup>81</sup> y no la seguridad *de la sociedad*, o más exactamente, *de cada uno de sus miembros, para los cuales existe el ordenamiento jurídico*.

<sup>76</sup> Cfr. Ramón Peñalver, J., *"La lucha por la seguridad jurídica"*, en Diario La Ley, Madrid, N.º 6642, 1 de febrero de 2007.

<sup>77</sup> Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *"La Seguridad Jurídica"*, Ariel, Barcelona, 1991, p.17.

<sup>78</sup> Un interesante trabajo sobre los vínculos entre seguridad jurídica y necesidad de la naturaleza humana, cfr. Williams Benavente, Jaime, *"La seguridad jurídica como valor del Derecho"*, en *"Derecho y Seguridad Jurídica"*, Colección Seminarios N° 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, pp.11-52.

<sup>79</sup> Coing, H., *"Fundamentos de Filosofía del Derecho"*, Ariel, Barcelona, 1961, p. 67.

<sup>80</sup> Zippelius, R., *"Rechtsphilosophie"*, Beck, Munich, 1982, p. 157.

<sup>81</sup> La frase es de Gustav Radbruch en su *"Introducción a la Filosofía del Derecho"*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965, p. 40.



Para Pérez Luño, la seguridad jurídica debe concebirse como presupuesto y función, no de cualquier Estado, sino del Estado de Derecho.

*“En su acepción estrictamente empírica puede existir una seguridad impuesta a través de un Derecho que garantice coactiva e inexorablemente el cumplimiento de una legalidad inicua. De hecho, la manipulación de la seguridad jurídica por los despotismos de todo signo representa una constante histórica. En los Estados totalitarios los dogmas de plenitud y autosuficiencia del ordenamiento jurídico, el principio de inquebrantabilidad e inexorabilidad de la legalidad, la publicidad exagerada hasta la propaganda de la ley, así como el control de la discrecionalidad judicial han sido instrumentalizados al máximo para la imposición del monopolio político e ideológico. (...) Las manifestaciones de **seguridad de la inseguridad** son incompatibles con la razón de ser del Estado de Derecho”.*

*“En el Estado de Derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: **presupuesto** del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los que fundamentan el entero orden constitucional; y **función** del Derecho que “asegura” la realización de las libertades. Con ello, la seguridad jurídica no solo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales”.*<sup>82</sup>

Hasta los años cincuenta el debate por la seguridad jurídica marcó época: Carl August Emge, Max Rümelin, Gustav Radbruch (Alemania); Piero Calamandrei, Giuseppe Capograssi, Francesco Carnelutti (Italia); Georges Ripert (Francia) y Jerome Franck (EEUU).

*“Los totalitarismos de nuestro siglo, paralelamente a su asalto a la razón, han supuesto un asalto a la seguridad. El notorio lema fascista de vivere pericolosamente o la aversión nazi a la seguridad, en cuanto obstáculo y rémora para la voluntad de transformación política de la comunidad popular (Volksgemeinschaft) interpretada por el Führer en régimen de monopolio así lo corroboran. No menos indulgente con la seguridad se ha mostrado el totalitarismo soviético al reputarla como un instrumento al servicio de la burguesía, dirigido a perpetuar la división de la sociedad de clases”*

*“La crisis vital de aquella etapa, manifestada en un difuso estado de ánimo de angustia, traducía un anhelo desesperado e insatisfecho de angustia”.*<sup>83</sup>

En la postguerra se genera un clima de recuperación y rehabilitación de la seguridad. Pero la evolución cíclica de las circunstancias, ideas e inquietudes

<sup>82</sup> Pérez Luño, E., “La Seguridad Jurídica”, op. cit., pp. 19-20.

<sup>83</sup> Ídem, pp. 14-15.

humanas han reproducido en la actualidad, con motivaciones y matices nuevos, la crisis de seguridad que caracterizó la etapa previa a la Segunda Guerra Mundial. Amenaza nuclear, degradación del medio ambiente con el consiguiente riesgo de catástrofe ecológica, abusos de la ingeniería genética, o eventuales abusos de la informática, que hoy definen la existencia cotidiana. A nivel político institucional, a los tradicionales motivos de inseguridad basados en el temor ante el exceso de poder estatal, se añaden, como hemos dicho, los que, a la inversa, dimanen por defecto de actuación pública eficaz en temas que afectan al interés colectivo o a la consecución del bien común.

# **Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable**

**Iván Aróstica Maldonado**

Director del Departamento de Derecho Público

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

**Raúl F. Campusano**

Profesor Titular de Derecho Internacional Público

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

## **1. Antecedentes**

La pregunta que se intenta dilucidar en este artículo es si es posible compatibilizar el desarrollo económico con la adecuada protección ambiental, revisando como caso de análisis el estatuto jurídico de los parques nacionales en Chile y el efecto de la legislación internacional aplicable.<sup>1</sup>

El artículo también tiene por finalidad llamar la atención sobre la "Convención para la Protección de la Flora y Fauna y las Bellezas Escénicas de América", conocida como la "Convención de Washington" de 1940 y específicamente subrayar lo conveniente de una actualización de tal cuerpo legal, ya que, por su antigua fecha de elaboración, es anterior a todo el desarrollo del derecho internacional contemporáneo y especialmente del concepto de desarrollo sustentable.

## **2. Normas aplicables a Parques Nacionales**

### **2.1. Antecedentes**

Los Parques Nacionales de Chile se encuentran regidos por diversos cuerpos jurídicos nacionales e internacionales, cuyo análisis se hará en los próximos párrafos y, como se verá, existen algunos vacíos legales y algunas normas obsoletas o superadas por el desarrollo contemporáneo del derecho ambiental.

<sup>1</sup> NOTA: Los autores desean agradecer la colaboración y aportes de los abogados Fernando Tallar, Francisco Corona y Daniel Mancini.

El Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas es un instrumento de gestión ambiental destinado a administrar ciertas áreas del territorio nacional con el fin de alcanzar el cumplimiento de la política ambiental nacional que contribuya al logro del desarrollo sustentable. Un objetivo más específico de este sistema es la conservación y protección del recurso suelo y de las especies amenazadas de fauna y flora silvestre, la mantención o mejoramiento de la producción hídrica y el desarrollo y aplicación de tecnologías de aprovechamiento racional de la flora y fauna.<sup>2</sup>

Conforme a la Ley 19.300, las áreas silvestres protegidas se clasifican en:

- Áreas Silvestres Protegidas del Estado (ASPE). Estas son mantenidas y administradas por CONAF.
- Áreas Silvestres Protegidas Privadas (ASPP). Estas son creadas por la ley 19.300, y a pesar de que no existirían en la práctica, ya que aún no se ha dictado el reglamento respectivo por parte de CONAMA, la ley le entrega al Estado la misión de fomentar e incentivar la creación de estas áreas por parte de privados. Lo anterior, a través del igual tratamiento tributario, y otorgándoles los mismos derechos, obligaciones y cargas que las pertenecientes al Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE). Una vez creada un área privada, queda bajo la supervigilancia de la CONAF.

De acuerdo a la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, suscrita por nuestro país el 12 de octubre de 1940, que actualmente es ley de la República mediante DS 531 de Relaciones Exteriores,<sup>3</sup> en relación con la Ley 18.362, que a pesar de no estar en vigencia, según se dirá más adelante, las áreas silvestres protegidas del estado (ASPE) se pueden clasificar en:

- Reservas de Regiones Vírgenes. Donde existen condiciones primitivas naturales de flora y fauna, vivienda y comunicaciones, con ausencia de caminos para el tráfico de vehículos motorizados, y vedadas a toda explotación comercial
- Parques Nacionales. Área generalmente extensa, donde existen diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad ecológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, capaces de autopropetuar, y en que las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Corona, Francisco. Documento interno de trabajo, 2007.

<sup>3</sup> Publicado el 4 de octubre de 1967.

<sup>4</sup> Art. 5º Ley 18.362.

- Monumentos Naturales. Área generalmente reducida, caracterizada por la presencia de especies nativas de flora y fauna o por la existencia de sitios geológicos relevantes desde el punto de vista escénico, educativo y cultural.<sup>5</sup>
- Reservas Nacionales. Área cuyos recursos naturales es necesario conservar y utilizar con especial cuidado, por la susceptibilidad de éstos a sufrir degradación o por su importancia relevante en el resguardo del bienestar de la comunidad. Éstos son los únicos que admitirían algún grado de explotación comercial.<sup>6</sup>
- Humedales (Convención de Ramsar).

## 2.2. Legislación

### 2.2.1. Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente

La Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, discurre por la misma lógica señalada. En efecto, tampoco prohíbe *per se* realizar las actividades que aquí interesan, ya que de acuerdo con su artículo 8º, “Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo *pueden ejecutarse* o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental”, aprobada por la autoridad competente.

A su vez, entre las actividades que deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, el referido artículo 10 nombra expresamente, además de las “centrales generadoras de energía mayores a 3 MW” (letra c), la “ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita” (letra p).

Estas normas legales son señal inequívoca de que ninguna de las dos actividades mencionadas se encuentra a priori prohibida o rechazada de antemano, por producir impactos en el medio ambiente.

Particular atención merece la advertencia final del mencionado art. 10 letra p): “en los casos en que la legislación respectiva lo permita”, agregada durante la discusión parlamentaria de la Ley 19.300 por la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados, “considerando que de esta forma reforzaba la idea de que no cualquier actividad puede ser

<sup>5</sup> Art. 6º Ley 18.362

<sup>6</sup> Art. 7º Ley 18.362.

desarrollada en tales áreas".<sup>7</sup> Remisión, entonces, que para la adecuada solución del problema nos reconduce a cuanto disponga la respectiva legislación, relativa a los Santuarios de la Naturaleza<sup>8</sup> o a los Parques Nacionales.<sup>9</sup>

Por su parte, el tema también es abordado en el párrafo 4º de la Ley 19.300, "De las normas de calidad ambiental y de la preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental".<sup>10</sup> Este párrafo establece la obligación del Estado de administrar el SNASPE. Los objetivos específicos son:

- Asegurar la diversidad biológica;
- Tutelar la preservación de la naturaleza;
- Conservar el patrimonio ambiental.

### 2.2.2. DS 4.363, de 1931, Ley de Bosques

El artículo 10 de este DS establece que la CONAF tendrá a su cargo el cuidado de los Parques Nacionales y Reservas Forestales, pudiendo celebrar toda clase de contratos y ejecutar actos para cumplir con estos objetivos. Además crea una exención tributaria.<sup>11</sup> En efecto, la Ley de Bosques de 1931 instituye, a través de su artículo 10, la categoría de protección denominada "Parque Nacional de Turismo". Si bien la norma no lo define, señala que: "con el objeto de regularizar el comercio de maderas, garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje, el Presidente de la República podrá establecer Reservas de Bosques y Parques Nacionales de Turismo, en los terrenos

<sup>7</sup> Fernando Toledo Tapia, *Ley 19.300 sobre bases del medio ambiente, historia fidedigna y concordancias internas*, Comisión Nacional del Medio Ambiente (1996) 70-71.

<sup>8</sup> Ley 17.288.

<sup>9</sup> Convención de Washington de 1940, artículos I y III; Ley de Bosques de 1931, artículos 10 y 11, y DL 1.939 de 1977, artículo 21.

<sup>10</sup> La Contraloría ha explicado bien, y en fecha reciente, la vigencia del nuevo régimen jurídico del medio ambiente consagrado por la Ley 19.300. En efecto, ha dictado lo siguiente: "es pertinente consignar que –tal como por lo demás se ha manifestado en la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General, entre otros en sus Dictámenes N°s 36.546 y 37.841, de 1997, 29.433 de 1998, y 39.696 de 2005– la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, "ha establecido un nuevo régimen normativo destinado a salvaguardar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", al cual deben ceñirse los órganos que ejercen competencia en materia ambiental. Dicho nuevo régimen comprende, como un instrumento de gestión ambiental, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el cual importa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° de Ley N° 19.300, que los proyectos o actividades que indica "sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley", y que todos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental, que de acuerdo con la legislación vigente deban o puedan emitir los organismos del Estado, respecto de proyectos o actividades sometidos al Sistema de Evaluación, serán otorgados a través de dicho Sistema, de acuerdo a las normas que precisa, correspondiendo a la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, la administración de tal Sistema, así como la coordinación de los organismos del Estado involucrados en el mismo, para los efectos que expresa." N° 29.143 Fecha: 21-VI-2006.

<sup>11</sup> Impuesto territorial.

fiscales apropiados a dichos fines y en terrenos particulares que se adquieran por compra o expropiación”.<sup>12</sup>

Para adaptar la aplicación del Convenio de Washington de 1940 a la realidad chilena, y en cumplimiento del mandato impuesto por el artículo 19 N° 8 de la Constitución, la Ley 18.362<sup>13</sup> creó un “Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado”, distinguiendo –a ese efecto– varias categorías, como son las Reservas de Regiones Vírgenes, los Parques Nacionales, los Monumentos Naturales y las Reservas Nacionales.<sup>14</sup> Este cuerpo legal todavía no se encuentra en vigor<sup>15</sup> y sin embargo sí pareciera posible apelar a los principios u objetivos invariables en que se asienta. En efecto, así lo ha reconocido la Corte Suprema en al menos una sentencia.

Entre las ideas del texto recién citado, debe observarse que el legislador, después de tratar sobre las Reservas de Regiones Vírgenes,<sup>16</sup> enseguida reguló la situación de los Parques Nacionales, disponiendo en su artículo 5º inciso 2º que “Los objetivos de esta categoría de manejo son la *preservación* de muestras de ambientes naturales, de rasgos culturales y escénicos asociados a ellos; la continuidad de los procesos evolutivos, y, en la medida compatible con lo anterior, la realización de actividades de educación, investigación y recreación”.<sup>17</sup> Justamente, este último alcance sirve para iluminar la forma adecuada de interpretar estas normas, ya que entre los objetivos perseguidos por el legislador, claramente manifestados en la historia fidedigna de su establecimiento, está el

---

<sup>12</sup> En la RCA del EIA del proyecto Chantacollo, la COREMA I Región señala que: “La ejecución del proyecto traerá como consecuencia muy probable, según lo señalado por el titular del proyecto, la pérdida de cobertura vegetal. Este potencial impacto generado sobre algunas áreas con cobertura vegetal está asociado a las actividades de habilitación de las plataformas para perforaciones de prueba y construcción de huellas de acceso. A su vez la ejecución de las labores de sondajes traerá como consecuencia, según lo expresado por la compañía, la alteración de las características del paisaje producto de las actividades asociadas a la instalación temporal de plataformas de sondeo, la habilitación de huellas de acceso, el transporte de maquinaria y equipos; y los trabajos de sondeo. Sobre el particular deberá anotarse que las medidas señaladas por el titular del proyecto en el plan de manejo ambiental no se hacen cargo de los efectos referidos por lo que se estima que no se cumple con la normativa ambiental en cuanto no garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje.

<sup>13</sup> 27.12.1984

<sup>14</sup> Artículo 2º inciso 2º

<sup>15</sup> Suspensión que se debe al hecho que su art. 39 previó que “la presente ley regirá a partir de la fecha en que entre en plena vigencia la Ley 18.348, mediante la cual se crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables”, con carácter de servicio público descentralizado. Esto no ha ocurrido aún, ya que el Presidente de la República no ha dictado el decreto supremo que disuelve la corporación de derecho privado denominada CONAF, conforme al art. 19 de la remitida Ley 18.348.

<sup>16</sup> Únicas a las cuales les asigna la condición de “inviolables en cuanto sea posible” en su art. 4º inciso 2º.

<sup>17</sup> Es pertinente anotar que la misma Ley 18.362, en su artículo 3º, entiende por “Preservación: La mantención de la condición original de los recursos naturales de un área silvestre, *reduciendo la intervención humana a un nivel mínimo*”.

de posibilitar el aprovechamiento y utilización racional de los recursos naturales protegidos, sin producir desequilibrios graves.<sup>18</sup>

De acuerdo con lo descrito, durante la tramitación de la ley se rechazó la sugerencia de redactar dicha definición como "Preservación: la mantención de la condición intocada de los recursos naturales de un área", y de eliminar el último alcance ("reduciendo la intervención humana a un nivel mínimo")<sup>19</sup>, porque no sería allí posible la intervención humana "de ningún grado". De esta forma, y en armonía con los preceptos del desarrollo sustentable, solo cabe concluir que la legislación admite y promueve aprovechar tales recursos con racionalidad, especialmente si se observa que la gran mayoría de los Parques Nacionales se ubican en las regiones XI y XII, que son de interés estratégico para la comunidad por su provisión de reservas de agua.<sup>20</sup>

También cabe recordar que, durante el trámite legislativo, se desechó otra proposición, en orden a que los límites de los Parques Nacionales fueran fijados uno a uno por acto legislativo a fin de impedir su posterior modificación por decreto supremo.<sup>21</sup> El legislador no estuvo de acuerdo con rigidizar el sistema precisamente para proteger en forma más adecuada los recursos naturales de Chile. Los límites de un Parque Nacional responden a una situación esencialmente cambiante y dinámica, que corresponde a la protestad reglamentaria regular según las circunstancias, de conformidad con la Constitución Política<sup>22</sup> y el DL 1.939 de 1977.<sup>23</sup>

Por supuesto, el legislador se ocupa, a continuación, de estatuir un conjunto de normas imperativas tendientes a hacer efectivo ese objetivo de "preservación". Pero no es posible desconocer que el propio legislador dio cabida a esa "intervención humana a un nivel mínimo", a través de dos procedimientos distintos, uno a cargo de la Corporación Nacional Forestal<sup>24</sup> y otro entregado al Ministerio de Agricultura.<sup>25</sup>

<sup>18</sup> Esta finalidad, dentro de la génesis de la ley (Boletín 334-01), se encuentra expresada especialmente en el Mensaje presidencial que dio comienzo a su tramitación (16.3.1983) y en el Informe Técnico de los Ministerios de Agricultura y de Bienes Nacionales que lo acompañan.

<sup>19</sup> Proposición desechada que, en su momento, formuló la Universidad de Valdivia, en informe de 31.5.1983 (páginas 12-13), agregado a la historia de la ley.

<sup>20</sup> Véase el catastro del "Patrimonio Forestal del Estado" agregado al Informe Técnico ministerial citado en nota 5, donde se observa la ubicación de los Parques Nacionales y Reservas Forestales concentrada específicamente en dicha zona.

<sup>21</sup> Proposición citada de la Universidad de Valdivia, y también manifestada por la Universidad Católica de Valparaíso, en informe de 28.5.1983.

<sup>22</sup> Art. 32 N° 6.

<sup>23</sup> Art. 21 inc. 2°. Un interesante texto acerca de las razones por las que se acogieron o rechazaron las diferentes proposiciones planteadas por diversos actores durante el proceso de preparación de la ley 18.362, puede encontrarse en el Informe de la III Comisión Legislativa de la Junta de Gobierno (2.10.1984).

<sup>24</sup> Artículos 11 inciso 2° y 12.

<sup>25</sup> Artículo 32.



Por su parte, los artículos 11 inc. 2º y 12 facultaron a la CONAF para celebrar convenios relativos a la ejecución de aquellas obras necesarias para el eficiente manejo de cada unidad, sin contradecir sus objetivos ni los respectivos planes de manejo. El artículo 32, sin embargo, por otra parte, dispuso que “en las unidades de manejo no se podrán ejecutar obras, programas o actividades distintas de las contempladas en los respectivos planes de manejo” aprobados por decreto supremo. Ahora bien, *“No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, el Ministerio de Agricultura, mediante decreto supremo fundado en razones de interés nacional, podrá autorizar la ejecución de determinadas obras, programas o actividades”*. Para estos efectos, los interesados, agrega el inciso 3º, deberán presentar, junto a la solicitud correspondiente, un **estudio de impacto ambiental**, exigencia que en la actualidad debe satisfacerse a través de los mecanismos y procedimientos previstos en la Ley 19.300.

De la lectura objetiva de la Ley 18.362 aparece entonces que los deslindes que conforman un Parque Nacional pueden ser alterados por decreto supremo presidencial, sin afectar su propósito esencial. Esto es, sin menoscabar la preservación de aquellas muestras relevantes del ambiente natural tutelado. Más aún, dentro de sus límites, otras obras y actividades, diferentes a las indicadas en los planes de manejo de un Parque Nacional, sí se pueden realizar cuando no comprometan el “interés nacional” y en la medida que se ajusten al correspondiente “estudio de impacto ambiental”.<sup>26</sup>

Ahora bien, siempre debe tenerse presente que las argumentaciones relacionadas con la llamada “Ley 18.362” descansan en la utilización de ella que ha hecho la Corte Suprema y recordarse en todo momento que no es un texto legal que se encuentre vigente. Procede entonces buscar otras normas legales que sí se encuentren vigentes y que se refieran a la materia de Parques Nacionales. Estas normas son la Ley de Bosques y el DL 1.939 de 1977, cuyas normas no difieren sustancialmente de las antes reseñadas.

La Ley de Bosques (cuyo texto definitivo fue fijado mediante Decreto 4.363 de 1931, del ex Ministerio de Tierras y Colonización) de 1931 consagra dos disposiciones relevantes para este análisis. El artículo 10 de la ley señala que “con el objeto de regularizar el comercio de maderas, garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje, el Presidente de la República podrá establecer reservas de bosques y parques nacionales de

<sup>26</sup> Ello –recordemos– no resulta extraño al espíritu general de la legislación, puesto que respecto de los Santuarios de la Naturaleza regidos por la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales, la autoridad encargada (Consejo de Monumentos Nacionales) también puede autorizar a su dueño para hacer en ellos “trabajos de construcción o excavación” o “cualquier otra actividad que pudiera alterar su estado natural” (artículo 31 inciso 3º).

turismo en los terrenos fiscales apropiados a dichos fines y en terrenos particulares que se adquieran por compra o expropiación". Nótese la expresión "de turismo" que usa la ley y que nos remite a la finalidad de los Parques Nacionales. Adicionalmente, el inciso 2º de esta norma añade, en lo que interesa, que "con el objeto de obtener un mejor aprovechamiento de los Parques Nacionales y Reservas Forestales, la Corporación Nacional Forestal podrá celebrar toda clase de contratos que afecten a dichos bienes y ejecutar los actos que sean necesarios para lograr esa finalidad".<sup>27</sup>

El artículo 11 de la misma Ley de Bosques agrega que "las Reservas de Bosques y los Parques Nacionales de Turismo existentes en la actualidad y los que se establezcan de acuerdo con esta ley, no podrán ser destinados a otro objeto sino en virtud de una ley".<sup>28</sup> De esta forma, el legislador no cierra la posibilidad de afectar los Parques Nacionales, puesto que sin perjuicio de su deber de "garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje", faculta expresamente a la CONAF para ejecutar o celebrar toda clase de actos y contratos "que afecten a dichos bienes".

Lo anterior explica que la Contraloría General de la República, en 1995, validó los acuerdos suscritos por la CONAF el año 1992, en cuya virtud se permitía a la Dirección Nacional de Aeropuertos la extracción de áridos y a la Empresa Nacional de Petróleo la construcción de un oleoducto y de gaseoducto, en el Parque Nacional Rapa Nui y en la Reserva Forestal Ñuble. Para actuar de esta forma tuvo en cuenta que "de acuerdo con lo establecido en los preceptos legales aludidos, la referida Corporación está facultada para celebrar los contratos y ejecutar los actos que tengan por objeto un mejor aprovechamiento de los parques y reservas indicados, con la sola limitación que se contemplen en ellos medidas destinadas a la conservación y protección del medio ambiente".<sup>29</sup>

A mayor abundamiento, y de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 11 de la Ley de Bosques, los Parques Nacionales y Reservas Forestales pueden ser destinados a otro objeto, por acción directa de otra ley.

Por su parte, el DL 1.939, de 1977, sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, contiene dos normas referentes a la materia. El artículo 15 del DL citado establece que "las reservas forestales, Parques

<sup>27</sup> El art. 10 transcrito fue derogado por la antes comentada Ley 18.362 (art. 38 letra a). Pero como esta ley derogatoria no ha entrado todavía en vigor (según lo explicado en nota 5 precedente), dicho artículo 10 conserva su vigencia (y así lo ha entendido el legislador, al modificarlo por el art. 85 de la Ley 18.768, de 29.12.1988).

<sup>28</sup> El art. 11 copiado también fue derogado por la citada Ley 18.362 (art. 38 letra a), pero se mantiene en vigencia por la misma razón indicada en la nota anterior.

<sup>29</sup> Dictamen 19.242 de 1995.

Nacionales y los terrenos fiscales cuya ocupación y trabajo en cualquier forma comprometan el equilibrio ecológico, sólo podrán destinarse o concederse en uso a organismos del Estado o a personas jurídicas regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, para finalidades de conservación y protección del medio ambiente". Sin embargo, según se desprende de su sola lectura, este precepto no es pertinente a la cuestión, de modo que no procedería invocarlo en contra de las acciones de inundación parcial relacionadas con la central hidroeléctrica en análisis. La prohibición contenida en este artículo 15 sólo se refiere a actos *voluntarios*, de destinación o concesión, a los que no puede acceder el Estado, pero no cubre situaciones previstas en la ley. El impedimento del DL 1.939 no comprende los derechos de ocupación y servidumbres eléctricas, que operan por el sólo ministerio de la ley y producen todos sus efectos imperativos sin necesidad de una venia o merced especial del Estado.<sup>30</sup>

Más atinente al tema que nos ocupa es lo que dispone el artículo 21 del mismo DL 1.939, cuando previene que "el Ministerio, con consulta o a requerimiento de los Servicios y entidades que tengan a su cargo el cuidado y protección de bosques y del medio ambiente, la preservación de especies animales y vegetales y en general, la defensa del equilibrio ecológico, podrá declarar Reservas Forestales o Parques Nacionales a aquellos terrenos fiscales que sean necesarios para estos fines. Estos terrenos quedarán bajo el cuidado y tuición de los organismos competentes. "Los predios que hubieren sido comprendidos en esta declaración no podrán ser destinados a otro objeto ni perderán esta calidad, sino en virtud de decreto del Ministerio, previo informe favorable del Ministerio de Agricultura".

De esta forma, oponiéndose a cualquier hipótesis de imposibilidad absoluta, el legislador reitera aquí que los límites de un Parque Nacional pueden alterarse; al propio tiempo que también permite llevar a cabo otros actos no comprendidos en la administración ordinaria de un Parque Nacional, merced a una declaración formal en tal sentido expedida por decreto supremo biministerial.<sup>31</sup> Esto último, la posibilidad de ejecutar otros actos dentro de un Parque Nacional, en el entendido que ellos no lesionen esencialmente sus propiedades ecológicas.

<sup>30</sup> Una vez, por cierto, otorgada la respectiva "concesión eléctrica definitiva", figura regulada por el DFL N° 1 (Minería) de 1982, que tampoco se asemeja ni puede confundirse con la "concesión de uso" tratada en el DL 1.939, por diferir en cuanto a su origen, objeto y finalidad.

La "concesión eléctrica" dice relación con la posibilidad de desplegar una actividad empresarial de que son titulares los privados, y a la cual el Estado debe obligatoriamente acceder (si se cumplen los requisitos técnicos del caso) por ser de interés para el bien común en general (art. 28 del DFL 1 de 1982).

La "concesión de uso" dice relación con un inmueble fiscal de que es titular el Estado, y a la cual éste puede o no discrecionalmente acceder, por ser de interés exclusivo para el particular beneficiario.

<sup>31</sup> Bienes Nacionales y Agricultura.

### 2.2.3. LEY 18.362

Esta ley, a pesar de encontrarse promulgada y publicada, su vigencia está condicionada por la Ley 18.348. Esta última crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de los Recursos Naturales, cuya vigencia está sujeta al hecho que el Presidente de la República disuelva la actual CONAF, cuestión que hasta el día de hoy no ha sucedido. Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de no ser aplicable, esta ley establece una regulación orgánica de las obligaciones, derechos y fines inherentes a las áreas protegidas del Estado. En este sentido es relevante lo que establece en relación a lo siguiente:

Dentro de objetivos del SNASPE se encuentra “mantener y mejorar los sistemas hidrológicos naturales”. El art. 5º fija el concepto de Parque Nacional.

Tal vez la más importante norma, y que derogaría lo establecido en la Convención de Washington, es aquella referida al hecho que esta ley permite conceder el uso temporal a título oneroso del área protegida, máximo 10 años, renovables. Se establece la necesidad de licitación pública. Además, el concesionario estará siempre obligado a rendir caución que garantice los daños que eventualmente se provoquen y, finalmente, se establece que la concesión la otorga el Ministerio de Agricultura.

El artículo 25 de la ley señala las acciones que quedan prohibidas en las áreas silvestres.

Con todo, la misma ley establece que la creación y desafección de las áreas protegidas se hace por medio de DS dictado por el Ministerio de Bienes Nacionales, el que deberá llevar también la firma del Ministro de Agricultura. Dicha creación y/o desafección se dictará previo informe técnico de la CONAF.

Dos ideas centrales fluyen, entonces, de las disposiciones analizadas: La primera es que el objetivo que persigue la instalación de Parques Nacionales consiste precisamente en la protección y conservación “de las bellezas escénicas” a fin de “que el público pueda disfrutar” de ellas, esto es, “para el solaz y la educación del público”, o como dice el Preámbulo de dicha Convención, para proteger y conservar “los paisajes de incomparable belleza”.<sup>32</sup> De lo anterior, puede concluirse que las únicas actividades que pueden entenderse incompatibles con el propósito que justifica la existencia de un Parque Nacional son aquellas actuaciones que alteran su belleza escénica natural.

<sup>32</sup> Muy distinto al objetivo y finalidades que procuran la creación de las Reservas Nacionales, de los Monumentos Naturales y de las Reservas de Regiones Vírgenes, en que por estar más comprometida la flora y la fauna, la Convención insta a otorgarles una protección mayor, a punto de estimarlas –incluso– inviolables.

La segunda idea que se colige de las normas citadas es que los Parques Nacionales no pueden considerarse bienes cuyos deslindes sean inmutables o dentro de los cuales rige una suerte de inmunidad absoluta frente a la legislación nacional, al extremo de que ésta no pueda tener cabida ni recibir aplicación dentro de sus deslindes, comoquiera que la propia Convención admite expresamente que pueden ser enajenados (en todo el sentido amplio de la palabra) o sus límites alterados (ampliados o reducidos) “por acción de la autoridad legislativa competente”.

#### **2.2.4. DL 1.939, de 1977**

El artículo 21 de dicho DL señala que las Reservas Forestales y los Parques Nacionales podrán perder esa calidad en virtud de un **Decreto** dictado por el Ministerio de Bienes Nacionales, previo informe favorable del Ministerio de Agricultura y de CONAF. Pero de acuerdo a la Convención de Washington (CW) sólo se puede alterar un Parque Nacional por acción de la autoridad legislativa competente. En relación con esto, en Chile la autoridad legislativa competente es el Congreso y no el Poder Ejecutivo, con lo cual se estaría contraviniendo lo dispuesto en la CW. Pero tal interpretación no ha sido considerada y en el hecho el Ministerio de Bienes Nacionales ha procedido a regularizar terrenos que se encuentran dentro de Parques Nacionales,

#### **2.2.5. Código de Minería. Artículo 17**

Esta norma está referida a las labores mineras que se puedan desarrollar en Parques Nacionales con el sólo permiso previo del Intendente o del Presidente de la República, según sea el caso. Dicha norma contraviene el mandato de la CW, la que establece que las riquezas existentes en los Parques Nacionales no se explotarán con fines comerciales.

Sin embargo de lo reglado por la CW, la autoridad administrativa ha aplicado permanentemente ambas normas que están en contradicción con ésta. Además, con este proceder se vulnera inclusive el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ya que no se puede dejar de aplicar un tratado invocando normas de derecho interno, a menos que se trate de una norma de importancia fundamental del derecho interno, lo que en ninguno de estos dos casos sería así.

#### **2.2.6. Ley N° 18.362 de 1984 SNASPE**

La Ley 18.362 crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE), publicada en el Diario Oficial el 27 de diciembre de 1984. Esta ley tiene por objeto definir y precisar, a través de una norma de carácter nacional,

las categorías de protección definidas originalmente en la Convención de Washington, y crear un sistema nacional para la administración de dichas áreas. En efecto, la Ley SNASPE establece las mismas categorías que la Convención de Washington (Parque Nacional, Reserva Nacional, Monumento Natural y Reservas de Regiones Vírgenes), y establece definiciones con mayor nivel de detalle para cada una de ellas. No obstante, tales definiciones son, en términos generales, compatibles con aquellas que emanan de la Convención de Washington.<sup>33</sup>

La ley define como Parque Nacional “un área generalmente extensa, donde existen diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad ecológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, capaces de autoperpetuarse, y en que las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo”.<sup>34</sup>

### 2.3. Jurisprudencia

**Sentencia Firme de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 10 de agosto de 1993.** Se refiere a un recurso de reclamación interpuesto por ENDESA en contra del Director General de Aguas, por negarse este a constituir a favor de la empresa un derecho de aprovechamiento de agua del lago Todos los Santos, que sería destinado a la construcción y operación de una central hidroeléctrica en un Parque Nacional en la provincia de Llanquihue.

El considerando 13º del fallo señaló que “avances tecnológicos no pueden ir contra el medio ambiente... generándose una pugna entre adelanto científico y las condiciones del medio ambiente, pugna en la cual si se da primacía al primero se destruye el otro, con lo cual ninguna ventaja se logra y, por el contrario, se disminuyen las condiciones mínimas de bienestar para el ser humano”.

Considerando 15º “normas de bien común son un superior valor que aquel relacionado con el adelanto tecnológico” A lo que se refiere este considerando es que la norma que prohíbe constituir tales derechos de agua en un Parque Nacional debe primar por referirse a un aspecto de bien común.

**Sentencia Firme de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 10 de agosto de 1993, rol 7258-2004, rol Corte Suprema 2634-2005.** Se refiere a un Recurso de protección interpuesto por el senador Guido Girardi en contra de un memorando que contiene un principio de acuerdo entre el Ministerio Secretaría General de la Presidencia y la Comunidad Agrícola Ganadera Mariana Osorio de Granizo-Olmué, cuyo objeto sería privatizar, ceder o entregar a título gratuito a particulares parte importante del territorio del Parque Nacional

<sup>33</sup> RCA EIA Chantacollo.

<sup>34</sup> RCA EIA Chantacollo.

La Campana, ubicado en la Quinta Región. En síntesis lo que se pretende es regularizar unos terrenos que estarían comprendidos dentro del Parque Nacional La Campana.

La I. Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo unánime, rechazó el recurso por estimar que los recurrentes carecen de legitimación activa para demandar. No obstante, el fallo señala que este memorando es sólo un acuerdo de voluntades sobre futuras medidas a realizar, pero que no constituye un acto idóneo para afectar derecho alguno.

**Contraloría General de la República.** La Contraloría General determinó en dictamen 674 del 5 de enero de 2007, que en el caso anterior deben aplicarse las siguientes normas:

1. Convención de Washington, artículos I y III. El primero señala el concepto de Parque Nacional y el segundo establece que los Parques Nacionales no serán alterados ni enajenados sino por autoridad legislativa competente.

2. DL. 1.939, de 1977. Artículo 21. Trata sobre el cambio de la calidad de Parque Nacional mediante decreto del Ministerio de Bienes Nacionales, previo informe favorable del Ministerio de Agricultura. Artículo 15. Que se refiere a que los Parques Nacionales cuya ocupación comprometa el equilibrio ecológico sólo podrán destinarse o concederse en uso a organismos del Estado o a personas jurídicas regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, para finalidades de conservación y protección del medio ambiente. Ley de Bosques, artículo 10. Se refiere a la facultad del Presidente de la República para establecer Reservas de Bosques y Parques Nacionales de Turismo en los terrenos fiscales apropiados a dichos fines y en terrenos particulares que se adquieran por compra o expropiación. Por otra parte, la Contraloría agrega que de la normativa anterior debe colegirse que los Parques Nacionales constituyen recintos que están formados por terrenos de naturaleza fiscal.<sup>35</sup>

En el caso del Proyecto Chantacollo,<sup>36</sup> la COREMA de la Primera Región estableció distinciones relevantes para efectos de determinar las actividades que se pueden realizar en un Parque Nacional:

<sup>35</sup> En concordancia con el dictamen N° 17.611 de 1992.

<sup>36</sup> La empresa titular del proyecto posee concesiones de exploración para explorar la existencia de un yacimiento de oro en una extensión de terreno que abarca un total de 4.100 hectáreas. Las actividades de exploración desarrolladas en el Proyecto Chantacollo resultan de una Fase de Generación de Proyectos, especialmente del procesamiento de imágenes satelitales, programas de exploración geológica y geoquímica regional. Gold Fields ha obtenido concesiones de exploración para investigar la posible existencia de un yacimiento en una extensión de terreno que abarca un total de 4.100 hectáreas, limitándose el área para la exploración misma en 3,2 hectáreas. Algunas de las actividades se realizarán cerca y dentro del Parque Nacional Lauca.

“En consecuencia, resulta de sumo relevante determinar si las actividades y obras contenidas en el estudio de impacto ambiental son de aquellas obras, programas y/o actividades susceptibles de ser ejecutadas en un parque nacional de turismo y en un parque nacional a efectos de verificar el cumplimiento de las normas, al momento de evaluar y calificar ambientalmente el proyecto. De acuerdo a las características que la Ley N° 19.300 le confiere al Sistema Nacional de Áreas Protegidas, dentro de sus unidades sólo sería posible ejecutar obras, programas o actividades compatibles con los objetivos de:

- Asegurar la diversidad biológica, es decir: asegurar la variabilidad entre los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos.
- Tutelar la preservación de la naturaleza, es decir: cautelar o proteger el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinados a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución o el desarrollo de las especies y de los ecosistemas propios del país.
- Conservar el patrimonio ambiental, a saber: el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos, o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y capacidad de regeneración.

A mayor abundamiento, y en consideración a lo establecido en las normas específicas que crean las categorías de protección “Parque Nacional de Turismo”, y “Parque Nacional”, pueden identificarse las siguientes obras, programas y/o actividades genéricas susceptibles de ser ejecutadas en tales áreas.

- En un Parque Nacional de Turismo: Obras, programas o actividades compatibles o destinadas a garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y la conservación de la belleza del paisaje.
- En un Parque Nacional creado al alero de la Convención de Washington: Obras, programas o actividades orientadas al disfrute, solaz y la educación del público en relación a la naturaleza; Desarrollo de actividades de investigación científica, previa aprobación de la autoridad del parque; Actividades de caza o captura de animales silvestres, así como la recolección de individuos de flora silvestre, siempre y cuando estas actividades se realicen con fines de investigación científica. No obstante, para el caso



de la recolección de individuos de flora silvestre se requiere la autorización de parte de la autoridad del Parque; y para el caso de la caza o captura de ejemplares de fauna silvestre se requiere la autorización de parte de la autoridad del Parque y del Servicio Agrícola y Ganadero.”<sup>37</sup>

#### **2.4. Consideraciones derivadas de la legislación y jurisprudencia**

De acuerdo con lo señalado anteriormente, pueden establecerse las siguientes consideraciones.

Los Parques Nacionales son una clase de área silvestre protegida del Estado conforme a la legislación chilena. Conforme a la ley vigente,<sup>38</sup> los Parques Nacionales presentan una serie de limitaciones en cuanto a la explotación comercial de los recursos naturales que hay en su interior.

Sin embargo, existen normas de derecho interno que se contradicen con las normas que regulan los Parques Nacionales. La experiencia muestra que se ha tendido a aplicar la norma de derecho interno en cuanto a la pérdida de la calidad de Parque Nacional y en cuanto a la explotación comercial de los recursos mineros contenidos en un Parque Nacional.

En contraposición con lo anterior, existe jurisprudencia referida a la preeminencia de las normas que prohíben la utilización comercial de las aguas contenidas en un Parque Nacional para ser utilizadas en un proyecto hidroeléctrico.

No obstante, la Contraloría General de la República ha resuelto que los terrenos que forman parte de un Parque Nacional, en el evento de ser regularizados (privatizados) pierden su condición de Parque Nacional ya que sólo terrenos fiscales pueden ser Parques Nacionales y no terrenos privados.

Además, expresa el Contralor que para transferir a particulares terrenos comprendidos en un Parque Nacional previamente estos terrenos deben ser desafectados en los términos del artículo 21 del DL 1.939 de 1977.

Además, hay que tener en consideración que la Ley 18.362 si bien no es aplicable porque no ha entrado en vigencia otra norma que la condiciona, no es menos cierto que establece la posibilidad de conceder, vía el mecanismo de la licitación pública, el uso temporal a título oneroso del área protegida, máximo 10 años, renovables, posibilidad que es dable considerar si está en vigencia y si es aplicable.

<sup>37</sup> Resolución Exenta 0021, Iquique, 7 de marzo, 2006.

<sup>38</sup> Convención de Washington y demás legislación señalada.

### 3. Consideraciones derivadas de la normativa ambiental

Al analizar la legislación ambiental, la práctica de la CONAMA en relación con el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y el parecer de la Contraloría General de la República sobre esta materia, se podrá observar lo siguiente:

- a. Es perfectamente posible realizar actividades económicas dentro de un Parque Nacional.
- b. Para ello debe cumplirse estrictamente con la normativa ambiental.
- c. Esta normativa contiene un instrumento de gestión ambiental que rige la materia que nos ocupa y que aplica adecuadamente el principio básico del desarrollo sustentable:<sup>39</sup> el sistema de evaluación de impacto ambiental.<sup>40</sup>
- d. Es perfectamente posible el otorgamiento de una concesión eléctrica provisional sin contar con una calificación de impacto ambiental, ya que ésta será necesaria solo al momento de iniciar las obras pertinentes.

<sup>39</sup> Esto es, desarrollo económico y protección ambiental.

<sup>40</sup> Es interesante observar que las oposiciones que se han presentado por parte de grupos ecologistas al levantamiento de centrales hidroeléctricas, concuerdan con la interpretación legal de este informe, en el sentido que no postulan que las obras no pueden realizarse, sino que éstas deben someterse a una evaluación previa de impacto ambiental. En efecto, si se analiza detenidamente esta nota publicada el 16 de marzo de 2007 por el Instituto de Ecología Política, y que puede visitarse en su sitio web [http://www.iepe.org/econoticias/ver\\_econoticia.php?id=548](http://www.iepe.org/econoticias/ver_econoticia.php?id=548) se confirmará lo señalado: "...En la oportunidad los dirigentes expresaron que seguirán con todas las legítimas acciones que están a su alcance para hacer ver los negativos impactos que tendrá para la biodiversidad, la cultura, la sociedad y las perspectivas económicas futuras regionales la eventual materialización del proyecto Endesa. Uno de ellos, enviando a la Comisión Nacional del Medio Ambiente una solicitud formal para que paralice las obras que ya está realizando la empresa en terrenos aledaños a áreas silvestres protegidas (caso Parque Nacional Laguna San Rafael) y de alto valor turístico ambiental, para proceder posteriormente a requerir el respectivo estudio de impacto ambiental. Esto, basados en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, que señala en el artículo 10 que "los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes" y en la letra c) estipula específicamente "las centrales generadoras de energía mayores a 3 MW". Esto se complementa con el artículo 11, donde establece que "los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un estudio de impacto ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias" y es en la letra d) donde señala específicamente si están en una "localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar" y en la letra e) si generan "alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona". "Y esto se está vulnerando con la primera fase de estudio del proyecto energético de Endesa en lugares como El Saltón, a 100 metros del límite de un área silvestre protegida, y que es necesario que los organismos del Estado pertinentes fiscalicen. Estamos enviando esa solicitud a Conama, porque queremos que se aplique la ley y por ese motivo, entre otros muchos, estimamos que el proceso de concesión eléctrica provisional debe ser anulado, mientras no se aclaren estas situaciones irregulares" puntualizaron los dirigentes".

El legislador ambiental permite la ejecución de actividades comerciales en zonas protegidas, especialmente en reservas y Parques Nacionales, estableciendo como única restricción la obligación de ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

A modo de ejemplo, en la base de datos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental aparecen 31 proyectos ejecutados en Parques Nacionales, con un monto de inversión equivalente a 17,161 millones de dólares. Entre ellos, se señalan los siguientes:

- DIA - Reposición Embarcación en Lago Pehoé, Parque Nacional Torres del Paine - Hotel Salto Chico.
- DIA - Construcción Guardería en sector Fiordo Témpano Parque Nacional Bernardo O'Higgins, XII Región
- DIA - Corta de Árboles que Afectan el Tendido Eléctrico en el Parque Nacional Queulat
- DIA - Construcción e Implementación de Complejo de Educación Ambiental en Parque Nacional Pan de Azúcar
- DIA - Servicio de Navegación en Lago Pehoé, Parque Nacional Torres del Paine.<sup>41</sup>

Por tanto, de conformidad a las disposiciones contenidas en la Ley Eléctrica tanto para el proceso de obtención de una concesión provisional o definitiva, no se menciona la calidad o naturaleza de zona protegida del terreno destinado a la ejecución del proyecto respectivo. Esto es confirmado por la Contraloría General de la República, de conformidad con su dictamen número 8.022, de fecha 19 de febrero de 2007, señalando el organismo contralor lo siguiente:

“Mediante la resolución 4/2007, de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, se otorga a la empresa Hidroeléctrica Trayenko S.A. una concesión provisional para realizar los estudios tendientes a evaluar la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Pellaifa y Liquiñe, que se ubicará en la X Región de Los Lagos, Provincia de Valdivia, Comuna de Panguipulli, y se deja sin efecto resolución N° 55, de 2006. Por su parte, las firmas que indica solicitan a esta Entidad de Control que se abstenga de tomar razón de la resolución precedentemente individualizada, **en tanto no se acredite que el referido proyecto**

<sup>41</sup> Véase Sitio Web [www.seia.cl](http://www.seia.cl).

**haya sido sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y aprobado de acuerdo a la respectiva resolución de calificación ambiental.**<sup>42</sup>

Requerida de informe, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles lo ha expedido mediante oficio N° 432, de 2007, en el cual expresa, en síntesis, que los reclamos de las recurrentes contienen las mismas consideraciones esgrimidas durante el procedimiento de oposición a la solicitud de concesión provisional, las cuales aparecen atendidas en la resolución N° 4 precitada.<sup>43</sup>

Sobre el particular, cumple manifestar –en primer término– que el artículo 4°, incisos primero y segundo, del DFL N° 4, de 2006, antes mencionado, establece que “Las concesiones enumeradas en los números 1 y 2 del artículo 2° de esta ley, serán provisionales o definitivas. La concesión provisional tiene por objeto permitir el estudio de los proyectos de las obras de aprovechamiento de la concesión definitiva. Las concesiones provisionales no constituyen un requisito previo para obtener la concesión definitiva y tampoco obligan a solicitar esta última”.<sup>44</sup>

Por otra parte, corresponde anotar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 19.300, entre los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, que deberán someterse al SEIA, se encuentra la “Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita”.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> El dictamen agrega que “Al efecto aducen que las obras señaladas en la solicitud de concesión se desarrollarán en una **zona de interés turístico (ZIT)**, decretada como tal en parte de la comuna de Panguipulli y que comprende parte de sus propiedades, situación que, de conformidad a lo señalado en el artículo 10, letra p) de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en concordancia con el artículo 10 letra d) del Decreto N° 95, de 2001, de la Secretaría General de la Presidencia, que sancionó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, obligaría a que dicho proyecto hidroeléctrico ingresara al SEIA, como un Estudio de Impacto Ambiental, en forma previa al otorgamiento de la aludida concesión provisional”.

<sup>43</sup> El dictamen de la Contraloría señala que “Agrega que la Ley General de Servicios Eléctricos, contenida actualmente en el DFL N° 4, de 2006, del Ministerio de Economía, no condiciona la expedición del acto administrativo correspondiente a la circunstancia de que el proyecto respectivo deba someterse en forma previa al SEIA. Sostiene, además, que dicha materia no está dentro del ámbito de su competencia”.

<sup>44</sup> El dictamen de la Contraloría dispone que “A su turno, el inciso primero del artículo 22 del cuerpo legal aludido añade que esa clase de concesiones “otorga al concesionario el derecho para obtener del Juez de Letras respectivo el permiso para practicar o hacer practicar en terrenos fiscales, municipales o particulares, las mediciones y estudios que sean necesarios para la preparación del proyecto definitivo de las obras comprendidas en su concesión”.

<sup>45</sup> El dictamen analizado señala que “Cabe agregar que esta Entidad de Control, a través de la jurisprudencia administrativa sentada en materia de concesiones eléctricas definitivas –aplicable también a las concesiones eléctricas provisionales– ha concluido de los artículos 2°, letra j); 8° y 9°, inciso segundo,

De la jurisprudencia precitada y la legislación transcrita se desprende que lo sostenido por los reclamantes, en el sentido de que correspondería ingresar la concesión en estudio al SEIA por la sola circunstancia de que ésta forme parte de un proyecto que a futuro podría encontrarse en la situación prevista en la letra p) del artículo 10 de la Ley N° 19.300, no resulta atendible, por cuanto, como ya se ha señalado, lo que ingresa al mencionado sistema es la ejecución material de la obra, programa o actividad respectiva, única etapa susceptible de ser evaluada ambientalmente.<sup>46</sup>

En consecuencia, por las consideraciones expuestas procede desestimar las presentaciones y dar curso legal a la resolución N° 4, de 2007, de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, que otorga a la empresa Hidroeléctrica Trayenko S.A. una concesión provisional para realizar los estudios tendientes a evaluar la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Pellaífa y Liquiñe, que se ubicará en la X Región de Los Lagos, Provincia de Valdivia, Comuna de Panguipulli, y deja sin efecto resolución N° 55, de 2006, por ajustarse al marco jurídico que le es aplicable". De esta forma, se concluye que es perfectamente posible realizar actividades económicas dentro de una zona protegida, que se debe cumplir con la normativa ambiental, que ésta se encuentra reunida a través del sistema de evaluación de impacto ambiental, y que la necesidad de contar con la calificación ambiental solo surge una vez que se vaya a iniciar la ejecución de obras.<sup>47</sup>

---

de la citada Ley N° 19.300, que la obligación de someterse al SEIA es un imperativo que no rige para la dictación del respectivo acto administrativo, sino para la ejecución material de un determinado proyecto o actividad (dictamen N° 26.385, de 2001) y que la normativa que regula las concesiones eléctricas no condiciona la dictación de los actos administrativos de otorgamiento de las mismas, a la circunstancia de que el proyecto respectivo deba someterse previamente al SEIA (dictamen N° 40.638, de 1997)".

<sup>46</sup> Esta posición se refuerza con la siguiente consideración de la Contraloría "Refuerza lo anterior la preceptiva contenida en el inciso segundo del artículo 4° del DFL N° 4, de 2006, toda vez que, al no constituir las concesiones provisionales un requisito previo para obtener la concesión definitiva y tampoco producir el efecto de obligar a solicitar esta última, no puede considerárseles, al menos para los efectos de la Ley N° 19.300, como parte o "fase" del proyecto que concluirá en la construcción de una central hidroeléctrica. Por ello, dado que el acto administrativo en examen no implica la realización de ninguna actividad material, sino la mera habilitación para que el concesionario obtenga las autorizaciones judiciales que detalla el artículo 22 del DFL N° 4, de 2006, corresponde concluir que su otorgamiento no está supeditado al previo ingreso del proyecto respectivo al SEIA". "Lo anterior no obsta a concluir la necesidad del cumplimiento de la normativa ambiental existente, incluyendo la exigencia de ingreso al sistema de evaluación mencionado respecto de los trabajos que la solicitante desarrolle concretamente con ocasión de la concesión provisional, en la medida que concurra la condicionante legal de que se trate de la "ejecución" de obras, actividades o programas de acuerdo a las normas preestablecidas. Aplica dictamen N° 54.868, de 2006".

<sup>47</sup> Hay más casos de evaluaciones de impacto ambiental en zonas protegidas. Por ejemplo, debe recordarse el caso del proyecto "de exploración minera en la Reserva Nacional Las Vicuñas es de aquellos que la Ley N° 19.300 sometió al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por aplicación de lo previsto en la letra p) de su artículo 10, conforme a la cual debe sujetarse a dicho procedimiento la ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita". Dictamen N° 29.143 Fecha: 21-VI-2006.

## 4. Aplicación de la Convención de Washington en Derecho Comparado

### 4.1. Antecedentes

La "Convención para la Protección de la Flora y Fauna y las Bellezas Escénicas de América", conocida como la "Convención de Washington" de 1940, fue suscrita en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) y constituye el primer intento a nivel continental por considerar la protección al medio ambiente. Los principales propósitos que dieron lugar a la Convención fueron básicamente las siguientes:

- Proteger y conservar en su medio ambiente natural ejemplares de todas las especies y géneros de su flora y su fauna indígenas, incluyendo las aves migratorias.
- Proteger y conservar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico.

Cabe hacer presente que la Convención de Washington de 1940 entrega por primera vez conceptos de **Reserva, Parque Nacional, Santuario y Monumento Nacional**. A diferencia de las convenciones que vendrán durante los años siguientes y que toman al hombre como centro, esta convención centra toda su atención en la protección de la naturaleza en sí misma y en la creación de lugares exclusivos para su conservación.<sup>48</sup>

La convención define a los Parques Nacionales como las regiones establecidas **para la conservación y utilización**, bajo vigilancia oficial, de las riquezas naturales, en las cuales se dará a la flora y la fauna toda protección que sea compatible con la legislación ambiental.

Sin perjuicio de la prohibición de explotar con fines comerciales los parques nacionales, contemplada en el artículo 3 de la Convención, es importante destacar que utilizando un criterio de interpretación gramatical y lógico, la convención de Washington de 1940 no prohíbe expresamente la utilización de las riquezas naturales en los Parques Nacionales. No obstante, declara que tal actividad debe estar bajo vigilancia oficial y compatible con la legislación ambiental.

Desde el punto de vista de nuestra normativa nacional, la Convención de Washington entró en vigor el 10 de octubre de 1967 con la dictación del D.S. N°

<sup>48</sup> [www.conama.cl](http://www.conama.cl).

531 de 1967, emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. La coordinación y punto focal corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Corporación Nacional Forestal (CONAF).

El Gobierno de Chile, con el objeto de cumplir con las disposiciones de la Convención de Washington, dicta la Ley 18.362, que crea un Sistema Nacional de áreas silvestres protegidas del Estado, distinguiendo –a ese efecto– varias categorías, como son las Reservas de Regiones Vírgenes, los Parques Nacionales, los Monumentos Naturales y las Reservas Nacionales. Cabe hacer presente que está normativa no se encuentra vigente, ya que su artículo 39 previó que “La presente ley regirá a partir de la fecha en que entre en plena vigencia la Ley 18.348, mediante la cual se crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables”, con carácter de servicio público descentralizado. Situación que no ha ocurrido, ya que el Presidente de la República no ha dictado aún el decreto supremo que disuelve la corporación de derecho privado denominada CONAF, conforme al art. 19 de la remitida Ley 18.348.

Cabe señalar que el cuerpo normativo pertinente y vigente para la protección de las áreas protegidas hoy en día es la Convención de Washington de 1940, materializada por el Decreto Supremo N° 531 de 1967, emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, y la Ley 19.300, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, al establecer el sistema de evaluación de impacto ambiental.<sup>49</sup>

## **4.2. Aplicación de la Convención de Washington de 1940 en otros países**

### **4.2.1. México**

El Estado mexicano incorporó la Convención de Washington de 1940, el 27 de junio de 1942, y específicamente materializó la protección de la flora y fauna, mediante la dictación de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, publicada en el diario oficial de la Federación el 28 de enero de 1988. El cuerpo normativo citado precedentemente es de aplicación general, y corresponde a una Ley Federal de los Estados Mexicanos.<sup>50</sup> Entre los principios centrales de la ley cabe destacar los siguientes:

<sup>49</sup> El propio legislador ambiental señala en el artículo 10 letra p la obligatoriedad de ingresar al SEIA para aquellas obras que han de ejecutarse en Parques Nacionales, no especificando ni determinando de manera alguna el tipo de obras.

<sup>50</sup> Para mayor información ingrese al sitio web: [www.conanp.gob.mx](http://www.conanp.gob.mx).

- Garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar;
- Definir los principios de la política ambiental y los instrumentos para su aplicación;
- La preservación, la restauración y el mejoramiento del ambiente;
- La preservación y protección de la biodiversidad, así como el establecimiento y administración de las áreas naturales protegidas;
- El aprovechamiento sustentable, la preservación y, en su caso, la restauración del suelo, el agua y los demás recursos naturales, de manera que sean compatibles la obtención de beneficios económicos y las actividades de la sociedad con la preservación de los ecosistemas;
- La prevención y el control de la contaminación del aire, agua y suelo.

Cabe hacer presente que uno de los aspectos más relevantes de esta normativa es la especificidad de las zonas protegidas, en el sentido de que determina claramente los niveles de protección de una zona en particular.

La ley mexicana ambiental califica a las zonas protegidas de la siguiente manera:

- Reservas de la biosfera;
- Parques nacionales;
- Monumentos naturales;
- Áreas de protección de recursos naturales;
- Áreas de protección de flora y fauna;
- Santuarios;
- Parques y Reservas Estatales, y
- Zonas de preservación ecológica de los centros de población.<sup>51</sup>

Cabe hacer presente que, considerando que los Estados Unidos Mexicanos corresponden a un tipo de gobierno federal, por mandato expreso de la ley se da la competencia exclusiva a la Federación sobre las Reservas de la biosfera; Parques nacionales; Monumentos naturales; Áreas de protección de recursos naturales; Áreas de protección de flora y fauna; Santuarios, y Parques y Reservas Estatales.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Véase artículo 46, "Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente", Estados Unidos Mexicanos.

<sup>52</sup> La ley general del equilibrio ecológico y la protección al ambiente, otorga una competencia exclusiva



Asimismo, es pertinente mencionar que para el cumplimiento de las disposiciones de la ley ambiental mexicana, en relación con establecimiento de las áreas naturales protegidas, se realiza una división y subdivisión que permite identificar y delimitar las porciones del territorio que la conforman, de acuerdo con sus elementos biológicos, físicos y socioeconómicos, los que constituyen un esquema integral y dinámico. De acuerdo con lo señalado, al realizarse la delimitación territorial de las actividades en las áreas naturales protegidas, ésta se lleva a cabo a través de las siguientes zonas y sus respectivas sub-zonas, de acuerdo a su categoría de manejo:<sup>53</sup>

**I. Las zonas núcleo**, tendrán como principal objetivo la preservación de los ecosistemas a mediano y largo plazo, en donde se podrán autorizar las actividades de preservación de los ecosistemas y sus elementos, de investigación y de colecta científica, educación ambiental, y limitarse o prohibirse aprovechamientos que alteren los ecosistemas. Estas zonas podrán estar conformadas por las siguientes subzonas:

**a) De protección:** Aquellas superficies dentro del área natural protegida, que han sufrido muy poca alteración, así como ecosistemas relevantes o frágiles y fenómenos naturales, que requieren de un cuidado especial para asegurar su conservación a largo plazo. En las subzonas de protección sólo se permitirá realizar actividades de monitoreo del ambiente, de investigación científica que no implique la extracción o el traslado de especímenes, ni la modificación del hábitat.

**b) De uso restringido:** Aquellas superficies en buen estado de conservación donde se busca mantener las condiciones actuales de los ecosistemas, e incluso mejorarlas en los sitios que así se requieran, y *en las que se podrán realizar excepcionalmente actividades de aprovechamiento que no modifiquen los ecosistemas y que se encuentren sujetas a estrictas medidas de control.*

En las subzonas de uso restringido sólo se permitirán la investigación científica y el monitoreo del ambiente, las actividades de educación ambiental y turismo de bajo impacto ambiental que no impliquen modificaciones de las características o condiciones naturales originales, y la construcción de instalaciones de apoyo, exclusivamente para la investigación científica o el monitoreo del ambiente.

---

a la Federación sobre las zonas protegidas señaladas precedentemente. No obstante, permite a los Gobiernos de los Estados y del Distrito Federal, en los términos que establezca la legislación local en la materia, establecer parques y reservas estatales en áreas relevantes a nivel de las entidades federativas, que reúnan las características señaladas en los artículos 48 y 50 respectivamente de esta ley. Dichos parques y reservas no podrán establecerse en zonas previamente declaradas como áreas naturales protegidas de competencia de la Federación.

<sup>53</sup> Véase artículo 47 bis, "Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente", Estados Unidos Mexicanos.

**II. Las zonas de amortiguamiento** tendrán como función principal orientar a que las actividades de aprovechamiento que ahí se lleven a cabo se conduzcan hacia el desarrollo sustentable, creando al mismo tiempo las condiciones necesarias para lograr la conservación de los ecosistemas de ésta a largo plazo, y podrán estar conformadas básicamente por las siguientes subzonas:

**a) De preservación:** Aquellas superficies en buen estado de conservación que contienen ecosistemas relevantes o frágiles, o fenómenos naturales relevantes, en las que el desarrollo de actividades requiere de un manejo específico, para lograr su adecuada preservación.

En las subzonas de preservación sólo se permitirán la investigación científica y el monitoreo del ambiente, las actividades de educación ambiental y las actividades productivas de bajo impacto ambiental que no impliquen modificaciones sustanciales de las características o condiciones naturales originales, promovidas por las comunidades locales o con su participación, y que se sujeten a una supervisión constante de los posibles impactos negativos que ocasionen, de conformidad con lo dispuesto en los ordenamientos jurídicos y reglamentarios que resulten aplicables.

**b) De uso tradicional:** Aquellas superficies en donde los recursos naturales han sido aprovechados de manera tradicional y continua, sin ocasionar alteraciones significativas en el ecosistema. Están relacionadas particularmente con la satisfacción de las necesidades socioeconómicas y culturales de los habitantes del área protegida.

En dichas subzonas no podrán realizarse actividades que amenacen o perturben la estructura natural de las poblaciones y ecosistemas o los mecanismos propios para su recuperación. Sólo se podrán realizar actividades de investigación científica, educación ambiental y de turismo de bajo impacto ambiental, así como la infraestructura de apoyo que se requiera, utilizando ecotécnicas y materiales tradicionales de construcción propios de la región, aprovechamiento de los recursos naturales para la satisfacción de las necesidades económicas básicas y de autoconsumo de los pobladores, utilizando métodos tradicionales enfocados a la sustentabilidad, conforme lo previsto en las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.

**c) De aprovechamiento sustentable de los recursos naturales:** *Aquellas superficies en las que los recursos naturales pueden ser aprovechados, y que, por motivos de uso y conservación de sus ecosistemas a largo plazo, es ne-*

cesario que todas las actividades productivas se efectúen *bajo esquemas de aprovechamiento sustentable*.<sup>54</sup>

En dichas subzonas se permitirán exclusivamente el aprovechamiento y manejo de los recursos naturales renovables, siempre que estas acciones generen beneficios preferentemente para los pobladores locales, la investigación científica, la educación ambiental y el desarrollo de actividades turísticas de bajo impacto ambiental.

Asimismo, el aprovechamiento sustentable de la vida silvestre podrá llevarse a cabo siempre y cuando se garantice su reproducción controlada o se mantengan o incrementen las poblaciones de las especies aprovechadas y el hábitat del que dependen; y se sustenten en los planes correspondientes autorizados por la Secretaría, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.

**d) De aprovechamiento sustentable de los ecosistemas:**<sup>55</sup> Aquellas superficies con usos agrícolas y pecuarios actuales.

En dichas subzonas se podrán realizar actividades agrícolas y pecuarias de baja intensidad que se lleven a cabo en predios que cuenten con aptitud para este fin, y en aquellos en que dichas actividades se realicen de manera cotidiana, y actividades de agroforestería y silvopastoriles, siempre y cuando sean compatibles con las acciones de conservación del área, y que contribuyan al control de la erosión y evitar la degradación de los suelos.

La ejecución de las prácticas agrícolas, pecuarias, agroforestales y silvopastoriles que no estén siendo realizadas en forma sustentable deberán orientarse hacia la sustentabilidad y a la disminución del uso de agroquímicos e insumos externos para su realización.

**e) De aprovechamiento especial:** Aquellas superficies generalmente de extensión reducida, con presencia de recursos naturales que son esenciales para el desarrollo social, y que deben ser explotadas sin deteriorar el ecosistema, modificar el paisaje de forma sustancial, ni causar impactos ambientales irreversibles en los elementos naturales que conformen.

<sup>54</sup> La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de los Estados Unidos Mexicanos define el Desarrollo Sustentable como el proceso evaluable mediante criterios e indicadores del carácter ambiental, económico y social que tiende a mejorar la calidad de vida y la productividad de las personas, que se funda en medidas apropiadas de preservación del equilibrio ecológico, protección del ambiente y aprovechamiento de recursos naturales, de manera que no se comprometa la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras.

<sup>55</sup> Para mayor información ver la sección II de La Ley Ambiental Mexicana: "Tipos y Características de las Áreas Naturales Protegidas".

En dichas subzonas sólo se podrán ejecutar obras públicas o privadas para la instalación de infraestructura o explotación de recursos naturales, que generen beneficios públicos, que guarden armonía con el paisaje, que no provoquen desequilibrio ecológico grave y que estén sujetas a estrictas regulaciones de uso sustentable de los recursos naturales.

**f) De uso público:**<sup>56</sup> Aquellas superficies que presentan atractivos naturales para la realización de actividades de recreación y esparcimiento, en donde es posible mantener concentraciones de visitantes, en los límites que se determinen con base en la capacidad de carga de los ecosistemas.

En dichas subzonas se podrá llevar a cabo exclusivamente la construcción de instalaciones para el desarrollo de servicios de apoyo al turismo, a la investigación y monitoreo del ambiente, y la educación ambiental, congruentes con los propósitos de protección y manejo de cada área natural protegida.

**g) De asentamientos humanos:**<sup>57</sup> En aquellas superficies donde se ha llevado a cabo una modificación sustancial o desaparición de los ecosistemas originales, debido al desarrollo de asentamientos humanos, previos a la declaratoria del área protegida, y

**h) De recuperación:**<sup>58</sup> Aquellas superficies en las que los recursos naturales han resultado severamente alterados o modificados, y que serán objeto de programas de recuperación y rehabilitación.

En estas subzonas deberán utilizarse preferentemente para su rehabilitación, especies nativas de la región; o en su caso, especies compatibles con el funcionamiento y la estructura de los ecosistemas originales.

En las zonas de amortiguamiento deberán tomarse en consideración las actividades productivas que lleven a cabo las comunidades que ahí habiten al momento de la expedición de la declaratoria respectiva, basándose en lo previsto tanto en el Programa de Manejo respectivo como en los Programas de Ordenamiento Ecológico que resulten aplicables.<sup>59</sup>

Lo citado anteriormente es de vital importancia, ya que la ley mexicana es una normativa de tipo ambiental moderna, en el sentido de que clasifica las diferentes zonas, *por medio de las cuales permite o prohíbe la ejecución de determinadas obras, siempre y cuando la zona determinada lo permita.*

<sup>56</sup> Para mayor información ver la sección II de La Ley Ambiental Mexicana: "Tipos y Características de las Áreas Naturales Protegidas".

<sup>57</sup> Ídem.

<sup>58</sup> Ídem.

<sup>59</sup> Ídem.

En relación con los Parques Nacionales, la ley mexicana señala que podrán establecerse subzonas de protección y de uso restringido en sus zonas núcleo; y subzonas de uso tradicional, uso público y de recuperación en las zonas de amortiguamiento.

Asimismo, expresa que en los Parques Nacionales que se ubiquen en las zonas marinas mexicanas se establecerán, además de las subzonas previstas en el párrafo anterior, **subzonas de aprovechamiento sustentable de los recursos naturales**.<sup>60</sup>

En consecuencia, se permite la ejecución de obras destinadas al aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, la propia ley señala esta subzona como *“Aquellas superficies en las que los recursos naturales pueden ser aprovechados, y que, por motivos de uso y conservación de sus ecosistemas a largo plazo, es necesario que todas las actividades productivas se efectúen bajo esquemas de aprovechamiento sustentable”*.

Por otra parte, la ley señala que en los Parques Nacionales sólo podrá permitirse la realización de actividades relacionadas con la protección de sus recursos naturales, el incremento de su flora y fauna y en general, con la preservación de los ecosistemas y de sus elementos, así como con la investigación, recreación, turismo y educación ecológicos.

Es dable señalar que la normativa mexicana ambiental no recoge lo establecido en la Convención de Washington de 1940, en el sentido de que los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los Parques Nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. *Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales*.<sup>61</sup>

#### 4.2.2. Perú

La Convención para la Protección de la Flora, Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América (Washington, 1940) fue ratificada por Perú en 1946. La forma que adoptó el gobierno de Perú para ejecutar la Convención de Washington fue la creación e implementación de la Ley N° 26.834, Ley de Áreas Naturales Protegidas.

El organismo encargado de su ejecución es el Instituto Nacional de Recursos Naturales, **INRENA**, siendo este un Organismo Público Descentralizado del

<sup>60</sup> Véase artículo 47 bis 1, inciso 4º, “Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente”, Estados Unidos Mexicanos.

<sup>61</sup> Véase artículo III, Convención de Washington de 1940.

Ministerio de Agricultura, creado por Decreto Ley N° 25.902 el 27 de noviembre de 1992. Asimismo, está encargado de realizar las acciones necesarias para el *aprovechamiento sostenible*<sup>62</sup> de los recursos naturales renovables, cautelar la conservación de la gestión sostenible del medio ambiente rural y la biodiversidad silvestre. Como autoridad nacional, debe realizar su trabajo en estrecha relación con gobiernos regionales y locales, sociedad civil organizada e instituciones públicas y privadas.

La Ley de Áreas Naturales Protegidas de Perú define a los Parques Nacionales como áreas que constituyen muestras representativas de la diversidad natural del país y de sus grandes unidades ecológicas. En ellos se protege con carácter intangible la integridad ecológica de uno o más ecosistemas, las asociaciones de la flora y fauna silvestre y los procesos sucesionales y evolutivos, así como otras características, paisajísticas y culturales que resulten asociadas.<sup>63</sup>

Una de las particularidades de la ley es la subclasificación de las áreas protegidas. En efecto, independientemente de la categoría asignada, *cada área deberá ser zonificada de acuerdo a sus requerimientos y objetivos*.<sup>64</sup> Las Áreas Naturales Protegidas se pueden clasificar de la siguiente manera:

**Zona de Protección Estricta (PE):** Aquellos espacios donde los ecosistemas han sido poco o nada intervenidos, o incluyen lugares con especies o ecosistemas únicos, raros o frágiles, los que, para mantener sus valores, requieren estar libres de la influencia de factores ajenos a los procesos naturales mismos, debiendo mantenerse las características y calidad del ambiente original.<sup>65</sup>

En estas zonas sólo se permiten actividades propias del manejo del área y de monitoreo del ambiente, y excepcionalmente, la investigación científica.

**Zona Silvestre:** Zonas que han sufrido poca o nula intervención humana y en las que predomina el carácter silvestre; pero que son menos vulnerables que las áreas incluidas en la Zona de Protección Estricta. En estas zonas es posible, además de las actividades de administración y control, la investigación cien-

<sup>62</sup> Cabe hacer presente que la ley orgánica del INRENA, correspondiente al Decreto Ley N° 25.902, señala en su artículo 19 que el Instituto Nacional de Recursos Naturales es el Organismo encargado de promover el uso racional y la conservación de los recursos naturales con la activa participación del sector privado y del público en general. En consecuencia, para la legislación peruana, el área protegida no corresponde a algo intocable, sino que a un área debidamente resguardada, permitiendo el uso racional de los recursos naturales contenidos en ella.

<sup>63</sup> Véase el artículo 22 de la Ley N° 26.834, Ley de Áreas Naturales Protegidas.

<sup>64</sup> Lo anterior se asemeja al caso mexicano, en el sentido de que un área protegida es subclasificada por zonas, con diferentes grados de protección, permitiendo en algunas de ellas el uso racional de los recursos naturales contenidos en ella.

<sup>65</sup> Véase el artículo 23 de la Ley N° 26.834, Ley de Áreas Naturales Protegidas

tífica, educación y la recreación sin infraestructura permanente ni vehículos motorizados.<sup>66</sup>

**Zona de Uso Turístico y Recreativo:** Espacios que tienen rasgos paisajísticos atractivos para los visitantes y que, por su naturaleza, permiten un uso recreativo compatible con los objetivos del área. En estas zonas se permite el desarrollo de actividades educativas y de investigación, así como infraestructura de servicios necesarios para el acceso, estadía y disfrute de los visitantes, incluyendo rutas de acceso carrozables, albergues y uso de vehículos motorizados.<sup>67</sup>

**Zona de Aprovechamiento Directo:** Espacios previstos para llevar a cabo la utilización directa de flora o fauna silvestre, incluyendo la pesca, etc.<sup>68</sup>

De lo anterior se desprende que la protección que se realiza para las áreas protegidas no es de carácter absoluto, ya que se permiten clasificaciones zonales, y dependiendo de la zona determinada, se podrán ejecutar las actividades pertinentes. Asimismo, lo anterior es reforzado por la Ley N° 27.446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental de Perú. Ya que señala los diferentes tipos de evaluaciones de impacto ambiental que serían pertinentes en la ejecución de un proyecto determinado, señalando qué criterios deben ser considerados, siendo uno de ellos, las áreas naturales protegidas. En consecuencia, no hay prohibición para ejecutar una actividad en un Parque Nacional.<sup>69</sup>

#### 4.2.3. República Dominicana

República Dominicana incorporó la Convención de Washington de 1940 a su ordenamiento jurídico, mediante la Resolución N° 00654, de fecha 5 de enero del año 1942. Sin embargo, no tiene una ley especial que trate el tema de los Parques Nacionales. Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con el marco regulatorio ambiental dominicano, Ley General sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales, se trata el tema de las áreas protegidas en su capítulo tercero. Se crea el sistema nacional de áreas protegidas, que comprende todas las áreas de ese carácter existentes y que se creen en el futuro, públicas o privadas.<sup>70</sup> Para el establecimiento de las áreas protegidas se deben tomar en cuenta los siguientes mandatos:

<sup>66</sup> Ídem.

<sup>67</sup> Ídem.

<sup>68</sup> Véase el artículo 23 de la Ley N° 26.834, Ley de Áreas Naturales Protegidas

<sup>69</sup> Véase el capítulo primero de la Ley N° 27.446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental de Perú.

<sup>70</sup> Véase el artículo 33 de la Ley General sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales, República Dominicana.

1. Preservar los ecosistemas naturales representativos de las diversas regiones biogeográficas y ecológicas del país;
2. Proteger cuencas hidrográficas, ciclos hidrológicos, zonas acuíferas, muestras de comunidades acuíferas, muestras de comunidades bióticas, recursos genéticos particulares y la diversidad genética de los ecosistemas naturales y de sus elementos;
3. Favorecer el desarrollo de ecotécnicas y mejorar el aprovechamiento racional y sustentable de los ecosistemas naturales y de sus elementos;<sup>71</sup>
4. Proteger escenarios y paisajes naturales;
5. Promover las actividades recreativas y de turismo en convivencia con la naturaleza;
6. Favorecer la educación ambiental, la investigación científica y el estudio de los ecosistemas;
7. Proteger los entornos naturales de los monumentos históricos, los vestigios arqueológicos y artísticos.

La gestión y vigilancia de todas las áreas protegidas se debe hacer obligatoriamente bajo planes de manejo. En consecuencia, no existe una norma expresa que prohíba la ejecución de obras en una zona protegida.

Conjuntamente con lo anterior, la citada ley ambiental señala qué proyectos y actividades requieren la presentación de una evaluación de impacto ambiental, mencionando, entre otros, la ejecución de obras, programas y actividades en Parques Nacionales y otras áreas protegidas.<sup>72</sup>

#### **4.2.4. Estados Unidos**

Estados Unidos es un excelente caso de estudio de la perfecta compatibilidad entre la protección legal que debe tener un Parque Nacional con la posibilidad de realizar actividades económicas reguladas, evaluadas y fiscalizadas. En efecto, la legislación norteamericana autoriza actividades económicas dentro

<sup>71</sup> Cabe hacer presente que la propia ley no descarta el uso de recursos naturales en un área protegida, sino que establece como limitación el aprovechamiento natural y sustentable de los recursos naturales contenidos en ella.

Esta situación se da casi de la misma manera en los otros países que suscribieron la Convención de Washington de 1940, como es el caso de México y Perú.

<sup>72</sup> Véase el artículo 41 N° 16, Ley General sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales, República Dominicana.



de sus Parques Nacionales. La supervisión y fiscalización de tales actividades está entregada a varias agencias del Estado entre las que destacan el Servicio de Parques Nacional, dependiente del Departamento del Interior, y la Agencia de Protección Ambiental, USEPA.

Un tema reciente que está causando gran debate y análisis jurídico en Estados Unidos es la causa "Instituto Edmonds vs. Servicio de Parques Nacionales". En ella se discute si es legalmente posible realizar prospección biogenética comercial en el Parque Nacional de Yellowstone, probablemente el parque más conocido y paradigmático de Estados Unidos. Lo que es interesante, para efectos de este análisis, no es determinar si la mencionada actividad puede o no realizarse en ese parque, sino observar que el debate es sobre las características propias de la actividad y sus consecuencias legales. En otras palabras, no se discute la posibilidad de realizar actividades económicas en el parque, sino que determinar si determinada actividad se encuentra dentro de lo permisible o no. Y en Chile, la forma jurídicamente adecuada para responder esa pregunta es a través de una evaluación de impacto ambiental, la que puede realizarse por estudio o declaración de impacto ambiental.

## **5. Conclusiones y recomendaciones**

El régimen jurídico nacional de Parques Nacionales permite la realización de actividades económicas cumpliendo los requerimientos que la ley impone y en particular aquellos derivados de la legislación ambiental.

Estos requerimientos se encuentran reunidos a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Aquellos proyectos económicos que deseen realizar su proyecto dentro de un Parque Nacional, podrán hacerlo y deberán someterse a la evaluación del impacto ambiental de su proyecto.

La legislación nacional sobre Parques Nacionales no es sistémica y adolece de algunos vacíos y ambigüedades. En especial, puede hacerse mención aquí a lo preceptuado por la Convención de Washington, que diseña un sistema de clasificaciones de áreas protegidas, incluyendo el concepto de "parques nacionales."

La Convención de Washington sirve para la clasificación anotada, pero no mucho más allá de ello, ya que se trata de un tratado internacional muy antiguo, previo a la consagración normativa y al desarrollo del derecho del medio ambiente. En efecto, si consideramos la Conferencia de Estocolmo<sup>73</sup> como

<sup>73</sup> Ocurrida el año 1972.

punto inicial, solo cabe concluir que existe un lapso de casi cuarenta años entre ambas fechas. Más relevante aún, el sistema contemporáneo de derecho ambiental, nacional e internacional, se construye sobre la base del concepto de desarrollo sustentable, concepto inexistente a la fecha de dictación de la Convención de Washington.

# **Un estudio del derecho a la propia imagen desde una perspectiva jurisprudencial, veinticinco años después de la promulgación de la Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 de mayo**



**José Ramón de Verda y Beamonte**

Profesor Titular de Derecho Civil  
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

## **I. Consideraciones preliminares**

El Diccionario de la Real Academia Española define la “imagen” como “figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa”; y, así mismo, como “reproducción de la figura de un objeto”.

Por lo que a nosotros nos interesa, y respecto de la persona, podemos tomar dos acepciones de la “imagen”: de un lado, la “imagen” como “figura”; de otro lado, la “imagen” como “reproducción” de dicha figura por cualquier procedimiento gráfico, técnico o artístico que la haga perceptible por el sentido de la vista: fotografía, dibujo, pintura, grabado, escultura, televisión, proyección cinematográfica, etc.

La “imagen” como “figura” es un bien de la personalidad, un atributo inherente a la persona, consistente en su aspecto exterior físico, que contribuye a individualizarla y a identificarla ante la sociedad.

La “imagen” como “reproducción” es un objeto exterior a la propia persona, esto es, el concreto procedimiento a través del cual se representa la figura humana de modo reconocible por la sociedad.

El derecho a la propia imagen es entonces el poder que el ordenamiento jurídico atribuye a la persona para determinar cuándo es posible la representación de su figura, o dicho de otro modo, la facultad de decidir cuándo su figura puede ser reproducida por un tercero y cuándo no.

## II. La protección constitucional del derecho a la propia imagen

En nuestro ordenamiento jurídico la protección del derecho a la propia imagen es objeto de una triple protección, constitucional, penal y civil.

Existe, así, una protección constitucional del derecho a la propia imagen, que resulta de su consagración como derecho fundamental en el artículo 18 de la Constitución, precepto que también consagra los derechos al honor y a la intimidad, personal y familiar.

### 1. Los mecanismos de protección: recurso de amparo y eficacia entre particulares del derecho fundamental a la propia imagen

La consagración del derecho a la propia imagen como derecho fundamental significa que sólo podrá ser regulado por ley orgánica, que deberá respetar su contenido esencial, según prevé el artículo 53.1 de la Constitución; y, así mismo, que los actos de los poderes públicos que lo vulneren podrán ser objeto de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, como resulta del artículo 53.2 de la Constitución, en relación con el artículo 41.2 de su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

En cambio, no podrán recurrirse en amparo los actos de los particulares que vulneren el derecho fundamental a la propia imagen, por no contemplar esta posibilidad la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y ello, a pesar de que, a mi parecer, los derechos fundamentales, o al menos algunos de ellos, como es, precisamente, el caso del derecho a la propia imagen, no sólo vinculan a los poderes públicos, sino que tienen también eficacia "*inter privatos*", por lo que constituyen un límite a los actos de autonomía privada.

Estimo que esta tesis, aun no siendo pacífica en la doctrina científica, puede apoyarse en diferentes preceptos de nuestra Carta Magna: el artículo 1.1, conforme al cual España se constituye en un "Estado social y democrático de Derecho"; el artículo 9.1, que afirma la sujeción de los ciudadanos a la Constitución; o el artículo 10.1, que eleva a fundamento del orden político y de la paz social los "derechos inviolables" inherentes a la persona, así como el respeto a "los derechos de los demás".

Creo que, en ocasiones, al tratarse del tema de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Privado, no se diferencian adecuadamente dos cuestiones totalmente distintas: de un lado, la cuestión material, consistente en determinar si los derechos fundamentales tienen como destinatarios, exclusivamente, los poderes públicos o también los particulares; y, de otro lado, la puramente procesal, con la que se trata de

dilucidar, simplemente, si los actos de autonomía privada lesivos de los derechos fundamentales pueden, o no, ser recurridos en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Se trata –insisto– de dos cuestiones distintas, ya que una cosa es afirmar la eficacia horizontal de ciertos derechos fundamentales (en mi opinión, el derecho a la propia imagen la tiene); y otra, bien diversa, es que los actos de los particulares, que los vulneren, no puedan ser directamente recurridos en amparo, lo cual, en nuestro ordenamiento, ha sido una opción del legislador ordinario, plasmada en el artículo 41.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

La distinción está perfectamente delimitada en la conocida STC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 6º, que, a pesar de desestimar un recurso de amparo contra un acto de un particular, por aplicación del artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sin embargo afirma que ello “no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el artículo 1º de la Constitución, no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”. A continuación, añade que “existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos” (se refiere a los reconocidos en el artículo 24 de la Constitución), de modo que implícitamente está reconociendo que ciertos derechos fundamentales sí tienen eficacia horizontal; y, entre ellos, la sentencia sitúa, precisamente, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

No obstante lo dicho, cabe un control indirecto de los actos privados que vulneren el derecho a la propia imagen de otra persona, por parte del Tribunal Constitucional, si los tribunales ordinarios no estiman la demanda de reparación de la víctima: en este caso, el recurso de amparo tendrá un objeto formal, constituido por la sentencia que se impugna; y un objeto material, que será el acto del particular que lesiona el derecho a la propia imagen del recurrente.

## **2. La noción constitucional de “imagen”**

El artículo 18 de la Constitución consagra el derecho a la propia imagen, pero no define ésta.

En un sentido vulgar es frecuente confundir las nociones de “imagen” y “honor”. Se suele decir, así, que la difusión de noticias que atacan el buen

nombre de la persona vulnera su imagen, lo que no es cierto, ya que, en estricto sentido jurídico, lo que se lesiona es su honor.

Desde el punto de vista constitucional, la "imagen" es la figura humana, esto es, el conjunto de rasgos físicos que configuran el aspecto exterior de una persona determinada y que permiten identificarla como tal, lo que constituye un bien de la personalidad, que es objeto de una protección constitucional autónoma (se le tutela en sí mismo, con independencia, pues, de que la reproducción de la imagen comporte, o no, una vulneración del buen nombre o de la intimidad de la persona).

La imagen es protegida, concediendo a la persona el derecho a determinar la representación gráfica generada por sus rasgos físicos personales, y ello, en un doble sentido: por un lado, permitiéndole que consienta la captación, reproducción o publicación de su figura (contenido positivo del derecho a la propia imagen); y, por otro lado, concediéndole la facultad de impedir su captación, reproducción o publicación, en modo tal, que sea posible su identificación o reconocimiento (contenido negativo del derecho a la propia imagen).

La STC 81/2001, FJ 2º, STC 139/2001, de 18 de junio, FJ 4º, y STC 83/2002, de 24 de abril, FJ 4º, dicen, así, que el derecho a la propia imagen es "un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública"; y añaden: "La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde".

En el mismo sentido se pronuncia la STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6º, que afirma que "el derecho a la propia imagen, en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica general, generada por los rasgos físicos que la hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado".

### 3. La autonomía del derecho a la imagen, respecto de otros derechos de la personalidad

En el artículo 18 de la Constitución existe un expreso reconocimiento del derecho a la propia imagen, posición que contrasta con la de otros textos constitucionales, donde no existe un específico reconocimiento del referido derecho (el proyecto de Constitución europea es buena muestra de ello), por lo que la protección constitucional de la figura humana sólo es posible considerando ésta una específica manifestación de la vida privada de la persona y, como tal, objeto de tutela a través del derecho a la intimidad.

Ello explica la confusión conceptual en la que suele incurrir una parte de la doctrina foránea, entre "imagen" e "intimidad", confusión en la que también incurren algunos de nuestros autores, que explican la expresa mención constitucional del derecho a la propia imagen por el mero hecho de que en la actualidad el mayor riesgo de que la intimidad pueda vulnerarse es el de la divulgación de aspectos de la vida privada o familiar a través de fotografías u otro tipo de reproducciones gráficas.

Sin embargo, a mi parecer, no cabe duda de la autonomía conceptual del derecho a la propia imagen, respecto de los otros derechos que se regulan en el artículo 18 de la Constitución, ya que éstos protegen bienes jurídicos distintos (el buen nombre de la persona o el ámbito de la vida, personal o familiar, que un individuo se reserva como propio y ajeno al conocimiento de los demás), sin perjuicio de que, en ocasiones, una intromisión en la propia imagen pueda suponer una injerencia simultánea en el honor o intimidad de la persona cuya figura se representa. En estos casos, como afirma la STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 2º, "la apreciación de la vulneración del derecho a la intimidad o al honor no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones que a través de la imagen hayan podido causar, pues desde la perspectiva constitucional el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor, a la intimidad o a ambos". Y este desigual reproche de la acción, desde la perspectiva constitucional, también habrá que mantenerlo en el orden civil, de modo que la lesión de dos o más bienes de la personalidad implicará una mayor gravedad de la infracción y por ende una mayor cuantía de la indemnización.

Es, así, posible que, mediante la captación, reproducción o publicación de una fotografía, se vulnere el honor de una persona, si se la representa en alguna actitud vejatoria o degradante, que pueda hacer desmerecer su

buen nombre, su propia estima o su consideración ante la sociedad, o si a la fotografía se le añade un comentario injurioso.

Es también posible que, a través de la captación, reproducción o publicación de una fotografía, se vulnere la intimidad de una persona, si se la representa en algún momento de la vida privada, si se reproducen partes íntimas de su cuerpo, como sucede cuando aparece desnuda, o si la fotografía va acompañada de comentarios sobre aspectos de su vida privada.

Ahora bien, cabe que, mediante una fotografía, se vulnere el derecho a la propia imagen de una persona, pero, en cambio, no su honor, ni su intimidad. Sería, por ejemplo, el caso de una fotografía de una persona, que no menoscabe su buen nombre, ni revele ningún aspecto de su vida íntima, pero que haya sido captada, reproducida o publicada sin su consentimiento, lo que, en sí mismo, constituirá una intromisión ilegítima en el derecho que le asiste a determinar la representación gráfica generada por sus rasgos personales (a no ser que concurra una autorización legal para tal intromisión en aras de la libertad de información).

El bien protegido por el derecho a la propia imagen es la figura humana, en sí misma considerada, que es un atributo de la personalidad, en cuanto elemento básico para la identificación del ser humano, y de ahí que se tenga la facultad de impedir su captación, reproducción o publicación, sin su consentimiento, con independencia de que dichas intromisiones supongan, o no, la divulgación de aspectos de la vida privada, lo que tendrá especial trascendencia respecto de las fotografías tomadas en lugares públicos.

La autonomía del derecho a la propia imagen respecto del derecho a la intimidad aparece con toda claridad en la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La STC 139/2001, de 18 de junio, FJ 4º, tras poner de relieve la vinculación del derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad, señala que, no obstante, "se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen, que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente al conocimiento de los demás. Por ello, atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual". En el caso concreto, se enjuiciaba



la legitimidad de la intromisión en el derecho a la propia imagen, ocasionada por cinco fotografías, publicadas en la revista "Diez Minutos", hechas durante un viaje que un conocido hombre de negocios (Alberto Cortina) había realizado con una mujer famosa (Marta Chavarri), con la que públicamente mantenía una relación sentimental, y en las que ambos aparecían en una reserva de caza en Kenia. El Tribunal Constitucional apreció la existencia de una vulneración del derecho a la propia imagen del recurrente, pero no una vulneración de su derecho a la intimidad, vulneración esta que no se había alegado en ningún momento, ya que las fotografías no revelaban nada que no fuera conocido socialmente, porque la relación de afectividad era pública. La ilicitud estribaba, pues, en la pura reproducción de la figura de una persona, sin su consentimiento, lo que, per se, constituyó una intromisión legítima en un bien de la personalidad, su imagen. En este sentido hay que interpretar la afirmación, contenida en la sentencia, FJ 5, de que lo que se pretende con el derecho a la propia imagen "en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas".

### **III. La protección penal del derecho a la propia imagen**

Existe igualmente una protección penal, que se produce a través de la tipificación de ciertas conductas recogidas en el artículo 197 del Código Penal, el cual se halla en el Título X, que lleva por rúbrica "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio"; y, concretamente, en el capítulo I, que lleva por rúbrica "Del descubrimiento y revelación de secretos".

#### *A) Identificación del bien jurídico protegido.*

No obstante la mención específica de "delitos contra la propia imagen", junto a "delitos contra la intimidad" en la rúbrica del Título X, lo cierto es que, a efectos penales, la imagen no es objeto de una protección autónoma: la captación, reproducción o publicación de la figura humana no es, en sí misma, ningún delito, si la misma no es un medio para entrometerse ilegítimamente en la vida privada o familiar de las personas, lo que no parece desacertado, dado el carácter subsidiario del Derecho Penal. En cualquier caso, en este sector del ordenamiento jurídico sí que es correcto afirmar que la expresa mención del derecho a la propia imagen se justifica por el mero hecho de que en la actualidad existe un elevado riesgo de que las intromisiones ilegítimas en la intimidad de las personas se produzcan a través de fotografías u otro tipo de reproducciones gráficas.

### *B) Descripción del tipo penal.*

La idea de que, desde la perspectiva del Derecho Penal, la imagen de la persona no es, en sí misma, un bien jurídicamente protegido se intuye con la sola lectura de la rúbrica del capítulo I, que, como hemos visto, lleva por título "Del descubrimiento y revelación de secretos"; y aparece con toda claridad en el tenor del artículo 197, cuyo número primero sanciona, con pena de prisión, de uno a cuatro años, y de multa, de doce a veinticuatro meses, la utilización de procedimientos de reproducción de la imagen, realizada "para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento". El número segundo del mismo precepto, en su párrafo primero, prevé que se imponga la pena de prisión, de dos a cinco años, si las imágenes "se difunden, revelan o ceden a terceros", lo que permite subsumir en la norma la conducta de quien, habiendo reproducido la imagen, la cede para su publicación. Por el contrario, el comportamiento de que quien publica la imagen, a sabiendas de que ha sido captada ilícitamente, encuentra encaje en el párrafo segundo del mismo número, a cuyo tenor "Será castigado con las penas de prisión, de uno a tres años, y multa, de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior".

Del número quinto del artículo 197 del Código Penal resulta que, si la imagen reproducida, cedida a tercero o publicada, pone de manifiesto "datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior". Del número sexto del precepto, resulta también que, si la reproducción, cesión a tercero o publicación de la imagen se realiza con fines lucrativos, se impondrá también la pena respectiva en su mitad superior; y si, además, afecta a datos de carácter personal de los enumerados en el número quinto, se impondrá pena de prisión, de cuatro a siete años.

Según resulta del número primero del artículo 201 del Código Penal, los delitos contra la imagen (que, en realidad, son una especie de los delitos contra la intimidad) sólo son perseguibles, previa denuncia del ofendido o de su representante legal, aunque, cuando la persona sea menor de edad o esté incapacitada, podrá también denunciar el Ministerio Fiscal; e igualmente, cuando la persona agraviada, aun siendo mayor de edad y no estando incapacitada, sea una "persona desvalida", caso en el que, por ejemplo, podrían hallarse los ancianos, que, aun no padeciendo una enfermedad que les impida gobernarse por sí mismos (en cuyo caso, procedería su incapacitación), por razón de su edad, se encuentren en una situación de grave dificultad para

cuidar de sus propios intereses. El número tercero del precepto recoge la otra característica, propia de los denominados "delitos privados", cual es la extinción de la acción penal o de la pena impuesta, por el perdón del ofendido o, en su caso, de su representante legal.

#### *C) La responsabilidad civil derivada del delito.*

Por último, hay que tener en cuenta que las normas por las que se rige la responsabilidad civil derivada del delito no son las del Código Penal, sino las del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, las cuales tendrán que ser aplicadas, tanto en los juicios civiles, como en los penales, si es en éstos donde se ventila la reparación del daño, ya que, en este punto, se ha producido la unificación de las normas reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual. Así resulta del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1982, que, en su número segundo, dispone que "En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito".

### **IV. La protección civil del derecho a la propia imagen**

Existe, por último, una protección civil, especial objeto de estudio en este trabajo, dispensada por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, la cual se dicta en desarrollo del artículo 18 de la Constitución, y tiene como finalidad fundamental posibilitar la reparación del daño moral resultante de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.

Concretamente, en el número quinto del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, se califican como intromisiones ilegítimas "La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2", que, como veremos en su momento, excepcionalmente, autoriza intromisiones en la imagen, no consentidas por el titular del derecho, en aras de la libertad de información y de expresión; y en el número sexto del mismo precepto se contempla, como intromisión ilegítima, "la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga".

Es de resaltar que también la legislación civil española, al igual que la constitucional, establece un reconocimiento autónomo del derecho a la propia imagen, respecto del derecho a la intimidad, que queda reforzado por la

formulación del número quinto del artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982, que, al describir las intromisiones ilegítimas, se refiere a la captación, reproducción o publicación de la imagen de la persona en "momentos de su vida privada o fuera de ellos".

En esto, nuestro ordenamiento jurídico se aparta de otros ordenamientos, en los cuales falta un reconocimiento autónomo del derecho a la propia imagen respecto de otros derechos de la personalidad. Por ello, en dichos ordenamientos la tutela de este derecho sólo podrá tener lugar, en principio, en la medida en que la intromisión ilegítima en el derecho a la imagen suponga una vulneración del derecho al honor o a la intimidad (según los casos).

### **1. La noción de "imagen" a efectos civiles**

La Ley Orgánica, al igual que el artículo 18 de la Constitución, no contiene una definición de "imagen", por lo que se plantea la cuestión de determinar si, desde el punto de vista civil, la noción de "imagen" ha de ser la misma que la que, a efectos constitucionales, ha formulado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

#### *A) Identidad de las nociones civil y constitucional de la "imagen".*

A mi parecer, el bien jurídico protegido por el derecho a la imagen es el mismo desde la perspectiva civil, que desde la perspectiva constitucional, esto es, la figura humana, atributo de la personalidad, sobre cuya reproducción su titular tiene un poder de decisión, al ser un elemento básico para su identificación como individuo, y que, en consecuencia, genera un deber de respeto, tanto para los poderes públicos, como para el resto de los ciudadanos.

El derecho a la propia imagen es, pues, uno. Su calificación, como derecho fundamental o como derecho de la personalidad, sólo alude a dos diversos mecanismos de protección, previstos por el ordenamiento jurídico: consagrándolo como derecho fundamental, se posibilita el recurso de amparo contra los actos de los poderes públicos que lo vulneren, así como –indirectamente– contra los de los particulares, si la víctima no obtiene satisfacción ante los tribunales ordinarios (cuya sentencia desestimatoria será el objeto formal del recurso); consagrándolo como derecho de la personalidad, se posibilita el resarcimiento del daño moral resultante de la intromisión ilegítima, producida bien por un acto de los poderes públicos, bien por un acto privado.

En ocasiones se afirma que no existe identidad entre el derecho fundamental a la propia imagen, sancionado en el artículo 18 de la Constitución, y el

derecho del mismo nombre, protegido por la Ley Orgánica 1/1982. Dicha tesis se defiende con el argumento de que el número sexto del artículo 7 de la Ley considera intromisión ilegítima no sólo la utilización de “la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”, sino también el uso del “nombre o de la voz” de la persona.

Sin embargo, de este precepto no se deduce que la noción de “imagen” contemplada en la Ley Orgánica 1/1982 sea distinta a la del artículo 18 de la Constitución. No se trata, en mi opinión, de que, desde la perspectiva civil, haya que considerar como “imagen” el nombre o la voz, además de la figura humana, sino que lo que sucede es que la tutela civil no sólo se extiende a la “imagen”, sino igualmente a otros atributos de la persona, que también son bienes de la personalidad, en la medida en que, como sucede con la figura, identifican al individuo y lo hacen reconocible ante la sociedad, por lo que han de ser considerados objetos de un derecho distinto al de la propia imagen. Su lesión dará lugar al correspondiente resarcimiento del daño moral, porque es éste un efecto expresamente previsto por el legislador civil, pero en ningún caso podrá dar lugar a un recurso de amparo, porque falta un expreso reconocimiento de un derecho fundamental al propio nombre o a la propia voz.

*B) Diversidad de las nociones de “imagen” y “voz”, como objetos de derechos de la personalidad autónomos.*

En nuestro Derecho no es, pues, necesario acudir al artificio de distinguir una doble vertiente, visual y sonora, de la imagen, desnaturalizando, así, su concepto, para incluir en él no sólo la representación gráfica de la figura humana, sino también la representación oral de la voz.

La voz merece ser protegida por un específico derecho de la personalidad, en tanto que constituye un elemento de identificación de la persona distinto de la imagen.

No se trata del derecho de propiedad intelectual sobre las obras del ingenio, que son una creación del espíritu, de la cual la voz puede ser un soporte, sino de un verdadero derecho de la personalidad, que concede a su titular la facultad de oponerse a la reproducción de su voz, entendida ésta como un atributo de su personalidad, así como a aquellas imitaciones que induzcan a confusión a quienes las escuchan, de modo que asocien la voz del imitador con la de una persona perfectamente identificable.

Por cuanto atañe a la reproducción no consentida de la voz, que, frecuentemente, comportará una lesión simultánea del derecho a la intimidad, que

deberá ser tenida en cuenta a efectos de la valoración del daño moral, hay que reseñar la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 11 de julio de 1977 (D 1977, Jur., 700). En ella se afirma que la voz constituye un atributo de la personalidad, considerando que era reprobable, como atentado al derecho al respeto a la vida privada, el uso, para fines comerciales (venta de un casete), de la voz de un personaje público y notorio (un conocido presentador de radio-televisión), captada ilícitamente en el curso de una conversación telefónica de carácter privado. Igualmente es de interés la sentencia del mismo Tribunal, de 19 de marzo de 1981 (D 1983, Jur., 147). El caso litigioso giraba en torno a la reproducción en una cadena de televisión de dos fragmentos de obras líricas, cantados por María Callas, los cuales habían sido captados sin el conocimiento de la artista durante una prueba que había hecho en el teatro de los Campos Elisios, famoso por su acústica, con la sola presencia de su chofer y dama de cámara, con el fin de verificar si conservaba sus extraordinarias cualidades vocales. Callas llegó a la conclusión de que no las conservaba y dejó de cantar hasta el momento de su muerte, acaecida un año después. Los fragmentos fueron reproducidos en un programa dedicado a la soprano, como prueba de que había conservado intacta su voz, para acallar los rumores de que al final de su vida la había perdido. Sin embargo, la madre y hermana de la cantante interpusieron una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios, por haberse reproducido la voz de la artista sin su consentimiento. El tribunal llegó a la conclusión de que, al ser la voz un atributo de la personalidad, una especie de imagen sonora, su difusión sin autorización especial y expresa había sido culpable, condenando al secretario general del teatro, que había realizado la grabación ilícitamente y posteriormente la había entregado a la televisión, a pagar una indemnización simbólica de 1 franco a los herederos de María Callas, explicando el carácter simbólico de la indemnización en la constatación de que se había perseguido un fin cultural y de que no había existido ánimo de perjudicar la memoria de la soprano, sino todo lo contrario.

Por lo que respecta a la imitación que pueda inducir a confusión, hay que hacer referencia a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 3 de diciembre de 1975 (D 1977 Jur., 211). En el origen de la litis se halla la demanda interpuesta por un artista, Claude Pieplu, muy conocido en Francia, porque ponía su voz en una emisión diaria de dibujos animados en la televisión. La demanda se interpuso contra un anuncio televisivo, de una marca de calcetines, que aparecía comentado por una voz que imitaba la suya con tal perfección, que los telespectadores creían que era el propio Pieplu quien hablaba. El tribunal estimó la pretensión resarcitoria del artista, declarando que, constituyendo la voz uno de los atributos de la personalidad, toda persona tiene derecho a prohibir que se la imite en condiciones susceptibles de crear una confusión de personas o de causarle un perjuicio.

Deben, en cambio, ser toleradas aquellas imitaciones de la voz de personajes públicos, realizadas por artistas mediante parodias, en las que no se induzca a ningún tipo de confusión, tal y como ha reconocido la Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 12 de enero de 1988 (BC 1988, I, 5), lo que, en mi opinión, puede también sostenerse en nuestro Derecho, a través de una aplicación analógica del artículo 8.II.b) de la Ley Orgánica 1/1982, asimilando dichas parodias a las caricaturas.

### *C) La posición de la jurisprudencia.*

Hay que observar que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, a efectos de su protección civil, define la imagen en el mismo sentido estricto con el que la conceptúa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, identificada con la representación del ser humano a través de sus rasgos personales.

La STS 11 abril 1987 (RJA 1987, 2703), STS 29 marzo 1988 (RJA 1988, 2480), STS 9 febrero 1989 (RJA 1982, 822), STS 13 noviembre 1989 (RJA 1989, 7873), STS 29 septiembre 1992 (RJA 1992, 7424), STS 19 octubre 1992 (RJA 1992, 8079), STS 9 mayo 2003 (RJA 2003, 3891) y STS 13 julio 2006 (RJA 2006, 4969) definen, así, la imagen como “la representación gráfica de la figura humana”. Y, en consecuencia, la STS 7 octubre 1996 (RJA 1996, 7058), STS 27 marzo 1999 (RJA 1999, 2370) y STS 24 abril 2000 (RJA 2000, 2673) afirman que “de acuerdo con la doctrina jurisprudencial [de la Sala Primera del Tribunal Supremo], el derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque del derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. Se trata –afirma la STS 13 julio 2006 (RJA 2006, 4969)– de un “derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas”.

La STS 30 enero 1998 (RJA 1998, 358) observa que, ante el silencio de la Ley Orgánica, es la jurisprudencia la que “ha venido a delimitar su concepto, al declarar que ha de entenderse por tal la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa y a efectos de la LO 1/1982, equivale a representación gráfica de la figura humana, mediante un procedimiento mecánico –y con ello cualquier técnica adecuada– para obtener su reproducción”. Por lo tanto, esta definición coincide con la que se contiene en las sentencias anteriormente citadas. Sin embargo, a continuación añade: “La interpreta-

ción no se agota en lo que se deja expuesto y en cuanto a que equivale a reproducción visible de figura humana identificada o identificable, pues cabe extender el concepto a otras representaciones de la persona que faciliten de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas su reconocibilidad”.

La frase es sorprendente. ¿Cabe pensar en una imagen que represente a la persona, facilitando su reconocimiento de modo evidente, que, en algún modo, no sea una reproducción de su figura? Tengo mis dudas. En todo caso, el propio tribunal tenía en el caso litigioso una oportunidad de extraer consecuencias prácticas de esa reformulación de la noción de “imagen”, y no lo hizo.

Concretamente, consideró que no vulneraba el derecho a la propia imagen de Emilio Aragón una representación gráfica, utilizada en el anuncio publicitario de un desodorante para calzado, consistente en un dibujo en blanco y negro, de unas piernas cruzadas, con unos pantalones y calzado de deportivas de color blanco, acompañada de una leyenda que decía: “La persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies”. El Supremo entendió que dicha representación gráfica no identificaba de modo indubitado a Emilio Aragón, lo que me parece bastante discutible. A mi parecer el “quid” de la cuestión no estaba en si dicha representación gráfica servía para identificar, o no, al artista, que creo que sí, sino en que no entrañaba una reproducción de su figura, de sus rasgos físicos personales, razón por la cual, en ningún caso, podía ser considerada como una intromisión en su imagen.

## **2. La identificación de la persona a partir de la propia imagen (la exclusión de criterios de asociación externos)**

Observa la STS 26 marzo 2003 (RJA 2003, 2596) que el derecho a la imagen se refiere “a la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible”.

Desde luego, para que pueda hablarse de intromisión en la imagen de una persona, es necesario que ésta resulte objetivamente reconocible, a partir de la propia representación gráfica, sin necesidad de acudir a criterios subjetivos de asociación, extrínsecos a ella misma, para identificarla.

En este sentido, la STS 9 julio 2004 (RJA 2004, 5115) no consideró intromisión en el derecho a la propia imagen de una víctima del terrorismo la publicación de una fotografía, en la que una persona, que no era identificable, por no distinguirse los rasgos de su rostro, ni ofrecer una visión de conjunto



que permitiera reconocer sus rasgos físicos, aparecía ensangrentada y con la mano izquierda amputada, acompaña de la reproducción de una frase, "Ven y cuéntalo", utilizada en una campaña de promoción de turismo de la comunidad autónoma vasca. La actora había sufrido el atentado, que fue difundido por los medios de comunicación, tres días antes de la publicación de la fotografía que dio origen a su reclamación, por lo que sostenía que había sido identificada por las personas de su entorno. El Tribunal Supremo entendió, sin embargo, acertado el razonamiento de la sentencia recurrida, que había afirmado que podía decirse, "cabalmente, que, con los solos datos proporcionados por la figura representada, y abstracción hecha de cualesquiera otros, no podría ser señalada siquiera por un observador extraído de entre las personas que se desenvuelven en lo más próximo de su entorno". El Supremo, en definitiva, estima que no puede acudirse a criterios de identificación externos a la propia fotografía, para determinar si ha existido una intromisión en la imagen de una persona. Así, aun admitiendo que cupo asociar la fotografía con la demandante, no obstante, entendió que "dicha asociación no constituye la identidad de la imagen, ni torna en reconocible lo que no lo es, pues la identificación de la imagen no puede ser efectuada prescindiendo de lo que debe entenderse por tal, para tener en cuenta otros elementos completamente distintos de lo que significa su reproducción cognoscible".

La STS 4 mayo 2005 (RJA 2005) desestimó la demanda en la que se alegaba una intromisión ilegítima en la imagen de una persona fallecida en un accidente. La litis tenía su origen en una fotografía, que ilustraba un reportaje sobre la actividad comercial del puerto de Cartagena, en la que, a lo lejos, aparecía la imagen de un cadáver, cubierto con una manta. Sus familiares alegaban que, dada la cercanía de la fecha del accidente y la perfecta identificación del buque y furgoneta funeraria, en el entorno familiar y social del difunto, resultaba extremadamente fácil asociar la imagen con su accidente y posterior muerte. El Supremo volvió a rechazar el uso de criterios de identificación extraños a la propia imagen, confirmando la sentencia recurrida, que había desestimado la demanda, argumentando que "La información gráfica generada en ningún momento recoge los rasgos físicos del afectado que le hagan reconocible".

### **3. El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad**

Desde la perspectiva civil, el derecho a la propia imagen se califica como un derecho de la personalidad, ya que no recae sobre una realidad física externa al propio titular del derecho, sino sobre un bien o atributo del mismo, su figura.

En tanto derecho de la personalidad, el derecho a la imagen entronca con la propia dignidad de la persona; en consecuencia, es inherente a ella.

Ello explica que, como dice el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, sea irrenunciable, indisponible, e imprescriptible.

*A) El carácter indisponible del derecho.*

La indisponibilidad del derecho a la imagen suscita alguna reflexión, desde el momento en que el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 no impide que se consienta la reproducción de la propia imagen, mediando una compensación económica. Ello ha hecho que en ciertos círculos de personas "famosas" se haya producido una especie de "profesionalización" de su imagen, de la que han hecho su medio de vida. En la práctica, se ha llegado, así, a un resultado paradójico: la patrimonialización de un derecho, que, en la tradición jurídica continental, se ha considerado extrapatrimonial, por recaer éste sobre un bien de la personalidad, la figura humana.

¿Cómo casar la posibilidad de consentir una intromisión en la propia esfera personal, a cambio de una retribución, con el carácter indisponible de los derechos de la personalidad?

Para explicarlo, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982 (muy posiblemente, pensándose en el derecho a la propia imagen) se dice que no cabe la disponibilidad entendida ésta como "la absoluta abdicación de los derechos, sino tan sólo el parcial desprendimiento de algunas de las facultades que los integran".

A mi parecer, esta afirmación no concuerda bien con el texto de la Ley, cuyo artículo 1.3, al afirmar la indisponibilidad de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, convierte a estos derechos de la personalidad (así se califican en la Exposición de Motivos) en "*res extra commercium*" y, por lo tanto, les priva de la posibilidad de ser objeto de un contrato (artículo 1271.I del Código Civil).

*B) Exposición crítica de la tesis favorable a configurar un derecho patrimonial a la explotación comercial de la imagen.*

En la jurisprudencia estadounidense, y, por su influencia, en algunos estados norteamericanos, en relación con la imagen, se distingue entre el "*right of privacy*" y el "*right of publicity*": con el primero, que reviste un carácter esencialmente moral, se reconoce a la persona la facultad de oponerse a la publicación de su figura, cuando ésta revele aspectos de su vida privada; con

el segundo, se le atribuye un derecho, de carácter patrimonial, a la comercialización, en exclusiva, de su imagen, que puede ser objeto de un contrato, en sentido estricto, y que puede, así mismo, ser deferido a sus herederos, a través de la sucesión "mortis causa".

Por muy sugerente que pueda ser esta concepción patrimonialista del derecho a la imagen, lo cierto es que en nuestro Derecho tropieza con serios obstáculos.

Desde la perspectiva de nuestra legislación, el consentimiento expreso del titular, autorizando una intromisión en su derecho a la propia imagen, es ciertamente un acto de autonomía de la persona, pero no puede ser calificado como un consentimiento contractual. ¿Qué consentimiento contractual sería ése que, según el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982, se puede revocar, "en cualquier momento"?

¿Cómo conciliar esta posibilidad de revocación del consentimiento con el principio cardinal del derecho de la contratación, expresado en el artículo 1256 del Código Civil, según el cual "La validez y la eficacia de un contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes"?

Además, en nuestro Derecho no hay una transmisión "mortis causa" del derecho a la imagen, que, al ser un derecho de la personalidad, se extingue con la muerte del titular. Ello no impide –es verdad– que el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982 reconozca la tutela "post mortem" de los derechos de la personalidad, pero, como expondré más adelante, la legitimación para ejercitar la acción y la consiguiente indemnización no se atribuye a los herederos del difunto, sino a sus familiares, lo que –a mi parecer– es indicativo de que el daño que se repara no es el que experimenta la persona fallecida (que, en puridad, no experimenta ninguno), sino el daño moral que sufren sus allegados, por la intromisión en el honor, intimidad o imagen de su familiar muerto.

El argumento, utilizado por algunos autores, de contraponer los números quinto y sexto del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 para entender que, en el uno, se contempla un derecho de la personalidad a la imagen y, en el otro, un derecho patrimonial a su comercialización, no me parece convincente. Cuando el número sexto del precepto nos habla de la utilización "de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga", no significa que se le esté reconociendo un derecho patrimonial a su explotación comercial, sino que lo que hace es describir un tipo de intromisión ilegítima, caracterizada por el hecho de que quien la comete obtiene un beneficio económico de su comportamiento ilícito,

lo cual, según el artículo 9.3 de la Ley deberá ser tenido en cuenta en la valoración del daño moral subsiguiente.

*C) Propuesta de solución: el consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad.*

¿Cuál es entonces la función del consentimiento a la intromisión? En mi opinión, no se puede hablar de un acto de disposición, en sentido estricto, ni siquiera parcial, de las facultades que integran los derechos de la personalidad, incluso cuando el consentimiento se presta mediando una compensación económica. Se trata de un acto de autonomía de la persona, que convierte en legítima la intromisión de un tercero, que de no mediar dicho consentimiento, sería ilícita y, por ende, daría lugar a la correspondiente indemnización. Es, en definitiva, una causa de exclusión de la antijuridicidad de la intromisión de un tercero en un bien de la personalidad ajeno.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en nuestro Derecho existen ciertas matizaciones, que, en alguna medida, pueden llevar a resultados prácticos semejantes a los que resultarían del reconocimiento de un "*right of publicity*" sobre la imagen, en el sentido norteamericano del término.

En primer lugar, quien revoca su consentimiento responde de los daños que dicha revocación causare a quien hubiese confiado en su autorización inicial (artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982), de modo que, si había percibido una compensación económica, deberá restituirla. Parecía, incluso, conforme a la buena fe que, habiendo mediado compensación, el ejercicio de la facultad revocatoria quedara supeditado al previo ofrecimiento de una garantía para cubrir el importe de los daños que de la misma se derivaran.

En segundo lugar, si bien es cierto que el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982 no contempla directamente la reparación del daño patrimonial causado por la utilización comercial (no consentida) de la imagen ajena, no obstante, el precepto permite considerar, como criterio de valoración del daño moral ocasionado por la intromisión ilegítima, los beneficios económicos que con ella hubiera obtenido el autor de la lesión.

Además, no parece que haya que excluir que, por vía del artículo 1902 del Código Civil, cupiera la indemnización del daño patrimonial que experimentase quien tuviera una expectativa cierta de obtener de un determinado medio de comunicación una remuneración, a cambio de permitir la publicación, en exclusiva, de su imagen para ilustrar un reportaje sobre algún acontecimiento en que hubiera participado (por ejemplo, la celebración de su boda), si dicha expectativa quedase truncada por la publicación, no consentida, de su imagen en otro medio de comunicación distinto.

#### 4. La reparación del daño moral

El derecho a la propia imagen, en cuanto recae sobre un bien de la personalidad, tiene carácter extrapatrimonial, lo que, sin embargo, no impide la indemnización del daño moral resultante de una intromisión ilegítima, aunque la indemnización no es, desde luego, la única consecuencia a que da lugar la intromisión ilegítima, ya que el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982 contempla otras medidas de reparación, como la difusión de la sentencia condenatoria.

*A) Legitimación activa y sucesión procesal a favor de los familiares del demandante.*

La legitimación activa para ejercitar la acción para hacer efectiva la responsabilidad civil del infractor corresponde, lógicamente, a la persona, cuya imagen es lesionada.

Ahora bien, el artículo 6 de la Ley Orgánica 1/1982 atribuye a los familiares del difunto legitimación para ejercitar acciones de protección, cuando aquél hubiera fallecido sin haberlas podido ejercitar en vida (por sí o por sus representantes legales); y, así mismo, en el caso de muerte del demandante en el curso del proceso, les permite la continuidad en el ejercicio de la acción de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

El ATC 242/1998, de 11 de noviembre, justifica esta sucesión procesal, afirmando que se trata de derechos "que se proyectan sobre el grupo familiar, trascendiendo de su titular", observando que no se produce "un llamamiento de los continuadores de la acción ya emprendida, o sucesores procesales, a título *iure successionis* sino *ope legis*, en tanto que el legislador así lo ha dispuesto expresamente".

No obstante, hay que tener en cuenta que los beneficiarios de la indemnización no son los familiares que ejercitan la acción, sino los herederos del difunto (que pueden coincidir, o no, con aquéllos), lo que, a mi parecer, es lógico, ya que, producida la intromisión en vida del ofendido, éste adquirió el derecho a percibir una indemnización por vulneración de un bien de su personalidad, el cual se integró en su herencia y se transmitió a sus sucesores; y ello, a diferencia de lo que acontece en el caso de ejercicio "post mortem" de la acción de protección civil del derecho a la imagen de una persona ya fallecida, en cuyo caso, tanto la legitimación para ejercitar la acción como el derecho a percibir la indemnización corresponden a los familiares de aquélla.

### *B) La presunción del daño moral.*

La reparación está especialmente prevista en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, que presume la existencia del daño moral cuando se esté ante una conducta subsumible en los números quinto y sexto del artículo 7, es decir, cuando tenga lugar "La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2"; y, así mismo, en los casos de "utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga".

Esta previsión legislativa, que presume el daño moral, en caso de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, salvo los supuestos especialmente autorizados por la ley, es de extraordinaria importancia práctica, ya que viene a exceptuar la regla general, según la cual quien reclama un daño debe probar su existencia.

### *C) La valoración del daño.*

El precepto proporciona, además, pautas para valorar el daño moral: gravedad de la lesión, difusión del medio en que ésta se haya producido y beneficio económico obtenido por el autor de la lesión, criterio este último que es extrínseco al daño mismo, pero que permite aumentar la cuantía de la indemnización, evitando, así, que el infractor pueda sacar provecho de la lesión de un bien de la personalidad ajeno.

Como criterio para valorar la gravedad, habrá que tener en cuenta si la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen comporta también una lesión del derecho al honor o a la intimidad de la persona afectada, ya que, en estos casos, el daño será mayor y, por consiguiente, también lo será la indemnización.

La cuantificación del daño moral es facultad de los tribunales de instancia, por lo que no es revisable en casación, salvo por razones que se justifiquen debidamente, lo que sucederá cuando las pautas de valoración del daño enunciadas en el artículo 9.3 "no hayan sido tenidas en cuenta por la sentencia recurrida o lo hayan sido de manera claramente arbitraria, inadecuada o irracional".

### *D) La responsabilidad solidaria de los causantes de la lesión.*

La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen sujeta a responsabilidad civil al autor del reportaje ("ex" artículo 1902 del Código Civil), así

como al director del medio y al propietario del mismo (“ex” artículo 1903.4 del Código Civil).

Todos ellos responden solidariamente frente a la víctima, como es propio de un supuesto de pluralidad de deudores, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

#### *E) El plazo de reclamación.*

El artículo 9.4 de la Ley Orgánica 1/1982 amplía el plazo de reclamación previsto en el artículo 1968.2 del Código Civil, fijando no un plazo de un año, sino de cuatro, para el ejercicio de la acción tendente a exigir la responsabilidad civil del infractor, aunque dicho plazo se califica como de caducidad, y no como de prescripción, de modo que no admitirá interrupción.

### **5. La tutela “post mortem”**

La tutela civil del derecho a la propia imagen (como la del honor o intimidad) parece sobrevivir a la muerte del titular, ya que el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982 contempla su protección “post mortem”, atribuyendo el ejercicio de la acción a la persona designada en testamento por la persona fallecida; en su defecto, al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos que viviesen al tiempo de su muerte; y, a falta de todos ellos, al Ministerio Fiscal, durante un plazo de 80 años, a contar desde el fallecimiento.

A mi parecer, la enumeración de los familiares debiera haber marcado un orden sucesivo entre ellos, respecto a la legitimación para el ejercicio de la acción, ya que es absurdo, por ejemplo, que los descendientes, ascendientes o hermanos de una persona fallecida puedan accionar frente a una intromisión en la imagen de una persona fallecida, que haya sido consentida por su cónyuge viudo.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982 explica la tutela “post mortem”, que establece del siguiente modo: “Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última, que debe también ser tutelada por el Derecho”.

Sin embargo, cabe dudar de si lo que aquí se repara es un daño moral por intromisión en el derecho a la propia imagen de una persona, ya fallecida, lo que es un poco absurdo, ya que la muerte extinguió su personalidad (“ex” artículo 32 del Código Civil); o si, por el contrario, lo que se repara es el daño moral que experimentan los parientes más próximos, al haberse producido una intromisión ilegítima en la imagen de un familiar difunto.

A este respecto, hay que observar que es a los familiares a quienes el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982 atribuye legitimación activa para ejercitar la acción; e igualmente el artículo 9.4 de la Ley les señala como acreedores de la indemnización; y no a los herederos del difunto, como, en cambio, establece el mismo precepto, en los casos de sucesión procesal de la acción, ya ejercitada en vida de la persona fallecida en el curso del proceso.

Acontece, pues, algo parecido a lo que sucede a propósito de la indemnización por causa de muerte, que según la tradicional jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, corresponde a los familiares próximos del difunto, por razón del daño moral que éstos experimentan al verse privados de su vida, y no a sus herederos, ya que el fallecido no pudo adquirir ningún derecho a percibir una indemnización por el hecho de su muerte, porque ésta extinguió su personalidad y, por lo tanto, su capacidad para ser titular de derechos y de obligaciones.

En cualquier caso, la STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3º, excluye la posibilidad de que pueda reclamarse la tutela constitucional "post mortem" del derecho a la propia imagen en un recurso de amparo. Observa, así, que los "derechos a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar (...) aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad (...). Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo"; en consecuencia: "una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad (...) lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional".

## 6. El consentimiento a la intromisión

Como ya he señalado, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 contempla la posibilidad de que el titular del derecho consienta la intromisión de un tercero a su imagen, consentimiento que, aunque sea expresión de un acto de autonomía de la persona, no puede ser considerado como fuente de una obligación contractual, sino que opera como una causa de exclusión de la ilegitimidad de una intromisión, que, de no darse dicho consentimiento, sería contraria a Derecho y, en consecuencia, generaría una obligación de resarcir el daño moral subsiguiente.

La imagen, en cuanto bien de la personalidad, no puede ser objeto de tráfico jurídico. De ahí que el artículo 2.1 de la Ley Orgánica afirme que el derecho sobre ella sea indisponible. Es cierto que cabe que una persona pueda prestar su consentimiento a la intromisión a su imagen a cambio de una retribución económica, pero en ningún caso cabe considerar dicha retribución una contraprestación por permitir la captación, reproducción o publicación de su figura: la imagen, en cuanto bien de la personalidad, es



*“res extra commercium”*, por lo que, técnicamente, no cabe un acto de disposición respecto de ella.

Esta idea debe ser tenida en cuenta al interpretar todos los aspectos implicados en la regulación del consentimiento y, en especial, el de su revocación.

*A) La forma de prestación del consentimiento: significado de la exigencia legal de que sea expreso.*

El artículo 2.2. de la Ley Orgánica 1/1982 exige que el consentimiento sea “expreso”, lo que constituye una garantía de que efectivamente el titular consiente en la intromisión en un bien de su personalidad.

Ahora bien, cabe preguntarse qué es lo que aquí debe entenderse por consentimiento “expreso”.

Pudiera entenderse que el carácter expreso del consentimiento se predica respecto de la forma de manifestarlo, lo que impediría prestar el consentimiento tácitamente o deducirlo de los actos concluyentes de las partes litigantes o de otras circunstancias concurrentes en el caso litigioso (como, por ejemplo, el pago de una cantidad de dinero por parte de quien capta, reproduce o publica la imagen), lo que no parece correcto.

De hecho, no es ésta la posición mantenida por la jurisprudencia, la cual afirma que “el consentimiento exigido por el artículo 2.2. de la Ley 1/1982 no es necesario que se otorgue por escrito, y que puede deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas”. En tal sentido se pronuncia la STS 25 enero 2002 (RJA 2002, 21), así como la STS 25 noviembre 2002 (RJA 2002, 10274), que, sin embargo, considera que el hecho de que la actora no haya ejercitado la acción en el plazo de tres años “no es un acto de inequívoca significación, pues lo hace dentro del plazo de cuatro años, y antes del ejercicio no existe un acto abdicativo de la acción”; y concluye “La mayor o menor tardanza de una acción dentro del plazo legal concedido no es, por sí misma, sin ninguna otra circunstancia concurrente, sinónima” de abdicación.

Creo que hay que considerar que el carácter expreso del consentimiento no se refiere tanto a la forma de prestarlo, como a cada uno de los posibles usos de la imagen (captación, reproducción o publicación), los cuales deberán ser específicamente autorizados.

La STS 22 febrero 2006 (RJA 2006, 830) dice, así, que “este consentimiento no puede ser general, sino que habrá de referirse a cada concreto acto de intromisión”.

De ahí derivan las consecuencias que, a continuación, se exponen.

a) La autorización para captar una imagen no significa autorización para publicarla.

El hecho de que una persona haya consentido ser fotografiada no autoriza a deducir que implícitamente haya dado también su autorización para la publicación de las fotografías.

La falta de consentimiento de la persona fotografiada a la difusión de su imagen era evidente en el caso resuelto por la STS 16 mayo 2002 (RJA 2002, 6746), en el que se publicó una fotografía de una mujer, que había sido sometida a una operación quirúrgica, realizada por el médico que la llevó a cabo, en el marco de un anuncio publicitario, considerando el Supremo que, además de existir una intromisión ilegítima en la imagen de la fotografiada, también la había en su intimidad, "pues la publicación de la fotografía [...] figurando bajo las mismas la frase 'Un caso de rejuvenecimiento tratado en Madrid a finales de 1991', constituye la revelación de un dato privado que, además, se divulga con base en unas fotografías obtenidas por el propio médico interviniente".

La STS 17 de junio 2004 (RJA 2004, 3628) consideró igualmente como intromisión ilegítima la publicación, no consentida, de la fotografía de una mujer desnuda, cuya cara aparecía tapada en parte, pero que pudo ser identificada en el entorno geográfico en el que vivía, un pequeño pueblo de 600 habitantes, que conocían los rasgos anatómicos de la fotografiada, al haberla visto frecuentemente en la piscina del pueblo, así como el anillo y el reloj que llevaba en su mano y brazo. La fotografía había sido hecha con el consentimiento de la mujer por su médico, que había fotografiado a varias mujeres con la excusa de necesitar sus imágenes "para aplicaciones de su actividad médica", siendo, posteriormente, objeto el referido médico de una condena penal. La fotografía apareció, junto a la de otras mujeres, en la revista "Interviú", para ilustrar un reportaje sobre los abusos fotográficos cometidos por el facultativo. El Supremo afirma que la "imagen publicada, de la mujer desnuda, no puede tener más que un fin erótico" y que "con la realización del reportaje de las imágenes sin ropa, sin autorización de las mujeres afectadas, su reproducción en esa forma supone, entonces, como acompañamiento a tal artículo, más bien, una simple excusa para sacar esos cuerpos desnudos".

La STS 22 febrero 2006 (RJA 2006, 830) revocó la sentencia recurrida, la cual había considerado que la publicación de las fotografías, en las que los miembros de una secta aparecían desnudos, no vulneraba su derecho a la propia imagen. La Audiencia había fundamentando esta decisión en

que las personas fotografiadas aparecían posando, deduciendo que habían sido captadas voluntariamente y presumiendo que “quien las tomó podía publicarlas”. Frente a ello el Supremo afirma que tal presunción “vulnera el artículo 2.2. de la LO 1/1982, que exige el consentimiento expreso del titular del derecho para que no se aprecie la existencia de intromisión ilegítima en el derecho fundamental que se denuncia como violado”. “Precisamente –añade– la falta de prueba sobre la existencia o no del consentimiento debiera llevar a la Audiencia a la conclusión de que éste no concurrió, ya que el consentimiento presunto no elimina la intromisión”; y concluye: “además, este consentimiento no puede ser general, sino que habrá de referirse a cada acto de intromisión [...] lo que deriva del carácter irrenunciable que tiene este derecho”.

b) El hecho de que la fotografía proceda de agencia no exime al medio que la publique de la obligación de cerciorarse de si existe autorización del titular para ello.

La autorización para la captación de la imagen no implica, necesariamente, autorización para su publicación, ni siquiera cuando las fotografías hayan sido realizadas a través de agencia, por lo que el medio de comunicación que las publique debe cercionarse de que existe un específico consentimiento de la persona fotografiada para la publicación de su imagen.

En este sentido se pronuncia claramente la más reciente jurisprudencia.

La STS 9 julio 2004 (RJA 2004, 4664) afirma que “la publicación y consiguiente difusión de la fotografía [es un] hecho enjuiciable con independencia de su captación y reproducción”. En el caso litigioso, se consideró una intromisión ilegítima en la imagen la publicación de una fotografía del interior de un local, en la que, al fondo de la barra, podía verse al demandante, con la que se ilustraba un reportaje titulado “Prostitución/Temor a la trata de blancas”, “El Gobierno prepara una Ley para despenalizar a los proxenetas”. El Supremo rechazó el argumento del recurrente de que, al proceder la fotografía de una agencia, debía presumirse el consentimiento del afectado, tanto para su captación, como para su difusión. Frente a ello, afirma que tal planteamiento no puede acogerse, ya que “puede ser ilícita por sí misma la publicación de una fotografía aun tomada con el consentimiento del afectado”. Y añade que, de aceptarse tal tesis, “quedarían totalmente exentas de responsabilidad las cadenas de televisión que hoy dedican cada vez más tiempo de su programación a difundir imágenes de personas más o menos famosas captadas por agencias o profesionales libres y que no pocas veces son las mismas en todas las cadenas, sin que ello pueda suponer el desplazamiento de la responsabilidad del medio que publica las imágenes a la agencia que las cedió ni a la persona que las tomó o grabó, pues la experiencia demues-

tra que cada cadena de televisión, a la hora de editar y emitir las imágenes adquiridas, adopta las decisiones que considera más oportunas en orden a la mayor o menor identificabilidad de cada persona afectada”.

La STS 12 julio 2004 (RJA 2004, 4374) consideró una intromisión ilegítima en la imagen de una menor la publicación en una revista de una fotografía de ésta, a pesar de que en el reportaje que ilustraba se hacía constar que dicha fotografía procedía de una concreta agencia. Dice así que “Tampoco justifica la no obtención del consentimiento de la representante legal de la menor el que el reportaje fotográfico fuese adquirido por la sociedad demandada a una agencia; nada impedía, sino que las más elementales normas de prudencia lo exigían, requerir al autor del reportaje que acreditase la existencia del consentimiento necesario para su publicación”.

c) La autorización para que la imagen se publique en un concreto medio no implica autorización para que se publique en otro distinto.

La autorización para publicar una imagen en un concreto medio de comunicación no implica que se preste el consentimiento para que la imagen sea publicada en medios distintos a aquel al que se concedió la autorización.

En este sentido, la STS 18 julio 1998 (RJA 1998, 6278) afirma que “el factor del consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía”, y la STS 24 abril 2000 (RJA 2000, 2673) y STS 24 diciembre 2004 (RJA 2004, 138), al tratar del carácter expreso que ha de revestir el consentimiento a la intromisión, se manifiestan en los siguientes términos: “El consentimiento, pues, debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre la concreta publicación de la misma en un determinado medio”.

d) No cabe extender la autorización dada para publicar una imagen con una finalidad determinada a otra distinta.

El medio de comunicación autorizado para publicar una imagen no puede utilizarla en reportajes distintos o para fines diversos a los acordados con el titular del derecho (por ejemplo, aquel a quien se concede autorización para publicar una fotografía para ilustrar un reportaje periodístico no puede utilizar dicha fotografía para insertarla en un anuncio publicitario).

Así resulta de la STS 18 octubre 2004 (RJA 2004, 5907), que estimó la demanda de una modelo, que había consentido ser fotografiada para que su imagen se publicara ilustrando un reportaje sobre el divorcio. Este reportaje tuvo lugar, pero tres años después se volvió a utilizar su imagen, esta vez sin su consentimiento, para ilustrar un reportaje sobre prostitución de lujo.

El Supremo afirma que el consentimiento prestado por la modelo “quedaba limitado no sólo en el tiempo sino esencialmente en su objeto, al estar destinadas [las fotografías] exclusivamente a ilustrar un reportaje sobre el divorcio y la ruptura de parejas [...] sin que los términos del concierto ni los usos en el ámbito donde se desarrolla la actividad profesional de la modelo demandante permitan considerar prestado un consentimiento indefinido e indiscriminado para la difusión de las fotografías [...] Ello obligaba a los demandados a realizar tal prueba, que en este punto no sólo han llevado a término, sino que la practicada les resulta adversa”. Observa, además, que el hecho de que su imagen haya aparecido en un reportaje sobre prostitución de lujo, “compromete, en gran medida, no ya sólo la imagen, sino la honra y la consideración propia y ajena de la demandante”.

La misma idea se desprende de la STS 24 diciembre 2004 (RJA 2004, 138). En el origen de la litis se halla una fotografía tomada con la autorización de la persona fotografiada, que dio su consentimiento para ello, con la finalidad de que la imagen se utilizara en una campaña de publicidad sobre los locales de moda de una localidad. Sin embargo, fue publicada en un suplemento dominical de un periódico para ilustrar un reportaje sobre juventud, drogas sintéticas, alcohol y velocidad en la conducción de vehículos de motor, acompañado de las siguientes palabras, que falsamente se atribuían al actor: “La verdad es que nos ponemos todos los fines de semana. Bebemos bastante. Solemos coger un puntazo ‘guay’”. El Supremo consideró existir una intromisión en el derecho a la propia imagen del demandante, argumentando que su consentimiento “ha sido desviado y aprovechado por los demandados, al margen de la autorización del actor del pleito, al rebasar lo consentido; y, así mismo, una intromisión en su derecho al honor, al imputarle una relación con el mundo de las drogas y del alcohol, lo que se traduce “en descrédito y desmerecimiento en la opinión ajena y lesiona la dignidad de la persona”.

*B) El consentimiento de los menores e incapacitados: el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y su interpretación por la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado.*

El artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982 prevé que los menores e incapaces presten el consentimiento a una intromisión en su propia imagen, “si lo permiten sus condiciones de madurez”, previsión esta, conforme con el texto del artículo 162.1 del Código Civil, reformado en 1981, el cual exceptúa la representación legal de los padres respecto de los actos de sus hijos menores en los que éstos ejerciten derechos de la personalidad, “si lo permiten sus condiciones de madurez”.

Por lo tanto, el dato al que hay que atenerse para decidir si el menor o incapaz puede permitir la captación, reproducción o publicación de su figura,

es el de si tiene, o no, condiciones de madurez suficientes para ello, lo cual remite inexorablemente a la apreciación judicial.

El artículo 3.2 de la Ley Orgánica 1/1982 prevé que si los menores o incapaces no tienen suficientes condiciones de madurez para prestar, por sí mismos, su consentimiento para la captación, reproducción o publicación de su imagen, cabe que lo presten, en su nombre, sus representantes legales. Los representantes legales deberán prestar el consentimiento, por escrito, requiriéndose, además, que lo pongan previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien podrá oponerse en el plazo de ocho días, en cuyo caso decidirá el Juez.. Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia tiende a no atribuir consecuencias a la omisión de dichos requisitos formales, en orden a la calificación de la intromisión como legítima o ilegítima.

Esta regulación debe ponerse en relación con el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, del menor, que, en su número tercero, considera intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen de un menor en los medios de comunicación "que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales a dicha intromisión".

Por lo tanto, cuando el uso de la imagen del menor menoscabe su honor o, en general, sea contraria a sus intereses, por atentar contra su integridad moral o ser negativa para su formación, ni el consentimiento del propio menor, ni el de sus representantes legales (en el caso de que aquél no se halle en suficientes condiciones de madurez para prestarlo) excluyen el carácter ilegítimo de la intromisión.

"Con ello –se explica en la Exposición de Motivos de la Ley– se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve".

En estos casos se prevé la intervención al Ministerio Fiscal, quien, a tenor del número segundo del precepto, "instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados". El Fiscal intervendrá, bien de oficio, bien a instancia del propio menor o de cualquier interesado, según resulta del número cuarto del mismo precepto.

La previsión legislativa, que establece una tutela reforzada de los derechos de la personalidad de los menores, parece adecuada desde la perspectiva de la exigencia constitucional de protección de la infancia y de la juventud, establecida en el artículo 20.4 de nuestra Carta Magna, aunque, lógicamente, la intervención de oficio del Ministerio Fiscal deberá ser cautelosa, con el

fin de evitar injerencias injustificadas en la esfera de libertad del menor o en el ejercicio de la patria potestad de sus progenitores.

En este sentido, hay que destacar que la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores, al interpretar el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 1/1996, en su conclusión final segunda afirma que la amplia legitimación que el precepto atribuye al Ministerio Fiscal “deberá en todo caso utilizarse con prudencia, ponderando todos los intereses en conflicto”; y, a continuación, añade: “Especialmente habrá de valorarse si la intromisión ha contado o no con el consentimiento del menor maduro o de los progenitores del menor no maduro. Deberá también valorarse si pese a tratarse de una intromisión no consentida, el menor maduro o sus representantes legales se oponen motivadamente a que el Fiscal ejercite las acciones en protección de estos derechos”. Por último, concluye afirmando que “Habrá de ser excepción la intervención autónoma del Ministerio Fiscal cuando el menor afectado tenga progenitores en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y que –sin que concurra conflicto de intereses con el menor– sean contrarias a que se establezcan acciones en defensa del mismo”.

La misma Instrucción, en el párrafo primero de su conclusión final undécima, establece, certeramente, que “Respecto de la indemnización que en su caso se solicite habrán de tener en cuenta los Sres. Fiscales que si los padres del menor también han sido demandados, deberán interesarse simultáneamente la adopción de medidas para garantizar una administración leal de la suma que se obtenga”.

### *C) La revocación del consentimiento.*

El artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 permite a la persona que haya prestado su consentimiento para la reproducción o publicación de su imagen revocarlo en cualquier momento.

Esta facultad de revocación sólo se entiende si se tiene en cuenta que el consentimiento prestado para la intromisión no tiene carácter contractual y no da lugar a un acto de disposición del derecho a la propia imagen, que es siempre conservado por su titular.

La posibilidad de revocar se explica porque se proyecta sobre un bien de la personalidad, respecto del cual las intromisiones de terceros sólo son posibles si media un consentimiento actual de la persona, cuya imagen se capta, reproduce o publica; de ahí que su ejercicio sea un acto de libertad, que no requiere ser justificado o motivado: basta el mero cambio de voluntad del

titular; y ello, aunque dicha revocación cause daño a quien, en principio, fue autorizado a captar, reproducir o publicar la imagen, por ejemplo, la revista a quien se autorizó a publicar determinadas fotografías. No obstante, en tal caso, el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982 prevé que se le indemnicen daños y perjuicios, incluyendo las expectativas justificadas, esto es, el lucro cesante, por ejemplo, el importe de las revistas que se hayan dejado de vender, por no publicarse las fotografías cedidas.

a) Momento de ejercicio de la facultad de revocación.

Respecto al tiempo de ejercicio de la facultad de revocación, el artículo 2.2. de la Ley Orgánica 1/1982 dice que el consentimiento podrá revocarse “en cualquier momento”, lo que debe entenderse en el sentido de que cabe la revocación en tanto no se haya consumado la conducta en la que consiste la intromisión.

Por ello, no estoy de acuerdo con algunas de las consideraciones contenidas en la STC 117/1994, de 25 de abril.

Ana Obregón había atribuido gratuitamente a un fotógrafo “el pleno derecho de distribuir en todo el mundo” una serie de fotografías que ella misma había seleccionado. Posteriormente, éste cedió a la editora de “Play Boy España” la referida facultad, percibiendo un millón de pesetas. Ante ello, mediante requerimiento notarial, Ana Obregón comunicó a la empresa editorial su oposición a la publicación de las fotografías, requerimiento que fue recibido veinte días antes de la tirada del ejemplar en que aquéllas debían aparecer, cuando la revista estaba ya compuesta y en avanzada fase de impresión, de modo que la empresa hizo caso omiso del requerimiento y publicó las fotografías. Ana Obregón interpuso demanda de protección del derecho a la imagen, que fue desestimada en las tres instancias, y, ulteriormente, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Al interpretar la expresión “en cualquier momento”, contenida en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1981, el Tribunal Constitucional afirma que la revocación no puede aplicarse “a situaciones pretéritas, trocando retroactivamente en ilegítimas intromisiones antes legítimas (FJ 6º), afirmación que resulta indiscutible. Sin embargo, en lo que ya no estoy de acuerdo es en la aplicación que hace de este principio al caso litigioso. El Constitucional desestimó el recurso, haciendo suya la idea, expresada en las sentencias de las tres instancias, de que “la publicación no era un acontecimiento singular e instantáneo, sino un proceso integrado por una pluralidad de fases sucesivas, de las cuales algunas de las más importantes ya se habían producido con anterioridad a la revocación”. Y añade: “Dichas sentencias, pues, han



considerado que se trataba de un acontecimiento que –por su contenido plural y sucesivo– había de tenerse por prácticamente concluido cuando la revocación se produjo” (FJ 8º).

A mi parecer, no era posible fundamentar la ineficacia de la revocación en este alambicado razonamiento. Al tiempo de producirse la revocación, la intromisión, consistente en la publicación de las fotografías, no se había consumado todavía, de modo que la demandante tenía aún la facultad de revocar, la cual, según el tenor del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, se puede ejercitar “en cualquier momento”.

El quid de la cuestión se hallaba –entiendo yo– en que en el requerimiento notarial no se había ofrecido una garantía de la reparación del daño, que previsiblemente se causaría a la editora. Es verdad que el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982 no subordina la eficacia de la revocación a este requisito, pero parece que, en este caso, la buena fe exigía el ofrecimiento de una garantía de resarcimiento de los daños causados por aquélla.

De hecho, a continuación de las consideraciones transcritas, el Tribunal Constitucional afirma que los tribunales de instancia habían otorgado relevancia a “la prevención del necesario resarcimiento de daños y perjuicios dada la inminencia de una publicación costosa que se estimaba ya en marcha”. Y, a continuación, añade: “Apreciación que debe reputarse razonada y razonable [...] máxime si se tiene en cuenta la ya referida falta de ofrecimiento de garantía de resarcimiento económico por quien revoca el consentimiento” (FJ 8º).

A mi parecer, es indudable que el ejercicio de los derechos de la personalidad, como el de todos los derechos subjetivos, deberá ajustarse a la prescripción del artículo 7.1 del Código Civil.

#### b) Forma de la revocación.

Respecto a la forma, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 no exige ninguna especial para la revocación, pero evidentemente deberá ser realizada mediante una declaración de voluntad recepticia, dirigida a aquel a quien, en un principio, se concedió la facultad de captar, reproducir o publicar la imagen, siendo aconsejable que se haga por escrito y, más concretamente, mediante un requerimiento notarial, a fin de que quede constancia de que la revocación llegó al conocimiento del destinatario de la declaración de voluntad, con el fin de poder acreditar dicha circunstancia, en una eventual reclamación de daños y perjuicios, si, a pesar de la revocación, el destinatario realizó la captación, reproducción o publicación de la imagen.

No obstante la STC 117/1994, de 25 abril, FJ 6º, exige unos requisitos para que la revocación produzca sus efectos, esto es, hacer desaparecer el carácter legitimador de la intromisión, a que dio lugar la inicial autorización del titular del derecho a la propia imagen. Dice, así, que "habrá de acreditar algunas circunstancias, como la de proceder [la revocación] del propio titular del derecho, expresar de modo concreto e indubitado la voluntad de revocar, indubitado e íntegro conocimiento por parte de las personas a las que se dirige (incluso publicación en caso necesario), tener lugar en momento en que el derecho cedido todavía pueda ejercitarse, no atribuirle carácter retroactivo (o sea, de los efectos ya producidos) y, por último, mediante la indemnización de daños y perjuicios, requisito este último que en muchos casos no podrá relegarse íntegramente al futuro, sino que habrá de influir en el modo, tiempo y circunstancia de la revocación, particularmente en cuanto a la garantía de las indemnizaciones procedentes".

Se reitera, así, la idea de que habrá casos en que la buena fe exigirá que el ejercicio de la facultad de revocación vaya acompañado del ofrecimiento de una garantía de resarcimiento de los daños causados por aquélla.

#### c) Efectos de la revocación.

La revocación tiene como efecto hacer desaparecer el carácter legitimador que inicialmente tenía la intromisión, debido al consentimiento prestado por el titular del derecho a la imagen.

La revocación es eficaz no sólo frente a quien se concedió la facultad de captar, reproducir o publicar la imagen, sino también frente a los eventuales cesionarios a quienes aquél hubiera cedido esta facultad, por permitirle así la autorización inicialmente recibida; y ello, porque esta autorización no surge de un contrato, respecto del cual el cesionario pueda invocar la condición de tercero, con el fin de evitar que le sea opuesto, sino que deriva de un acto de autonomía privada, que en ningún caso implica disposición del derecho a la propia imagen, el cual es inalienable, razón por la cual cabe siempre la revocación de la autorización, que producirá sus efectos (hacer desaparecer el carácter legitimador que inicialmente tenía la intromisión) *erga omnes*.

Por ello, me parecen acertadas las consideraciones realizadas a este respecto por la STC 117/1994, de 25 abril.

El Tribunal Supremo había mantenido que la revocación de la autorización para publicar las fotografías, por parte de Ana Obregón, sólo podía ser eficaz frente al fotógrafo a quien había concedido la facultad de distribuirlas, pero no frente a la empresa editorial, a quien aquél, posteriormente, cedió dicha

facultad. Dijo, así: “La Revista ‘Play Boy España’, que de buena fe adquiere unos derechos de publicación, mediante el pago de una sustanciosa suma y de la comprobación de la autorización correspondiente, recibe una comunicación que se refiere a unas relaciones en las que no intervino y que le son ajenas en cuanto a tercero, desconociendo su verdadero alcance”.

Frente a estas consideraciones, que interpretan mal la naturaleza del acto de autonomía privada que autoriza la distribución de las fotografías, atribuyéndole un carácter contractual del que carece, el Tribunal Constitucional, con acierto, afirma que “tratándose de ejercicio de una facultad derivada de un derecho constitucional de la personalidad, la posibilidad de revocación no se agota con su ejercicio frente a quien originariamente resultó beneficiario de la licencia, sino que se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la totalidad sobre lo transmitido, puesto que se trata de recobrar el derecho a la imagen, irrenunciable e inalienable en su esencia” (FJ 5º).

## **7. Las intromisiones en el derecho a la propia imagen autorizadas por la Ley**

La tutela de los derechos de la personalidad no es, desde luego, absoluta, sino que debe ceder en aquellos casos en que, desde una óptica constitucional, exista un interés general superior, que justifique una intromisión, ya sea por parte de los poderes públicos, en el ejercicio de sus funciones, ya sea por parte de terceros, en el desempeño de una labor socialmente valiosa.

El artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982 dice, así, que “No se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones acordadas o autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”.

Se trata de unas indicaciones genéricas, que, por supuesto, son aplicables al derecho a la propia imagen.

Pero en algunos supuestos, enunciados en el párrafo segundo del artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982, se autoriza, específicamente, la captación, reproducción y publicación de la imagen de una persona, prescindiéndose de su consentimiento. La razón de esta autorización estriba en la consideración de que, en tales casos, existe un interés general que justifica la intromisión, el cual debe prevalecer sobre el interés particular de la persona a evitar la reproducción de su figura. Se trata de la necesidad de que en una sociedad democrática pueda existir una opinión pública, libremente formada mediante el acceso a informaciones veraces y a través del contraste de opiniones, ideas y valoraciones plurales, sobre asuntos de interés público.

*A) Imágenes de personajes públicos captadas en un acto público o en lugares abiertos al público.*

El artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982 permite la captación, reproducción o publicación, "por cualquier medio", "cuando se trate de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capta durante un acto público o en un lugar abierto al público".

Esta previsión legal descansa en la presunción de que, en tales casos, la intromisión en la imagen estará al servicio de la libertad de información protegida por el artículo 20.1.d), la cual satisface un interés general de la sociedad, que debe prevalecer sobre el interés puramente particular de la persona, cuya imagen se capta, reproduce o publica.

a) La noción de personaje público.

El primero de los elementos del supuesto de hecho contemplado en el artículo 8.2.a) es que estemos ante un personaje público, lo cual es coherente con la finalidad del precepto, que es posibilitar el ejercicio de la libertad de información.

La jurisprudencia realiza una interpretación flexible del precepto, en lo atinente a la noción de persona pública.

La STS 1 julio 2004 (RJA 2004, 4844) expone, así, que "la referencia legal a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en sentido amplio".

La STS 17 diciembre 1997 (RJA 1997, 9100) afirma que la proyección pública se reconoce por razones diversas: por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante suceso, por su trascendencia económica, por su relación social, etc.

La STS 14 marzo 2003 (RJA 2003, 2586) estimó que era un cargo público un sargento de Policía Municipal, cuya imagen se había captado en lugar público, en ejercicio de sus funciones, y se había insertado en prensa como elemento accesorio de una información periodística sobre desalojo de viviendas. La STS 1 julio 2004 (RJA 2004, 4844) consideró también un cargo público, en ejercicio de sus funciones, a un guardia civil cuya fotografía apareció publicada, ilustrando una noticia sobre la aprehensión de un alijo de hachís, con el titular "Un perro de la Guardia Civil detectó 17 kilos de hachís en el aeropuerto de Gando". En ella aparecía retratado el demandante, adscrito a funciones de detección de droga en dicho aeropuerto, vestido con

su uniforme, y con un perro sobre una cinta transportadora de equipaje. Al pie de la fotografía figuraba el siguiente texto "Lagún, un schnawzer de dos años, descubrió el alijo".

En el caso de imágenes compartidas, la condición de personaje público tendrá que concurrir en todas las personas, cuya figura aparezca representada, a no ser que las imágenes de las que no lo sean revistan un carácter meramente accesorio de las que lo sean, e ilustren un suceso o acontecimiento público, en cuyo caso la intromisión será legítima, pero por aplicación del artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982.

b) La noción de lugar abierto al público.

El artículo 8.2.a) de la Ley autoriza la captación, reproducción o publicación de la imagen, sin el consentimiento de su titular, exclusivamente cuando la misma haya sido captada con ocasión de un acto público o en un lugar abierto al público; no si se capta en lugares o momentos de su vida privada (cfr. artículo 7.5<sup>ª</sup>), lo que está estrechamente ligado a la tutela del derecho a la intimidad, pues también las personas con proyección pública tienen derecho a salvaguardar una cierta esfera de privacidad; además de que, por lo común, la captación, reproducción o publicación de imágenes de personajes públicos en lugares o momentos de su vida privada, carecerán de interés público, por lo que la autorización legal para la intromisión perderá su razón de ser.

Es, pues, ilegítima la captación, reproducción o publicación de imágenes, no consentidas, tomadas en un domicilio particular.

En general, la Ley no autoriza la publicación de fotografías que provoquen lo que la STS 22 marzo 2001 (RJA 2001, 4751) llama una "clara y osada invasión en lo que conforma el espacio vital de la persona". En dicha sentencia el Tribunal Supremo consideró ilegítima la publicación en una revista de la fotografía de una mujer, con proyección pública, en bikini, obtenida en el probador de un establecimiento comercial, sin el consentimiento de la interesada. El Tribunal Supremo distingue, aquí, entre la publicación de una imagen que "representa utilidad general informativa", y la que, simplemente, "sólo se presenta como comercial, por no darse la circunstancia de responder a suceso público alguno, y sólo obedece a obtener una mayor difusión de la revista presentando a los lectores actividades íntimas de las personas, que sólo atraen la atención de una audiencia, que se alinea con la publicación, al ser aficionada a las noticias morbosas, sin otra motivación que la curiosidad malsana por el prójimo, lo que no se puede en manera alguna fomentar".

c) La libertad de información como criterio de corrección del tenor literal de la norma.

El fundamento del artículo 8.1.a), se ha dicho ya, es la presunción de que, concurriendo los requisitos en él previstos, la captación, reproducción o publicación de la imagen será de interés público, por hallarse al servicio de la libertad de información.

Ahora bien, en los casos en que, a pesar de tratarse de la imagen de un personaje público y haber sido ésta captada en un lugar abierto al público, no exista un interés público en su captación, reproducción o publicación, la autorización a la intromisión pierde su razón de ser, y, en consecuencia, debe ser considerada ilegítima; y ello, a pesar de que la misma encaje en el tenor literal del precepto, ya que, en este caso, no habrá ejercicio de la libertad de información, sino que la intromisión obedecerá al mero propósito, por parte del medio, de obtener unos beneficios económicos, mediante la satisfacción de la curiosidad ajena por aspectos de la vida privada de los personajes famosos, puestos de manifiestos por la imagen.

A este respecto hay que hacer referencia a dos conocidos casos, en los que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo mantuvieron distintos criterios.

El primero de los casos es el resuelto por la STC 139/2001, de 18 de junio. En el origen de la litis se hallaba la publicación en una revista de las imágenes de Alberto Cortina y de Marta Chavarri, obtenidas en una reserva de caza en Kenia, durante sus vacaciones en aquel país. El Tribunal Supremo había considerado que la intromisión en la imagen de Alberto Cortina estaba autorizada por el artículo 8.1.a) de la Ley Orgánica 1/1982, dado que el demandante era persona muy conocida en el ámbito financiero y social y que una reserva de caza era un lugar abierto al público. Sin embargo, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo interpuesto por Alberto Cortina, por entender que las fotografías en cuestión eran "un documento personal de carácter estrictamente privado y familiar" (FJ 5º).

El segundo de los casos es el contemplado por la STC 83/2002, de 24 de abril. Aquí se trataba de unas fotografías en las que Alberto Alcocer aparecía besándose en una playa con una mujer. El Tribunal Supremo, como en el caso anterior, había considerado que la intromisión era legítima, por entrar en el ámbito de aplicación del artículo 8.1.a) de la Ley Orgánica 1/1982, al ser la playa un lugar abierto al público y ser Alberto Alcocer un personaje, por ser un conocido hombre de negocios. No obstante, el Tribunal Constitu-

cional volvió a estimar el recurso de amparo, al entender que las fotografías constituían “un documento personal de carácter estrictamente privado y familiar”, que se insertan en el ámbito propio y reservado de lo que es la esfera personal de los afectados” (FJ 4<sup>a</sup>).

*B) El uso de la caricatura, conforme al uso social.*

El artículo 8.2.b) de la Ley Orgánica 1/1982 considera legítima “la utilización de la caricatura de personajes públicos, de acuerdo con el uso social”.

El precepto autoriza, pues, exclusivamente, el uso de la caricatura de personas con proyección pública, pero no el de personas en las que no concurra esta condición.

a) El concepto de caricatura.

La primera de las cuestiones que el precepto plantea es la de determinar el concepto de caricatura.

A este respecto, la STS 7 marzo 2006 (RJA 2006, 1579) precisa que, por caricatura no sólo ha de entenderse, de acuerdo con su primera acepción en el Diccionario de la Real Academia Española, “el dibujo satírico en que se deformen las facciones y el aspecto de alguna persona”, sino que también puede consistir en “un fotomontaje o composición fotográfica”.

Así, pues, lo que define la caricatura es el ser una representación gráfica, no necesariamente un dibujo, o, en general, artística (creo que una marioneta lo es), en el que, de modo exagerado, se deforma la imagen de una persona, en clave humorística, y con carácter crítico, en uso de la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1.a) de la Constitución, entendida ésta, como dice la STC 99/2002, de 6 de mayo, FJ 5, “en el sentido de la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones”.

Por lo tanto, no habrá caricatura cuando estemos ante una reproducción gráfica en la que la figura de la persona no aparezca deformada o la deformación no sea fácilmente reconocible.

Así lo entendió la STS 7 marzo 2006 (RJA 2006, 1579), que, sin embargo, no consideró ser una caricatura un fotomontaje, en el que aparecía el rostro de la demandante, una persona con proyección pública, y el cuerpo de otra mujer distinta, en taparrabos y mostrando unos pechos prominentes, porque ni el uno ni el otro aparecían deformados, sino perfectamente reproducidos.

b) El uso social de la caricatura: delimitación a través de la libertad de expresión.

Remitirse al uso social como criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad del uso de la caricatura tiene sus riesgos; y ello, por el creciente proceso de intromisión en los derechos de la personalidad de los personajes públicos, que tiene lugar en algunos medios de comunicación, lo que provoca que socialmente comiencen a verse normales conductas que en ningún modo pueden verse amparadas por el Derecho.

Por ello, no puede perderse de vista que la autorización legal para usar la caricatura se fundamenta en la libertad de expresión, derecho fundamental que, como observa la STS 9 julio 2004, "posibilita, tanto la crítica política y social, como el desarrollo de la personalidad, jugando un papel fundamental en la formación de la opinión pública, entendida como la suma de los plurales y diversos puntos de vista que existen y se exteriorizan en una sociedad sobre cualquier tema".

De ahí se deducen las siguientes consecuencias.

En primer lugar, la utilización de la caricatura dejará de estar autorizada cuando la crítica que se realiza a través de ella no tenga interés público, ya que, en este caso, no podrá ser considerada una forma legítima de ejercicio de la libertad de expresión al servicio de la formación de una opinión pública plural, que justifique el sacrificio del derecho a la imagen de la persona caricaturizada.

Así, la sentencia STS 7 marzo 2006 (RJA 2006, 1579) consideró que el fotomontaje, que combinaba una persona con proyección pública, y el cuerpo de otra mujer distinta, en taparrabos y mostrando unos pechos prominentes, que formaba parte de un concurso, en el que se valoraba el tamaño de los pechos de la demandante (aparte de no poder ser considerada como una caricatura, por no aparecer deformados los rasgos de las personas fotografiadas) "no es más que una manipulación de la imagen de una persona conocida para excitar la curiosidad malsana de los potenciales lectores de la revista"; en definitiva, carecía de cualquier tipo de interés público.

En segundo lugar, el derecho a la libertad de expresión, en su modalidad de humorismo gráfico, tiene que ser cohonestado con la protección del derecho al honor, por lo que no puede justificar el empleo de caricaturas inequívocamente vejatorias o injuriosas, que objetivamente provoquen el descrédito de la persona a quien se refieren, ya que el artículo 20.1.a) de la Constitución no garantiza el derecho al insulto.



Es éste un límite general de la libertad de expresión, cuya aplicación a la caricatura presupone la STS 17 mayo 1990 (RJA 1990, 3736), que, sin embargo, no consideró ilegítima la publicación de una caricatura en un semanario de humor, a la que se acompañaban unos versos dedicados al profesor "Amar-garen" (en evidente referencia al profesor Aranguren), resaltando que se produce "en un contexto jocoso y burlón meramente humorístico" y que el "texto versificado está desprovisto de toda agresividad difamatoria".

En cambio, la STS 14 abril 2000 (RJA 2000, 2565) estimó ilegítima la publicación de la caricatura de un político, que había simultaneado responsabilidades políticas con la condición de miembro del Consejo de Administración de una empresa privada, en la que se le calificaba de "ladrón". Afirma el Supremo que, "por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso o burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, dicho género no puede quedar por completo al margen de la protección que merezca el personaje objeto de burla". Consideró, así, que la expresión "ladrón" era "inequívocamente insultante", y tenía "una rotundidad vejatoria innecesaria para la crítica social del personaje".

La STS 2 julio 2004 (RJA 5339) afirma que no puede utilizarse la libertad de expresión para incluir en ella "palabras o frases insultantes, vejatorias o descalificadoras de las personas", precisando que "se puede discrepar, censurar y criticar con toda la fuerza necesaria, pero no insultar". No obstante, no consideró intromisión ilegítima la publicación de la caricatura de un alcalde, que había sido objeto de diversas condenas penales. Éste aparecía, tras su aseo personal, mostrando un preservativo en su mano derecha, en el momento de introducirse en la cama, en la cual había un ejemplar de la Constitución. La viñeta iba acompañada de un texto, en el que se proponía a los lectores de la revista la siguiente pregunta: "¿Deber ser X un violador?". Frente al argumento del recurrente, de que las viñetas lo representaban "en forma vejatoria, insultante y ofensiva", el Tribunal Supremo entendió que la caricatura se había utilizado "en un entorno de enfrentamiento político, que la expresión "violador" era utilizada en un sentido diverso "al que normalmente se asocia con las agresiones sexuales", y que la frase en la que se contenía no era afirmativa, sino interrogativa.

En tercer y último lugar hay que tener en cuenta que, dado que el fundamento de la autorización de la norma estriba en el ejercicio de la libertad de expresión, es evidente que la misma no legitima el uso de la caricatura cuando su utilización responde a un interés esencialmente crematístico, centrado en la explotación mercantil de la notoriedad de un personaje público.

En este sentido se pronunció la sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación francesa, de 13 de enero de 1998 (D 1998, 120), la cual afirmó

que, según las leyes del género, la reproducción no consentida de la figura de una persona, bajo la forma de una caricatura, sólo es lícita para asegurar el libre ejercicio de la libertad de expresión. Casó, así, la sentencia recurrida, la cual había desestimado la demanda de un personaje público contra una empresa que, sin su consentimiento, había utilizado su caricatura en unos "pins", con el argumento de que el derecho a usar la caricatura de personajes públicos abarcaba la facultad de comercializarla.

Es verdad que la publicación de una caricatura en un periódico o revista no está totalmente desligada de una finalidad económica, ya que los periódicos y revistas se editan para ser vendidos. Ahora bien, a través de la caricatura se ejercita en ellos la libertad de expresión, que contribuye a la formación de una opinión pública libre, por lo que, desde el punto de vista del interés general, no se puede decir que se trate de una actividad puramente comercial, lo que, en cambio, sí acontecía en el caso expuesto.

c) Las imitaciones o el uso de dobles.

Las imitaciones realizadas por artistas con fines humorísticos, a través de caracterizaciones, con las que logran sugerir al público una identificación con personajes públicos, creo que han de ser incluidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 8.2, b) de la Ley Orgánica 1/1982, porque pueden ser consideradas como caricaturas en un sentido amplio.

Para ello, lógicamente, tendrán que ser imitaciones que no induzcan a confusión, en el sentido de que quien las contemple sea consciente de que se trata de una parodia de un personaje famoso, y no del personaje mismo (se cumpliría así el requisito, característico de la caricatura, de la deformación de la imagen); y, así mismo, que, con ellas, no se persiga una explotación comercial de la notoriedad de dicho personaje (por ejemplo, la publicidad de una marca comercial), sino una finalidad artística o satírica.

Lo mismo parece que debe afirmarse respecto del uso de dobles de personajes públicos, que podrán ser utilizados en parodias, pero no con fines crematísticos. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 17 de octubre de 1984 (D. 1985, somm., p. 324), consideró ilícita la utilización de un doble del actor Depardieu para anunciar una marca de chocolates.

*C) La utilización de imágenes accesorias de un reportaje de interés público.*

El artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982 establece que el derecho a la propia imagen no impedirá "la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, cuando la imagen de una persona aparezca como meramente accesorio".

El precepto permite, así, la representación gráfica de la imagen de personas, carentes de proyección pública, pero con una condición, que la misma sea “meramente accesoria” (expresión esta que indica, bien a las claras, que la autorización ha de ser interpretada con carácter restrictivo) de un “suceso o acontecimiento público”; y ello, porque, en este caso, la intromisión se justificará en el ejercicio de la libertad de información.

La accesoriadad de la imagen significa que ésta debe estar siempre en relación de subordinación con el suceso o acontecimiento público que ilustra, el cual debe ser “el objeto principal de la noticia o reportaje”.

Por lo tanto, la representación gráfica debe ser realizada de tal modo que no acabe convirtiendo a una persona, que no tiene proyección pública (ni por sus circunstancias personales, ni por tener algún tipo de relación con asuntos de interés general), en el objeto principal de la información.

Me referiré, a continuación a los criterios para determinar el carácter accesorio de la imagen.

a) El tamaño de la imagen.

Al efecto de enjuiciar el carácter accesorio de la imagen habrá que ponderar su tamaño, en relación con el de la página en la que aparece publicada, tratándose de medios de comunicación impresos, o en relación con el de la pantalla, si aparece reproducida en televisión.

La STS 14 julio 2005 (RJA 2005, 9232) consideró que no era accesoria la imagen de la actora, aparecida en un reportaje emitido en un programa de televisión sobre mujeres maltratadas, porque aparecía sola en la pantalla, con la mención siguiente: “con la mujer aislada y a su merced llega la primera paliza”. En este caso, el Supremo entendió que existía, además, intromisión ilegítima en el honor de la demandante, ya que la difusión de su imagen en un programa de esas características “tiene un evidente eco o impacto social que somete a la persona afectada a los rumores y comentarios públicos, y especialmente de sus círculos de amistades y vecinos, con el consiguiente agobio y disminución de la autoestima por la situación personal y familiar que se difunde, todo lo que implica un menoscabo de la propia y ajena consideración”.

b) El plano desde que se capta.

Junto al criterio anteriormente expuesto, la jurisprudencia tiene en cuenta el plano desde el que se capta la imagen publicada.

En tal sentido se orienta la STS 3 noviembre 1988 (RJA 1988, 8408), como también la STS 28 mayo 2002 (RJA 2002, 7253), que entendió que no era accesoria la imagen de un hombre desnudo, cuya fotografía, tomada a corta distancia, se había incluido en un reportaje sobre playas nudistas, porque dicha fotografía, a diferencia de otras tres que se incluían en el reportaje, mostraba al demandante "totalmente desnudo y en posición frontal, por lo cual resulta el mismo identificable y se da publicidad a sus características físicas más íntimas".

La STS 23 mayo 2003 (RJA 2003, 3593) estimó existir una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, al emitirse en un programa de televisión un vídeo en el que se grabó la intervención de los bomberos para rescatar a un automovilista accidentado, que había quedado tendido en la calzada y aprisionado por su vehículo en una lenta agonía, que acabaría con su vida, tres días después. El programa de televisión tuvo una duración de una hora y quince minutos y la duración del vídeo en él emitido fue de tres minutos y veintitrés segundos. En el vídeo se reflejaba la labor desarrollada por los bomberos, Cruz Roja y el Samur, salvo en dos precisos momentos (de unos cinco segundos de duración, cada uno de ellos), en los que aparecía un plano del rostro de la persona accidentada, cuando ésta se encontraba aprisionada por el coche. La cadena demandada sostuvo que las imágenes contenidas en el vídeo tenían carácter accesorio respecto del reportaje, argumento que no fue acogido por el Tribunal Supremo, que entendió que "Si bien en el reportaje del accidente [...] pueden calificarse de accesorias las imágenes del accidentado cuando éste, después de ser liberado de entre los restos del vehículo, es colocado en una camilla e introducido en una ambulancia [...], no tienen esa condición de accesoriedad las imágenes en que aparece el rostro del accidentado aprisionado entre el asfalto de la carretera y su vehículo destrozado". El Supremo justifica esta decisión porque "Se trata de primeros planos que ocupan todo el espacio de la pantalla al ser proyectados y en los que, además del accidentado, sólo parece la parte inferior de una pierna de una persona que se encuentra de pie; en estos planos no aparece que se estuviera prestando asistencia alguna directamente al accidentado independientemente de la labor que se llevaba a cabo para liberarle de entre los restos de su automóvil, por lo que, en esos fotogramas, el accidentado adquiere total protagonismo en la noticia filmada"; y añade: "Que tales fotogramas eran parte importante del reportaje, no obstante su corta duración, se pone de manifiesto por el hecho de su repetición en dos momentos distintos, lo que evidencia la importancia que a la situación del accidentado dio el autor del reportaje. No se trata, por tanto, de la reproducción de imagen de una persona de carácter accesorio a una noticia principal, sino objeto principal de la noticia, junto con la actuación de quienes prestaban su auxilio al accidentado en aquellos momentos".

c) Su carácter fugaz o repetitivo.

Habrá también que tener en cuenta el carácter fugaz o repetitivo de la representación gráfica.

La STS 15 julio 2005 consideró legítimo que en un programa de televisión, destinado a hacer reflexionar a los telespectadores sobre los riesgos de la circulación y a realizar una llamada a la prudencia de los conductores, se incluyera una imagen en la que se podía observar nítidamente el cuerpo inerte de una persona fallecida en un accidente de tráfico, cuyo tronco colgaba con la cabeza hacia abajo por la ventanilla de un camión. En el programa se veía la actuación de los miembros del Samur, intentando retirar infructuosamente el cuerpo del conductor de la cabina del camión, así como la de los bomberos, que, finalmente, consiguieron extraer el cadáver, el cual fue envuelto en una especie de papel de plata, colocado en una camilla e introducido en un coche negro. En la resolución del caso se tuvo en cuenta la circunstancia de que el rostro del fallecido sólo había aparecido de modo fugaz y que no había sido visto con nitidez. El Supremo dice, así, que “las imágenes en cuestión no sólo son fugaces, sino que representan un carácter supletorio y subordinado a la información que pretendía transmitirse”.

#### **D) La aplicación del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982 a las intromisiones en la imagen de los menores**

Las autorizaciones legales a la intromisión en la imagen, establecidas en el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, son también aplicables respecto de los menores, si bien, en estos casos, la legitimidad de la intromisión deberá apreciarse a la luz de la exigencia constitucional de protección de la infancia y de la juventud, adoptándose, cuando sea necesario, las medidas indispensables para que no se perjudique su integridad moral o su formación (por ejemplo, utilizar técnicas de distorsión de la imagen o no incluir su nombre, ni otros datos que permitan identificarlo).

A este respecto, parece adecuado tener en cuenta los acertados criterios expuestos por la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, a propósito de la legitimación que el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, concede al Ministerio Fiscal para intervenir en defensa de los derechos de la personalidad de los menores.

a) Así, respecto de la autorización legal contemplada en el artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982, en la conclusión octava de la Instrucción 2/2006, se expone que “En principio, cuando los menores puedan por sí considerarse personas públicas o con notoriedad pública, el derecho a la intimidad o a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción y publicación si se

realiza durante un acto público o en lugares abiertos al público. Pero incluso en los supuestos de captación en lugares abiertos al público, para que la misma sea legítima habrá de respetar el principio del superior interés del menor, de modo que en ningún caso quedarían justificadas actividades de captación de la imagen que perturbaran la vida cotidiana privada del menor o que estuvieran acompañadas de actos de acoso o seguimiento lesivo para su intimidad”.

b) En relación con la autorización legal del artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982, en el párrafo primero de la conclusión final tercera de la Instrucción 2/2006, se afirma que no “procederá en general el ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal ante la difusión de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan de manera meramente casual o accesoria de la información principal y siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos”. Sin embargo, según se dice, en la conclusión final cuarta, “Si la difusión casual o accesoria de la imagen del menor se vincula a lugares, personas o actos con connotaciones negativas, habrán de utilizarse técnicas de distorsión de la imagen para evitar que el mismo pueda ser identificado”.

La STS 7 julio 2004 (RJA 2004, 5273) estimó ilegítima la difusión en un programa de televisión de la imagen de una menor de 9 años, tomada con el consentimiento del centro hospitalario donde se encontraba ingresada, por haber sido maltratada y abandonada. La demandada alegaba que el programa se había emitido en el “Día Internacional de la Familia”, con el fin de llamar la atención sobre los malos tratos a menores, por lo que respondía a un fin de interés público. Frente a ello, el Supremo estimó la demanda interpuesta por quienes posteriormente adoptaron a la niña, afirmando que el consentimiento del centro hospitalario no suplía el de los representantes legales y que las imágenes emitidas “mostraban a [la niña] de espalda, pero luego aparecía de perfil y finalmente se la veía postrada en cama con un primer plano de la cara tomado desde arriba y de enfrente, lo que permitía observar no sólo las lesiones corporales que padecía, sino también su rostro, con toda nitidez”. Observa, además, que “el sujeto pasivo era una menor, cuyos derechos merecen una especial protección”; y, así mismo, que “existen procedimientos técnicos para evitar la identificación de la interesada, a los cuales no se recurrió”.

La STS 13 julio 2006 (RJA 2006, 4969) estimó que no era accesoria la imagen de una menor publicada en un periódico para ilustrar un reportaje sobre discapacitados, en la que esta aparecía sentada, en primer plano, junto a otro niño con una profesora que aparecía de espaldas. El Tribunal Supremo basó su decisión en que el rostro de la menor era el centro de la fotografía y el tamaño de ésta ocupaba media página y resaltaba más que el propio artículo del texto escrito.

# **Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2**

## **(Primera Parte)**

**Francisco Pfeffer Urquiaga**

Profesor Titular de Derecho, Economía y Mercado  
Facultad de Derecho  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Con fecha 3 de mayo del año 2007 el Tribunal Constitucional aprobó la constitucionalidad de los preceptos del proyecto de ley que debían someterse al control de constitucionalidad, contenidos en el proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional, conocido como reforma al Mercado de Capitales MK 2. Lo más probable es que cuando estos comentarios aparezcan publicados, la ley en cuestión, cuyo número ignoramos, ya sea ley de la República en plena vigencia.

Como se recordará, luego que estallara el llamado caso Banco Central-Corfo-Inverlink,<sup>1</sup> el Ejecutivo decidió iniciar la tramitación del proyecto que se conoció con el nombre de reforma al Mercado de Capitales MK 2, enviando al Congreso Nacional, con fecha 30 de junio de 2003, el Mensaje presidencial.

Según se dejó constancia en el aludido Mensaje –que lleva el N° 39-349–, los objetivos que impulsaron al proyecto de ley fueron los siguientes:

a) Promover el desarrollo de la industria de capital de riesgo y financiamiento a nuevos proyectos. Para estos efectos se propusieron importantes modificaciones a la legislación tributaria que afecta a la administración de fondos de terceros vía sociedades administradoras;

b) Abaratamiento de los costos de transacción y de contratación comercial sofisticada. En este propósito se propusieron significativas reformas en materia

---

<sup>1</sup> Véase nuestro trabajo "Regulación versus Autorregulación. Un dilema crítico a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink. Revista *Actualidad Jurídica* N° 8, páginas 249-272, año 2003, Universidad del Desarrollo, en que analizamos la manera como se comportaron y actuaron los mecanismos vigentes en la ley para enfrenar el caso en cuestión.

de constitución de prendas o garantías, "pues la prenda resulta ser uno de los mecanismos más eficientes para acceder al financiamiento bancario por parte de la pequeña y mediana empresa. Esta es una vía de "apalancamiento" flexible que permite disminuir los costos de financiamiento". Por consiguiente, el proyecto propone cambios en relación con asuntos sociales privados, el uso y otorgamiento de garantías y cauciones, la prelación de créditos y el uso de instrumentos de derivados financieros.

c) Profundización de reformas de perfeccionamiento de los regímenes de administración societaria. Como se sabe, las reformas que apuntaban en esta dirección fueron desglosadas de este proyecto de ley y posteriormente incorporadas en el Mensaje 140-353, enviado al Honorable Senado con fecha 29 de julio de 2005 bajo el título de "proyecto de ley que introduce perfeccionamientos en los regímenes de administración societarios de empresas privadas y públicas", el que finalmente no prosiguió con su tramitación.<sup>2</sup>

d) Fortalecimiento de los mecanismos de fiscalización, potestades de control, sanción y coordinación. En el Mensaje se dejó constancia que "hechos recientes y lamentables nos han demostrado que el mercado de capitales no es inmune a estafas y robos por parte de participantes inescrupulosos y faltos de toda ética", por lo que el "Gobierno ha decidido aprovechar esta circunstancia y convertirla en una oportunidad para introducir modernizaciones a diversos cuerpos legales que garanticen el sano funcionamiento del mercado de capitales, pero sin introducir una regulación sobredimensionada".


e) Perfeccionamiento del mecanismo de ahorro voluntario, de manera de hacerlo más flexible y competitivo.

Luego de una larga tramitación de casi cuatro años, la Cámara de Diputados, con fecha 3 de marzo de 2007, dio su aprobación al texto final de la ley de reforma, la que introduce modificaciones a los siguientes cuerpos legales:

- a) Decreto Ley N° 824, de 1974, sobre Impuesto a la Renta;
- b) Decreto Ley N° 3.475, de 1980, sobre el Impuesto de Timbres y Estampillas;
- c) Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1997, Ley General de Bancos;

<sup>2</sup> Entre las materias que quedaron pendientes y que pretendían modificarse en este ámbito, destacan las relativas al fortalecimiento de la regulación de las operaciones con partes relacionadas, el fortalecimiento de los directores independientes, el perfeccionamiento del régimen de la información en el mercado de valores, el mejoramiento de la regulación de la industria de auditores externos y la incorporación de un marco regulatorio para el gobierno corporativo de las empresas públicas, entre otras materias.



- 
- d) Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 1931, Ley sobre Compañías de Seguros;
  - e) Decreto Ley N° 3.500, de 1980, sobre el Nuevo Sistema de Pensiones;
  - f) Ley N° 19.795, que modificó el DL N° 3.500, en materia de inversión de los Fondos de Pensiones, de 28 de febrero de 2002;
  - g) Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores;
  - h) Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas;
  - i) Ley N° 18.815, sobre Fondos de Inversión;
  - j) Decreto Ley N° 3.538, sobre Superintendencia de Valores y Seguros;
  - k) Ley N° 18.876, sobre Depósito y Custodia de Valores;
  - m) Decreto Ley N° 1.328, sobre Fondos Mutuos;
  - n) Ley N° 19.281, sobre arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa;
  - ñ) Código Civil;
  - o) Ley N° 8.175, que modifica la Ley de Quiebras y fija su nuevo texto;
  - p) Código de Comercio; y
  - q) Ley N° 18.657, que autoriza la creación de Fondos de Inversión de Capital Extranjero.

Se trata de una profunda reforma que no sólo modifica los principales cuerpos legales que regulan el funcionamiento del mercado de capitales, sino que regula un nuevo régimen especial de fomento a la industria de capital de riesgo. Además, crea un nuevo tipo societario, como lo es la sociedad por acciones, crea las Agencias de Crédito o garantías, dicta nuevas normas sobre Prenda sin Desplazamiento y crea el Registro de Prendas sin Desplazamiento.

En este breve trabajo comentaremos los aspectos más importantes que son abordados por la ley en cita.<sup>3</sup>

## **1. Modificaciones a la Ley General de Bancos, DFL N° 3, de 1997**

Las principales reformas introducidas a la Ley General de Bancos son las siguientes:

### **A) Licencias bancarias: Introduce mayor grado de discrecionalidad en su otorgamiento**

Como se recordará, uno de los principales logros alcanzados con la entrada en vigencia de la reforma contenida en la Ley N° 19.528, de 4 de noviembre de

<sup>3</sup> Como antecedente general de las reformas introducidas a la legislación del mercado de capitales por la Ley N° 19.705, de diciembre de 2000, o la llamada MK 1, véase nuestra obra *Reforma a la Legislación de Mercado de Capitales*, tomos I y II, editorial LexisNexis, 2002.

1997,<sup>4</sup> fue el haber introducido altos grados de objetivización en el proceso de otorgamiento de licencias bancarias.<sup>5</sup> Cumplidos que fueran los requisitos indicados en el artículo 28 del DFL N° 3, de 1997, el Superintendente debía otorgar la licencia solicitada. Los agentes privados tenían la certeza de que si al solicitar el permiso cumplían con las exigencias establecidas en la ley, tendrían la licencia correspondiente. Esta reforma redujo a la más mínima expresión los espacios de discrecionalidad con que hasta ese momento la autoridad de control podía moverse para denegar una solicitud de operación de nuevo banco comercial. Su función quedó prácticamente acotada a la constatación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley.

Menor discrecionalidad es garantía de mayor certeza jurídica. Al existir un procedimiento objetivo en donde la facultad del funcionario se agota en la constatación del cumplimiento de ciertos requisitos, los agentes económicos saben con precisión si están o no en condiciones de desarrollar la actividad económica. Como contrapartida, al no confiar en el juicio de mérito, criterio o facultad discrecional del mismo funcionario, se acrecienta el riesgo de que ingresen a la actividad elementos no deseados.

Al parecer el riesgo potencial de un sistema como el concebido en la reforma de la Ley N° 19.528 —que posibilitaba el ingreso a la industria de elementos no deseados— y los temores desatados a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink, llevaron al Ejecutivo a introducir mayores márgenes de discrecionalidad en el proceso de otorgamiento de licencias bancarias.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Para mayor información sobre esta reforma, véase nuestra obra *Ley General de Bancos*, Editorial Jurídica Conosur, 1998.

<sup>5</sup> Cabe recordar que hasta antes de la vigencia de la Ley N° 19.528, de 4 de noviembre de 1997, el Superintendente de Bancos tenía la facultad discrecional de rechazar, sin expresión de causa, la solicitud de licencia para operar un nuevo banco comercial. Incluso algunos estimaron que esta facultad era abiertamente inconstitucional, por estar en completa contradicción con el numeral 21 del artículo 19 del Código Político.

<sup>6</sup> En el Mensaje del Ejecutivo sólo se consideró la modificación del artículo 35 del DFL N° 3, de 1997, como mecanismo para alterar el sistema de otorgamiento de nuevas licencias bancarias. Se propuso que cuando correspondiera a la Superintendencia pronunciarse sobre la autorización de un prospecto de un nuevo banco o la adquisición de acciones de un banco existente y exista duda razonable acerca de los requisitos de solvencia e integridad a los que hace referencia el artículo 28 de este cuerpo legal, deberá consultar al Consejo del Banco Central acerca de la decisión que se propone adoptar; y que si la mayoría de los miembros en ejercicio del Consejo concuerda con ella, dicho acuerdo podrá servir de fundamento para la decisión que adopte la Superintendencia. Se explicó que el sistema vigente a esa fecha para evaluar las solicitudes de nuevas licencias bancarias establecía dos requisitos: solvencia e integridad; y que lo que plantea la norma sustitutiva es que la Superintendencia, analizados los antecedentes presentados para que autorice la fundación de un nuevo banco o la adquisición de acciones de uno ya existente, pueda consultar al Banco Central si estima que corresponde denegar la solicitud, con el fin de reunir más antecedentes que le permitan fundar su negativa, lo cual parece altamente conveniente, pues se trata de casos extremos en que una autoridad administrativa está en posición de impedir el ejercicio de ciertas libertades individuales, estimándose que la intervención del ente emisor permitiría resguardar debidamente los derechos de las personas, atendido además el hecho de que este último deberá operar eventualmente como banquero de la entidad que se pretende crear. Primer Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, de 24 de octubre de 2003.

En razón de lo anterior, se propuso sustituir y se sustituyó íntegramente el artículo 28 de la Ley General de Bancos.

Las modificaciones que se le introdujeron fueron básicamente las siguientes:  
**(i)** Mantuvo el requisito de solvencia –aunque no mantuvo la denominación del mismo– que deben acreditar los accionistas fundadores del banco, al exigir de aquellos que deben contar individualmente o en conjunto con un patrimonio neto consolidado equivalente a la inversión proyectada y, cuando se reduzca a una cifra inferior, informar oportunamente de este hecho;

**(ii)** En cuanto al requisito de integridad, que tampoco mantuvo bajo esta denominación, lo hace consistir en las siguientes exigencias:

a) No haber incurrido en conductas graves o reiteradas que puedan poner en riesgo la estabilidad de la entidad que se proponen constituir o la seguridad de sus depositantes. Si bien este requisito estaba en el texto que se sustituye, es nuestra opinión que con esta exigencia se dan espacios de discrecionalidad al Superintendente, dado que la calificación de tales conductas queda entregada al juicio de mérito del mismo funcionario.

b) No haber tomado parte en actuaciones, negociaciones o actos jurídicos de cualquier clase, contrarios a las leyes, normas o sanas prácticas financieras o mercantiles que imperan en Chile o en el extranjero. Es también nuestra opinión que con este requisito aumentan los espacios de discrecionalidad con que contará el Superintendente. La calificación de las circunstancias de hecho que podrían constituir las citadas conductas ilícitas es una cuestión de mérito entregada, al parecer, al fiscalizador. No queda claro si se requiere o no condena judicial o basta que el Superintendente se forme la convicción de que el solicitante carece de antecedentes probos e intachables. Nos inclinamos por esta última interpretación. Además, no hay contornos precisos ni claros para acotar este requisito. ¿Qué debe entenderse por no haber tomado parte en negociaciones contrarias a sanas prácticas financieras? La certeza jurídica del agente privado quedará expuesta al examen de mérito que haga el funcionario de control.<sup>7</sup>

Todavía en el requisito de integridad –que no sigue siendo nominado así en la nueva ley–, se trasladaron al artículo 28 algunas de las hipótesis que estaban

<sup>8</sup> En el informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, de 16 de marzo de 2007, recaído en el tercer trámite constitucional, se dejó constancia por parte del Ministro de Hacienda que esta exigencia entrega una facultad a la Superintendencia que debe entenderse e interpretarse a la luz del resto de las exigencias que allí se contemplan. Se consideró que debería existir un margen de flexibilidad para casos complejos, como podría ser, por ejemplo, el narcotráfico. En todo caso, según se dispone en el numeral 5), si se resolviera denegar la licencia, la Superintendencia deberá hacerlo mediante resolución fundada.

en el artículo 36. Así, como expresión de conductas probas e intachables que los accionistas fundadores del banco deban cumplir, se pide:

c) No encontrarse en alguna de las situaciones siguientes: i) Que se trate de un fallido no rehabilitado; ii) Que en los últimos quince años, contados desde la fecha de solicitud de la autorización, haya sido director, gerente, ejecutivo principal o accionista mayoritario directamente o a través de terceros, de una entidad bancaria, de una compañía de seguros del segundo grupo o de una Administradora de Fondos de Pensiones que haya sido declarada en liquidación forzosa o quiebra, según corresponda, o sometida a administración provisional, respecto de la cual el Fisco o el Banco Central de Chile hayan incurrido en considerables pérdidas. No se considerará para estos efectos la participación de una persona por un plazo inferior a un año; iii) Que registre protestos de documentos no aclarados en los últimos cinco años en número o cantidad considerable; iv) Que haya sido condenado o se encuentre bajo acusación formulada en su contra por cualquiera de los siguientes delitos: (1) contra la propiedad o contra la fe pública; (2) contra la probidad administrativa, contra la seguridad nacional, delitos tributarios, aduaneros, y los contemplados en las leyes contra el terrorismo y el lavado de activos; (3) los contemplados en la ley de Mercado de Valores, de Sociedades Anónimas, del Decreto Ley N° 3.500, de 1980, de la Ley de Letras de Cambio y Pagarés, de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, del Decreto con Fuerza de Ley N° 707, de 1982, de la Ley N° 4.287, de la Ley N° 5.687, de la Ley de Quiebras, de la Ley N° 18.690, de la Ley N° 4.097, de la Ley N° 18.112, de la Ley de Compañías de Seguros, de las leyes sobre Prenda, y en esta ley; v) Que haya sido condenado a pena aflictiva o de inhabilitación para desempeñar cargos u oficios públicos, y vi) Que se le haya aplicado, directamente o a través de personas jurídicas, cualquiera de las siguientes medidas, siempre que los plazos de reclamación hubieren vencido o los recursos interpuestos en contra de ellas hubiesen sido rechazados por sentencia ejecutoriada: (1) que se haya declarado su liquidación forzosa o se hayan sometido sus actividades comerciales a administración provisional, o (2) que se le haya cancelado su autorización de operación o existencia, o su inscripción en cualquier registro requerido para operar o para realizar oferta pública de valores, por infracción legal.

Todas estas exigencias son ciertamente objetivas, de fácil constatación y en donde no hay espacio a la discrecionalidad de la administración. El agente privado que no se encuentra en alguna de las hipótesis de hecho a que aluden tales numerales, tendrá la certeza de poder contar con licencia para operar bancos comerciales, si así lo requiere.

Tratándose de una persona jurídica, los citados requisitos se considerarán respecto de sus controladores, socios o accionistas mayoritarios, directores,

administradores, gerentes y ejecutivos principales, a la fecha de la solicitud. Se considerarán accionistas fundadores de un banco aquellos que, además de firmar el prospecto, tendrán una participación significativa en su propiedad, según las normas del artículo 36 de la ley.

La Superintendencia verificará el cumplimiento de estos requisitos, para lo cual podrá solicitar que se le proporcionen los antecedentes que señale. Sólo podrá denegar la solicitud de nueva licencia bancaria si el peticionario no cumple con los requisitos indicados en el citado artículo 28, lo que deberá justificar por resolución fundada. Si la Superintendencia no dictase una resolución denegatoria dentro del plazo de 180 días, se podrá requerir la aplicación del silencio administrativo positivo en la forma señalada en la Ley N° 19.880.

En suma, si bien el nuevo artículo 28 de la ley gana en coherencia y redacción, al sistematizar en una sola disposición todos los requisitos que deberá constatar el fiscalizador para poder entregar la licencia bancaria, introduce, en nuestra opinión, un pequeño grado de mayor discrecionalidad que podrá afectar la certeza jurídica de los agentes privados, toda vez que estos quedarán expuestos al juicio de mérito que haga la autoridad de control al evaluar, en un contexto de suma generalidad y poca precisión, las conductas previas de aquellos, según se apuntó en el literal b) anterior.

## **B) Hace de cargo de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras la defensa judicial del Superintendente de Bancos**

Se establece que en caso de ejercerse acciones judiciales en contra del Superintendente por actos u omisiones en el ejercicio de su cargo, la Superintendencia deberá proporcionarle defensa; y que esta defensa se extenderá para todas aquellas acciones que se inicien en su contra por los motivos señalados, incluso después de haber cesado en el cargo.

Frente a la crítica que esta propuesta originó en algunos parlamentarios,<sup>8</sup> el Ejecutivo hizo presente que la defensa legal no es indefinida, ya que se limita a los plazos de prescripción, los que, por regla general, son breves en materia económica; que será la Superintendencia quien designe al abogado, que puede o no ser externo; que ella se limita a las acciones que ejecute el funcionario en

<sup>8</sup> El diputado Lorenzini, don Pablo, argumentó que la defensa legal de los superintendentes (aplicable también al Superintendente de Valores y de AFP), que se propone establecer de cargo del Estado, es muy amplia e ilimitada. Le parece que es discutible el efecto que puede tener en esos altos funcionarios, ya que podría motivarlos a actuar en forma menos cuidadosa. Por otra parte, afirmó que, de aprobarse una norma con estas características, podría abrir la puerta para que en el futuro se incorporen otros funcionarios del Estado a dicha normativa. Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, de 16 de marzo de 2007.

el ejercicio de su cargo; que el Estado puede repetir en contra del funcionario si resulta condenado en conformidad con las normas de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y al Estatuto Administrativo; y que a juicio de los organismos internacionales, tales como el FMI o el Banco Mundial, uno de los aspectos de nuestra legislación que debía ser perfeccionado es precisamente el de la defensa de las autoridades del caso.<sup>9</sup>

Creemos nosotros que una norma como la aprobada está en la línea correcta. Que si bien no puede entenderse como un incentivo a que las mejores personas se incorporen al servicio público, ya que estimamos son otras las motivaciones que le sirven de impulso, al menos no será una carga que tales personas deberán soportar. Es nuestra opinión que esta menor carga contribuirá a una mayor independencia del fiscalizador, ya que muchas de las decisiones que éste debe adoptar se toman en el contexto cierto de que podrán ser judicializadas. Desde el momento que el fiscalizador elimina la posibilidad de verse envuelto en una disputa judicial personal a consecuencia de la decisión que adopta, ello ciertamente fortalecerá su independencia.

### **C) Autoriza nuevas operaciones para el desarrollo del giro bancario e introduce otras adecuaciones menores a la ley**

#### *(i) Operaciones con productos derivados*

El giro bancario está constituido por el limitado número de operaciones que autoriza la ley en los artículos 69 y 70 del DFL N° 3, de 1997. Se trata de una enumeración taxativa que facilita el control del negocio bancario que realiza la Superintendencia de Bancos.

En cada nueva reforma a la Ley General de Bancos vemos cómo se agregan nuevas operaciones a las citadas disposiciones legales. Ello ciertamente obedece a la aparición de nuevos productos y a los sofisticados niveles de especialización financiera que éstos logran alcanzar.

En la reforma que comentamos se modifica el numeral 6° del artículo 69 –se le agrega un nuevo inciso–, mediante el cual se permite que los bancos puedan efectuar operaciones con productos derivados, tales como futuros, opciones, *swaps*, *forwards* u otros instrumentos o contratos de derivados, conforme a las normas y limitaciones que establezca el Banco Central de Chile.

Los derivados financieros, como su nombre lo indica, son productos que deri-

<sup>9</sup> Se rechazó una indicación del honorable senador señor Novoa, que pretendía sustituir la palabra "actos" por "decisiones", porque acto es un vocablo demasiado general. Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, de 9 de enero de 2007.

van de otros productos financieros. En definitiva, no son más que hipotéticas operaciones que se liquidan por diferencias entre el precio de mercado del subyacente y el precio pactado. Se trata de productos destinados a cubrir los posibles riesgos que aparecen en cualquier operación financiera, estabilizando y por tanto concretando el costo financiero real de la operación. El futuro es una promesa, un compromiso entre dos partes por el cual en una fecha futura una de las partes se compromete a comprar algo y la otra a vender algo, aunque en el momento de cerrar el compromiso no se realiza ninguna transacción. La opción es un derecho a comprar o vender algo en el futuro a un precio pactado. A diferencia de los futuros, en las opciones se requiere el desembolso de una prima en el momento de cerrar la operación. Las opciones además podrán ser opciones de compra o de venta.

A la fecha de la reforma los bancos ya habían sido autorizados por el Banco Central para hacer operaciones derivadas de cobertura de riesgo, pero siempre asociadas a una operación principal. Cuando hay una operación bancaria principal, los bancos estaban autorizados para efectuar una operación con derivados. Si un banco puede vender un instrumento de su cartera, puede también celebrar un derivado sobre ese mismo documento. Igual ocurre con la cartera de inversiones o con moneda, porque los bancos pueden efectuar operaciones de cambios internacionales.

Luego de la reforma, los bancos podrán efectuar operaciones con productos derivados, que, como ya se dijo, en general tienen por objeto hacer calces, pero además, fuera de las operaciones de cobertura de riesgo, los bancos podrán transar derivados como cualquier otro papel, lo que obviamente amplía el giro de sus negocios y, por cierto, el nivel de riesgo asociado a las mismas operaciones.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Fue rechazada una indicación del honorable senador Novoa que pretendía establecer un límite en la ley a estas operaciones cuando no tengan por objeto la cobertura de riesgo. Explicó que hoy en día el Banco Central tiene facultades respecto de las operaciones que los bancos pueden hacer y no respecto de las que no pueden llevar a cabo. La lectura del artículo 69 de la Ley General de Bancos permite apreciar que no establece que los bancos pueden hacer operaciones especulativas en productos derivados, mientras que el texto aprobado en general contempla dicha facultad. Recién ahora el Banco Central podría tener atribuciones respecto de esta materia. Las indicaciones tienen como objetivo precisar claramente que hay operaciones que normalmente se efectúan, para cubrir riesgos, que están reglamentadas, y que ahora se autorizan otras operaciones, sin que tengan ese propósito. Es respecto de estas últimas que considera que no se puede otorgar una autorización sin límites, por lo que se plantea que se hagan bajo el control del Banco Central, pero que como norma de seguridad no se hagan por montos ilimitados. Subrayó que como el texto aprobado en general agrega algo nuevo, es apropiado diferenciar cuando la operación tiene por objeto una cobertura de riesgos. Reiteró que al darse a los bancos una atribución que hoy no tienen, esa atribución tiene que sujetarse a una restricción del Banco Central de Chile, pero, además, las indicaciones apuntan a que si bien el Banco Central puede autorizar esas operaciones, no puede ser más allá de una vez el patrimonio efectivo, como medida prudencial para que empiece a funcionar el sistema. Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, de 9 de enero de 2007.

El límite a estas operaciones, que ahora serán autónomas de una principal, que fue un tema largamente discutido en la Comisión de Hacienda del Senado, lo determinará el Banco Central de Chile en el ejercicio de sus atribuciones legales.

Creemos que el haberse entregado a esta entidad la definición del límite a las operaciones derivadas autónomas conlleva el riesgo de que por la vía del ejercicio de la potestad reglamentaria se anule una autorización de ley.

Es nuestra opinión que con esta nueva ampliación del giro bancario se permiten operaciones que podrían llegar a ser meramente especulativas, lo que puede incrementar significativamente el riesgo asociado a la intermediación financiera. Serán vitales para evitar tales riesgos las regulaciones que establezca el Banco Central de Chile, con los consiguientes peligros indicados en el párrafo que antecede.

#### *(ii) Reserva técnica sobre los depósitos a la vista*

También se innovó en lo relativo a la reserva técnica sobre los depósitos a la vista.

Antes de la reforma, los depósitos a la vista debían quedar sujetos a reserva técnica en un ciento por ciento de su valor cuando excedían de dos y media veces el capital pagado y reservas del banco. En la reforma de la Ley N° 19.528 se agregó a la ley la noción de patrimonio efectivo, que comprende, además del capital básico, los bonos subordinados por hasta el cincuenta por ciento de su monto, pero no se modificó esta denominación en todos los preceptos de la ley, por lo que resulta del todo congruente con el resto de la ley cambiar la referencia al capital y reservas por una al patrimonio efectivo.

Se explicó en el Mensaje del Ejecutivo que esta modificación permitirá liberar fondos afectos a reserva sin aumentar el nivel de riesgo, ya que el patrimonio efectivo se utiliza en las normas de consolidación y límites crediticios; que asimismo, actualmente la reserva técnica se constituye ya sea por dinero en caja o por documentos emitidos por el Banco Central o por el Fisco mientras les resten menos de noventa días para su vencimiento, por lo que se propone modificar lo anterior para permitir que la reserva técnica se pueda constituir con instrumentos del Banco Central y de la Tesorería General en la medida que cuenten con un alto grado de liquidez, independiente del tiempo que reste para su vencimiento. Todas estas modificaciones se enmarcan en la necesaria modernización y revisión del sistema de garantía estatal a los depósitos a la vista y en cuenta corriente.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> El señor Heinz Rudolph explicó que el proyecto contiene una serie de modificaciones que se re



En suma, la propuesta del Ejecutivo que fue aprobada buscó que la reserva técnica quede asociada únicamente a obligaciones de corto plazo, se calcule en relación al patrimonio efectivo de los bancos y pueda enterarse mediante instrumentos de carácter público suficientemente líquidos, pero no sólo aquellos que tengan un corto período de madurez.

**D) Se eliminan las sociedades financieras y se precisan y adecuan las funciones de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras en materia de información.**

Las sociedades financieras eran entidades cuyo único y específico objeto social fue actuar como agentes intermediarios de fondos, realizando las operaciones que les autorizaba expresamente la ley, entre las que destacaban las de recibir depósitos, salvo en cuenta corriente bancaria, la de emitir bonos o debentures en conformidad a la ley respectiva, sin garantía, y la de efectuar las operaciones de intermediación de documentos permitidos por el Banco Central de Chile.

Fueron concebidas principalmente para desarrollar el negocio del crédito de consumo, con un contacto más expedito y directo con el público ahorrante e inversionista.

Se explicó en el Mensaje del Ejecutivo que las sociedades financieras se justificaron un tiempo como bancos con menos operaciones, menos exigencias de capital y dedicadas principalmente al consumo; que con posterioridad los bancos crearon sus divisiones de consumo y fueron absorbiendo a través de ellas a todas las financieras existentes de manera que hoy ya no hay más financieras operando; que por otra parte se ha rebajado el capital mínimo de los bancos nuevos a UF 400.000, que es la misma suma que se exige a las sociedades financieras, por lo que no existe ventaja alguna en formar estas últimas.

Por lo anterior y siguiendo la idea de la banca universal de iguales facultades y operaciones, pero que efectúen aquellas que indique la vocación de sus due-

---

lacionan con el tema de la reserva técnica, a la cual están sujetos todos los depósitos a la vista. Las enmiendas propuestas tienen por objeto simplificar este sistema y adecuarlo a la realidad económica actual. Se restringe el concepto de depósitos a la vista, que actualmente se refiere no sólo a aquellas obligaciones inmediatamente exigibles de modo incondicional, sino también a los depósitos o captaciones con vencimiento inferior a 30 días y a los pactados a 30 días o más, pero que falten 10 o menos para su vencimiento, en circunstancias que en cualquier otro país del mundo éstos son considerados depósitos a plazo. La restricción, por tanto, consiste en asociar los depósitos a la vista básicamente a los fondos consignados en cuenta corriente. Por otra parte, se asocia la reserva técnica al patrimonio efectivo de los bancos, por ser éste el parámetro utilizado para evaluar los riesgos de insolvencia, y no el capital pagado y reservas, y establece que la reserva técnica podrá constituirse en papeles tanto del Banco Central como de Tesorerías que tengan algún nivel de liquidez, pero no necesariamente con vencimiento inferior a 90 días, como se exige en la actualidad. Primer Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, de 24 de octubre de 2003.

ños y administradores, se propuso suprimir de la legislación a las sociedades financieras.

Creemos nosotros que en la actualidad ya no se justificaba tener una regulación especial para entidades que no presentaban ventajas comparativas, en cuanto a las operaciones que podían realizar, en relación con un banco comercial. No se justifica distraer recursos del fiscalizador para una actividad que perdió atractivo comercial y que en los hechos fue absorbida por la actividad bancaria tradicional. Más aún, creemos que ello fortalecerá la idea de una banca de nicho, especializada en determinados productos financieros, que es por lo demás la tendencia en la legislación comparada.

En materia de funciones y atribuciones de la Superintendencia de Bancos se innovó en los siguientes aspectos:

(i) Con el objeto de velar por el cumplimiento de sus respectivos deberes de fiscalización, los Superintendentes de Bancos e Instituciones Financieras, de Valores y Seguros y de Administradoras de Fondos de Pensiones podrán compartir cualquier información, excepto aquella sujeta a secreto bancario. Cuando la información compartida sea reservada, deberá mantenerse en este carácter por quienes la reciban.<sup>12</sup> (ii) Para los efectos de la consolidación del banco matriz con sus sociedades filiales, la Superintendencia podrá solicitar directamente a estas sus estados financieros y revisar en ellos todas las operaciones, libros, registros, cuentas, documentos o informaciones que le permitan conocer su solvencia.

En suma, se fortalecen las facultades del regulador para solicitar información y se abre el espacio para que todos los fiscalizadores de los agentes que actúen en el mercado de capitales puedan compartir la información, lo que en nuestra opinión es a todas luces no solo conveniente, sino que estrictamente necesario en el contexto de mercados integrados como son los que operan en la actualidad.

<sup>12</sup> En relación con la norma finalmente aprobada, el diputado Silva, don Exequiel, precisó que la norma que se propone responde a una de las conclusiones de la Comisión Investigadora del caso INVERLINK, ya que allí se estimó necesario que se pudiese compartir oportunamente información por parte de los organismos fiscalizadores. Añadió que, no obstante lo anterior, estimaba que la norma debiera ser imperativa y no sólo facultativa. Frente a lo anterior el señor Heinz Rudolph expresó que la disposición tiene por objeto que se comparta información y así se permita hacer un seguimiento periódico de la solvencia de los grupos económicos. Por otra parte, opinó que establecer la "obligación" y no la "facultad" de compartir información plantearía el problema de determinar qué información es la que debería compartirse. En consecuencia, le parece que la propuesta permite un grado de flexibilidad adecuado. Segundo Informe de la comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, de 27 de mayo de 2004.

## E) Iniciativas que no prosperaron

Entre otras, no prosperaron iniciativas destinadas a crear el defensor del cliente, concebido para resolver las reclamaciones y conflictos surgidos entre el cliente y su banco; aquellas destinadas a ampliar la garantía estatal a los depósitos bancarios a las personas jurídicas.<sup>13</sup> Tampoco tuvo acogida la indicación que tenía por objeto generar un marco regulatorio en la ley para las tarjetas de crédito emitidas por entidades no bancarias.

No prosperó la indicación del senador Zaldívar, don Andrés, mediante la cual pretendía autorizar a los bancos para constituir o formar parte de sociedades que tendrán el carácter de filiales, cuyo objeto sea: explotar el comercio de asegurar y reasegurar riesgos de pérdida o deterioro en las cosas o patrimonio o aquellos que cubran el riesgo de las personas o garanticen a éstas un capital o una renta para el asegurado o beneficiario, todo en conformidad al DFL N° 251 y demás disposiciones que les sean aplicables. Ni tampoco aquella que autorizaba a los bancos para constituir o formar parte en sociedades que tendrán el carácter de filiales y cuyo objeto sea actuar como administradores de fondos de pensiones, en conformidad al Decreto Ley N° 3.500 y sus modificaciones posteriores.

## 2. Modificaciones a Ley de Mercado de Valores, N° 18.045

Las principales reformas introducidas a la Ley de Mercado de Valores –N° 18.045–, son las siguientes:

### A) Desmutualización de las bolsas de valores

Hasta antes de la reforma sólo se podía ser corredor de alguna bolsa de valores si se era accionista de la misma. Adicionalmente, para actuar como corredor de una bolsa de valores se debía tener propiedad sobre una acción de ese centro bursátil.

La ley aprobada modifica varios artículos del título referido a las bolsas de valores, con el fin de dar la opción a las bolsas de valores de contar con corredores no accionistas. De esta manera, se elimina el requisito de ser accionista de la

<sup>13</sup> El Ministro de Hacienda hizo presente que se considera que no corresponde que las personas jurídicas tengan derecho a la garantía estatal, porque una de las ideas tras la garantía estatal a los depósitos es que hay elevados costos de transacción y monitoreo que una persona natural no puede asumir. Las empresas están en una situación diferente y no corresponde que el Estado incurra en un riesgo para darles una garantía. Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, de 9 de enero de 2007.

bolsa para poder transar en ella en calidad de corredor. Al separar a las personas que tienen los derechos de propiedad de los que poseen los privilegios de transacción, puede ejercerse una mayor fiscalización y autorregulación, lo que reducirá el conflicto de intereses dentro de una bolsa estructurada como una mutual. La estructura de propiedad de las bolsas desmutualizadas permitirá realizar aumentos de capital que facilitan la obtención de recursos para realizar mejoras tecnológicas a los sistemas de transacción u otros fines.

Hoy serán las bolsas de valores las que decidan si los corredores que intermedian en ellas deberán tener o no la calidad de accionistas de la misma bolsa. Podrán surgir, por consiguiente, bolsas de valores que sólo admitan a corredores que tengan la calidad de accionistas de la misma, lo que tenderá a confundir a los propietarios del centro bursátil con los intermediarios que operan en el mismo. O también podrán existir centros bursátiles en donde la propiedad esté en manos de los accionistas y la intermediación en manos de los corredores. O por último, bolsas de valores que admitan tanto a corredores como inversionistas propietarios de acciones.

La fórmula para desmutualizar a las bolsas de valores es mediante la emisión de nuevas acciones que podrán ser adquiridas por cualquier inversionista. De esta forma se posibilita el aumento de capital de los centros bursátiles mediante la incorporación de inversores que no necesariamente serán intermediarios de ese centro.

En este propósito se inscriben las modificaciones introducidas al artículo 40 de la ley en cuanto por su numeral 4º se exige que las bolsas de valores deben constituirse y mantener un capital pagado mínimo equivalente a 30.000 unidades de fomento dividido en acciones sin valor nominal y funcionar con un número de a lo menos 10 corredores de bolsa. En relación con el requisito válido hasta antes de la reforma, se modificó la exigencia patrimonial de constituirse con un capital pagado mínimo de 30.000 unidades de fomento al que se le agrega el requisito de mantener dicho capital durante la vigencia de la sociedad, de modo que no baste acreditarlo al inicio para retirarlo más tarde.

Adicionalmente, y siguiendo la tendencia mundial, se permite que las bolsas de valores puedan ser objeto de procesos de cambios de control, ya que sólo se deberá adquirir una participación mayoritaria en la sociedad y no requerir la aprobación de los corredores que transan a través de ella. En ese propósito se inscriben las restantes modificaciones introducidas al artículo 40 de la ley, en cuando dispone que ningún corredor, en forma individual o conjuntamente con personas relacionadas, podrá poseer, directa o indirectamente, más del 10% de la propiedad de una bolsa de valores; que las acciones de las bolsas de valores se podrán transar en el mismo centro bursátil emisor o en otros; y que

un corredor podrá ejercer su actividad en más de una bolsa, ya sea en calidad de accionista o celebrando un contrato para operar en ella.

Finalmente, y con el propósito de asegurar un trato no discriminatorio para los corredores admitidos a intermediar en un centro bursátil, se agrega una letra h) al artículo 44 de la ley que exige de los reglamentos internos de las bolsas de valores normas que aseguren un tratamiento justo y no arbitrario para todos los corredores que operen en ellas. Adicionalmente se agrega un nuevo inciso al artículo 45 de la ley mediante el cual se establece que la bolsa de valores podrá rechazar, con el acuerdo de a lo menos dos tercios de sus directores, a las personas que opten al cargo de corredor de dicha bolsa, en la medida que ellas, y sus socios cuando se trate de personas jurídicas, no cumplan los requisitos de solvencia, idoneidad, y demás exigencias que la respectiva bolsa establezca en sus estatutos o reglamentos; y que la bolsa, al establecer y verificar el cumplimiento de dichos requisitos y exigencias, no podrá restringir o entorpecer la libre competencia.

Es nuestra opinión que la desmutualización de los centros bursátiles de nuestro país contribuirá significativamente al desarrollo del mercado de capitales, ya que una de las trabas que se habían detectado y que dificultaban su crecimiento era precisamente la excesiva rigidez existente en los centros de intermediación al tener que concurrir simultáneamente la calidad de corredor y accionista.

Al eliminarse esta exigencia se potenciará la competencia en dos grandes aspectos.

Por un lado, se crea el espacio para que se desarrolle un mercado por “el control” de los centros bursátiles, con todas las ventajas que ello trae aparejadas, en términos de mayor eficiencia y disciplina de los órganos de administración de los mismos.

De otro lado, al existir mayor flexibilidad y menor requerimiento de capital para desempeñar la labor de intermediación, se incrementará el número de opciones que podrá elegir el inversor para ejecutar sus decisiones de inversión, todo lo cual redundará en menores comisiones y mayores beneficios para los agentes económicos que operan en los mercados bursátiles.

## **B) Se incrementan los requerimientos técnicos para ser intermediario de valores**

Las exigencias legales para desarrollar la actividad de corretaje de valores, sea como corredor de bolsa o como agente de valores, se encuentran indicadas en el artículo 26 de la ley.

Mediante la reforma se sustituye la letra b) del citado artículo, que sólo exigía haber aprobado cuarto año medio o acreditar estudios equivalente. Ahora se pide, además de haber aprobado el cuarto año medio o estudios equivalentes, acreditar los conocimientos suficientes de la intermediación de valores, que en el caso de agentes de valores se efectuará en la forma y periodicidad que establezca la Superintendencia mediante norma de carácter general. En el caso de corredores de bolsa, la acreditación se efectuará ante la bolsa respectiva, cumpliendo con las exigencias que establezca la Superintendencia mediante normas de carácter general. Dichas normas deberán considerar la experiencia en la intermediación de valores como un antecedente relevante al momento de evaluar la suficiencia de los conocimientos a que se refiere esta nueva exigencia.

Si la actividad de corretaje se desarrolla por medio de una persona jurídica, deberán acreditar el cumplimiento de los citados requisitos todos los trabajadores que participen directamente en la intermediación de valores. Las especificaciones de dicha acreditación se determinarán tomando en cuenta la especialización y la posición de los examinados en la organización de la persona jurídica.<sup>14</sup>

La idoneidad tanto técnica como ética de los intermediarios de valores es fundamental para el correcto funcionamiento del mercado de valores. Las nuevas exigencias para estos intermediarios están además en línea con la desmutualización de las bolsas de valores. Si como consecuencia de la separación de las calidades de intermediarios y propietarios de las acciones de los centros bursátiles se va a incrementar la competencia, como es de esperar, resulta lógico y natural elevar los estándares mínimos de requerimientos técnicos para quienes prestan la labor de intermediación.

<sup>14</sup> En la discusión sobre los requerimientos técnicos adicionales que se le harían a los intermediarios y sus dependientes, el diputado Cardemil, don Alberto, estimó que esta enmienda podría adolecer de inconstitucionalidad, puesto que el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, por lo que los requisitos necesarios para desarrollar esas actividades deben estar establecidos por ley, sin que una autoridad administrativa como la Superintendencia de Valores y Seguros pueda imponer exigencias adicionales a quienes las ejercen. Frente a ello el señor Rudolph señaló que el objeto de la norma es que la Superintendencia pueda exigir a los intermediarios del mercado de valores conocimientos técnicos y jurídicos que les impidan alegar ignorancia en esas materias para eximirse de responsabilidad en casos de fraude u otros hechos ilícitos. El señor Alejandro Ferreiro afirmó que es muy frecuente que la ley mandate a la autoridad administrativa para normar el ejercicio de ciertas actividades económicas. Por lo tanto, no habría inconstitucionalidad alguna en la disposición en comento, si bien reconoce que se podría precisar qué clase de requisitos adicionales podrá establecer la Superintendencia. Sugirió explicitar que debe tratarse de idoneidad técnica y conocimiento del marco jurídico aplicable a la intermediación de valores. Primer Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, de 24 de octubre de 2003.

### **C) Autoriza a la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) para definir medios alternativos de entrega de información**

Se incorpora como artículo 13 de la ley la facultad para que la Superintendencia determine, mediante norma de carácter general, los medios alternativos a través de los cuales las sociedades fiscalizadas podrán enviar o poner a disposición de sus accionistas y demás inversionistas los documentos, información y comunicaciones que establece la ley.

Con esta facultad la SVS quedará en condiciones de autorizar medios tecnológicos que podrán ser utilizados por las entidades fiscalizadas para cumplir con el deber legal de entregar información a accionistas e inversores, aprovechando con ello las ventajas que brinda el desarrollo tecnológico.

### **D) Precisa tipo penal del artículo 60**

La experiencia extraída del caso Inverlink dejó en evidencia la poca precisión de algunos tipos penales consultados en la ley, lo que dificultó el encuadramiento de ciertas conductas en aquellas descritas en la norma.

Con la finalidad de precisar tales conductas ilícitas se sustituye la letra j) del artículo 60 en cuanto se tipifica como delito la conducta del que deliberadamente elimine, altere, modifique, oculte o destruya registros, documentos, soportes tecnológicos o antecedentes de cualquier naturaleza, impidiendo o dificultando con ello la fiscalización de la Superintendencia.

En suma, se amplía el delito que consiste en ocultar o eliminar los registros contables o de custodia de un intermediario de valores, incluyendo otras acciones, como alterar, modificar o destruir, otros objetos, como documentos, soportes tecnológicos o antecedentes de cualquier naturaleza, y más personas. Asimismo, se aplica a cualquier institución o persona fiscalizada por la Superintendencia de Valores y Seguros. Por otra parte, se añade la exigencia de tener como resultado el impedir o dificultar la fiscalización de la Superintendencia.

### **E) Establece la inembargabilidad de valores por deudas del intermediario**

Actualmente existe una potencial vulnerabilidad en cuanto a la seguridad de los valores mantenidos con intermediarios, ya que podrían ser embargados por deudas de dichos intermediarios. Por lo anterior, se prohibió el embargo, por deudas del intermediario, de los valores de los clientes mantenidos con los intermediarios. En los juicios en que se persiga la responsabilidad de los agentes de valores, corredores de bolsa, bolsas de valores, bancos o cualquiera otra entidad legalmente autorizada que mantenga valores por cuenta de ter-

ceros pero a nombre propio o la ejecución forzada de las obligaciones de éstos con terceros o con depositantes, no se podrá, en caso alguno, embargar, ni decretar medidas prejudiciales o precautorias u otras limitaciones al dominio respecto de los valores que les hubieren sido entregados en depósito.

Podrán decretarse tales medidas, de conformidad a las reglas generales, cuando se trate de obligaciones personales de los terceros que le hayan entregado valores en depósito, respecto de los valores de propiedad del tercero respectivo. En ningún caso se podrán embargar ni decretar las medidas mencionadas respecto de aquellos valores que se mantengan en depósito que sirvan de respaldo a la emisión de valores representativos de los mismos, mientras mantengan tal calidad.

Adicionalmente se separan las cuentas de los valores de los clientes y la cartera propia de los agentes de valores, corredores de bolsa, bolsas de valores, bancos o cualquiera otra entidad legalmente autorizada que mantenga valores por cuenta de terceros pero a nombre propio, con lo que se fortalecerá la seguridad de los derechos de propiedad de los valores.

#### **F) Reconoce mérito ejecutivo a los títulos de emisiones de deuda de corto plazo y permite la emisión de títulos desmaterializados**

Hasta la fecha, la oferta pública de valores representativos de deuda cuyo plazo no sea superior a 36 meses también podía efectuarse mediante la emisión de pagarés u otros títulos de crédito. No estaba contemplada la posibilidad de que fueran emisiones desmaterializadas ni menos que tales títulos tuviera mérito ejecutivo. La experiencia del caso Inverlink demostró que el manejo de documentos físicos es poco eficiente y aumenta los riesgos de endoso fraudulento.

Luego de la reforma se avanza en ambos sentidos. Se le otorga mérito ejecutivo a los títulos representativos de deuda por emisiones menores a 36 meses y se permite la emisión desmaterializada de los mismos.

Para tales efectos se exige que las características de la emisión, sea mediante títulos de deuda de montos fijos o por líneas de títulos de deuda, deberán constar en escritura pública suscrita por el representante de la entidad emisora; y que si la emisión fuere por líneas de títulos de deuda, las características específicas de cada colocación deberán también constar en escritura pública, suscrita en la forma antedicha.

Se faculta a la Superintendencia, mediante norma de carácter general, para regular las menciones que deberán contener las escrituras públicas referidas, las que contendrán a lo menos el compromiso irrevocable del emisor de pagar y cumplir las demás obligaciones que consten en ellas, y los requisitos de



información señalados en el artículo 131 de la ley, salvo las excepciones que este organismo determine.

Los tenedores tendrán derecho a requerir ejecutivamente el cumplimiento de todas las obligaciones que consten en dichas escrituras.

Los pagarés, letras u otros títulos de crédito que se emitan desmaterializados valdrán como tales a pesar de que no cumplan con las formalidades y menciones que establece la ley para el caso de su emisión física, por el solo hecho que sean anotados en cuenta de acuerdo con las normas de la Ley sobre Depósito y Custodia de Valores.

Tendrán mérito ejecutivo los certificados que la empresa de depósito de valores emita en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la Ley N° 18.876. Dicho certificado deberá acreditar que el título respectivo ha sido anotado en cuenta e indicará, además, su monto, fecha de vencimiento y tasa de interés.

En suma, una reforma que aprovecha tanto la seguridad que otorga la emisión de títulos desmaterializados como la certeza de cobro que emana de la fuerza ejecutiva del mismo.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> En relación con el mérito ejecutivo del título y el pago del impuesto de timbres, es importante consignar, para la correcta interpretación de estas disposiciones, los siguientes antecedentes que constan de la historia de la ley. El honorable senador señor Novoa hizo notar que se presentará un problema con los tribunales de justicia, que se preguntarán por el título original de la deuda. Los personeros del Ejecutivo aseguraron que la materia se contempla en las normas que contiene el Código de Procedimiento Civil sobre título ejecutivo, que señalan que tienen mérito ejecutivo todos aquellos otros títulos que establezca la ley. Por lo tanto, no hay que hacer referencia a otros títulos, sino a la ley que le concede mérito ejecutivo a instrumentos desmaterializados. En cambio, sostuvieron, sería problemático conceder mérito ejecutivo a la escritura de emisión y al certificado, porque la escritura de emisión es original y después puede haber otras que se emiten en virtud de una escritura de emisión. El honorable senador señor Novoa consideró que los jueces deberían dar mérito ejecutivo al certificado. Los representantes del Ejecutivo hicieron presente, además, que la emisión de los efectos de comercio desmaterializados podría generar algún conflicto con la Ley de Impuesto sobre Timbres y Estampillas, en cuanto este impuesto es de carácter documentario, y al no existir el documento podría alegarse que las operaciones quedarían exentas. Por ello, salvo que quisiera hacerse un cambio de política tributaria, debería establecerse que estos documentos pagarán el impuesto al momento de su emisión. El honorable senador señor Vásquez manifestó que efectivamente la Ley sobre Impuesto de Timbres y Estampillas exige el pago del tributo para poder ejercer las acciones prejudiciales o judiciales a que haya lugar. Sin embargo, recordó, la referida normativa no grava sólo los documentos, porque grava también, por ejemplo, los mutuos de dinero. Estimó, no obstante, que será necesario acreditar el pago del impuesto. El honorable senador señor Novoa apuntó que la discusión gira en torno al certificado que va a tener mérito ejecutivo y no sobre el pago de los impuestos. Expresó que no corresponde contemplar en el proyecto en informe el tema tributario. Frente a una excepción dilatoria como la mencionada por el honorable senador señor Vásquez, habrá que proceder, de acuerdo a las normas legales vigentes en la materia, a acreditar que se pagó el impuesto o que la operación estaba exenta; o al pago del impuesto respectivo. El Ministro de Hacienda puso de relieve que de ninguna manera se pretende eximir a las aludidas transacciones del pago del impuesto. El honorable senador señor Novoa recordó que ni en el texto de la norma aprobada en general por el Senado ni en el de la indicación sustitutiva se menciona el tema tributario, por lo que no debe utilizarse la indicación como pretexto para plantear el tema de los impuestos. El honorable senador señor Ominami dejó constancia de que no se está derogando el impuesto de Timbres y Estampillas y que en la materia no se está creando ninguna exención tributaria. Segundo Informe Comisión de Hacienda del Senado, de 9 de enero de 2007.

### **G) Flexibiliza el proceso de inscripción de valores extranjeros (Bolsa Off-Shore)**

Como se sabe, desde la vigencia de la Ley N° 19.601, de 18 de enero de 1999, se permite en nuestro país la oferta pública de valores extranjeros, esto es, la colocación de papeles emitidos por sociedades extranjeras con el propósito de levantar recursos en el mercado local.

La ley permite la colocación y transacción directa de valores emitidos en el extranjero, o la colocación y transacción de Certificados de Depósito de Valores (CDV), que son documentos emitidos en el país por un depositario de valores extranjeros contra el depósito de títulos homogéneos y transferibles de un emisor extranjero.

La transacción de papeles de valores de oferta pública, sea directamente o por la vía de la emisión de CDV, le da profundidad al mercado local, permitiéndole que este avance en su proceso de mayor internacionalización.

Con las reformas introducidas al título XXIV de la ley, se flexibilizó el proceso de registro de valores extranjeros en el Registro de Valores de la Superintendencia, permitiendo además un adecuado mecanismo de depósito y de custodia de dichos valores extranjeros.

En prueba de esa mayor flexibilidad, ahora la ley pide que para ser ofrecidos públicamente los CDV deberán inscribirse en el Registro de Valores. Pero si el registro de los valores subyacentes se hiciera sin el patrocinio de su emisor, la Superintendencia, mediante norma de carácter general, podrá circunscribir la transacción de los respectivos CDV a mercados especiales en que participen los grupos de inversionistas que determine. En la misma dirección, se faculta a la Superintendencia para regular, mediante normas de carácter general, los requisitos necesarios para obtener la inscripción de valores extranjeros o CDV, como asimismo los requisitos mínimos que deberá contener el contrato de depósito de valores extranjeros.

Para los efectos de la emisión de los CDV, sólo podrán ser depositarios de valores extranjeros los bancos, sucursales de bancos extranjeros autorizados para operar en Chile y las empresas de depósito de valores (Ley N° 18.876) y demás personas jurídicas que autorice la Superintendencia, mediante norma de carácter general, en este último caso siempre que se cumplan las condiciones que indica el artículo 185 de la ley.

Se elimina la exigencia para la inscripción de valores extranjeros o CDV de que sólo podía realizarse cuando el emisor de esos valores estuviere inscrito en la

entidad supervisora o reguladora competente de su país de origen o de otro país en donde se transen efectivamente sus valores. Se permite que la inscripción pueda ser solicitada, además, por un patrocinador de dichos valores, pudiendo patrocinar la inscripción de valores extranjeros aquellas sociedades que cumplan con los requisitos y condiciones de idoneidad que se determinen en norma de carácter general.

Con el propósito de salvaguardar los valores extranjeros en los juicios en que se persiga la responsabilidad de un depositario o la ejecución forzada de sus obligaciones con terceros o con depositantes, se impide decretar embargos, medidas prejudiciales o precautorias u otras limitaciones al dominio respecto de los valores extranjeros que le hubieren sido entregados en depósito. Tampoco podrán decretarse tales medidas respecto de dichos valores extranjeros cuando se trate de obligaciones personales de los emisores depositantes de los valores correspondientes.

Se faculta a la Superintendencia para establecer mediante normas de carácter general los procedimientos que permitan la inscripción y la oferta pública de valores extranjeros, pudiendo establecer requisitos diferentes según la naturaleza de los mismos y determinar los mercados en que podrán transarse, quedando facultada, además, para eximir de la obligación de inscripción a los valores extranjeros correspondientes a emisores bajo la supervisión de entidades con las que la Superintendencia haya suscrito convenios de colaboración, que permitan contar con información veraz, suficiente y oportuna sobre los valores extranjeros y sus emisores, en los términos exigidos en la ley. Con informe previo favorable del Banco Central de Chile, la Superintendencia, mediante normas de carácter general, podrá autorizar la realización de transacciones de valores extranjeros o de CDV, fuera de bolsa, quedando facultada también para rechazar la inscripción y registro de un valor extranjero o de los CDV, en casos excepcionales y graves relativos a hechos relacionados con circunstancias que por su naturaleza sea inconveniente difundir públicamente, pudiendo omitirse su fundamentación en la resolución respectiva. En tal caso, los fundamentos omitidos deberán darse a conocer reservadamente al Ministerio de Hacienda y al Banco Central, al Consejo de Defensa del Estado, a la Unidad de Análisis Financiero o al Ministerio Público, cuando corresponda.

Como se ve, la mayor flexibilización en la regulación de la oferta pública de valores en el país se hace a costa de mayores espacios de discrecionalidad de la administración. Con todo, es nuestra opinión que los peligros que encierran este tipo de transacciones, en cuanto se pueden prestar para la realización de transacciones ilícitas, justifica entregar a la autoridad mayor margen de movimiento y discrecionalidad.

## **H) Fortalece la seguridad en la custodia de títulos**

Las sociedades administradoras generales de fondos fueron autorizadas para operar en nuestro país desde la vigencia de la Ley N° 19.769, de 7 de noviembre de 2001.

Actualmente se encuentran reguladas en el título XXVII de la ley.

A partir de las experiencias vividas en el caso Inverlink y con la finalidad de evitar el fraude, la falsificación, adulteración o cualquiera forma de manipulación de los valores en circulación, se obliga a la sociedad administradora del fondo a encargar a una empresa de depósito de valores (Ley N° 18.876) el depósito de aquellos instrumentos que sean valores de oferta pública susceptibles de ser custodiados, facultando a la Superintendencia para establecer, mediante norma de carácter general, los títulos no susceptibles de ser custodiados por parte de las referidas empresas. Asimismo, se podrá autorizar, en casos calificados, que todos o un porcentaje de los instrumentos del fondo sean mantenidos en depósito en otra institución autorizada por ley. La Superintendencia establecerá, mediante norma de carácter general, la forma en que deberá llevarse la custodia y depósito, cuando se trate de valores extranjeros.

## **I) Se aumenta el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria por uso de información privilegiada**

El plazo con que cuenta el perjudicado por la utilización de información privilegiada para demandar la indemnización de los correspondientes perjuicios es de un año, conforme lo dispone el artículo 172 de la ley.

Este plazo se aumenta de uno a cuatro años, igualándolo al que establece el Código Civil para toda acción civil derivada de la comisión de un delito civil.

Esta ampliación del plazo de prescripción se justifica porque muchas veces la evidencia de la comisión de un delito contra la Ley de Mercado de Valores surge bastante después de su ocurrencia y, por tanto, el plazo de un año constituye prácticamente garantía de impunidad para los responsables de ilícitos de muy compleja elaboración que se mantienen ocultos por largo tiempo.

## **J) Cláusulas de acción colectiva en bonos**

En la actualidad se requiere la unanimidad de los tenedores de bonos de la emisión correspondiente para modificar la tasa de interés, el reajuste, las oportunidades de pago, el monto y vencimiento de las amortizaciones de la deuda y las garantías contempladas en la emisión original.

Para dar mayor flexibilidad y evitar de ese modo la cesación de pagos, en los mercados financieros es cada vez más frecuente permitir que el emisor modifique las condiciones de su deuda con el acuerdo de un alto porcentaje de los tenedores. De requerirse la unanimidad, la negativa de uno solo podría resultar en perjuicio de todos.

Por esta razón se modificó la ley para permitir las cláusulas de acción colectiva con el consentimiento del 75% de los tenedores de bonos. Al rebajarse el quórum se hace más flexible la posibilidad de reaccionar oportunamente frente a dificultades que presente el emisor.

### **K) Bolsa emergente: extensión del beneficio hasta el año 2014**

Desde la vigencia de la Ley N° 19.768, de noviembre de 2001, y como una forma de incentivar el desarrollo y la apertura de empresas emergentes, se reconoció como beneficio tributarios para estas, que el mayor valor que alcanzaren las acciones entre la fecha de colocación y la de apertura a bolsa no estaría afecto al impuesto que usualmente grava este incremento patrimonial.

Este beneficio se limitó sólo hasta el 31 de diciembre del año 2006.

En el propósito de mantener y potenciar aquel beneficio, esta nueva ley extiende el beneficio tributario para las empresas emergentes hasta el 31 de diciembre del año 2014.

### **L) Iniciativas que no prosperaron**

Como antecedentes para la correcta interpretación de la ley, nos parece pertinente consignar algunas de las iniciativas que no prosperaron y las razones que justificaron su rechazo.

(i) Información privilegiada. Se pretendió explicitar las presunción de acceso a información privilegiada (artículo 166 de la ley) respecto de aquellas personas que hayan generado la información. Se dejó constancia que en la actualidad dicho criterio es sólo alcanzado por vía interpretativa.

(ii) Se pretendió extender la obligación de comunicar información esencial a todo liquidador, director o ejecutivo principal que tenga noticia de un hecho que pudiera revestir el carácter de hecho esencial, debiendo comunicarlo inmediatamente al gerente, siendo responsable de los perjuicios que cause la demora injustificada, sin perjuicio de las sanciones pertinentes.

(iii) Se pretendió reemplazar el inciso primero del artículo 12 por otros en los que se establecía que las personas que directamente, a través de otras

personas naturales o jurídicas o que con otras personas con las que tienen un acuerdo de actuación conjunta, posean o reúnan el 10% o más del capital suscrito de una sociedad cuyas acciones se encuentren inscritas en el Registro de Valores o que intenten poseer o reunir dicho porcentaje, y los directores, liquidadores, ejecutivos principales, gerente general y gerentes de dichas sociedades, cualquiera que sea el número de acciones que posean, deberán informar a la Superintendencia y a cada una de las bolsas de valores del país en que la sociedad tenga valores registrados para su cotización su intención a firme de adquirir directa o indirectamente o enajenar las acciones de la sociedad correspondiente, en la forma y plazo que señale la Superintendencia, la que deberá exigir, al menos, el número estimado de acciones, el rango de precio y el periodo de vigencia de la orden de intermediación. En todo caso, dicho plazo deberá asegurar que entre el informe de la operación y el inicio de la ejecución de ésta transcurran, al menos, dos días hábiles bursátiles. La obligación anterior será también aplicable respecto de aquellos actos jurídicos o valores cuyo resultado financiero dependa o esté condicionado, en todo o en parte significativa, a la variación o evolución del precio de dichas acciones.

**(iv)** Se pretendió incorporar el Título XXVIII, nuevo, a continuación del actual artículo 238, que regulará a las Empresas de Auditoría Externa, a las que se definía como sociedades que prestan servicios de examen y análisis respecto del control interno, la contabilidad y los estados financieros de una sociedad anónima abierta por designación de la junta de accionistas o de otras entidades por exigencia de la ley, y las demás tareas que les encomiende la Superintendencia conforme a sus facultades legales.

**(v)** Se insistió en la derogación del artículo 182 de la ley, que faculta al Banco Central para imponer límites o restricciones a los cambios en la posición neta de inversiones de instrumentos en el extranjero que posean los inversionistas institucionales.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> El honorable senador señor Novoa explicó que a su juicio en la ley se introdujo una norma que no guarda relación con la materia, por cuanto el Banco Central tiene atribuciones para dictar normas, de acuerdo con su ley orgánica, y lo que se incluye en la norma dice relación con la posición neta de inversiones de instrumentos en el extranjero que posean los inversionistas institucionales. Consideró que la disposición constituye una medida similar al denominado "corralito" en Argentina, experiencia que no fue buena. Recordó que podrían verse afectados todos los cotizantes de AFPs y que sería particularmente complejo que por razones cambiarias se adoptara una decisión que involucrara enormes recursos constituidos, en su mayor parte, por los fondos de pensiones. El Ministro de Hacienda aclaró que el corralito en Argentina operaba como un congelamiento de los depósitos de los particulares en los bancos, mientras que la norma del artículo 182 trata sobre cambios en la posición neta de inversiones en el extranjero. Afirmó que un país que como política general no utiliza restricciones cambiarias ni limita la capacidad de los residentes, institucionales o no, para endeudarse afuera, o para invertir afuera, podría igualmente querer prever ciertas circunstancias límites en las cuales se produzca el equivalente internacional de una corrida bancaria, en que anticipándose a una variación en el tipo de cambio haya una entrada o salida muy fuerte de capitales. Ante esas circunstancias, que son gatilladas por eventos

(vi) Inicialmente se pretendió incorporar un nuevo título –el XXVIII– a la ley para regular las agencias de garantías. Con posterioridad, atendida su propia naturaleza, se decidió regularlas en un texto independiente de la Ley de Mercado de Valores.<sup>17</sup>

### 3. Crea la institución de la agencia de garantías o de créditos

Como se dijo en el párrafo que antecede, la regulación de las agencias de garantía estaba inicialmente contemplada en la Ley de Mercado de Valores. Luego se optó por tratarla separadamente de aquella atendida la naturaleza de la misma y dado que no necesariamente se vincula su función con aquellas materias reguladas en la citada Ley de Valores.

Una de las graves dificultades que se advierten en la actualidad es que en los créditos a cuyo financiamiento concurren varios bancos y que por consiguiente integran el sindicato, sólo se conoce el nombre de todos ellos a la fecha de suscripción del contrato. Además, que posteriormente van entrando y saliendo nuevos bancos al sindicato, por lo que se deben modificar las escrituras de prendas e hipotecas y sus respectivas inscripciones, con el correspondiente retraso y gastos asociados.

Tratándose de proyectos de financiamiento de cierta envergadura, que tienen a su vez cauciones de distinta naturaleza, es común que se establezca a favor de los acreedores un sistema en virtud del cual una persona designada al efecto hace las veces de pantalla para todos los participantes en los intereses del crédito. Así, por ejemplo, es práctica común en el extranjero que las participaciones de créditos se cedan fácilmente entre los bancos, pero en el caso de nuestro país la legislación nacional obligaría a efectuar, para cada cesión de una participación en un crédito, un sinnúmero de anotaciones e inscripciones en los distintos registros que resumen gran parte de las cauciones actualmente contempladas en ella. Si bien en nuestra práctica

---

extremos, los países suelen reservarse las mismas facultades que se reservan los sistemas financieros. En el evento de una corrida, la Superintendencia o los bancos centrales, dependiendo de cuál sea el órgano regulador, tiene la facultad de congelar los giros, para detener la corrida. La norma cuestionada contempla exactamente esta facultad, pero no a nivel de bancos, sino de cuentas externas del país en su conjunto. Los representantes del Banco Central hicieron presente que al dictarse el artículo 182, en la historia de la ley quedó registrado que la facultad complementaria reviste importancia por cuanto permite compatibilizar la acción de cada uno de los inversionistas institucionales con la evaluación macroeconómica del país. El objetivo preciso de la facultad fue que en épocas de crisis, en que está en riesgo el financiamiento de la balanza de pagos del país, el Banco Central pudiera actuar directamente sobre aquellas inversiones que se mantienen en el extranjero, regulándolas indirectamente en virtud de las facultades cambiarias que tiene. Segundo Informe de Comisión de Hacienda del Senado, de 9 de enero de 2007.

<sup>17</sup> La agencia de garantías tiene un antecedente primario en el artículo 119 de la Ley de Mercado de Valores, el cual se refiere específicamente a la posibilidad de designar a una persona para que reciba en favor de los tenedores de bonos aquellas garantías que se establezcan para el pago de éstos.

comercial se ha sido capaz de crear tinglados contractuales que de alguna forma emulan esa práctica de común aplicación en el extranjero, ello no ha permitido superar la falta de certeza jurídica que se produce cuando se hacen cesiones de participación en los créditos y éstas no son anotadas en los registros correspondientes, lo que se refleja en el encarecimiento de las tasas de interés o en algunos factores de descuento especiales aplicados en la cesión de esas participaciones.<sup>18</sup>

Para superar tales inconvenientes y recoger en nuestra legislación una institución de larga raigambre en el derecho comparado, se crea la figura del agente de garantías.

Por consiguiente, será en favor de esta entidad que se constituyen las garantías, quien las recibe y acepta a nombre propio pero por cuenta y beneficio de los bancos que en el futuro ostentarán la calidad de acreedores del crédito que se trate, disminuyendo los costos de transacción relativos a los créditos sindicados.

Dice la nueva ley que la agencia de créditos o garantías es un contrato colectivo de mandato, en virtud del cual dos o más acreedores acuerdan designar un agente común que les represente en el otorgamiento o gestión de sus créditos, o en la constitución, modificación o extinción de sus garantías, o en ambos, y para el ejercicio mancomunado de los derechos que emanen de tales créditos o garantías. La agencia debe ser expresamente aceptada por el deudor. Prestado este consentimiento, es irrevocable por la sola voluntad del deudor.

La ley no establece limitaciones en cuanto a quiénes pueden desempeñar la labor de agente.

El contrato de agencia de créditos o garantías se celebrará por escritura pública o privada, debiendo, en este último caso, las firmas ser autorizadas por un notario y el instrumento protocolizado.

La agencia de créditos o garantías se registrará por las normas de la nueva ley, y por las del mandato del Código de Comercio.

La calidad de acreedor o deudor se puede tener al tiempo de celebrarse el contrato o adquirirse con posterioridad, por acuerdo entre las partes involucradas o por simple adhesión al contrato, de acuerdo con las formalidades y modalidades estipuladas en el mismo.

<sup>18</sup> Véase Primer Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, de 24 de octubre de 2003.



El agente tendrá las facultades de administración y representación de los acreedores que señale el contrato. En el silencio de éste, se entenderá que tiene facultades de mera administración y conservación. La función de agente es remunerada, salvo pacto en contrario.

Las garantías que se constituyan se otorgarán a favor del agente, quien las aceptará por cuenta del conjunto de acreedores actuales y futuros. Igualmente le corresponderá aceptar las modificaciones o sustituciones de las garantías constituidas o consentir en su alzamiento, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el contrato, así como el ejercicio de los demás derechos que emanen de tales garantías. Si nada se dijere, se entenderá siempre que el agente tiene facultades de cobrar y percibir, incluso judicialmente, otorgar carta de pago y cancelación, y de alzar ilimitadamente garantías.

Si la caución consistiera en prenda, la entrega de la cosa empeñada, cuando se requiera para la constitución de la garantía, se hará al agente o a quien éste designe. Las citaciones y notificaciones que de acuerdo a la ley deben practicarse respecto de los acreedores hipotecarios o prendarios, se entenderán cumplidas al efectuarse al agente.

El contrato de agencia de garantías es revocable anticipadamente o susceptible de modificación, únicamente en los términos contemplados en el mismo. Si al efecto nada precisare, se entenderá que es modificable o terminable por la voluntad de acreedores que representen al menos las dos terceras partes del saldo en capital adeudado bajo el contrato.

Terminado el contrato, el agente deberá rendir cuentas conforme a sus estipulaciones y si hubiere créditos vigentes, deberá transferir las garantías a todos los acreedores, a prorrata de sus acreencias, salvo que se haya estipulado otra cosa.

El reemplazo del agente deberá hacerse al amparo de los términos y condiciones establecidos en el contrato, y en su silencio, deberá ser acordado por los acreedores que representen a lo menos la mayoría absoluta del saldo adeudado bajo el contrato. No podrá revocarse el mandato al agente, si simultáneamente no se designa un reemplazante, con las formalidades correspondientes. El reemplazo de agente podrá hacerse en contra de su voluntad. Si no hubiere dado motivo a su reemplazo, por su culpa, tendrá derecho a ser indemnizado por el perjuicio que se le cause con su remoción, salvo en cuanto se hubiere pactado otra cosa.

En los instrumentos de constitución y en las inscripciones de las cauciones que consistan en hipotecas o prendas que se acojan a esta agencia de garantías, no será necesario identificar a los acreedores, bastando individualizar el contrato y expresar el nombre del agente. Se anotarán, además, al margen de la inscripción original, los reemplazos del agente, cuando tuvieren lugar.

En suma, se crea una entidad que viene a suplir un importante vacío existente en nuestra legislación, que dará claridad contractual para que los agentes de garantías tengan un marco legal claro y que permitirá abaratar los costos transaccionales en operaciones comerciales de financiamiento.

#### **4. Modificaciones a la Ley de Sociedades Anónimas, N° 18.046, y a la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, DL N° 3.538, de 1980**

##### **I. A la Ley de Sociedades Anónimas**

En el mensaje del Ejecutivo se incluyó un nuevo capítulo a la ley para regular a la sociedad de responsabilidad limitada por acciones. Con posterioridad se decidió no incluir en esta ley al nuevo tipo societario, sino que agregarlo como una modificación al Código de Comercio.

De todas las propuestas que envió el Ejecutivo en el Mensaje,<sup>19</sup> sólo prosperó aquella destinada a flexibilizar la norma que regula la entrega de información de la sociedad anónima abierta a sus accionistas. Se modificó el artículo 75 de la ley, reemplazando la expresión "enviar a" por la exigencia de poner a disposición de los accionistas la información. Adicionalmente se agregó un artículo nuevo (el número 137 bis) mediante el cual se facultó a la Superintendencia para determinar, mediante norma de carácter general, los medios alternativos

<sup>19</sup> (i) **Autorización de votación a distancia.** Se pretendió crear un mecanismo que permitiera a los accionistas inhabilitados para presentarse físicamente en junta de accionistas, a emitir su voto por medios remotos, a través de Internet y correo convencional. (ii) **Permitir emisión de opciones de compra de acciones o warrants.** Se propuso establecer en un nuevo artículo 26 bis que contemplara la posibilidad de que la sociedad emita opciones de suscripción de acciones o warrants, para ser colocadas entre los accionistas o terceros, al precio que determine la junta extraordinaria de accionistas, quedando la junta facultada para determinar el precio de ejercicio de la opción y su plazo, el que no podría exceder de veinte años. Los warrants dan la opción a su comprador de adquirir la acción subyacente del emisor a un precio predeterminado. (iii) **Envío electrónico de información a accionistas.** Se pretendió sustituir la obligación de publicar en periódicos la información por su despacho electrónicamente a accionistas. (iv) **Derechos de acciones suscritas y pagadas versus no pagadas.** Se propuso que todos los derechos de los accionistas, incluidos los de participación en la administración, sean en función de sus aportes a la sociedad, suprimiendo el derecho de las acciones cuyo valor no se encuentre totalmente pagado. Se dijo que, en la práctica, ello ha implicado que los accionistas que sólo hayan suscrito sus acciones puedan tener participación en la administración e incluso lleguen a controlar la sociedad. (v) **Transacciones entre sociedades relacionadas.** Se propuso ampliar el concepto de interés respecto de un director implicado, a los controladores y personas relacionadas que votaron por aquel para lograr

a través de los cuales las sociedades fiscalizadas podrán enviar o poner a disposición de sus accionistas, los documentos, información y comunicaciones que establece la ley.

Gran parte de las indicaciones que se presentaron a lo largo de la tramitación de la ley estaban encaminadas a perfeccionar las propuestas contenidas en el Mensaje, que en su gran mayoría apuntaban a perfeccionar las normas sobre administración y gobierno de las sociedades. Ellas luego fueron desglosadas de este proyecto y presentadas en un nuevo Mensaje, el que finalmente no prospero.

Es nuestra opinión que la denominada reforma MK 2 quedó en deuda con la necesidad de perfeccionar algunos mecanismos sobre gobierno y administración de la sociedad anónima, particularmente en lo relativo a las operaciones con parte relacionada, a las operaciones realizadas entre filiales y coligadas y entre entidades de un mismo grupo empresarial. A la enajenación y transferencia de activos,<sup>20</sup> a los deberes y responsabilidades de los administradores, sobre todo en las anónimas cerradas, a la precisión del concepto de director independiente, entre otras materias de significación.

## II. A la ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros

### A) Refuerza facultades de fiscalización de la Superintendencia

Si bien en cada reforma introducida a la ley orgánica de la Superintendencia se agregan nuevas facultades de fiscalización, al parecer la experiencia ha demostrado –sobre todo en el caso Inverlink– que a la hora de fiscalizar ellas no han sido suficientes.

En razón de ello se refuerzan las facultades de fiscalización de la Superintendencia, facultándola para citar a declarar a aquellas personas que sin ser fiscalizadas o relacionadas a ellas, ejecuten o celebren actos o convenciones cuyo objeto sean instrumentos o valores emitidos por entidades fiscalizadas.

---

determinantemente su elección. Se propuso precisar de mejor manera el rol del directorio en relación a las transacciones entre sociedades relacionadas, estableciendo que el directorio debe determinar si se ajustan a condiciones de mercado y permitiendo al directorio que pueda determinar las transacciones y la forma en que se pueden realizar. También se pretendió perfeccionar la normativa que trata del comité de directores, para lo cual se establecía que este comité debe proponer las condiciones generales a las que se podrá llevar a cabo el tipo de transacciones en cuestión, informando a posteriori respecto del cumplimiento de las condiciones de equidad mencionadas, pronunciándose respecto de los informes de los peritos evaluadores.

<sup>20</sup> Por ejemplo, actualmente, para la enajenación del 50% o más del activo, como la formulación o modificación de cualquier plan de negocios que contemple la enajenación de activos por un monto que supere el 50% del activo, requiere del voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto, normativa que ha sido burlada mediante operaciones realizadas por la vía de filiales. Bastaba exigir que el activo a considerar sea el consolidado.

De este modo, cualquier tercero ajeno a la fiscalización de la SVS, por el solo hecho de relacionarse en instrumentos o valores emitidos con entidades que sí lo sean, quedarán sujetos a la obligación de concurrir a declarar. Debe recordarse que la SVS puede requerir del juzgado competente la comparecencia de quienes se nieguen a concurrir a la citación.

Con todo, no debe confundirse esta nueva facultad con el universo de sujetos fiscalizados por la SVS, que en esta reforma no fue objeto de modificación.

Adicionalmente se la faculta para instruir, por resolución fundada, a los intermediarios de valores, a las administradoras de fondos fiscalizados, respecto de los recursos de éstos, a las compañías de seguros del segundo grupo, y a las sociedades securitizadoras, respecto de los recursos de sus patrimonios separados, que se abstengan de realizar las transacciones que específicamente determine con sus personas relacionadas o a través de ellas, hasta por un plazo de tres meses, renovable por igual período, cuando la situación financiera de ellas o de sus personas relacionadas ponga en riesgo los respectivos fondos administrados, patrimonios separados o compromisos con inversionistas o asegurados, según corresponda.

Se trata de una atribución que de ejercerse afecta la facultad que tienen las citadas entidades de realizar operaciones con sus personas relacionadas. La calificación de las circunstancias de hecho de cuando la situación financiera de las referidas entidades pone en riesgo los fondos administrados por ellas es una cuestión que queda entregada a la discrecionalidad del fiscalizador, con los consiguientes riesgos que ello implica y a los que ya nos hemos referido en lo que antecede.

B) Hace de cargo de la Superintendencia de Valores y Seguros la defensa judicial del Superintendente.<sup>21</sup>

Agrega un inciso final al artículo 7º del DL mediante el cual se establece que en caso de ejercerse acciones judiciales en contra del Superintendente por actos u omisiones en el ejercicio de su cargo, la Superintendencia deberá proporcionarle defensa. Esta defensa se extenderá para todas aquellas acciones que se inicien en su contra por los motivos señalados, incluso después de haber cesado en el cargo.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Igual protección tendrá el Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones, ya que se agregó un nuevo artículo 22 al Decreto con Fuerza de Ley N° 101, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1980, de un tenor igual al que se comenta en este acápite.

<sup>22</sup> Véase acápite 1. B) anterior en donde constan los antecedentes y nuestros comentarios sobre esta modificación.

### C) Otras modificaciones menores.

(i) En el propósito de facilitar la entrega de la información por parte de los sujetos fiscalizados, permite que la información se entregue (letra ñ), artículo 4º) en medios distintos al papel siempre “que aseguren su fidelidad al original”. Adicionalmente se precisa que se considerará también documento original aquel que se recibiere en la Superintendencia por los medios tecnológicos que ésta haya establecido para tal efecto y que sean aptos para producir fe; y que para efectos de lo establecido en la letra ñ) del artículo 4º, la Superintendencia autorizará los medios tecnológicos que cuiden la integridad, autenticidad y durabilidad.

(ii) Precisa que los términos de días que establece la ley orgánica son de días hábiles y que para estos efectos se entenderá que no son hábiles los días sábados.

(iii) Establece que la presentación del recurso de reposición ante la SVS suspende el plazo para reclamar contra la aplicación de una multa o de su monto de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 30.

### D) Propuestas de modificación que no prosperaron.

(i) No prosperó la iniciativa del Ejecutivo de autorizar a la SVS para requerir registros de correspondencia y de llamados. Tampoco aquella que pretendía otorgarles a las declaraciones prestadas en el curso de una investigación administrativa el valor de plena prueba en tribunales.

(ii) No prosperó la propuesta de modificar la normativa para efectos de que ante la deducción de recursos de ilegalidad por parte de las instituciones fiscalizadas en el caso de suspensiones o cancelaciones resueltas por parte de la superintendencia, estos recursos se concedan en el solo efecto devolutivo.<sup>23</sup>

(iii) Tampoco prosperó la iniciativa destinada a darle competencia a la Corte de Apelaciones para conocer de las reclamaciones de multa, que siguen siendo de conocimiento de los juzgados civiles.

(iv) Por último, no prosperó la iniciativa para eliminar la exigencia de consignación previa del 25% del monto total de la multa, para reclamar de la misma.

<sup>23</sup> El señor Alejandro Ferreiro afirmó que ello puede resultar en un severo perjuicio para el resto del mercado de capitales. Expresó que, en consideración a lo anterior, se propone que, ante la deducción de estos recursos, se concedan en el solo efecto devolutivo. Primer Informe Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, de 24 de octubre de 2003.

## 5. Modificaciones al Código de Comercio y al Código Civil

### A) Creación de la sociedad por acciones.

Como ya se dijo en lo que antecede, en el Mensaje del Ejecutivo se incluyó como modificación a la Ley de Sociedades Anónimas la creación de un nuevo tipo societario, que inicialmente se denominó sociedad de responsabilidad limitada por acciones.<sup>24</sup>

Para explicar la creación de este tipo social nuevo se dijo en el Mensaje que en el marco del fortalecimiento y desarrollo de la industria de capital de riesgo, la experiencia internacional demuestra que uno de los elementos que ha resultado clave para el buen funcionamiento de este tipo de actividades, ha sido contar con un vehículo social lo suficientemente flexible que permita separar los roles y derechos de los distintos tipos de participantes; que actualmente la legislación nacional cuenta con varios tipos sociales, ninguno de los cuales resulta ser completamente apropiado para el desarrollo de la industria de capital de riesgo; y que por todo lo anterior, se hace necesario contar con un tipo social donde la participación de cada socio sea fácilmente transable, de manera de permitir una salida expedita, creando así los incentivos a participar en la industria de capital de riesgo.

De las motivaciones anteriores queda claro que este nuevo tipo social fue concebido como un instrumento de fomento al desarrollo del capital de riesgo. Sólo una estructura liviana y flexible permitirá que los inversionistas en capital de riesgo puedan, a través de tecnología contractual más sofisticada, hacer valer directamente sus derechos en la forma pactada, sin pasar por medio de intrincadas alternativas legales diseñadas para dar cabida a las especificidades puntales de un proyecto y sus condicionantes financieras.

Para tales efectos se requiere mayor flexibilidad fundamentalmente en tres aspectos: administración, estructura de capital y transferencia de acciones, aspectos en los que el nuevo tipo societario innova en relación con la regulación de la anónima tradicional.

En suma, la creación de este nuevo tipo societario apuntó a flexibilizar las estructuras jurídicas existentes para favorecer a aquellas pequeñas sociedades que amparan proyectos de capital de riesgo, industria esta en la que actualmente se recurre muchas veces a complejas construcciones contractuales para evadir disposiciones perentorias de la Ley de Sociedades Anónimas, la que por su

<sup>24</sup> Se modificaba el artículo primero de la ley en cuanto se declaraba que "Las sociedades anónimas pueden ser de tres clases: sociedades anónimas abiertas, sociedades anónimas cerradas o sociedades de responsabilidad limitada por acciones".

esencia está dirigida principalmente a las anónimas abiertas, pero cuyas normas son residualmente aplicables también a las cerradas, con toda su rigidez, por lo que cuando las partes en un negocio buscan ampararlo recurriendo a la estructura jurídica de las sociedades anónimas cerradas, se encuentran con todas las dificultades propias de una legislación que no está particularmente diseñada para acoger proyectos de capital de riesgo.<sup>25</sup>

No es el objeto de este trabajo estudiar en profundidad las normas que regulan a este nuevo tipo societario. Por ahora, a partir de lo aprobado en la ley, sólo describiremos genéricamente sus características más relevantes para, en una próxima oportunidad, profundizar el estudio de las disposiciones que la regulan.

Se modifica en el Libro II, Título VII, el artículo 348 y se agregan los artículos 424 a 446, todos ellos del Código de Comercio.

La sociedad por acciones es una persona jurídica creada por una o más personas mediante un acto de constitución cuya participación en el capital es representada por acciones. Su objeto será siempre mercantil. Tendrá un estatuto social en el cual se establecerán los derechos y obligaciones de los accionistas, el régimen de su administración y los demás pactos que, salvo por lo dispuesto en la ley, podrán ser establecidos libremente. En silencio del estatuto social y de las disposiciones de la ley, la sociedad se regirá supletoriamente, y sólo en aquello que no se contraponga con su naturaleza, por las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Se dijo que el objetivo primario de Ley de Sociedades Anónimas es regular las sociedades anónimas abiertas, dejando en un nivel menor a la sociedad anónima cerrada. Este diseño acabó por infundir esquemas legales propios de la sociedad anónima abierta en la sociedad anónima cerrada. Este fenómeno incrementó el número de rigideces estructurales de las sociedades anónimas cerradas, siendo éstas suplidas con artificiosos mecanismos legales que buscaban superar dichas dificultades por medio de pactos privados, paralelos a la estructura estatutaria de la sociedad anónima cerrada. Este fenómeno trajo consigo una pérdida de transparencia estatutaria y un incremento en los costos necesarios para la creación de una sociedad dedicada al capital de riesgo, en una industria donde la necesidad de liquidez en las etapas tempranas es aun mayor que en otras actividades. Primer Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, de 27 de octubre de 2006.

<sup>26</sup> En relación con la ley supletoria aplicable, se generó un interesante debate, que en síntesis discursó sobre lo siguiente: El Ejecutivo postula que debe aplicarse la de las sociedades anónimas, mientras que los parlamentarios proponen que sea la de las sociedades de personas. Los personeros del Ejecutivo informaron que el estudio de la materia se había encargado en su oportunidad a una comisión de alto nivel, que recomendó la aplicación de las normas de las sociedades anónimas. La honorable senadora señora Matthei expresó que el esfuerzo por diseñar distintos tipos de empresas será en definitiva inútil, puesto que en la medida en que toda la normativa supletoria sea la de las sociedades anónimas acabarán siendo otra sociedad anónima más. Los personeros del Ejecutivo manifestaron que la propuesta no es restrictiva. Señalaron que las sociedades que contempla el proyecto se concibieron como complemento a la industria del capital de riesgo. Afirmaron que los abogados que ejercían en ese sector observaron que el esquema de las sociedades anónimas cerradas era rígido y les impedía organizar los negocios en la forma moderna en que se hace en otros países. Por lo tanto, se identificaron las restricciones que impone la Ley de Sociedades Anónimas, se flexibilizaron, se dio libertad para que las partes puedan pactar algo distinto, pero sin alejarse de la lógica de que lo importante es el capital que aporta cada

Se forma, existe y prueba por un acto de constitución social escrito, inscrito y publicado en los términos indicados en el artículo 426, que se perfeccionará mediante escritura pública o por instrumento privado suscrito por sus otorgantes, y cuyas firmas sean autorizadas por notario público, en cuyo registro será protocolizado dicho instrumento.

El acto de constitución de la sociedad irá acompañado de su estatuto, el que deberá expresar las menciones indicadas en el artículo 425.

Las disposiciones del estatuto social podrán ser modificadas por acuerdo de la junta de accionistas, del que se dejará constancia en un acta que deberá ser protocolizada o reducida a escritura pública. Sin embargo, no se requerirá la celebración de la junta antedicha si la totalidad de los accionistas suscribieren una escritura pública o un instrumento privado protocolizado en que conste tal modificación. Un extracto del documento de modificación o del acta respectiva, según sea el caso, será inscrito y publicado en la misma forma establecida en el artículo 426.

El estatuto establecerá los medios de comunicación entre la sociedad o los accionistas, siempre que den razonable seguridad de su fidelidad. En silencio del estatuto, se utilizará el correo certificado. El envío deficiente no afectará la validez de la citación, pero la administración responderá de los perjuicios que causare a los accionistas.

Las diferencias que ocurran entre los accionistas, los accionistas y la sociedad o sus administradores o liquidadores, y la sociedad y sus administradores o liquidadores, deberán ser resueltas por medio de arbitraje, cuyas características deberán indicarse en los estatutos. En silencio de éste, conocerá de las disputas en única instancia un solo árbitro de carácter mixto, que no obstante actuar como arbitrador en cuanto al procedimiento, resolverá conforme a derecho.

En silencio del estatuto, los árbitros serán designados por el tribunal de justicia del domicilio social.

Se aplicará lo dispuesto en los artículos 6° y 6° A de la Ley N° 18.046. El saneamiento de las nulidades que afecten la constitución y modificaciones de

---

accionista y no la persona del socio, que es la lógica de las sociedades de personas. En las sociedades anónimas las acciones se venden libremente, porque lo importante es quién aportó el capital, que ese capital debe recibir un dividendo y que tiene derecho a determinados votos. Subrayaron que se intentó limar todas las protecciones que podían constituirse en trabas y establecer, además, que el estatuto se aplica en forma supletoria a lo dispuesto en los estatutos y en aquello que no sea contrario a la naturaleza de la nueva sociedad. Destacaron, asimismo, que la legislación más completa es la relativa a las sociedades anónimas, porque cubre casi todos los aspectos, y que es la normativa que se ajusta mejor a la naturaleza de lo que se busca, que es una sociedad de capitales muy flexible. Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, de 9 de enero de 2007.



estas sociedades se efectuará conforme lo dispuesto por la ley N° 19.499. Los accionistas podrán liquidar por sí mismos la sociedad de hecho o designar uno o más liquidadores.

La sociedad que durante más de 90 días seguidos reúna los requisitos de los números 1) ó 2) del inciso segundo del artículo 2° de la Ley N° 18.046, por el solo ministerio de la ley se transformará en una sociedad anónima abierta, siéndole totalmente aplicables las disposiciones pertinentes de dicha ley, las que en este caso prevalecerán sobre el estatuto social.

Los accionistas sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.

La sociedad llevará un registro en el que se anotará, a lo menos, el nombre, domicilio y cédula de identidad o rol único tributario de cada accionista, el número de acciones de que sea titular, la fecha en que éstas se hayan inscrito a su nombre, y tratándose de acciones suscritas y no pagadas, la forma y oportunidades de pago de ellas. Igualmente, en el registro deberá inscribirse la constitución de gravámenes y de derechos reales distintos al dominio. En caso de que algún accionista transfiera el todo o parte de sus acciones, deberá anotarse esta circunstancia en el registro, el que podrá llevarse por cualquier medio, siempre que éste ofrezca seguridad de que no podrá alterarse, y que, además, permita el inmediato registro o constancia de las anotaciones que deban hacerse y estará, en todo tiempo, disponible para su examen por cualquier accionista o administrador de la sociedad.

En los traspasos de acciones deberá constar la declaración del cesionario en el sentido que conoce la normativa legal que regula este tipo social, el estatuto de la sociedad y las protecciones que en ellos puedan o no existir respecto del interés de los accionistas. La omisión de esta declaración no invalidará el traspaso, pero hará responsable al cedente de los perjuicios que ello irroque.

El capital de la sociedad deberá ser fijado de manera precisa en el estatuto y estará dividido en un número determinado de acciones nominativas. El estatuto podrá establecer que las acciones de la sociedad sean emitidas sin imprimir láminas físicas de dichos títulos. Los aumentos de capital serán acordados por los accionistas, sin perjuicio que el estatuto podrá facultar a la administración en forma general o limitada, temporal o permanente, para aumentar el capital con el objeto de financiar la gestión ordinaria de la sociedad o para fines específicos.

El capital social y sus posteriores aumentos deberán quedar totalmente suscritos y pagados en el plazo que indiquen los estatutos. Si nada señalaren al

respecto, el plazo será de cinco años, contados desde la fecha de constitución de la sociedad o del aumento respectivo, según corresponda. Si no se pagare oportunamente al vencimiento del plazo correspondiente, el capital social quedará reducido al monto efectivamente suscrito y pagado. Salvo disposición en contrario en los estatutos, las acciones cuyo valor no se encuentre totalmente pagado, no gozarán de derecho alguno.

El estatuto social podrá establecer porcentajes o montos mínimos o máximos del capital social que podrá ser controlado por uno o más accionistas, en forma directa o indirecta. En caso de existir tales normas, el estatuto deberá contener disposiciones que regulen los efectos y establezcan las obligaciones o limitaciones que nazcan para los accionistas que quebranten dichos límites, según sea el caso. En su defecto, dichas estipulaciones se tendrán por no escritas. El estatuto también podrá establecer que bajo determinadas circunstancias se pueda exigir la venta de las acciones a todos o parte de los accionistas, sea a favor de otro accionista, de la sociedad o de terceros. En caso de existir tales normas, el estatuto deberá contener disposiciones que regulen los efectos y establezcan las obligaciones y derechos que nazcan para los accionistas. En su defecto, dichas estipulaciones se tendrán asimismo por no escritas.

Las acciones pueden ser ordinarias o preferidas. El estatuto social deberá establecer en forma precisa las cargas, obligaciones, privilegios o derechos especiales que afecten o de que gocen una o más series de acciones.

Cada accionista dispondrá de un voto por cada acción que posea o represente. Sin embargo, el estatuto podrá contemplar series de acciones sin derecho a voto, con derecho a voto limitado o a más de un voto por acción; en cuyo caso deberán determinar la forma de computar dichas acciones para el cálculo de los quórum.

La sociedad podrá adquirir y poseer acciones de su propia emisión, salvo en cuanto esté prohibido por el estatuto social. Con todo, las acciones de propia emisión que se encuentren bajo el dominio de la sociedad no se computarán para la constitución del quórum en las asambleas de accionistas o aprobar modificaciones del estatuto social, y no tendrán derecho a voto, diviendo o preferencia en la suscripción de aumentos de capital. Las acciones adquiridas por la sociedad deberán enajenarse dentro del plazo que establezca el estatuto, y si nada se dijere, deberán enajenarse en el plazo de un año a contar de su adquisición. Si dentro del plazo establecido las acciones no se enajenan, el capital quedará reducido de pleno derecho y las acciones se eliminarán del registro.

La sociedad podrá emitir acciones de pago, que se ofrecerán al precio que determinen libremente los accionistas o quien fuere delegado al efecto por ellos. No será obligatorio que dicha oferta se realice preferentemente a los accionistas. Sin embargo, el estatuto social podrá establecer que las opciones para suscribir acciones de aumento de capital de la sociedad o de valores convertibles en acciones de la sociedad, o de cualesquiera otros valores que confieran derechos futuros sobre éstas, sean de pago o liberadas, deban ser ofrecidas, a lo menos por una vez, preferentemente a los accionistas, a prorrata de las acciones que posean.

Todo acuerdo de reducción de capital deberá ser adoptado por la mayoría establecida en el estatuto. En silencio de éste, se requerirá el voto conforme de la unanimidad de los accionistas. No podrá procederse al reparto o devolución de capital o a la adquisición de acciones con que dicha disminución pretenda llevarse a efecto, sino desde que quede perfeccionada la modificación estatutaria.

En caso que el estatuto establezca que la sociedad deba pagar un dividendo por un monto fijo, determinado o determinable, a las acciones de una serie específica, éstos se pagarán con preferencia a los dividendos a que pudieren tener derecho las demás acciones. Salvo que el estatuto señale algo distinto, si las utilidades no fueren suficientes para cubrir el dividendo fijo obligatorio, el accionista podrá optar por alguna de las siguientes opciones:

1. Registrar el saldo insoluto en una cuenta especial de patrimonio creada al efecto y que acumulará los dividendos adeudados y por pagar. La sociedad no podrá pagar dividendos a las demás acciones que no gocen de la preferencia de dividendo fijo obligatorio, hasta que la cuenta de dividendos por pagar no haya sido completamente saldada. En caso de disolución de la sociedad, el entero de la cuenta de dividendos por pagar tendrá preferencia a las distribuciones que deban hacerse, o
2. Ejercer el derecho a retiro respecto de las acciones preferidas a partir de la fecha en que se declare la imposibilidad de distribuir el dividendo. Si el estatuto no señalare otra cosa, el precio a pagar será el valor de rescate, si lo hubiere, o en su defecto el valor libros de la acción, más la suma de los dividendos adeudados a la fecha de ejercer el derecho de retiro.

En caso que la sociedad deba pagar dividendos provenientes de las utilidades de unidades de negocios o activos específicos de ésta, deberá llevar cuentas separadas respecto de ellos y las utilidades sobre las que se pagarán dichos dividendos serán calculadas exclusivamente sobre la base de esta contabilidad, sin importar los resultados generales de la sociedad. Por su parte, la sociedad

no computará las cuentas separadas para el cálculo de sus utilidades generales, en relación con el pago de dividendos ordinarios a los accionistas. Las ganancias provenientes de las unidades de negocios o activos separados que no sean distribuidas como dividendos se integrarán a los resultados generales del ejercicio correspondiente.

Salvo que el estatuto disponga lo contrario, la sociedad no se disolverá por reunirse todas las acciones en un mismo accionista.

Al haberse modificado el artículo 2<sup>º</sup> –se le agregó un número 6– de la Ley sobre Impuesto a la Renta, contenida en el artículo 1º del Decreto Ley N° 824, de 1974, en que se dispuso que para todos los efectos de esta ley, las sociedades por acciones reguladas en el Párrafo 8 del Título VII del Libro II del Código de Comercio, se considerarán anónimas, el régimen tributario aplicable para este nuevo tipo societario es el de las sociedades anónimas.

En síntesis, se crea un nuevo tipo societario, de objeto siempre mercantil, que puede ser formado por una o más personas, destinado a facilitar el desarrollo de la industria del capital de riesgo, al cual se le dota de una estructura flexible en materia de administración, cumplimiento de formalidades, fiscalización, entero y aumento de capital –que puede ser decidido sólo por el directorio–, traspaso de acciones, permitiéndole, entre otras materias, la entrega de dividendos asegurados, la segregación de unidades de negocio de manera que los dividendos o demás derechos económicos de una serie de acciones puedan relacionarse directamente al rendimiento de dicha unidad de negocios, la emisión de acciones que pueden tener todo tipo de privilegios dentro de su clase o serie, que no requieren de compensaciones y pueden establecer la eliminación total o parcial de uno o más derechos sociales, cualesquiera sean estos y la limitación a la concentración accionarial.

B) A la regulación de las Quiebras y al Código Civil.

Como se recordará, el inciso segundo del artículo único de la Ley N° 20.080, de noviembre de 2005, incorporó en el Código de Comercio a la Ley N° 18.175 y sus modificaciones, que regula las quiebras. Desde esa fecha, en el Libro IV, “De las Quiebras”, del Código de Comercio se encuentra regulada esta materia, salvo lo normado en el antiguo Título II, que se mantuvo como Ley Orgánica de la Superintendencia de Quiebras.

Las modificaciones más importantes introducidas a la regulación de las quiebras son las siguientes:

### **(i) Reconocimiento legal a los pactos de subordinación de créditos valistas ante la quiebra del deudor**

La contratación de créditos con obligaciones subordinadas, o créditos que se subordinan o privilegian unos respecto de otros, son de gran y ordinaria aplicación en los financiamientos de proyectos.

Se dijo en el Mensaje del Ejecutivo que en la actualidad, frente a la cesación de pagos y quiebra de un deudor, los acreedores son reunidos para liquidar el patrimonio del deudor y que el orden de precedencia de la masa de acreedores que concurren al pago sufre alteraciones legales pasando unos acreedores delante de otros de acuerdo a las clasificaciones que la ley ha señalado. Pagados los créditos preferidos, la masa remanente se reparte entre los acreedores ordinarios y sin privilegios o valistas; que la actual ley de quiebras no reconoce la existencia de órdenes de preferencia entre los acreedores valistas, de manera que el síndico no tiene la obligación de hacer respetar órdenes de créditos que voluntariamente se han resuelto subordinar al pago íntegro de otras acreencias.

Por consiguiente, los cambios aprobados permiten que se reconozca la existencia de acuerdos entre todos o algunos de los acreedores valistas a fin de que unos se subordinen al pago de otros y se regule la forma en que el síndico se conducirá respecto de acreedores privilegiados, subordinados y los demás valistas ajenos a pactos de subordinación.

Para tales efectos, se modificaron el Código de Comercio y el Código Civil, de manera tal que los pactos entre acreedores sean respetados por el síndico de quiebras y éste los haga cumplir, como representante del fallido.

En tal propósito se agregaron al artículo 2489 del Código Civil varios incisos mediante los cuales se estableció que si entre los créditos de la clase valista figuraren algunos subordinados a otros, éstos se pagarán con antelación a aquéllos. Además se definió a la subordinación de créditos como un acto o contrato en virtud del cual uno o más acreedores de la quinta clase aceptan postergar, en forma total o parcial, el pago de sus acreencias en favor de otro u otros créditos de dicha clase, presentes o futuros; y que la subordinación también podrá ser establecida unilateralmente por el deudor en sus emisiones de títulos de crédito, en cuyo caso y cuando sea establecida unilateralmente por el acreedor que acepta subordinarse, será irrevocable.

No se trata de una sexta categoría, puesto que el acreedor subordinado no se posterga frente a todos los valistas, sino sólo frente a aquellos que participaron en el pacto de subordinación.

Como formalidad se exigió que el establecimiento de la subordinación y su término anticipado, cuando corresponda, deberán constar por escritura pública o documento privado firmado ante notario y protocolizado; y que la subordinación comprenderá el capital y los intereses, a menos que se exprese lo contrario.

La subordinación establecida por uno o más acreedores será obligatoria para el deudor si éste ha concurrido al acto o contrato o lo acepta por escrito con posterioridad, así como si es notificado del mismo por un ministro de fe, con exhibición del instrumento. El incumplimiento de la subordinación dará lugar a indemnización de perjuicios en contra del deudor y a acción de reembolso contra el acreedor subordinado.

La subordinación obligará a los cesionarios o herederos del acreedor subordinado y el tiempo durante el cual se encuentre vigente no se considerará para el cómputo de la prescripción de las acciones de cobro del crédito.

Las modificaciones introducidas a diversos artículos del Código de Comercio (números 133, 137, 147 y 151) son ajustes normativos al reconocimiento legal de los pactos de subordinación en el pago de créditos valistas.<sup>27</sup>

En suma, se trata de una reforma que reconoce una situación que en la práctica comercial es de normal ocurrencia y que al no haber tenido una expresa consagración legal, en cuanto a las preferencias para el pago, originó innumerables inconvenientes y desconfianza en un instrumento de la mayor utilidad en el ámbito financiero. Sin duda que permitirá atraer mayor financiamiento para las empresas, por cuanto elimina los mayores costos que se generan por la incertidumbre interpretativa que ocurre en la actualidad en relación a los pactos de subordinación de créditos.

## **(ii) Permite la compensación de operaciones con derivados.**

Con el propósito de promover el desarrollo del mercado de derivados, los que en la mayoría de los mercados financieros son la categoría de activos que más crece, área en que la normativa chilena no es plenamente acorde con la de los países más avanzados, se perfecciona el trato a los derivados en el caso de quiebras.

<sup>27</sup> Se agregó en el inciso final del artículo 137 la siguiente oración: "En el caso de los créditos subordinados, las demandas de impugnación relacionadas con tal subordinación sólo podrán ser deducidas entre los acreedores a quienes afecta la respectiva subordinación. Sin perjuicio de lo anterior, el síndico, los demás acreedores y el fallido pueden impugnar los créditos y preferencias en conformidad a las reglas generales vigentes. La tramitación de la demanda de impugnación, referida a la subordinación, no impedirá el reparto a los demás acreedores comunes no comprendidos en la subordinación respectiva".

La Ley de Quiebras no da garantías de claridad para la eficaz operación de contratos de canje y derivados financieros, dado que el deudor fallido está impedido de realizar toda compensación a partir de la declaración de quiebra y por lo tanto no puede su contraparte compensar las contracuentas al haber del deudor fallido contra sus saldos pasivos. En consecuencia, tal contraparte sólo podrá verificar su acreencia con la esperanza de pagarse en alguna parte de ella.

Para solucionar esta situación, se estableció que el efecto de la declaración de la quiebra en contra de un fallido, en relación con los contratos de canje vigentes vinculados a una contraparte unitaria, deberán ser terminados a la fecha de la declaración de la quiebra y sus saldos de débito y crédito serán compensados automáticamente en forma universal para todos los contratos comprendidos bajo un solo modelo o contrato.

Se optó por reconocer para estos efectos que un contrato de canje califica para estas reglas de aplicación especial de la declaratoria de quiebra, cuando se trate de contratos de canje de tasas de interés, monedas o divisas, u otros factores financieros o productos financieros amparados bajo un convenio maestro de compensación y contratación de instrumentos de canje y derivados aprobado por la Superintendencia de Valores y Seguros, quien podrá, además, regular la forma y procedimientos que deberán seguirse para ejecutar tales compensaciones.

En tal propósito, se agregaron varios incisos al artículo 69 del Código de Comercio, definiendo el concepto de obligaciones conexas como aquellas que, aun siendo en distinta moneda, emanen de operaciones de derivados, tales como futuros, opciones, swaps, forwards u otros instrumentos o contratos de derivados suscritos entre las mismas partes, en una o más oportunidades, bajo ley chilena o extranjera, al amparo de un mismo convenio marco de contratación de los reconocidos por el Banco Central de Chile y que incluyan un acuerdo de compensación en caso de quiebra o de liquidación forzosa.

Cada una de las obligaciones que emanen de operaciones de derivados efectuadas en la forma antedicha se entenderá de plazo vencido, líquida y actualmente exigible a la fecha de la declaración de quiebra y su valor se calculará a dicha fecha de acuerdo a sus términos y condiciones. Luego, las compensaciones que operen por aplicación del mecanismo antes indicado, serán calculadas y ejecutadas simultáneamente en dicha fecha. En caso que una de las partes sea un banco establecido en Chile, sólo procederá dicha compensación tratándose de operaciones con productos derivados cuyos términos y condiciones se encuentren autorizados por el Banco Central de Chile.

El artículo tercero transitorio de la ley dispuso que la modificación que se introduce al artículo 69 del Libro IV del Código de Comercio, en el caso de que una de las partes sea una empresa bancaria o cualquier otro inversionista institucional, comenzará a regir una vez transcurrido el plazo de 120 días contado desde la fecha de publicación de la ley.

## **6. Modificaciones a la Ley de Impuesto a la Renta, DL N° 824**

A) Posterga impuesto a la ganancia de capital al cambiarse de fondo mutuo o de sociedad administradora.

La venta de activos entre fondos con un administrador común requiere necesariamente la liquidación de la inversión en el fondo vendedor con la consiguiente carga tributaria implícita, por lo que se decidió postergar el impuesto a las ganancias de capital en las ventas o permutas de activos entre fondos con administrador común o manejados por diversas sociedades administradoras, hasta la enajenación de dichos activos. De este modo, lo que se busca es evitar la tributación cuando un partícipe de fondo mutuo decide cambiarse de fondo o de sociedad administradora.

Por consiguiente, luego de la reforma introducida al artículo 18 quáter, cuando se cambia de fondo mutuo y se mantiene la inversión en otro fondo mutuo, aunque no sea de la misma familia de administradores, no corresponde pagar el impuesto por el mayor valor de la inversión.

En nuestra opinión, esta modificación atenúa una barrera a la salida que potenciará la competencia entre las diversas sociedades administradoras de fondos mutuos. Desde el momento que la ley permite postergar el pago del impuesto al mayor valor de la inversión, los inversores podrán emigrar de un fondo mutuo a otro o de una sociedad administradora a otra sin tener que enfrentar el pago del impuesto en cada movimiento. El pago del tributo sólo se gatilla una vez producida la desinversión, lo que es plenamente consistente con políticas de incentivo al ahorro y de castigo al gasto.

B) Somete a las sociedades por acciones al régimen tributario aplicable a las sociedades anónimas.

Ya se dijo en lo que antecede que se modifica el artículo 2° –se le agrega un número 6– de la Ley sobre Impuesto a la Renta, DL N° 824, de 1974, mediante el cual se establece que las sociedades por acciones, para efectos tributarios, se considerarán anónimas.





## 7. Modificaciones a la Ley de Timbres y Estampillas, DL N° 3.475

### A) Precisa criterios en tributación de instrumentos securitizados.

Respecto a la securitización de valores, el pago del Impuesto de Timbres y Estampillas del bono securitizado debe ser acorde a lo ya pagado por los activos subyacentes que son luego destinados al patrimonio separado. Lo anterior se funda en que la actual normativa puede dar lugar a que se exija el pago total del Impuesto, cuando el valor de destinación de los activos securitizados es superior al valor efectivo de los activos subyacentes afectos al Impuesto de Timbres y Estampillas. Por ello, lo que busca esta modificación es precisar que la tributación del Impuesto de Timbres y Estampillas correspondiente, en este caso, sólo alcanza el referido diferencial. Por consiguiente, luego de la modificación aprobada, el referido impuesto se aplica a los instrumentos desmaterializados sobre el referido diferencial.

En suma, se exime del Impuesto de Timbres y Estampillas a las securitizaciones en la proporción en que los activos subyacentes lo pagaron o estuvieran exentos.<sup>28</sup>

### B) Precisa criterios en préstamos otorgados desde el exterior.

A fin de aclarar que la responsabilidad de pago del tributo recaiga en el deudor para el caso de créditos otorgados por bancos en el exterior, dada la imposibilidad de que Impuestos Internos persiga a un contribuyente en el exterior, según lo ha demostrado la experiencia, se modificó el artículo 9º del citado DL. De consiguiente, desde la modificación aprobada, cuando el acreedor de una obligación afecta al Impuesto de Timbres y Estampillas sea un banco extranjero que no tenga domicilio ni residencia en Chile, el responsable del pago del impuesto es el deudor de la obligación.

En ambos casos se trata de modificaciones más bien pragmáticas que pretenden precisar los criterios de cobro de ciertos tributos, lo que claramente contribuirá a despejar las dudas que sobre el punto se habían producido hasta la fecha.

En un próximo comentario abordaremos el estudio de los antecedentes relativos a las normas que regulan el nuevo régimen especial de fomento a la industria de capital de riesgo, a las reformas introducidas a las leyes sobre Administradoras de

<sup>28</sup> En relación con esta modificación téngase presente que también fue sustituido el artículo 153 de la Ley de Mercado de Valores, en cuanto se dispuso que la emisión de títulos de deuda securitizados estará exenta del impuesto establecido en el artículo 1º, N° 3, del Decreto Ley N° 3.475, de 1980, sobre Impuesto de Timbres y Estampillas, en la misma proporción que representen, dentro del total del activo del respectivo patrimonio separado, los documentos que en su emisión, otorgamiento o suscripción, se hubieren gravado con el impuesto señalado o se encontraren exentos de él.

Fondos de Pensiones, Compañías de Seguros, Depósito y Custodia de Valores, Fondos de Inversión, Fondos Mutuos, Fondo de Inversión de Capital Extranjero, Ley General de Cooperativas, arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa y aquellas que crean una nueva Prenda sin Desplazamiento y el Registro de Prendas sin Desplazamiento.

# De vuelta sobre los límites entre defraudaciones e incumplimientos civiles

**Rodrigo Medina Jara**

Abogado, Magíster en Derecho

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

y Magíster en Derecho Público

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Profesor Titular de Derecho Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Doctorando en Derecho

UNIVERSIDAD DE CHILE

## I. Introducción

El objetivo del presente y breve artículo es el de entregar algunas claves de respuesta a los casos fronterizos que se presentan entre los grandes universos de defraudaciones (encabezados por las figuras de estafa y apropiación indebida) y los incumplimientos de contrato civil.

El tratamiento del problema será el que sigue:

1. En primer lugar, parece indispensable recordar los elementos principales que confluyen a la realización de una estafa. Cabe señalar que estos elementos son extensivos a todas las defraudaciones.

2. En segundo lugar, debemos entregar la respuesta que se ha dado en doctrina y en jurisprudencia, haciendo hincapié que el tema se ha tratado con algún grado de profundidad en Alemania y en España.

## II. Los elementos de los delitos en cuestión

Se acostumbra establecer en doctrina como uno de los elementos definidores de la estafa al engaño.

## 1. La existencia del engaño

Para la doctrina, especialmente española, el engaño es el requisito fundamental de esta infracción delictiva, siendo por ello lo que lo diferencia de los otros delitos patrimoniales.<sup>1</sup>

Puede definirse el engaño como la falsedad, la falta de verdad en lo que se dice y lo que se hace, la apariencia de verdad, la maquinación insidiosa desplegada sobre la voluntad del sujeto para producir el desplazamiento patrimonial.<sup>2</sup> También se lo ha definido como “aquella acción y efecto de hacer creer a alguien, con palabras o con cualquier otro modo, algo que no es verdad.”<sup>3</sup>

Miguel Bajo Fernández lo define como “aquella mentira acompañada de una maquinación o maniobra fraudulenta capaz de producir error y acto de disposición”, y a su juicio en él deben concurrir tanto la apariencia de realidad y seriedad suficientes como una atención y referencias a las circunstancias concretas del engañado (como v.gr. si se trata de un enfermo mental o un genio).

La doctrina jurisprudencial española ha configurado el engaño tipificador del delito de estafa “como cualquier tipo de ardid, maniobra, maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio de otro”, y así ha extendido este concepto a “cualquier falta de verdad debida a simulación, cualquiera que sea su modalidad”.<sup>4</sup> También se ha dicho que “el engaño propio de la estafa es la maniobra torticera y falaz por medio de la cual el agente, ocultando la realidad, juega dentro de la apariencia para ganar la voluntad del perjudicado haciéndole creer y aceptar lo que no es verdadero”.<sup>5</sup>

En Alemania, F. Haft lo define como aquel influir en el intelecto de otro, lo cual puede ser a través de palabras (expreso) o por hechos (concluyente), acción que requiere del elemento subjetivo de saber que se está engañando a otro.<sup>6</sup> Por su parte, Bockelmann señala que el engaño será crear falsamente la apariencia de hechos o la alteración o contención de hechos verdaderos.

<sup>1</sup> “Espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa”, al decir del Tribunal Supremo español, en STS 18/10/93, 11/10/90, 12/11/90, 5/3/90, citadas en Almela Vich, Carlos; “El delito de estafa y el de apropiación indebida”, *Actualidad Penal*, XXXVI, 1998.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> En VV.AA; *Derecho Penal*, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, p. 861.

<sup>4</sup> STS español, Sala segunda, 2/11/2000, ponente Sr. Ramos Gancedo, fundamento 4º, citando sentencias de la misma Sala de 31 de enero de 2000, 11 y 15 de julio de 1991 y 18 de octubre de 1993, en *Diario La Ley*, año XXII, N° 5229, viernes 19 de enero de 2001.

<sup>5</sup> STS español, 20/7/1978, citada por Magro Servet, Vicente, “Los contratos civiles criminalizados. Análisis de las diferencias existentes entre el delito de estafa y los meros incumplimientos contractuales de orden civil”, en *Diario La Ley*, año XXII, N° 5370, viernes 7 de septiembre de 2001.

<sup>6</sup> González, Andrea, *Estafa e incumplimiento civil*, tesis inédita, U. Católica.

### a. Requisitos del engaño

En doctrina y jurisprudencia se han señalado los que siguen como los requisitos del engaño para que produzca el error y la consiguiente disposición patrimonial:

- i. Que se trate de un engaño “bastante”, vale decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener “adecuada entidad para que la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial” y que “la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficiente”.<sup>7</sup> En otro sector se ha manifestado que el engaño debe tener “la suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial”.<sup>8</sup>

Hemos podido advertir, al menos, dos posiciones para establecer la idoneidad del engaño:

- Para algunos, el engaño es “bastante” cuando es capaz de producir error en otra persona, no desde un punto de vista objetivo, es decir, no referido a una persona medianamente perspicaz, sino ateniendo al sujeto pasivo concreto y a las circunstancias concurrentes.<sup>9</sup>
  - Para otros, la idoneidad del engaño debe valorarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones personales de los sujetos afectados y las circunstancias todas del caso concreto (teoría objetivo-subjetiva).<sup>10</sup> Es decir, la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficientes para defraudar a personas de mediana perspicacia, pero que esta “idoneidad abstracta” debía complementarse con la suficiencia en el específico supuesto.<sup>11</sup>
- ii. El engaño es antecedente y causante, en el sentido de que precede, ocasiona y mantiene una relación de causalidad con el perjuicio económico.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> STS español, Sala segunda, 3/4/2001, ponente Sr. Sánchez Melgar, fundamento 3º, en *Actualidad Penal* N° 35, 24 al 30 de septiembre de 2001.

<sup>8</sup> STS español, Sala segunda, 22/12/2000, ponente Sr. Granados Pérez, fundamento 6º, en *Actualidad Penal* N° 20, 14 al 20 de mayo de 2001; SAP Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección segunda, 13/11/2000, fundamento 1º, en *Actualidad Penal* N° 19, 7 al 13 de mayo de 2001.

<sup>9</sup> Almela Vich, Carlos; ob. cit.

<sup>10</sup> STS, 3/4/2001, citada.

<sup>11</sup> STS, 24/3/99, citada en SAP 13/11/2000. También en STS 16/7/99 y 23/3/2000, mencionadas ambas por Magro Servet, Vicente; ob. cit.

<sup>12</sup> Almela Vich, Carlos; ob. cit.

iii. El engaño debe originar o producir un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.<sup>13</sup>

#### *b. Tipos de engaño*

Para el objeto de nuestro análisis, nos interesa señalar que existen engaños explícitos e implícitos. Los primeros resultan ser manifestaciones que no se corresponden a la realidad, mientras que los segundos son los que, según veremos, en España, se denominan “contratos criminalizados”, en los cuales el contrato mismo es el instrumento del engaño.<sup>14</sup>

### **III. Las soluciones**

#### **1. Los “contratos criminalizados” en España**

Los autores en España señalan que es necesario trazar una línea divisoria entre el dolo civil y el dolo penal en los delitos contra el patrimonio, ya que el carácter de *ultima ratio* que asume el Derecho Penal impide dejar abierta la posibilidad de criminalizar todo tipo de conductas, debido a que el ordenamiento jurídico ya establece medios eficaces dentro de la vía civil para la resolución de los conflictos entre partes en forma de contrataciones.<sup>15</sup>

Como ha señalado la jurisprudencia en España, **la línea divisoria entre dolo penal y civil en los delitos contra el patrimonio se sitúa en la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificador del delito de estafa, es punible tal acción.**<sup>16</sup>

Por ello, aparecen como relevantes nuestras definiciones precedentes relativas al engaño, debido a que si la conducta del sujeto no cumple con los requisitos y elementos del engaño constitutivo de las defraudaciones, la sanción debiera dirigirse a aquellas de carácter civil.

Se han definido los “negocios jurídicos o contratos criminalizados” como aquellos negocios jurídicos de derecho privado –civil o mercantil– en los

<sup>13</sup> STS, 3/4/2001, citada. González, Andrea; ob. cit.

<sup>14</sup> VV.AA.; *Derecho Penal*, Parte Especial, pp. 864 y 865.

<sup>15</sup> Magro Servet, Vicente; ob. cit.

<sup>16</sup> STS español, 17/11/97 citada en Ibídem. También en Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, 9/9/2000, fundamento 5º, en *Área Penal Aranzadi*.

que la apariencia del propio negocio constituye una operación de engaño, en cuanto el autor simula un propósito de contratar cuando realmente sólo quiere aprovecharse del cumplimiento de la otra parte, recibiendo la contraprestación pactada, pero sin intención de cumplir la suya.<sup>17</sup>

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español viene destacando que la habitualidad con la cual, en el tráfico mercantil, se producen situaciones fronterizas entre el delito de estafa y los ilícitos civiles ha obligado a la doctrina a buscar fórmulas de delimitación.

## 2. El dolo o voluntad del sujeto activo al contratar

Un aspecto esencial del tema lo da la **propia voluntad del sujeto activo de que se produzca el incumplimiento de lo inicialmente pactado.**

En este sentido, **existirá estafa cuando existe un dolo antecedente o coetáneo a la celebración del contrato que determina la voluntad de la otra parte. Por ello, existirá estafa y no incumplimiento contractual si el sujeto activo conocía desde el mismo instante de la suscripción del contrato que no podía cumplir las obligaciones que del mismo se generan a su cargo y pese a ello lo oculta a la contraparte, que llevada por la falsa representación de la realidad, cumple la prestación u obligación asumida con el consiguiente perjuicio propio y enriquecimiento del sujeto activo o de tercero. También existirá delito de estafa cuando, pese a poder cumplir la obligación asumida, es inequívoca la voluntad del sujeto activo de no efectuar el cumplimiento.**<sup>18</sup>

De esta manera, se ha estimado que se encuadra en el delito de estafa en la modalidad de "negocio jurídico criminalizado" la actividad del acusado de alojamiento en hoteles no obstante carecer de dinero sabiendo que no iba a pagar la factura y teniendo la facilidad que se le ofrecía al no tener que justificar su solvencia con antelación.<sup>19</sup>

Es decir, hay concurrencia de estafa en un negocio criminalizado cuando reunimos los elementos señalados en los acápites anteriores:

---

<sup>17</sup> Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *Estafas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 62; STS español 4/5/2001, ponente Sr. Conde-Pumpido Tourrón, fundamento 2º, en *Actualidad Penal* N° 37, 8 al 14 de octubre de 2001.

<sup>17</sup> Magro Servet, Vicente; ob. cit. En la STS español, de 3/4/2001 se expresa que "“la infracción criminal únicamente nacerá a la vía jurídica cuando el sujeto activo de expresado delito, con anticipada conciencia de que no podrá llevar a cabo la contraprestación a la que se haya obligado, construya ficticiamente las condiciones objetivas para que, aparentando una solvencia de la que carece, induzca al sujeto pasivo a realizar un determinado desplazamiento patrimonial”.

<sup>17</sup> STS español, 2/11/2000, citada, fundamento 4º.

- a. Engaño, y
- b. Voluntad del sujeto al realizar la actividad contractual de tener serio propósito de no cumplir su parte del contrato.

### 3. Forma de probar esta voluntad

Se debe acudir para comprobar cuál fue la voluntad del sujeto activo a todos aquellos actos realizados antes, durante y después de la actividad contractual, es decir, todo el desarrollo del *iter criminis*.<sup>20</sup>

De ahí que pueda advertirse numerosa jurisprudencia española que haga referencia a estos hechos. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 11 de diciembre de 2000 rechaza condenar por estafa, por considerar que no existió desde su inicio la voluntad de un empresario de incumplir, dado que "tanto por la vía testifical como por la documental se ha acreditado que X funcionaba en el tráfico mercantil, que había fabricado máquinas y que las había instalado en centros de trabajo, así como que se habían invertido importantes cantidades de dinero en ello". En otra sentencia, ahora de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 26 de julio de 2000, se asegura que "quedó acreditado por los indicios que una de las partes ocultó su verdadera intención de incumplir" y tales indicios son, por ejemplo, "que no llegara a iniciar los trabajos contratados, sino que ni siquiera llegó a adquirir el material"; "carecía de medios y organización para cumplir el contrato, pues reconoce que incluso carecía de personal que estuviese asegurado"; "dio apariencia de solvencia y seguridad", etc.

### 4. Los "comportamientos o actuaciones concluyentes" en Alemania<sup>21</sup>

La doctrina alemana señala que el engaño puede proceder de un engaño expreso ("*ausdrückliche Täuschung*") y también de un "comportamiento concluyente" ("*schlüssiges Verhalten*").

En tales comportamientos no se trata de que alguien explique o manifieste algo, sino si de acuerdo al entendimiento general el hecho relevante de alguna persona tenga un valor explicativo, esto es, sea explicativo de algo.

Siguiendo a Lackner, se aparentan concluyentes hechos cuando por expresa exteriorización del autor, estos necesariamente dan una conclusión y cuando

<sup>20</sup> Magro Servet, Vicente, ob. cit. En la STS español de 6 de julio de 1999 se afirma que "la dificultad estriba en demostrar esa intención inicial de no cumplir o ese conocimiento previo de no poder cumplir con la prestación prometida que ha de resolverse normalmente por la vía de inferencias (entre nosotros, presunciones). Estas inferencias, evidentemente, son los actos propios del acusado, siendo de gran importancia los posteriores a la celebración del contrato", citada en *ibidem*.

<sup>21</sup> González, Andrea; ob. cit.



la aseveración de un hecho, a su vez implica la de otro, el que va aseverado con el primero.

Como ejemplos podemos señalar el caso de quien se sienta en un restaurante, ordena y no paga, siempre que desde un principio separe que no puede pagar o no quiera hacer el pago y que efectúe un engaño para lograr que no se cobre la cuenta. Otro caso puede darse en la actuación de dos comerciantes que habitualmente aceptan el pago de sus obligaciones por medio de cheques a fecha que nunca han presentado problemas con su pago. Si se entrega un cheque a fecha y no se paga, se habrá roto una habitualidad.

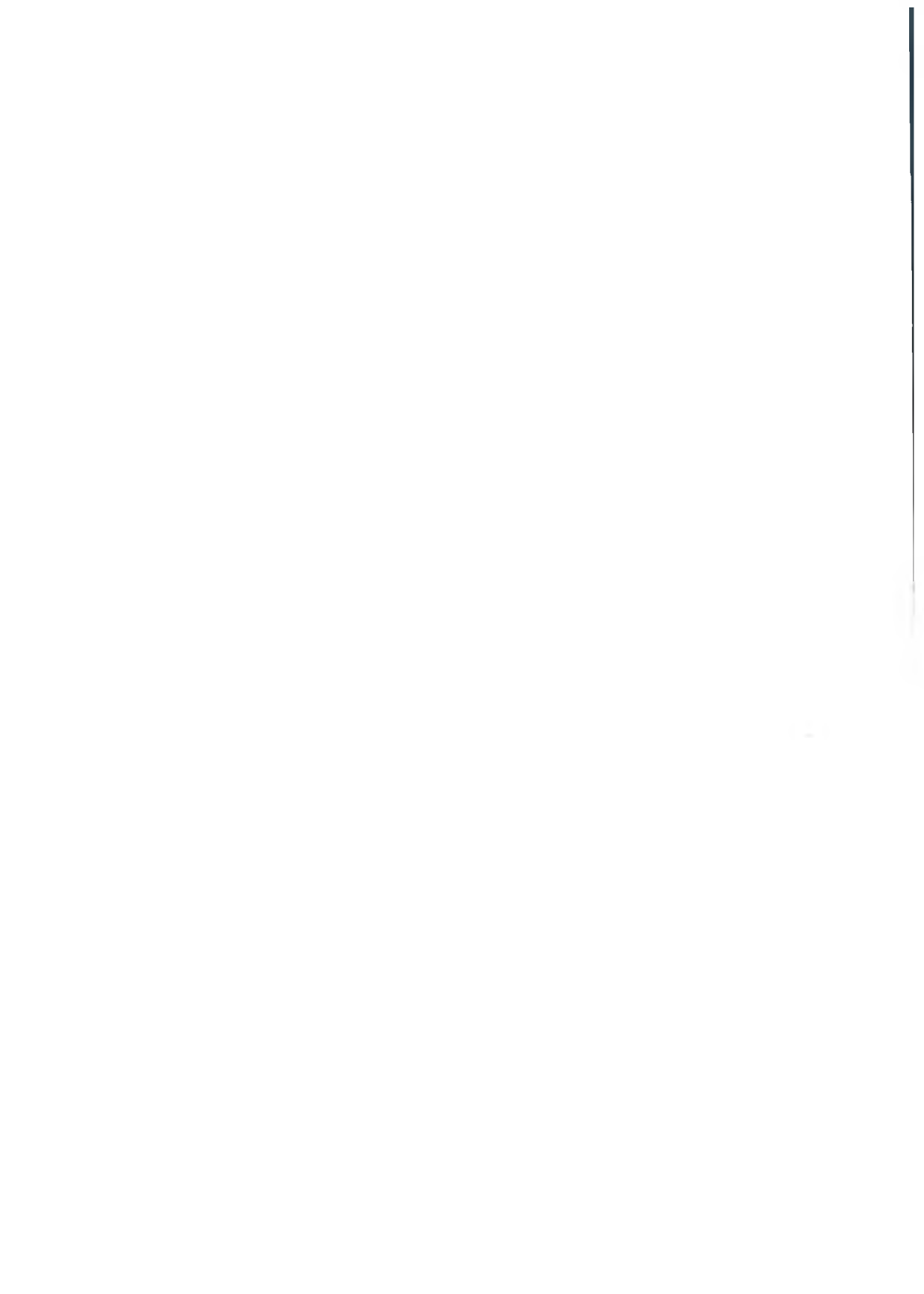
**Existirá sanción por comportamiento concluyente, en suma, cuando se rompe un curso natural de ciertos hechos de los que era dable esperar determinadas consecuencias.** En el caso del hotel, era concluyente que de la presentación en un hotel, acompañada de ciertas circunstancias, se debía desprender la solvencia del viajante. En el segundo caso, la habitualidad en el comportamiento entre los comerciantes hacía posible deducir que esa conducta era esperable en el futuro.

Lackner exige los siguientes requisitos para que ello ocurra:

1. Que el autor tenga conciencia (dolo) de la explicación o significado del hecho relevante.
2. Que su comportamiento tenga en el tráfico comercial o cotidiano una significación de aseveración (o conclusión, en nuestro lenguaje) de hechos.
3. Que la "orientación de riesgo" ("*Orientierungsrisiko*") del negocio en cuestión es de tal naturaleza que el autor haya estado en la obligación de aclarar expresamente.

#### **IV. Conclusión**

Sea ocupando la fórmula alemana o la española, lo esencial es establecer que el ordenamiento ha establecido remedios suficientes para soluciones de asuntos o conflictos que deben encontrarse en el ámbito civil, reservando la vía penal para aquellas cuestiones donde se advierta un engaño que revista los caracteres de tal y que exista una voluntad del sujeto activo de incumplir, que conozca desde el mismo instante de la suscripción del contrato que no podía cumplir las obligaciones que del mismo se generan a su cargo y pese a ello oculta a la contraparte.



# Las preferencias. Alcance y limitaciones

**Rafael Gómez Pinto**

Profesor Auxiliar de Derecho Comercial

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO



## I. Aspectos generales

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 18.175 sobre Quiebras, "el juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley". Asimismo, el artículo 147 dispone que "los acreedores serán pagados en la forma y orden de preferencia establecidos en las leyes".

Como es sabido, el Código Civil, en sus artículos 2465 y siguientes, trata "De la Prelación de Créditos", entendida como "el conjunto de reglas legales que determinan el orden y la forma en que deben pagarse los diversos acreedores de un deudor". Estas normas son de carácter general y se aplican cuando existen dos o más acreedores que pretenden pagarse en los bienes del deudor.

Conforme a estas reglas, todos los acreedores tienen el mismo derecho para ser pagados en igualdad de condiciones. Este principio de igualdad entre los acreedores implica que si los bienes del deudor son suficientes, sus créditos serán pagados en su totalidad; en caso que ello no ocurra, a prorrata.

Sin embargo, esta igualdad entre los acreedores se ve afectada cuando hay causas especiales para preferir ciertos créditos. En efecto, hay acreedores que no están obligados a someterse a la regla de la igualdad, porque gozan de una causa de preferencia, lo que constituye una excepción al derecho común.

Dado que las causas de preferencia son excepcionales, las normas que las regulan son de derecho estricto, por lo que no hay más causas de preferencia que las establecidas en la ley. Si no están contempladas expresamente en ella, los créditos no gozan de preferencia.

Ahora bien, las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase. La tercera clase corresponde a los créditos hipotecarios. La quinta clase la conforman los créditos valistas o comunes, que son los que no gozan de preferencia alguna para su pago.

Como se puede apreciar, los créditos pueden ser de cinco clases: las cuatro primeras son preferentes y la quinta clase no tiene preferencia alguna.

La doctrina ha clasificado las preferencias en generales y especiales, atendiendo a los bienes sobre que recaen. Así, las preferencias generales afectan a todos los bienes del deudor, como lo son la primera y cuarta clase. Por su parte, las preferencias especiales afectan a determinados bienes del deudor, de modo que sólo pueden hacerse efectivas respecto de ellos. La segunda y la tercera clase corresponde a las preferencias especiales, ya que sólo pueden hacerse efectivas sobre los bienes empeñados o hipotecados. Si estos bienes fueren insuficientes para cubrir la totalidad del crédito, el saldo, si lo hubiere, será considerado valista.

En relación a los créditos valistas se debe tener en consideración que respecto de ellos rige el principio general de la igualdad de los acreedores. Esto significa que se pagan íntegramente si los bienes del deudor son suficientes o a prorrata en caso de no serlo.

Cabe señalar que las causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de cualquier otra manera. La preferencia no solo comprende el capital, sino que se extiende también a los intereses que devenga la obligación hasta su total extinción.

Por último, cabe señalar que existen numerosas leyes especiales que contemplan normas sobre preferencias, como lo son las leyes de Prenda Industrial, Prenda Agraria, Almacenes Generales de Depósito, Ley General de Bancos, etc.

Dado que las normas contenidas en el Código Civil son de carácter general, prevalecen sobre ellas las contenidas en leyes especiales, conforme lo disponen los artículos 13 y 2475 del Código Civil.

## II. Las llamadas superpreferencias

Parte de la doctrina y alguna jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia estimaron, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.250 de 1993, la existencia de algunos créditos de grado superior, que prevalecían aun por sobre los créditos de la primera clase.

Diversas leyes especiales han contemplado en algunas de sus disposiciones normas que otorgan la calidad de superpreferentes a los créditos que protegen, tales como el artículo 25 de la Ley de Prenda Industrial, los artículos 11 y 13 de la Ley sobre Almacenes Generales de Depósito, artículo 49 de la Ley de Prenda Agraria, artículo 100 de la Ley General de Bancos, artículo 25 de la Ley 18.634 sobre Derechos Diferidos de Aduana.

### 1. Ley N° 5.687 de 1935, sobre el contrato de prenda industrial

Nuestra Corte Suprema no ha tenido un criterio uniforme sobre el particular, ya que ha estimado en algunas oportunidades que los créditos amparados por el artículo 25 de esta ley se pagan aun por sobre los acreedores de la primera clase. En otras ocasiones ha considerado que los acreedores que gozan del privilegio de prenda industrial sólo tienen una preferencia de segunda clase.

A. Algunos fundamentos tenidos en consideración por la Excelentísima Corte para otorgar el carácter de superpreferentes a estos créditos:

a) Que el artículo 25 de la Ley N° 5.687 dispone: "El contrato de prenda industrial garantiza el derecho del acreedor para pagarse, con preferencia a cualquiera otra obligación, del monto del préstamo, sus intereses, gastos y costas, si las hubiere"; y por su parte el artículo 43 del mismo cuerpo legal preceptúa: "no se admitirán tercerías de ninguna clase en los juicios ejecutivos que tengan por objeto la enajenación de bienes afectos al contrato de prenda industrial".

b) Que al conceder la referida ley al acreedor industrial una preferencia para pagarse sobre toda otra obligación, colocó este crédito en una situación distinta de la establecida por el N° 3 del artículo 2474 del Código Civil, puesto que los créditos prendarios son distintos uno de otro y porque el industrial tiene una disposición legal que lo favorece.

c) Que por lo demás en el estudio de la legislación actual se encuentran muchos casos en que las normas sobre prelación de créditos han sido superadas por otras especiales que han establecido situaciones de privilegio que

se encuentran sobre la primera clase de créditos del artículo 2472 del Código Civil, tales como los artículos 11 y 13 de la Ley de Almacenes de Depósitos, 49 de la Ley de Prenda Agraria, 101 de la Ley General de Bancos.

(Fundamentos citados en letras a, b y c corresponden a Sentencia de 15 de julio de 1987, Recurso de Queja sobre impugnación formulada por la Corporación de Fomento de la Producción al primer reparto de fondos en la quiebra "Octavio Toro Doña").

d) Que el artículo 25 de la Ley N° 5.687, por ser de carácter especial, prevalece conforme lo dispone en el artículo 13 del Código Civil por sobre las normas generales que señala el mismo Código respecto de las reglas de preferencias en el Título De la Prelación de Créditos.

Que por lo tanto, este precepto especial colocó al crédito garantizado con este tipo de prenda en una situación distinta del que tiene el simple acreedor prendario de acuerdo con lo establecido en los artículos 2474 N° 3 y 2476 del Código Civil y en este contexto prefiere aun respecto de los créditos de la primera clase que previene el artículo 2472 del Código Civil (Sentencia de 31 de mayo de 1989, Recurso de Queja deducido por la Corporación de Fomento de la Producción en la quiebra "Sociedad Agroindustrias del Huasco Ltda.>").

B. Algunos argumentos que negaron el carácter de superpreferente a la prenda Industrial

Se han planteado múltiples argumentos para considerar que el privilegio del acreedor de prenda industrial es de segunda clase, de acuerdo con las reglas generales de la prelación de créditos establecidas en el Código Civil.

a) Cuando el artículo 25 de la Ley 5.687 declara que el contrato de prenda industrial garantiza el derecho del acreedor para pagarse con preferencia a cualquiera otra obligación, está sancionando indudablemente el mismo principio que rige a todo privilegio de segunda clase y que ampara al acreedor prendario en el Código Civil.

En efecto, el artículo 2476 del Código Civil consagra esta misma regla en el encabezamiento, cuando declara que: "Afectando a una misma especie créditos de la primera clase y créditos de la segunda, excluirán éstos a aquellos", con lo que se les reconoce a los acreedores de segunda clase un privilegio en el bien para ser pagados preferentemente y antes, incluso, que los créditos de primera clase.

Pero así como esta norma no es absoluta en el Código Civil, tampoco hay motivo para suponer que lo sea igualmente en la Ley N° 5.687, por cuanto si los demás bienes del deudor son insuficientes para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán precisamente estos créditos preferencia en cuanto al déficit, para pagarse con el producto de la cosa pignorada, como lo añade el artículo 2476 ya citado.

La circunstancia que el artículo 25 de la Ley N° 5.687 haya omitido regular el conflicto que pueda suscitarse entre el privilegio del acreedor prendario con el de los de primera clase, se justifica porque esa situación ya estaba prevista y solucionada por el propio artículo 2476 del Código Civil.

En consecuencia, siendo el artículo 25 de la Ley 5.687 una norma especial, debe concluirse que en los casos que no estén especialmente resueltos por esta ley, se aplicarán naturalmente las disposiciones del Código Civil y debe entenderse por esto aplicable en lo demás el artículo 2476 del mismo cuerpo legal.

b) Por otra parte, nadie puede discutir que el contrato de prenda industrial presenta las mismas características que el de prenda ordinaria o civil, con la sola diferencia que en esta última la cosa empeñada se entrega realmente al acreedor y en el contrato de prenda industrial la entrega se efectúa en forma simbólica. Los dos contratos le otorgan al acreedor un derecho real sobre los bienes empeñados y le confieren el privilegio para pagarse sobre el producto de la realización de la cosa, con preferencia a otros acreedores.

c) Por su parte, los incisos 1º y 3º del artículo 42 de la Ley 5.687 expresan: "Si por un acreedor prendario se persigue el objeto dado en prenda industrial contra el deudor personal que la posea, o bien ésta se persigue por un acreedor que haya trabado embargo sobre ella, los demás acreedores prendarios, citados conforme el artículo 2428 del Código Civil, podrán o exigir el pago de sus créditos sobre el precio del remate, según sus grados, o conservar el derecho de prenda sobre el objeto subastado si sus créditos no fueren exigibles...".

"Si se abriere concurso sobre los bienes del poseedor de los objetos perseguidos o se le declare en quiebra, se estará a lo prescrito en el artículo 2477 de dicho Código".

El precepto recién transcrito es una confirmación evidente de que el privilegio del acreedor de prenda industrial es de segunda clase, porque cada uno de los diversos acreedores prendarios deberán concurrir al pago de sus créditos

en el producto de la subasta de la cosa empeñada y según el orden de las fechas de sus respectivas inscripciones.

Pues bien, si el propio artículo 42 de la Ley 5.687 hace aplicables las reglas de los artículos 2428 y 2477 del Código Civil, absurdo resulta aplicar el principio y olvidarse del efecto, en el sentido de que los acreedores con garantía real deberán soportar el pago preferente en el bien empeñado de los créditos de primera clase, en caso de no poder cubrirse en su totalidad con el resto del patrimonio del deudor.

Esto es todavía más elocuente si se advierte que el artículo 42 admite expresamente que el bien pignorado se persiga por otro acreedor que haya trabado embargo distinto del acreedor prendario.

d) Parte de la jurisprudencia de nuestros tribunales no le ha reconocido a los créditos prendarios industriales ninguna especie de superprivilegio, sino que ha estimado que estos créditos son de la segunda clase. Así lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema en los siguientes fallos:

i. Sentencia de 7 de septiembre de 1976. Revista Jurídica del Trabajo, enero 1978, página 62.

ii. Sentencia de 16 de agosto de 1985, recaída en la quiebra " Scappini Comercial e Industrial S.A.".

e) La Fiscalía Nacional de Quiebras en su oportunidad sustentó el criterio que el acreedor de prenda industrial no tenía el carácter de superpreferente, sino que su crédito era de la segunda clase.

## **2. Artículo 100 inciso final del D.F.L. 252 de 1960. Ley General de Bancos**

Esta norma dispone en su inciso 3º: "Los créditos del Fisco y de las Municipalidades gozarán de la preferencia que les acuerdan los artículos 2472 y 2478 del Código Civil respecto de los créditos del banco, sólo cuando se traten de impuestos que afecten directamente a la propiedad hipotecada y que tengan por base el avalúo de la propiedad raíz, y de créditos a favor de los servicios de pavimentación, de conformidad con las leyes respectivas".

En la actual Ley General de Bancos, D.F.L. N° 3 de 1997, esta disposición está contenida en el inciso 3º del art. 105.

Alguna jurisprudencia de la Excma. Corte estimó que la disposición transcrita consagra "un privilegio especialísimo en favor de las entidades que otorgan



créditos hipotecarios al amparo de sus disposiciones, al que sólo hacen excepciones los créditos fiscales y municipales y siempre que se trate de impuestos que afecten directamente a la propiedad hipotecada y que tengan por base el avalúo de la propiedad raíz, y de créditos a favor de los servicios de pavimentación, de conformidad a las leyes respectivas" (Sentencia de 15 de julio de 1987, quiebra "Octavio Toro Doña").

En consecuencia, sólo los impuestos expresamente señalados en la disposición aludida tendrían preferencia por sobre el acreedor hipotecario cuya garantía afecta a un inmueble adquirido mediante el sistema de letras de crédito.

Sin embargo, el criterio generalmente aceptado no ha sido otro que aquel que consideraba que estos créditos tienen la preferencia de la tercera clase a que se refiere al artículo 2477 del Código Civil y por ende, si los demás bienes del deudor eran insuficientes para cubrir los créditos de la primera clase, debían concurrir a su pago conforme a las reglas generales.

### **3. Artículo 16 Ley N° 18.690 de 1988, sobre Almacenes Generales de Depósito**

Esta disposición señala en su inciso 1º: "El acreedor prendario será pagado con el producto de la subasta con preferencia a cualquier otro acreedor, sin necesidad de acción judicial alguna, deduciéndose previamente lo que se adeudare por impuestos que graven el contrato de almacenaje y los gastos de subasta, como asimismo los valores adeudados al almacenista por los servicios prestados".

Algunos han estimado que esta disposición otorga al acreedor prendario de *warrants* el carácter de superpreferente, porque este acreedor se paga por sobre cualquier otro crédito con el producto del remate de las especies o mercaderías depositadas, a excepción de los créditos expresamente señalados en la disposición transcrita.

Sin embargo, lo que sucede en la especie es que al ser inembargables las mercaderías depositadas en prenda *warrants*, de conformidad a lo dispuesto en el inciso final del artículo 10 de la Ley 18.690, no están afectas al desasimiento de los bienes del fallido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 64 de la Ley de Quiebras, no ingresando en consecuencia a la masa.

Otro tanto sucede con el producto de la enajenación de las especies dadas en prenda *warrants*, el que sólo es embargable en lo que exceda de lo que corresponda pagar al acreedor prendario, de acuerdo a lo establecido en el inciso 2º del artículo 14 de la ley en comento.

Como se puede apreciar, el producto de la enajenación de los bienes dados en prenda *warrants*, en la parte que debe cubrir el crédito que garantiza, es inembargable; lo que exceda una vez pagado el crédito es embargable y por lo tanto ingresa a la masa.

Lo anterior se encuentra en concordancia con el inciso segundo del artículo 16, que dispone: "El excedente del producto de la subasta será entregado al tenedor del certificado de depósito".

También se ha suscitado el problema que por una parte el inciso primero del artículo 16 estableció que el pago al acreedor prendario debe efectuarse previa deducción de lo que se adeudare por impuestos que graven el contrato de almacenaje y los gastos de subasta, como asimismo los valores adeudados al almacenista por los servicios prestados; y por otra parte, al no quedar comprendidos estos impuestos y gastos en la inembargabilidad del producto de la subasta, en caso de quiebra estos acreedores no podrán solicitar la deducción previa de sus créditos del producto de la venta de las especies dadas en prenda, sino que deberán verificar en la quiebra.

Refuerza esta tesis lo dispuesto en el inciso primero del artículo 14 de esta ley, al disponer que la subasta de la especie por falta de pago de la obligación garantizada con ella, no podrá suspenderse en caso de concurso o quiebra del deudor.

Otra tendencia ha estimado que la prenda *warrants* no tiene la calidad de superpreferente, asimilándola a la prenda común, por cuanto entienden que sólo los impuestos que graven el contrato de almacenaje, los gastos de la subasta, como asimismo los valores adeudados al almacenista por los servicios prestados, se pagarán con preferencia al acreedor prendario sobre el producto de la subasta, que es a quienes hace referencia el precepto, pero no con preferencia a otros acreedores privilegiados, como lo son los de la primera clase.

#### **4. Artículo 25 de la Ley 18.634 de 1987, que establece el sistema de pago diferido de derechos de aduana**

El artículo 25 dispone lo siguiente: "Los bienes que se internen al país acogidos al sistema de pago diferido y los que se adquieran en el país acogidos al beneficio de crédito fiscal, garantizarán al Fisco, preferentemente a todo otro crédito, el pago íntegro y oportuno del total de la deuda. El Servicio de Tesorerías podrá perseguirlo en poder de quien quiera se encontraren para subastarlos y hacerse pago con el producto del remate.

La falta de pago de una o más de las cuotas o de sus intereses, hará exigible, sin más trámite, la totalidad de la deuda y sus intereses, la que se considerará de plazo vencido.

En caso que estos bienes tuvieran seguros comprometidos, y si ocurriere el siniestro, el Fisco tendrá derecho a percibir la indemnización hasta por el monto del saldo de la obligación pendiente. Esta obligación constará en la póliza respectiva”.

Ahora bien, el Fisco de Chile alega esta superpreferencia especial de pago por crédito aduanero, conforme a lo previsto en el artículo 3º concordado con los artículos 141, 143 y 173 de la Ordenanza de Aduanas y particularmente el artículo 25 antes citado.

Los artículos 3º, 141, 143 y 173 de la Ordenanza de Aduanas invocados por el Fisco no solamente se refieren a la superpreferencia de pago, sino además establecen los derechos de persecución, secuestro y venta en pública subasta que asisten al Fisco sobre las mercancías importadas.

Existe sentencia de la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Excma. Corte Suprema, pronunciada en la quiebra “Redes Nacionales S.A.”, en que se reconoce esta superpreferencia fundada en lo dispuesto en los artículos 3º de la Ordenanza de Aduanas y 25 de Ley N° 18.634, de los que se desprende que el Fisco de Chile goza de derecho preferente de pago respecto de su crédito verificado.

De no existir declaratoria de quiebra, el Fisco ejercerá directamente los derechos de persecución, secuestro y venta de las mercancías importadas con gravámenes impagos. Diversa es la situación habiendo quiebra, pues en este caso el Fisco debe someterse a las reglas especiales del concurso, permaneciendo la preferencia que le reconoce la ley incólume, por corresponder al derecho de fondo o sustantivo.

Sin embargo, si las mercancías importadas no han sido incautadas por el síndico, ya sea por estar en manos de un tercero o por cualquiera otra causa, no habiendo ingresado al activo de la quiebra, el crédito del Fisco perderá su carácter de preferente pasando a ser un crédito valista. El fundamento de la existencia del crédito con el carácter de valista en la situación descrita radica en que existe una Declaración de Importación emitida por el Servicio Nacional de Aduanas. Asimismo, el Servicio de Aduanas liquida y gira los derechos aduaneros que la fallida estaba obligada a pagar, a consecuencia de la internación de las mercancías al país. En consecuencia, el título justificativo del crédito con el carácter de valista es la Liquidación Oficial del Servicio de Tesorerías, que se basa exclusivamente en el giro emitido por el Servicio de Aduanas.

De lo precedentemente expuesto se puede apreciar que aquellos bienes o mercancías que se internen al país bajo el sistema de pago diferido de derechos

de aduana, le garantiza al Fisco un pago preferente sobre el precio obtenido en la realización de las mercancías importadas, en caso que el importador no efectúe el pago del impuesto dentro de los plazos convenidos.

Por ser este privilegio de carácter especial, sólo deberá hacerse efectivo sobre el producto de la realización de las mercancías importadas. Sin embargo, en fallo dictado por la Iltma. Corte de Apelaciones de fecha 27 de octubre de 1995, que confirmó el de primera instancia, se ha resuelto lo siguiente: "Atendido el mérito de los antecedentes y lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 18.634, del que se desprende que el Fisco de Chile goza del derecho preferente de pago respecto del crédito verificado por los ex trabajadores de la fallida Textiles Arltex S.A., se confirma la resolución apelada...".

### **III. Término de la discusión sobre la existencia de las llamadas superpreferencias**

El artículo 5º de la Ley 19.250, publicada en el Diario Oficial de 30 de septiembre de 1993, agregó el siguiente inciso final al artículo 148 de la Ley de Quiebras: "Los créditos privilegiados de la primera clase preferirán a todo otro crédito preferente o privilegiado establecido por leyes especiales".

Esta ley entró en vigencia a partir del 1º de noviembre de 1993, y de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 3º, "no afectarán los juicios que se encontraren pendientes a la fecha de su vigencia, ni a las quiebras decretadas judicialmente y publicadas en el Diario Oficial a esa misma fecha".

De acuerdo a la nueva normativa legal, las llamadas superpreferencias o créditos de grado superior establecidas en leyes especiales, por disposición expresa del legislador, no podrán ser invocadas por los acreedores, ya que el claro tenor literal de la reforma no da lugar a interpretación alguna. El legislador ha sido claro en la materia: no existen preferencias establecidas en leyes especiales que estén por sobre los créditos de la primera clase. En consecuencia, los créditos garantizados ya sea con prenda industrial, prenda agraria u otras leyes especiales, tendrán el privilegio de la segunda o tercera clase, según corresponda. En relación al Sistema de Pago Diferido de Derechos de Aduana, si bien subsiste el privilegio de pago aduanero, pierde el carácter de superpreferente.

Después de 1993 ha habido algunos acreedores que han continuado alegando superpreferencia, invocando para ello lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que dispone: "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración". Los síndicos han debido impugnar la superpreferencia alegada.

#### **IV. La primera clase de créditos (art. 2472 del Código Civil)**

Durante los últimos quince años esta disposición ha sufrido importantes modificaciones.

La última modificación la introdujo el artículo 4º de la Ley N° 19.250, publicada en el Diario Oficial de 30 de septiembre de 1993.

En relación a la primera clase de créditos, sólo nos referiremos a los numerales 1, 4, 5, 6, 8 y 9 por ser éstos los de mayor ocurrencia en el procedimiento concursal.

##### **1. Las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores (art. 2472 N° 1 del Código Civil).**

En atención a que la ley no distinguió entre las costas procesales y personales, la preferencia se extiende a todas las costas.

Estas costas deben ser causadas en interés general de los acreedores, esto es, que beneficien a toda la masa. Si estas costas aprovechan a algún acreedor o acreedores en particular, no gozan de preferencia alguna, por cuanto no son útiles para la masa.

Se ha discutido si las costas en que ha incurrido el deudor al solicitar su propia quiebra gozan de esta preferencia. El criterio de esta Superintendencia es que no tienen tal preferencia, por cuanto el deudor al solicitar su propia quiebra no hace otra cosa que cumplir con una norma legal que se lo impone, como es el artículo 41 de la Ley 18.175.

El incumplimiento por parte del deudor en solicitar su propia quiebra trae aparejada sanciones, como son el presumir su quiebra como culpable y la pérdida del derecho de alimentos para él y su familia.

Igual criterio se mantiene respecto del acreedor que solicite la declaración de quiebra, "puesto que el interés está exigido con relación al incremento de la masa de la quiebra o a beneficios relacionados con dicha masa, según se infiere de lo dispuesto en el artículo 81 de la actual Ley de Quiebras". (Sentencia dictada por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago de 5 de julio de 1990, quiebra "Santiago Zamarin Zuchino".)

En efecto, el acreedor que solicita la declaratoria de quiebra actúa movido sólo por su interés personal, tendiente a obtener vía este procedimiento el pago de su crédito.

Sin lugar a dudas, el acreedor que ejercitando una acción revocatoria concursal allegare bienes a la masa, tendrá derecho a que las costas reguladas por el tribunal le sean pagadas con la preferencia del N° 1 del artículo 2472 del Código Civil.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley de Quiebras, estos créditos no necesitan de verificación.

Con la dictación de la Ley N° 20.004, de 8 de marzo de 2005, el inciso 3° del art. 148 dispone que las costas personales del acreedor peticionario de la quiebra gozarán de la preferencia del N° 1 del art. 2472 del Código Civil.

## **2. Los gastos en que se incurra para poner a disposición de la masa los bienes del fallido, los gastos de administración de la quiebra, de realización del activo y los préstamos contratados por el síndico para los efectos mencionados (artículo 2472 N° 4 del Código Civil).**

A. Los gastos efectuados para poner a disposición de la masa los bienes del fallido son aquellos que emanan de la diligencia de incautación y facción de inventario de los bienes, honorarios del ministro de fe que participa en estas diligencias, notificaciones en el Diario Oficial, honorarios de inventariador, etc.

B. Los gastos de administración de la quiebra comprenden los estrictamente necesarios para resguardar la integridad de los activos, como son los de vigilancia, seguros, suministros, contribuciones y todos aquellos gastos que se realizan con ocasión de la tramitación misma del procedimiento concursal, tales como las publicaciones legales, los gastos de receptor, arriendos, etc. Sin embargo, no procede imputar como gastos de la administración de la quiebra los propios del oficio del síndico, tales como los de su oficina y personal. Los gastos generales de la oficina del síndico no deben imputarse a gastos de la quiebra, sino que absorberse con los honorarios que el síndico perciba por su gestión en cada una de ellas, ya que el cargo de síndico supone disponer de una infraestructura acorde con el desempeño de las funciones que asume.

También se comprenden dentro de los gastos de administración los honorarios del síndico y sus asesores. La Ley N° 20.004 dispuso que el síndico tendrá una remuneración única proporcional al monto de los repartos que se efectúen en la quiebra, de acuerdo a una escala expresada en unidades de fomento que se señala en el artículo 34. Estos honorarios deben ser aprobados por la junta de acreedores en caso que se convenga y fije un honorario inferior o superior al establecido en la escala contenida en el artículo 34.

C. Los gastos de realización del activo comprenden aquellos en que el síndico incurra para la enajenación de los bienes de la quiebra, tales como publicaciones legales y comerciales, tasaciones, derechos notariales, gastos de Conservador de Bienes Raíces, etc.

D. Los préstamos contratados por el síndico para los efectos mencionados. La ley confiere esta atribución al síndico, para permitirle contar con liquidez para solventar los gastos necesarios e indispensables para la incautación e inventario de los bienes, para la administración y realización del activo, en el evento que la quiebra careciere de fondos. El síndico podrá contratar préstamos en el sistema financiero, pero debe informar de ello en la junta de acreedores más próxima. Estos préstamos los otorgan los propios acreedores bancarios y financieros de la quiebra.

Respecto de estos préstamos se produce una situación excepcional, ya que en este caso se le da el carácter de acreedores del fallido a los créditos contraídos con posterioridad a la declaratoria de quiebra. Esto es una excepción al artículo 66 de la Ley de Quiebras.

E. También gozan de esta preferencia créditos que no se encuentran expresamente señalados en esta disposición, como son las 100 U.F. que debe consignar el acreedor petionario de la quiebra para subvenir los gastos iniciales del juicio y los créditos correspondientes a servicios de utilidad pública que se suministren con posterioridad a la declaratoria de quiebra (artículo 132 inciso 2º).

F. La Ley N° 20.004, de 8 de marzo de 2005, dispuso en el inciso 3º del artículo 148 que los gastos de la petición de la quiebra por parte del deudor gozarán de la preferencia establecida en el N° 4 del artículo 2472 del Código Civil, hasta los siguientes límites: el 2% del crédito invocado si éste no excede de 10.000 unidades de fomento y el 1% en lo que exceda de dicho valor. El saldo, si lo hubiere, se considerará valista.

G. Los honorarios de los peritos judiciales designados en el procedimiento de calificación de la quiebra, no obstante ser de cargo de la masa por expresa disposición legal, se les ha conferido en algunos casos por los tribunales del crimen este numeral de la primera clase. La circunstancia de que estos honorarios sean de cargo de la masa, implica que no participan del concurso, por no ser acreedores del fallido, sino que de la masa toda y, en consecuencia, deben ser pagados antes que los acreedores del fallido.

Con la dictación de la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002, esta disposición fue derogada.

G. Los créditos comprendidos en este número no necesitan de verificación para ser pagados, según lo dispone el artículo 148 de la Ley de Quiebras y se pagan administrativamente.

### **3. Las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares (artículo 2472 N° 5 del Código Civil):**

#### **A. Antecedentes de la preferencia**

El antiguo texto del artículo 2472 N° 4 del Código Civil, que regía con anterioridad al 15 de marzo de 1960, establecía como crédito preferente de primera clase: "Los salarios de los dependientes y criados por los últimos tres meses". Cabe hacer notar que esta norma sólo se refería a los salarios, la que debe interpretarse en forma restrictiva, conforme a lo señalado por el artículo 2488 del Código Civil, que establece que "la ley no reconoce otras causas de preferencias que las indicadas en los artículos precedentes". En consecuencia, esta preferencia del N° 4 no se extendía a las indemnizaciones que verificaban los ex trabajadores.

Este número fue sustituido por la Ley 13.923, de fecha 15 de marzo de 1960, quedando como sigue: "Las remuneraciones de los empleados y obreros, en conformidad a lo que dispongan las leyes especiales". Ese nuevo texto del N° 4 del artículo 2472 del Código Civil, se refería también sólo a las remuneraciones de los trabajadores, por lo que del mismo modo quedaban excluidas las indemnizaciones de origen laboral.

Por DL N° 1.773, de fecha 14 de mayo de 1977, este número fue nuevamente sustituido quedando como sigue: "Las remuneraciones de empleados y obreros, y las asignaciones familiares". Posteriormente, se asimilaron a la preferencia del N° 4 del artículo 2472 del Código Civil, las cotizaciones previsionales de los trabajadores. En este mismo DL 1.773 se estableció como crédito preferente de primera clase en el N° 7 del artículo 2472 del Código Civil, a: "Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que correspondan a empleados y obreros".

El DL 2.200, de fecha 15 de junio de 1978, en su artículo 69, señalaba lo que debía entenderse como remuneración para los efectos de lo dispuesto por el artículo 2472 N° 4 del Código Civil, concepto en el cual no se incluían las indemnizaciones de origen laboral de ninguna especie.

Por su parte, el inciso quinto de esta norma legal establecía que: "Sólo gozarán de privilegio los créditos de los trabajadores que estén devengados a



la fecha en que se hagan valer". Esta norma establecía en consecuencia que, para tener derecho a las preferencias establecidas por el artículo 2472 del Código Civil, los derechos de los trabajadores, ya sean remuneraciones o indemnizaciones, debían estar devengados. Antes de ello, sólo constituyen una mera expectativa para los ex trabajadores.

Posteriormente, la Ley 18.175, de 28 de octubre de 1982, fijó un nuevo texto del artículo 2472 del Código Civil, relegando al N° 5 "Las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares". Por su parte, dejó en el N° 8 a "las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral, que correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite equivalente a quince ingresos mínimos mensuales por trabajador. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas".

#### *Derogación del artículo 664 del Código del Trabajo:*

El antiguo texto del artículo 664 del Código del Trabajo, agregado por el artículo 2º de la Ley 13.923, de 15 de marzo de 1960, establecía que: "Gozarán del privilegio establecido en el N° 4 del artículo 2472 del Código Civil, las remuneraciones de empleados y obreros, tales como sueldos, salarios, sobresueldos, comisiones y participaciones. Tendrán el mismo privilegio las asignaciones familiares, las indemnizaciones fijadas por Ley, por desahucio u otras causas". El artículo 23 de la Ley 17.322, de 19 de agosto de 1970, agregó a este inciso "las imposiciones y fondos de previsión". El inciso tercero del artículo 664 del Código del Trabajo señalaba que: "Sólo gozarán de privilegio los créditos que estén devengados a la fecha en que se hagan valer". De esta forma se mantuvo el mismo criterio establecido por el artículo 2472 ya citado, en el sentido que antes de estar devengado el crédito de los trabajadores, éstos sólo tienen una mera expectativa respecto de la preferencia.

Posteriormente, el DL 2.200, de 15 de junio de 1978, derogó tácitamente el artículo 664 del Código del Trabajo, mediante el artículo 69, que establecía: "El privilegio de las indemnizaciones legales y convencionales, previsto en el N° 7 del artículo 2472 del Código Civil no excederá, respecto de cada beneficiario, de un monto igual a quince ingresos mínimos mensuales; el saldo si lo hubiere, será considerado crédito valista".

La Ley 18.620, de 6 de julio de 1987, que aprobó el nuevo Código del Trabajo, estableció en su artículo 60 que: "El privilegio por las indemnizaciones legales y convencionales previsto en el N° 8 del artículo 2472 del Código Civil, no excederá, respecto de cada beneficiario, de un monto igual a quince ingresos mínimos mensuales; el saldo, si lo hubiere, será considerado crédito valista".

Agrega el inciso siguiente: "Sólo gozarán de privilegio estos créditos de los trabajadores que estén devengados a la fecha en que se hagan valer".

Por último, el DFL N° 1, publicado el 24 de enero de 1994, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, estableció en el inciso 4º del artículo 61 que: "El privilegio por las indemnizaciones legales y convencionales previsto en el N° 8 del artículo 2472 del Código Civil, no excederá, respecto de cada beneficiario, de un monto igual a tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, con un límite de diez años; el saldo si lo hubiere, será considerado crédito valista". Agrega el inciso siguiente: "Sólo gozarán de privilegio estos créditos de los trabajadores que estén devengados a la fecha en que se hagan valer".

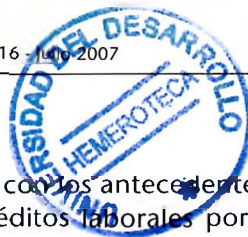
#### B. Generalidades sobre la remuneración

Debe entenderse por remuneración, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 41 y 42 del Código del Trabajo, "Las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo", esto es, sueldo, sobresueldo, comisión, participación y gratificación. Asimismo, conforme al inciso tercero del artículo 61 del Código del Trabajo, también constituyen remuneración, para los efectos del N° 5 del artículo 2472 del Código Civil, las compensaciones en dinero por feriado anual o descanso no otorgados.

No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo (art. 41 inciso 2º del Código del Trabajo).

De acuerdo al artículo 148 de la Ley de Quiebras, las remuneraciones y las asignaciones familiares serán pagadas con cargo a los primeros fondos disponibles en la quiebra y pueden ser pagadas administrativamente, siempre que existan antecedentes documentarios que los justifiquen y aun antes de su verificación.

Se pueden considerar como antecedentes justificativos del crédito los libros de remuneraciones, contratos de trabajo, planillas de pago, convenios colectivos, sentencias ejecutoriadas que ordenan el pago, etc.



Si el síndico no cuenta con los antecedentes documentarios que justifiquen la existencia de los créditos laborales por concepto de remuneraciones y asignaciones familiares, los trabajadores deberán necesariamente verificar sus acreencias, acreditando la existencia de tales créditos. El hecho que estos créditos puedan pagarse aun antes de su verificación no exime a estos acreedores de la obligación de verificar, como sucede con los créditos a que se refieren los números 1 y 4 del artículo 2472 del Código Civil, por disposición expresa del inciso 2º del artículo 148 de la Ley de Quiebras. Sin embargo, una vez pagados administrativamente la totalidad de estos créditos, los trabajadores no se apersonan posteriormente al juicio a verificar sus acreencias.

El pago administrativo de remuneraciones tiene su origen en el inciso 1º del artículo 17 del DL 1509, de 1976, según el cual el Síndico General de Quiebras podía disponer el pago de los sueldos y salarios insolutos, siempre que existieran antecedentes documentarios que los justificaran y sin que fuera necesario que los trabajadores verificaran sus créditos en la quiebra.

En su origen, esta forma de pago era una facultad que se le otorgaba al Síndico General de Quiebras, quien podía instruir su pago al Síndico Jurisdiccional de la respectiva quiebra. El texto actualmente vigente, artículo 148 de la Ley 18.175, consagra esta forma de pago como un derecho de estos acreedores.

Se ha discutido por la doctrina y la jurisprudencia si las vacaciones, desahucio o indemnización sustitutiva del aviso previo están amparados por la preferencia del N° 5 del artículo 2472 del Código Civil, sin tope alguno.

Hoy en día el criterio es el siguiente: de conformidad al artículo 61 del C. del Trabajo, a partir de 1993 las vacaciones están reconocidas por la ley con el N° 5. En relación a la indemnización sustitutiva del aviso previo, de acuerdo a lo dispuesto en los propios artículos 162 inciso 4º y 163 inciso 2º del C. del Trabajo, se considera con la preferencia del N° 8 (la propia ley se refiere a "indemnización...").

Parte de la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema ha considerado que el desahucio o indemnización sustitutiva del aviso previo, al igual que las vacaciones, son asimilables al concepto de remuneraciones y en consecuencia tienen la preferencia del N° 5 del artículo 2472 del Código Civil, disposición que no contempla limitación en cuanto a su monto y debe ser pagada así por los síndicos de quiebras.

Señala además que el concepto indemnización sólo debe entenderse referido al rubro indemnización por años de servicio, que está amparado por la preferencia del N° 8 del citado precepto legal, con la limitación impuesta en esta disposición (Sentencia Excma. Corte Suprema de 24 de julio de 1986, recaída en recurso de queja rol 7.289, que incide en la quiebra de Unión Lechera Aconcagua S.A.).

Hasta este fallo de la Excma. Corte Suprema de Justicia, salvo muy contadas excepciones de primera o segunda instancia, se había mantenido el criterio, en forma casi unánime, de considerar las vacaciones y el desahucio como comprendidos en la preferencia del N° 8 del artículo 2472 del Código Civil.

Se consideraba que esta preferencia sólo cubría y protegía las remuneraciones devengadas exclusivamente durante la vigencia de la relación laboral, dejando fuera las sumas que correspondiera pagar por vacaciones y desahucio, una vez que hubiere expirado dicha relación laboral.

La defensa de los ex trabajadores planteó en la materia el siguiente argumento, que fue acogido por el máximo tribunal:

“El pago de vacaciones es y debe considerarse como el pago de remuneración sin obligación de trabajo y cuando el empleador le pone término a la relación laboral o ésta termina por cualquier causa, el pago que se efectúa, es el reembolso “tardío” de una remuneración que tiene presupuestos especiales y que no le fue entregada oportunamente al trabajador”.

“En lo que dice relación con el desahucio, nuestra parte, siguiendo la doctrina de numerosos tratadistas, sostuvo que la institución del desahucio es el pago de remuneración por falta de pre-aviso. Se hizo notar las diferencias entre la indemnización por años de servicios y la falta de pre-aviso”.

En consecuencia, la tendencia actual es considerar que las remuneraciones y vacaciones están amparadas por la preferencia del número 5 del artículo 2472, sin tope alguno. El desahucio como N° 8.

También gozan de preferencia los reajustes ( IPC ) y el interés máximo convencional para operaciones reajustables que corresponden a las remuneraciones, conforme al Art. 63 del C. del Trabajo.

También constituye remuneración la ropa de trabajo proporcionada anualmente a los dependientes (Dictamen de la Dirección del Trabajo).

**4. Las cotizaciones adeudadas a organismos de seguridad social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin, como asimismo los créditos del Fisco en contra de las entidades administradoras de fondos de pensiones por los aportes que aquel hubiere efectuado de acuerdo con el inciso 3° del artículo 42 del Decreto Ley N° 3.500, de 1980 (artículo 2472 N° 6 del Código Civil).**

Fundamentalmente concurren a verificar sus créditos alegando esta preferencia, el Instituto de Normalización Previsional, quien generalmente verifica créditos de la ex Caja de Empleados Particulares y Servicio de Seguro Social; las Administradoras de Fondos de Pensiones; las Cajas de Compensación y, las Instituciones de Salud Previsional.

También se comprenden en este número los créditos del Fisco contra las Administradoras de Fondos de Pensiones por los aportes que hubiere efectuado el Estado para complementar las diferencias tendientes a asegurar la rentabilidad mínima de los fondos de pensiones. Si se produjere la disolución de la Administradora, en su etapa de liquidación el Estado concurrirá como acreedor por dichos pagos y su crédito gozará de esta preferencia.

La Ley N° 18.933, de 1990, que creó la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, en su artículo 31 confirió también a las cotizaciones para salud este privilegio.

*Situación de los créditos de las Administradoras de Fondos de Pensiones:*

1. En relación a los créditos que tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones en el cobro de cotizaciones previsionales de sus afiliados, el artículo 19 del DL 3.500 les otorga la preferencia establecida en el N° 5 del artículo 2472 del Código Civil. Esta preferencia está establecida en el DL 3626, de 21 de febrero de 1981, que modificó por primera vez el DL 3.500, incluso antes que éste entrara en vigencia.

Este privilegio otorgado por el legislador a las cotizaciones previsionales adeudadas a las Administradoras de Fondos de Pensiones presenta una situación de desigualdad frente a los créditos de otros organismos previsionales, como son los créditos del Instituto de Normalización Previsional y las Isapres.

El privilegio en análisis reviste especial importancia para los efectos de obtener el pago de las cotizaciones previsionales adeudadas a las Administradoras de Fondos de Pensiones en la quiebra. En efecto, de conformidad al inciso 3° del artículo 148 de la Ley de Quiebras, los créditos mencionados en el N° 5 del artículo 2472 del Código Civil serán pagados administrativamente con cargo a los primeros fondos del fallido y aun antes de su verificación, lo que

no sucede con las restantes instituciones de previsión, las que están obligadas a verificar sus créditos y esperar que les sean reconocidos para ser incluidos en los repartos de fondos que se efectúen por el síndico.

Al tener las Administradoras de Fondos de Pensiones la misma preferencia que la otorgada a las remuneraciones de los trabajadores, concurrirían con ellos al pago administrativo de sus créditos, con cargo a los primeros fondos de que el síndico pueda disponer. Sin embargo, dado que el artículo 148 de la Ley de Quiebras les confiere el derecho a ser pagados administrativamente a “los créditos mencionados en el N° 5 del artículo 2472 del Código Civil”, y al no aparecer estos créditos mencionados en dicha disposición sino en una ley especial, como lo es el Decreto Ley 3.500, se ha estimado por algunos que no procedería su pago administrativo, debiendo en consecuencia verificar sus créditos.

Por otra parte, la posición contraria sostiene que por el hecho de que las cotizaciones establecidas en el DL 3.500 se deducen de las remuneraciones del trabajador, vale decir, forman parte de éstas, deben tener la misma preferencia que ellas y debería serles aplicable, en consecuencia, el mismo procedimiento de pago en caso de quiebra. De hecho, se deducen de las remuneraciones del trabajador, por lo que forman parte de éstas. A mayor abundamiento, es una preferencia que está contenida, además de lo señalado en términos generales en el artículo 2472 N° 5 del Código Civil, al referirse a “las remuneraciones de los trabajadores”, en una ley especial como lo es el DL 3.500, y como sabemos, la ley especial prima sobre lo dispuesto en la ley general.

2. Se ha presentado el problema de determinar la preferencia que le asiste al “recargo” que va en beneficio de las Administradoras, que corresponde al 20% sobre el interés, establecido en el artículo 19 del DL 3.500. Según se ha interpretado por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones en Oficio Ord. J007056 de 10.09.87, por encontrarse el recargo del 20% en favor de las Administradoras incluido en el concepto “interés penal”, establecido en inciso 9° de dicho artículo, dicho recargo gozaría del privilegio establecido en el N° 5 del artículo 2472 del Código Civil.

No obstante lo señalado por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, estimamos que es un asunto discutible, porque el recargo no forma parte de las remuneraciones del trabajador y además no está establecido en su beneficio; asimismo las Administradoras de Fondos de Pensiones “no tienen la obligación de cobrar dicho recargo”, como lo señala el inciso 20 que establece esta preferencia.

3. En el DL 3.500 se establecen cotizaciones voluntarias, que estimamos deberían gozar de la misma preferencia que las obligatorias (artículo 18 inciso 2° DL 3.500, hace aplicable artículo 19 del mismo cuerpo legal). Lo anterior,

por tratarse de cotizaciones con las mismas características que las obligatorias, con la única diferencia que se efectúan por la mera voluntad del afiliado y no le son impuestas por la ley, pero al igual que las obligatorias, se deducen de las remuneraciones.

4. También se establecen “aportes convenidos con el empleador” (artículo 18 inciso 2º del DL 3.500 también hace aplicable el artículo 19). Consideramos que en estos casos se trata de créditos valistas. No podría aplicarse la preferencia del inciso 20 artículo 19, porque en este caso no se trata de cotizaciones, aunque la Administradora esté obligada a hacer la cobranza. Lo mismo ocurre con los depósitos de la cuenta de ahorro voluntario (artículo 21 DL 3.500).

5. Existen otras preferencias establecidas en el DL 3.500, según podemos señalar:

a) Artículo 42 inciso 3º: En caso que el Estado tuviera que hacer un aporte para cubrir la Rentabilidad Mínima de un Fondo de Pensiones. Crédito de primera clase que goza del privilegio establecido en el artículo 2472 Nº 6 del Código Civil.

b) Artículo 82: Rentas vitalicias en caso de cesación de pagos o declaración de quiebra de una Compañía de Seguros y pensiones de invalidez originadas por un primer dictamen de invalidez, cuota mortuoria, aportes adicionales, contribución. Este crédito goza del privilegio contemplado en el Nº 6 del artículo 2472 del Código Civil.

c) Artículo 82 inciso final: Créditos de pensionados en contra de una Compañía de Seguros, gozan del privilegio contemplado en el Nº 5 del artículo 2472 del Código Civil.

d) Créditos de A.F.P. contra Compañías de Seguros, originados en incumplimientos de contratos de seguro de invalidez y sobrevivencia, gozan del privilegio contemplado en el Nº 6 artículo 2472 del Código Civil.

Por último, debemos señalar que en virtud de la modificación introducida al artículo 19 del Decreto Ley 3.500 por la Ley Nº 19.250, de septiembre de 1993, el privilegio conferido a las cotizaciones previsionales, multas, reajustes e intereses que las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la obligación de cobrar, está “por sobre los derechos de prenda y otras garantías establecidas en leyes especiales”. Esta disposición viene a asegurar el pago de estos créditos, respecto de aquellos acreedores que pretendan alegar una superpreferencia para su pago.

**5. Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite de tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador con un límite de diez años. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas (artículo 2472 N° 8 del Código Civil).**

Bajo el imperio del Código del Trabajo de 1931, el artículo 664 confería a las indemnizaciones el mismo privilegio que a las remuneraciones y asignaciones familiares, las que se encontraban comprendidas en el N° 4 de la primera clase. No existía para el pago de las indemnizaciones tope alguno.

Este privilegio rigió hasta la dictación del DL N° 1.773, de 14 de mayo de 1977, que desmejoró considerablemente a los trabajadores en esta materia. Con posterioridad a esta fecha se han producido otras modificaciones, siendo la última la introducida por la Ley 19.250, de 1993, al artículo 2472 del Código Civil y artículo 61 del Código del Trabajo, que no obstante mantener en el N° 8 a las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral, las mejora en lo relativo al límite que tiene preferencia.

En efecto, la normativa vigente hasta la fecha de entrada en vigencia de la Ley 19.250 establecía un límite preferente de 15 ingresos mínimos mensuales por trabajador, sin importar el número de años que hubiere servido. La reciente modificación concede este privilegio hasta un monto igual a tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador, con un límite de diez años. El saldo, si lo hubiere, se considerará valista.

Como se puede observar, con esta modificación, el límite preferente puede llegar a 30 ingresos mínimos para los trabajadores que tengan diez o más años de servicio. Sin embargo, para aquellos trabajadores que tengan menos de cuatro años de servicio y fracción superior a seis meses, se les ve reducido su privilegio por cuanto la ley vigente pretende dar mayor relevancia a la antigüedad en el trabajo.

Por su parte, el artículo 148 de la Ley de Quiebras permite que las indemnizaciones sean pagadas administrativamente con un límite distinto al que goza de preferencia, esto es, un mes de remuneración por cada año de servicio y fracción superior a seis meses. Para ello no se requiere de verificación previa, siempre que existan antecedentes documentarios que las justifiquen. Como lo hemos sostenido al referirnos al pago administrativo de las remuneraciones, el origen de esta forma de pago se encuentra en el DL 1509, de 1976, en cuyo inciso 2º del artículo 17 se establecía como un derecho el pago administrativo



de los créditos laborales provenientes de indemnizaciones u otras causas, con el solo mérito de sentencia judicial ejecutoriada que así lo ordenara o de informe fundado de la Dirección del Trabajo. El tope establecido como preferente para cada beneficiario ascendía a diez ingresos mínimos mensuales.

Se ha asimilado a una indemnización el fuero maternal. Los tribunales han estimado que ante la imposibilidad de reintegro de una trabajadora amparada con fuero maternal a sus labores, debido al cierre de la empresa empleadora por la quiebra, debe ésta ser indemnizada. En consecuencia, el fuero maternal subsiste pese a que se haya puesto término a la actividad de la empresa por la quiebra, debiendo pagarse una indemnización correspondiente a las remuneraciones completas por el período de fuero.

Por otra parte, se ha considerado que los fueros maternales gozarían de la preferencia establecida en el N° 4 del artículo 2472 del Código Civil, al igual que los fueros sindicales.

Para el pago administrativo de las indemnizaciones, constituyen título justificativo del crédito, el acta suscrita ante un Inspector del Trabajo en la cual el empleador se comprometió a pagar una determinada indemnización al trabajador. También constituye suficiente título el avenimiento judicial total o parcial que acuerden las partes en relación a las indemnizaciones por años de servicios y que cumplan con las formalidades señaladas en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 444 inciso 2º del Código del Trabajo, el que tiene para todos los efectos legales el mismo valor que una sentencia firme o ejecutoriada. En consecuencia, pueden ser pagadas administrativamente.

En suma, están comprendidos en el N° 8 el desahucio o indemnización sustitutiva del aviso previo, el fuero maternal y el fuero sindical.

## **6. Los créditos del fisco por los impuestos de retención y recargo (artículo 2472 N° 9 del Código Civil).**

De la norma transcrita se desprende que no todo tipo de impuestos es preferente. Sólo lo son los de retención y recargo, tales como el Impuesto a la Renta de 2ª Categoría, Pagos Provisionales Mensuales, Impuesto al Valor Agregado, Impuesto a la Ley de Alcoholes.

Con anterioridad a la dictación de la Ley 18.175, de 1982, los impuestos fiscales devengados de retención o recargo se encontraban comprendidos en el N° 5 de la primera clase.

Los impuestos fiscales no comprendidos en el N° 5, y los municipales, devengados, gozaban del privilegio que contemplaba el N° 8 del artículo 2472.

Con la dictación de la actual Ley de Quiebras, se desmejoran las preferencias de los créditos del Fisco, toda vez que los impuestos de retención y recargo que se encontraban en el N° 5 pasan al N° 9. En lo que respecta a los demás impuestos fiscales y municipales, quedan sin preferencia alguna, como sucede con el caso del Impuesto Territorial y las multas.

La Ley 18.591, de 3 de enero de 1987, en su artículo 29 concede a los contribuyentes gravados con determinados impuestos establecidos en el DL 825 sobre Impuestos a las Ventas y Servicios la facultad de utilizar estos tributos como crédito fiscal, por el monto que hayan recargado separadamente en facturas emitidas por ventas o servicios efectuados o prestados a otros contribuyentes de esos mismos impuestos, en el caso que esas facturas se encuentren impagas y el deudor haya sido declarado en quiebra.

Con este beneficio los acreedores valistas recuperan en la quiebra al menos el IVA pagado.

Para acceder a este beneficio, los contribuyentes deben verificar sus créditos cumpliendo los requisitos que señala la ley. Una vez reconocida en la quiebra la deuda contenida en las facturas, el síndico emitirá una nota de débito por el monto de los impuestos recuperables, contabilizándola en los libros del fallido como un débito fiscal que será utilizado por el acreedor como crédito fiscal. Reconocido el crédito y emitida la nota de débito, el Fisco se subroga en todos los derechos del acreedor relativos a impuestos recargados, y ese crédito fiscal gozará de pleno derecho y sin más trámite de la preferencia del N° 9 de la primera clase.

La ley beneficia al acreedor que está al día en el pago de tributos determinados, establecidos en la Ley del IVA (DL 825) como asimismo los tributos que vaya a utilizar como crédito fiscal que hayan sido declarados y enterados en arcas fiscales oportunamente.

También son preferentes de primera clase los créditos provenientes de deudas ex Cora. Esta preferencia emana de lo dispuesto en el artículo 11, inciso 3º, del DL 2405, de 12 de diciembre de 1978, y artículo 9º de la Ley N° 18.658, de 30 de septiembre de 1987. Estos créditos tienen la preferencia del N° 8 del artículo 2472 del Código Civil, en el texto anterior al fijado por el artículo 261 de la Ley de Quiebras.

## **V. La segunda clase de créditos**

El acreedor prendario tiene un privilegio de segunda clase sobre el bien mueble dado en garantía, según lo dispone el artículo 2474 del Código Civil.

Bajo el sistema del Código Civil, la prenda supone la entrega de la cosa al acreedor, ya que es un contrato sobre una cosa mueble y se perfecciona por la entrega de la cosa. Es por ello que no existe la pluralidad de prendas sobre una misma cosa, puesto que el acreedor necesita tener la prenda en su poder, no siendo posible realizar esto con varios acreedores.

El artículo 149 de la Ley 18.175 faculta a los acreedores de esta clase para ser pagados sin aguardar las resultas de la quiebra. Para ello es menester que se asegure el pago de los créditos de la primera clase, si los demás bienes del deudor fueren insuficientes para su pago.

Los acreedores prendarios pueden optar por iniciar ante el tribunal de la quiebra los procedimientos que correspondan o continuar ante el mismo tribunal los ya iniciados en otros juzgados si prefieren no dejar en manos del síndico la realización de los bienes gravados.

Con la dictación de la Ley N° 19.250, de 1993, que estableció en el inciso final del artículo 148 que los créditos de la primera clase preferirán a todo otro crédito preferente o privilegiado establecido por leyes especiales, se ha puesto término a la discusión de si las prendas establecidas en leyes especiales otorgan al acreedor una superpreferencia, para pagarse por sobre los créditos de la primera clase.

## **VI. La tercera clase de créditos**

Se comprende en esta preferencia a los créditos garantizados con hipoteca. Al igual que la prenda, esta preferencia recae sobre determinados bienes del deudor, por lo que es una preferencia especial.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley de Quiebras, los acreedores que gozan de hipoteca se pagan en la forma que determina el Código Civil.

Estos acreedores pueden ejercer sus acciones sin esperar las resultas de la quiebra. Bastará que consignen o afiancen el pago de los créditos de la primera clase.

Si los bienes del deudor no gravados con hipoteca fueren insuficientes para el pago de los créditos de la primera clase, estos acreedores, al igual que los prendarios, deberán concurrir al pago de dichos créditos si no han sido cubiertos con los otros bienes del deudor.

## **VII. Conflicto de los acreedores hipotecarios y prendarios para el pago de los créditos de primera clase**

Es de interés dilucidar ciertas dificultades que se plantean acerca del conflicto que se suscita entre los acreedores hipotecarios y prendarios, en cuanto a la forma en que éstos deben concurrir al pago de los créditos de primera clase, cuando los demás bienes del patrimonio del deudor declarado en quiebra fueren insuficientes para cubrirlos, a cuyo respecto cabe expresar lo siguiente: La discusión se ha centrado en determinar si los acreedores hipotecarios y prendarios deben soportar el déficit de pago de los créditos de primera clase, siguiendo entre ellos el orden numérico de preferencia que el legislador ha dispuesto para sus créditos o a prorrata.

1. Una corriente de opinión sostiene en nuestro país que el conflicto debe resolverse respetando el orden de numeración dado por el legislador a los respectivos créditos, de modo que los créditos de segunda clase, entre los cuales se encuentran los prendarios, prefieren a los de tercera clase, en que se comprenden los hipotecarios, así como los de primera clase anteceden a toda otra clase de créditos y tal como a su vez los de segunda y tercera clase se pagan con prioridad a los de la cuarta clase.

Al respecto, don Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra sobre *La prelación de Créditos*, expresa textualmente que: "Preciso es atenerse a los principios de la lógica, lo que hace ver que los créditos de la segunda clase gozan de preferencia sobre los de tercera clase en caso de producirse pugna de intereses, por lo que pienso que ésta es la manera práctica de solucionar el conflicto".

Asimismo, don Manuel Somarriva Undurraga, en su libro *Tratado de las Cauciones* concluye que: "Ante el silencio del legislador, la cuestión debe resolverse con la lógica; y ésta nos dice que los créditos de segunda clase deben preferir a los de tercera y en consecuencia, el déficit de los créditos de primera clase se pagará primero en los bienes hipotecarios y sólo a falta o insuficiencia de éstos, en los bienes que se encontraren afectos a un crédito de segunda clase".

En suma, es preciso destacar que la razón que fundamenta estas opiniones radica exclusivamente en el orden de numeración que ha establecido la ley.

Conforme a ello, habrá que entender que el déficit impago de la primera clase de créditos se descontará primero de la hipoteca y luego se deducirá de la prenda.

2. No obstante, cabe observar que no existe en el Código Civil una norma expresa que disponga precisamente que el déficit de los créditos de primera clase deba cubrirse según el orden antes previsto, toda vez que ello debe inferirse de la enumeración que se les ha asignado a los consabidos créditos en la ley.

Hay, sin embargo, sendos preceptos legales que disponen claramente que tanto los créditos prendarios como los hipotecarios excluyen a los de la primera clase en los bienes afectos a su seguridad, pero si los demás bienes del patrimonio del deudor fueren insuficientes para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán éstos la preferencia en cuanto al déficit, que es lo que establecen los artículos 2476 y 2478 del Código Civil.

3. Siendo entonces las causas de preferencia de derecho estricto y no habiendo otras que las específicamente señaladas en la ley, si el legislador no ha dispuesto expresamente que para satisfacer el déficit de los créditos de primera clase deba recurrirse a unos acreedores antes o después que otros, lo único claro es admitir que deban concurrir tanto unos como otros a cubrir el pago de ese déficit.

Por lo demás, por ser los créditos de segunda clase y de tercera clase de carácter especial, poco importa el orden con que aparecen referidos en la enumeración del Código Civil, toda vez que la preferencia de que gozan tiene interés únicamente para determinar la naturaleza de los bienes que están afectos al privilegio o hipoteca de que se trata y en los cuales se hará en definitiva efectivo el pago del crédito correspondiente.

4. Aun más, de aplicarse el orden de la enumeración prescrito por el legislador para solucionar el conflicto entre los respectivos créditos, se llega al absurdo que no se cumplirían justamente las disposiciones que hacen procedente en el Código Civil el pago del déficit de los créditos de primera clase, si se advierte que al quedar libres las especies pignoradas de la obligación de concurrir al pago de los créditos con privilegio de primera clase, por ser precisamente el acreedor hipotecario quien deba soportar primeramente con los bienes gravados todo el pago de esos saldos de los créditos de primera clase, quiere decir que el acreedor hipotecario estaría así contribuyendo junto con el pago de los créditos de primera clase, también al pago de los créditos de segunda clase, que no sufren menoscabo alguno y a su vez, el propio acreedor prendario se estaría liberando de cubrir el déficit de los créditos de primera clase, por tener que soportarlos exclusivamente el acreedor hipotecario.

En efecto, si el acreedor hipotecario cubriera exclusivamente el déficit de los créditos de primera clase, evitaría naturalmente que tuviera que concurrir también a ese pago el acreedor prendario, con lo que en último término estaría pues contribuyendo no sólo al pago de los créditos de primera clase, sino que además estaría soportando el pago del crédito pignorado, en circunstancias que el artículo 2478 del Código Civil se refiere al pago de los créditos de primera clase y no a los de segunda clase.

Del mismo modo, dado que el acreedor prendario debe concurrir al déficit de los créditos de primera clase, habría dejado de contribuir a ese pago si como consecuencia de soportarlo íntegramente el acreedor hipotecario se ve exonerado de esa obligación, con lo que tampoco se estaría así aplicando el artículo 2476 del Código Civil, que precisamente le impone esa obligación.

Así concebida la solución, se estaría dando el contrasentido que el acreedor hipotecario en el fondo estaría pagando más de la cuenta, al no haber entonces concurrido el acreedor prendario en el pago de los créditos de primera clase.

5. Para demostrar la inconsecuencia a que puede conducir la aplicación del orden numérico como solución para disipar la forma como deben concurrir al déficit de los créditos de primera clase los bienes pignorados o afectos a hipoteca, conviene retener la idea que de acuerdo al artículo 1610 N° 1 del Código Civil opera la subrogación legal en beneficio "Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca".

Así, entonces, si un acreedor del deudor paga a otro acreedor en razón de un privilegio o hipoteca, se produce por el solo ministerio de la ley la subrogación, esto es, opera el traspaso de los derechos del acreedor al otro que le paga, con lo que subsiste el crédito en manos del nuevo acreedor, con los mismos privilegios y acciones del antiguo, de acuerdo a lo establecido en los artículos 1608 y 1612, ambos del Código Civil.

6. Si por caminos diferentes se diera el caso que el acreedor hipotecario cubriera con recursos propios el déficit del acreedor de primera clase, a virtud de la subrogación pasaría a gozar de otro crédito contra el mismo deudor, por lo que sería titular del suyo propio y de aquel en que se ha subrogado por el pago efectuado al otro acreedor.

De aplicar en la especie esta hipótesis, el acreedor hipotecario entonces tendría un crédito de primera clase contra el deudor, derivado de la subrogación, y un crédito hipotecario, que es el que le corresponde directamente respecto del deudor.

En consecuencia, si el acreedor hiciera exigible el pago de su crédito caucionado con la hipoteca en la finca gravada, absurdo resultaría que tuviera que deducirse del producto de la realización del bien raíz el crédito de primera clase, de que al mismo tiempo es titular por subrogación el propio acreedor hipotecario, razón por la cual en último término el perjudicado sería el propio acreedor prendario, que tendría que soportar con los bienes pignorados todo el déficit del acreedor de primera clase en cuyos derechos quedó subrogado el acreedor hipotecario, en atención a que gozaría del derecho para ser pagado de ese saldo insoluto con la preferencia que establece el ya citado artículo 2476 del Código Civil.

7. Con las observaciones anteriores, se procura así encontrar una solución armónica y regida por un principio de equidad que resuelva el conflicto de intereses que se suscita entre los acreedores prendarios e hipotecarios.

Los números 1 al 7 precedentes se encuentran contenidos en un "Informe acerca de los conflictos de los Acreedores Hipotecarios y Prendarios en cuanto al pago del déficit de los créditos de Primera Clase", evacuado por la Fiscalía Nacional de Quiebras y puesto en conocimiento de los síndicos de quiebras mediante Circular N° 5 de 24 de abril de 1986.

Por lo demás, al dictarse la Ley 18.598, publicada en el Diario Oficial de fecha 5 de febrero de 1987, mediante la cual se modificaron diversas disposiciones de la actual Ley de Quiebras en relación con los convenios y continuaciones de giro, en el actual artículo 114, que se refiere al derecho que tienen los que han asumido créditos en contra del fallido durante la continuación efectiva del giro de sus negocios y que pueden hacerlos efectivos sobre los bienes afectos a tal prosecución, se dispone en la segunda parte del inciso primero que: "Los créditos de la continuación efectiva del giro preferirán a los de los acreedores hipotecarios, prendarios y retencionarios que hubieren dado su aprobación a dicha continuación, sólo en el caso que los bienes no gravados comprendidos en la continuación efectiva del giro fueren insuficientes para satisfacerlos.

La diferencia, si la hubiere, será soportada por los señalados acreedores hipotecarios, prendarios y retencionarios a prorrata del monto de sus respectivos créditos en la quiebra y hasta la concurrencia del valor de liquidación de los bienes dados en garantía de sus respectivos créditos".

A nuestro entender, la solución que ha establecido la Ley de Quiebras en orden a que el conflicto de los acreedores hipotecarios y prendarios en cuanto a que el pago del déficit de los créditos del giro deba resolverse aplicando las reglas de la proporcionalidad, ha venido a confirmar la opinión sustentada y se aviene más con la lógica y a no dudar es de justicia tenerlo presente, como criterio general para decidir igualmente la forma de pago que ha de aplicarse en relación con los acreedores de primera clase.

### **VIII. Oportunidad en que ha de dilucidarse cuáles son los créditos de primera clase por los que han de responder los acreedores hipotecarios y prendarios**

1. El acreedor hipotecario y prendario, como ha sido establecido, no está obligado a esperar las resultas de la quiebra y podrá así exigir el pago de su crédito con cargo, naturalmente, a los fondos consignados, provenientes del producto de la liquidación del bien gravado y es en este momento en que deberá determinarse si hay o no bienes suficientes en el resto del patrimonio del fallido para satisfacer en su totalidad los créditos de primera clase; dado que tendrán éstos la preferencia para ser pagados con el producto de los bienes hipotecados o pignoralos en cuanto al déficit que no se alcanzare a pagar con los demás bienes del fallido.

2. Hay que tener presente a este respecto que al acreedor hipotecario y prendario no se le puede castigar por la desidia de los acreedores privilegiados de primera clase de no hacer valer oportunamente sus derechos en la quiebra, por cuanto el artículo 154 de la Ley 18.175, en relación con los artículos 131, 140 y 52 N° 6, consagra el principio que la demanda de los acreedores morosos no suspenderá la realización de los repartos, salvo que se encontrare pendiente el reconocimiento de sus créditos, en cuyo evento habrá necesidad de hacer la respectiva reserva, para el caso de que fuere después admitido a pago, hipótesis en la cual tendrá derecho de exigir que los dividendos que les hubieren correspondido en las distribuciones anteriores sean de preferencia cubiertos con los fondos todavía no repartidos.

3. Ha de considerarse sobre este particular que hay ciertos créditos que no necesitarán de verificación, como son los establecidos en los números 1 y 4 del artículo 2472 del Código Civil, y que los créditos de los ex trabajadores por sus remuneraciones, así como por sus indemnizaciones legales o convencionales ya devengadas, hasta el límite legal, previstos en los números 5 y 8 respectivamente del consabido artículo 2472, serán pagados administrativamente por el síndico, siempre que existan antecedentes documentarios que los justifiquen o con el solo mérito de la sentencia ejecutoriada que así lo ordene, en su caso, según los términos establecidos por el artículo 148 de la Ley 18.175.

4. Finalmente, cabe agregar que del tenor literal del artículo 140 de la Ley de Quiebras, se desprende que los acreedores pueden verificar por separado el crédito de la preferencia, lo que resulta del alcance del precepto, cuando dice: "Los acreedores que no hayan verificado oportunamente sus créditos o preferencias podrán hacerlo mientras haya fondos para repartir, en cualquier tiempo, para ser considerados en los repartos futuros...".



Naturalmente que si la ley les permite a los acreedores alegar en cualquier momento a plenitud sus derechos, habrá de estimarse, conforme a lo sostenido, que al tiempo en que los acreedores hipotecarios o prendarios deducen el pago de sus respectivos créditos habrá de dilucidarse cuáles son los créditos de mejor derecho que podrían verse afectados con los pagos que aquellos reclaman y si a la sazón no se hubiere invocado la preferencia con que estuviere revestido un eventual crédito de primera clase, no sería de evidente justicia que los acreedores hipotecarios o prendarios sufrieran las consecuencias que de la falta oportuna del reclamo de la preferencia pudieran derivarse en desmedro de sus derechos.

### **IX. La cuarta clase de créditos**

La cuarta clase de créditos comprende los señalados en el artículo 2481 del Código Civil. Esta clase corresponde a aquellos créditos que se tienen contra ciertos administradores de bienes ajenos.

Los créditos enumerados en la disposición antes citada prefieren indistintamente unos a otros según las fechas de sus causas.

El privilegio de cuarta clase es de carácter general, por cuanto puede hacerse efectivo sobre todos los bienes del deudor, cualquiera que sea su naturaleza.

No obstante ser este privilegio de carácter general, es un privilegio personal, por cuanto no pasa contra los terceros poseedores de los bienes del deudor. Asimismo, estos créditos se pagan una vez que se han pagado los créditos de las tres primeras clases.

El crédito de esta clase que con mayor frecuencia se podría presentar en las quiebras corresponde al contemplado en el artículo 4º de la Ley N° 19.537 de 1997 sobre Copropiedad Inmobiliaria. Esta norma señala que los gastos comunes de toda clase, necesarios para la administración de los edificios, son de cargo de los copropietarios y la obligación correspondiente seguirá siempre al dominio del piso o departamento respectivo. "El crédito correlativo gozará de un privilegio de cuarta categoría que preferirá, cualquiera que sea su fecha a los enumerados en el artículo 2481 del Código Civil".

### **X. La quinta clase de créditos**

La quinta y última clase de créditos comprende aquellos que no gozan de preferencia alguna para su pago, a los cuales la doctrina denomina "valistas o quirografarios".

Estos créditos se pagan de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2489 del Código Civil, con el sobrante de los bienes de la masa concursada, a prorrata de sus respectivos valores, sin consideración a su fecha.

En esta categoría de créditos prima el principio de la igualdad de todos los acreedores, ya que concurren en iguales condiciones para prorratarse los bienes del deudor, según el monto de sus créditos.

# **Ley Reservada del Cobre. Visión jurídica y política\***

**Hugo Álvarez Cárcamo**

Profesor Ayudante de Derecho Procesal

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

## **UNA APROXIMACIÓN AL TEMA**

### **1. ¿Cuál es el problema?**

En los últimos años el cobre, principal materia prima que exporta nuestro país, ha sufrido una importante y sostenida alza en su precios de venta, lo que ha significado un ingreso para nuestro país de muchos millones de dólares adicionales.

Estos mayores ingresos han traído como consecuencia una no menor discusión acerca de los destinos que deberían tener dichos recursos, lo que ha producido un debate a nivel nacional en diversas esferas de discusión.

Es así como, en el área económica, el Ministro de Hacienda diseñó una serie de herramientas de inversión que aseguran y protegen los recursos adicionales que se recibirían producto del alza de precio que experimentó el metal cuprífero.

Esta misma situación llevó a la discusión, especialmente parlamentaria (política), los elevados ingresos que recibirían las Fuerzas Armadas, como consecuencia de los aportes fiscales que otorga directamente la llamada Ley Reservada del Cobre.

Seguramente, si estos ingresos hubieren sido significativamente menores, no se habría levantado el revuelo del que hemos sido testigos en los últimos años.

---

\* Este artículo forma parte de la memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales del autor, ganadora del "Concurso Especial de Investigación y Asesoría para Memoristas Universitarios Año 2006" organizado por la Cámara de Diputados del Congreso Nacional.

Por otra parte, este tema ha sido incorporado sostenidamente en los últimos programas de gobierno de la Concertación.

Así, mientras el Presidente Ricardo Lagos en su programa de gobierno<sup>1</sup> prescribía: *“Garantizaremos un financiamiento suficiente para las necesidades de la Defensa Nacional. Continuaremos con la racionalización en la asignación de los recursos del sector, actualizando los sistemas logísticos, todo ello en la medida en que se logren acuerdos regionales al respecto y se profundice la confianza mutua con los países vecinos. Revisaremos el mecanismo establecido en la Ley Reservada del Cobre en cuanto a inversiones”*.

Por su parte, la Presidenta Michelle Bachelet,<sup>2</sup> derechamente cambiaba el criterio y declaraba en su programa de gobierno: *“Daremos un fuerte impulso a las políticas de control de la gestión. Desarrollaremos un sistema integrado entre el Ministerio de Defensa y las Fuerzas Armadas, tanto de la gestión estratégica como de la financiera, con el objetivo de reducir gastos y optimizar la asignación de recursos. Para ello, **derogaremos la Ley del Cobre** y desarrollaremos un sistema de financiamiento de largo plazo para las necesidades de las Fuerzas Armadas”*.

En ese mismo sentido, el propio Presidente de la Cámara de Diputados señor Antonio Leal Labrin, el 18 de enero de 2007, en su discurso con motivo de la premiación del concurso de memoristas que realiza la Cámara de Diputados anualmente, correspondiente al año 2006, se refirió brevemente a este tema diciendo: *“Vamos a derogar la Ley Reservada del Cobre, porque no puede ser que Codelco deba entregar esos recursos a las Fuerzas Armadas, en vez de capitalizarlos y crecer, y deberemos en consecuencia buscar otro sistema de financiamiento para la Defensa...”*.

Con respecto a lo anterior, cabe comentar que adolece de ciertos errores de interpretación e imprecisiones, toda vez que es el Estado de Chile, personificada la responsabilidad en el Presidente de la República, quien hace el aporte de recursos para la Defensa Nacional, en este caso en particular lo hace a través de una Empresa del Estado, CODELCO, que es el instrumento que en la época de gestación de la ley, que como sabemos data de la década de los 30 en adelante, el legislador estimó realizarlo a través de esa vía; recordemos además que como la propiedad de CODELCO es del Estado de Chile, la distribución de esos recursos es justamente para financiar las obligaciones que el propio Estado tiene por imposición constitucional; por otra parte, la propia empresa en su declaración de su misión corporativa dice *“...con el propósito de maximizar en el largo plazo su valor económico y su aporte al Estado de*

<sup>1</sup> Programa de Gobierno Presidente Ricardo Lagos Escobar.

<sup>2</sup> Programa de Gobierno Presidenta Michelle Bachelet.

*Chile*". Luego, si el fundamento presentado por el señor presidente de la Cámara es permitir que la empresa capitalice, no me parece del todo válido. Efectivamente, si no existiera este aporte de recursos a las Fuerzas Armadas, las utilidades de la empresa estatal crecerían y podría destinar todo o parte de ellas a la capitalización, sin embargo esa no es una condición sine qua non, porque esta empresa tiene contemplado dentro de su estructura financiera un porcentaje de capitalización o de reinversión, lo que no necesariamente debe lesionar los recursos que destina a otro cometido la Ley Reservada del Cobre, vale decir, pueden perfectamente convivir ambas situaciones.

En este mismo sentido, el domingo 28 de enero de 2007, el Diario La Tercera, página 40, en artículo escrito por Luis Fromin y Christian Viancos cita al economista Guillermo Patillo, que decía: *"En el corto plazo, terminar con la Ley Reservada del Cobre, que conlleva que el 10% de las ventas de CODELCO se destinan a las FFAA, no tiene mayor repercusión en la compañía. Aunque redundará en un aumento en las utilidades, en la práctica no significa mucho para la empresa, ya que automáticamente implicará dineros que se irán al fisco"*. Luego, si los recursos siguen siendo del fisco y es el mismo fisco el que tiene que financiar la Defensa Nacional, la discusión acerca de la derogación de la Ley Reservada del Cobre se torna inoficiosa desde un punto de vista intelectual.

Por otra parte, el propio presidente ejecutivo de CODELCO, señor José Pablo Arellano, en entrevista al Diario La Tercera de fecha 11 de febrero de 2007, página 36, Sección Negocios, indicó que lo que la empresa del Estado quiere es que el Gobierno no sólo capitalice parte de las utilidades de 2006, sino que espera que Hacienda le permita a CODELCO contar con otro monto adicional para poder reinvertirlo en el futuro en los proyectos de la minería, y agrega que los resultados récord aportarán una tremenda riqueza, y que espera superar los US\$ 9.000 millones de excedentes en el año 2006. Lo anterior son excedentes, vale decir, ya se han descontado los aportes de la Ley Reservada del Cobre, por lo tanto no es un argumento, al menos en estos momentos, el buscar que CODELCO capitalice, porque ya lo hace en condiciones de bastante solvencia.

Con respecto a la proposición del presidente ejecutivo, el Gobierno anunció la creación de un fondo de reserva por US\$ 400 millones de dólares, que se destinarán a futuras inversiones. Además, CODELCO tendrá US\$ 313 millones de dólares disponibles este año para reinvertir utilidades retenidas del ejercicio 2006, lo que da un total de US\$ 713 millones de dólares que el gobierno decidió capitalizar en CODELCO, los que irán directamente en apoyo de los planes de inversión que tiene la minera estatal para este y los próximos años. (La Tercera, Sección Negocios, página 24, martes 13 de febrero de 2007).

Pero como al parecer el tema de la derogación es lo que un sector político persigue, varias preguntas surgen de estas afirmaciones: ¿Es necesario derogar definitivamente un sistema que ha demostrado que ha sido eficiente en la mantención de la operatividad de las Fuerzas Armadas en el cumplimiento de su misión en la Defensa Nacional? ¿Será prudente incluir en un programa de gobierno una afirmación de este tipo sin la participación de los actores en dichos procesos? Claramente la afirmación de dicho programa de gobierno tiene rasgos políticos y no técnicos. ¿Debería considerarse la opinión técnica y el análisis de los resultados de la gestión en el tiempo? Si se incorporara otro sistema de financiamiento plurianual por la vía del presupuesto anual de la nación, ¿podría verse afectado por intereses políticos que hicieran oscilante la asignación de recursos?

En este contexto, existe una contradicción con lo que el propio Presidente Lagos indicó en su momento en su programa, al referirse al rol de las Fuerzas Armadas, donde decía: "...necesitan actuar con profesionalismo y operar con *critérios técnicos* y no políticos...", en contraposición a lo declarado por el gobierno siguiente.

Luego si el responsable final de la Defensa Nacional es el Presidente de la República, la pregunta es ¿no debería al menos valorar en alguna medida el criterio técnico en esta materias y no puramente político, como lo hace la presidenta Bachelet, en su programa, al aseverar la derogación de la Ley Reservada del Cobre?

## **2. Evolución histórica**

El deseo de conocer los orígenes de algo es una necesidad para toda persona, analistas, historiadores o estudiosos, porque estos no pueden vivir sin una explicación global del pasado que explica su presente y orienta su futuro.

Luego, será muy importante para poder basar nuestro análisis, el conocer el origen de la ley que vinculó los recursos procedentes del cobre con la satisfacción de necesidades de abastecimiento de las Fuerzas Armadas, que les permitiera cumplir su misión fundamental dentro de la sociedad, la Defensa Nacional.

Este origen es muy distinto a la creencia actual, especialmente difundida por la prensa y por algunos actores políticos, pues esta ley no proviene del Gobierno Militar, sino que su origen data de la década de los años 30, fecha en la cual las autoridades políticas del país creyeron necesario contar con una legislación que entregara oportunamente recursos frescos para la defensa del país. En ese

entonces se propuso que fuese a través de una normativa secreta, tomando en consideración el carácter de la actividad que debía financiar.

Así, la primera ley que destinó dinero fiscal para uso de las Fuerzas Armadas fue la Ley N° 6.152, de 1938, que establecía el arrendamiento de terrenos fiscales en Magallanes, y disponía en su artículo 34 que el 90% de los fondos percibidos por el Fisco por esa vía se destinaran a la adquisición de material de guerra y “satisfacer las necesidades más urgentes” de las Fuerzas Armadas de ese entonces.

La norma anteriormente descrita se complementó el mismo año 1938, con otra ley, la N° 6.159, que autorizó al Presidente de la República para realizar adquisiciones, construcciones o fabricaciones de elementos necesarios para la Defensa Nacional. Una nueva norma, la N° 6.160 de ese mismo año, fijó un monto máximo para esos ingresos de US\$ 10 millones de la época.

Con el avanzar del siglo XX y ya en el año 1942, durante el gobierno del Presidente radical Juan Antonio Ríos, se dictó la ley N° 7.144, que crea el Consejo Superior de Defensa Nacional (CONSUDENA), que debía administrar, vigilar y controlar la inversión de los recursos entregados por las leyes reservadas mencionadas anteriormente, y es aquí donde aparece la primera vinculación del cobre con las Fuerzas Armadas, en el entendido que esta ley disponía poner a disposición del CONSUDENA las diferencias de valor que se producían por los retornos de divisas efectuados por las empresas de la Gran Minería del Cobre.

Lo anterior tuvo un intervalo el año 1955, con la publicación de la Ley N° 11.828, sobre “Nuevo Trato del Cobre”, que en su artículo 12 obligaba a las compañías productoras de cobre a entregar sus divisas al Banco Central de Chile.

Posteriormente, durante el segundo gobierno del Presidente Carlos Ibáñez del Campo, se dictó la Ley N° 13.196, que gravó con un impuesto de 15% las utilidades de la minería del cobre, recursos que pasaron a financiar directamente a las Fuerzas Armadas.

Esta norma se considera como la primera ley del cobre propiamente tal, y la historia dice que obtuvo la aprobación del Congreso Nacional, influido por el incidente con Argentina sobre el islote Snipe,<sup>3</sup> en el canal Beagle, conocida la norma como la “Ley de los Cruceros”.

<sup>3</sup> El incidente del islote Snipe en 1958. Los incidentes del Beagle estaban coordinados con otra serie de escaramuzas y peligrosos encuentros en el territorio chileno de Alto Palena, donde los argentinos penetraron instalando cuarteles de Gendarmería y alegando que la zona era territorio de la República

Cabe aquí hacer un alcance, con relación a que los impuestos aplicados por esta ley que afectaban a la principal actividad productiva del país, no eran de propiedad del Estado, sino que pertenecían a inversionistas extranjeros.

Posteriormente, en el Gobierno Militar conducido por el Presidente Augusto Pinochet se dictaron tres normas que regularon en definitiva estos aportes. Me refiero al Decreto Ley N° 1.530, de 1976; la Ley N° 18.445 y por último, la Ley N° 18.628, del 23 de junio de 1987. Todas ellas de carácter reservado.

### **3. Vulnerabilidad de nuestras Fuerzas Armadas en su operatividad material. Los hechos internos.**

#### **A. El "Tacnazo"**

En 1969, el 21 de octubre exactamente, el general Roberto Viaux Marambio llevó a cabo el acuartelamiento del Regimiento Tacna. En esa oportunidad tropas y tanques del Regimiento Tacna salieron a la calle provocando conmoción en la ciudadanía. El hecho fue conocido como "el Tacnazo", lo que se convirtió en un hito del acontecer nacional. Lo anterior fue motivado por razones profesionales militares y en ningún caso políticas, con el objeto de exigir al gobierno de la época (Eduardo Frei Montalva) una real solución a la asfixiante situación que vivían las Fuerzas Armadas de la época, que no les permitía cumplir la misión para la cual fueron creadas, además que esta deplorable y paupérrima condición en la que se encontraban sucedía en una época de sucesivos conflictos fronterizos, dentro de ellos cabe recordar

---

Argentina, en contra de lo dictaminado en la zona por el Laudo de 1902 y la Comisión Demarcadora de 1903. Así, en pleno canal Beagle, entre las islas Navarino y Picton, se encuentra el islote Snipe (54° 57' Sur - 67° 9' Oeste), reconocidamente chileno y no pretendido hasta entonces por las reclamaciones argentinas, pues aun suponiendo como real la mágica vuelta del Beagle que alegaban entonces, el islote permanecía del lado que aceptaban como chileno. El 12 de enero de 1958, la Armada de Chile instaló con esfuerzo en este islote un faro-baliza que facilitaría la navegación por estas zonas difíciles, incluso para las embarcaciones argentinas. En la mañana del 10 de mayo llega urgente una noticia a haber dado la orden a todos sus buques de "no intervenir". Reemplazado nuevamente el faro por uno chileno, se creyó inicialmente que había culminado el delicado evento, sin embargo, el 9 de agosto de 1958 el destructor argentino San Juan arribó al islote Snipe, bombardeó el islote y posteriormente desembarcó tropas argentinas, las que alcanzaban una dotación de aproximadamente 80 hombres que tomaron posesión arbitraria de esas tierras. Vale decir, se había producido una invasión militar en territorio chileno. La Armada de Chile envió su escuadra a la zona, la que estaría lista para entrar en acción. La protesta de Chile, esta vez, fue enérgica y obligó a volver al país al embajador José Maza Fernández, dejando al canciller Alberto Sepúlveda Contreras encargado de resolver directamente lo que ocurriría en las relaciones con Argentina. Finalmente, de improviso, el 19 de agosto de ese año, los infantes de marina argentinos se reembarcaron y el destructor San Juan zarpó raudamente de regreso a su base poniendo término al conflicto suscitado.



la muerte del teniente de Carabineros de Chile Hernán Merino Correa y el bombardeo a la torpedera de la Armada de Chile "La Quidora", en el Beagle. Sus peticiones se dirigían a obtener mejores condiciones salariales, **la obtención de recursos para renovar los equipos logísticos** y el cambio en la comandancia en jefe.

Esta situación se debió a la falta de recursos en material y equipo, entre otras cosas, que mermaban la capacidad de operación de las Fuerzas Armadas en su misión constitucional de la defensa nacional.<sup>4</sup>

## B. El Pacto de Ayuda Mutua Militar

La política de defensa en Chile se vio condicionada por la ayuda que recibió a través del Pacto de Ayuda Mutua, a través del cual se adquirieron importantes cantidades de material y entrenamiento a un precio preferencial subvencionado, desde los Estados Unidos de América.

Pero esta situación, lejos de ser beneficiosa para Chile, produjo una importante subinversión en material de defensa y una creciente influencia de las doctrinas militares norteamericanas en nuestro país en general y particularmente en nuestras Fuerzas Armadas.<sup>5</sup>

En los años cuarenta la situación en Defensa de Chile era deplorable, y en esta época de postguerra EEUU veía interesante reducir sus excedentes y estandarizar el material bélico existente en América Latina, decidiendo qué entregar, cuánto entregar y a quién entregar el material sobrante.

Pero este equilibrio velado que pretendía crear EEUU en realidad no tuvo el éxito esperado, cuando en América Latina se comenzaron a diversificar los proveedores de armamento, entrando Francia y luego la URSS a este mercado.

En la década del cincuenta, en el gobierno del presidente Carlos Ibáñez, la inversión en Defensa disminuyó, pero las buenas relaciones entre Chile y EEUU se mantuvieron inalterables. Posteriormente, cuando el presidente Alessandri asumió el poder en 1958, y luego de la crisis fronteriza del mismo año, se dio cuenta de la falta de preparación y de material para una contingencia bélica, lo que motivó a introducir correcciones a la Ley del Cobre, al tiempo de buscar por la vía diplomática un acuerdo de desarme que no prosperó.

<sup>4</sup> Varas Florencia, *Conversaciones con Viaux*, Santiago 1972.

<sup>5</sup> Meneses Emilio, Estudios públicos, *Paper, Ayuda económica, política exterior y política de defensa en Chile 1943 - 1973*.

Durante el gobierno del Presidente Alessandri<sup>6</sup> se mantuvo el gasto en defensa muy bajo, lo que lesionó seriamente la operatividad de las Fuerzas Armadas chilenas, lo que sucedió por tres razones, a saber:

1. El Gobierno estimaba que las políticas de desarme eran más eficaces y económicas que una preparación efectiva y proporcional ante la amenaza potencial.
2. La disciplina económica y la austeridad pasaron a ser objetivos fundamentales de esa gestión de gobierno.
3. El material necesario sería adquirido por el Pacto de Ayuda Militar con EEUU.

Pero el caso es que el material recibido era generalmente de segunda mano, usado en la Segunda Guerra Mundial o en la guerra de Corea, y tenía serios problemas de mantención y repuestos.

La política de Defensa en el gobierno del presidente Frei fue bastante débil y marcada por el desinterés, que prefería bogar por políticas de desarme en lugar de mantener un nivel siquiera aceptable, demostrando un absoluto descuido en las consideraciones tácticas y estratégicas de la Defensa. Prueba de ello fue el conocido caso del portaaviones<sup>7</sup> que pretendía comprar Chile, buscando el equilibrio con Argentina, que estaba por adquirirlo, aunque finalmente el presidente Frei tomó la decisión de no comprarlo. Argentina sí lo hizo en Holanda, tiempo después, en 1968, donde adquirió el portaaviones "Independencia", produciendo un serio desequilibrio en las fuerzas regionales.

Recordemos que esos años estuvieron marcados por varios conflictos limítrofes con Argentina, lo que aumentaba considerablemente el riesgo de un posible conflicto. Argentina no aceptó la proposición chilena de arbitraje por el conflicto del Canal Beagle. La crisis fronteriza de Laguna del Desierto, donde murió el teniente Merino de Carabineros de Chile y el famoso incidente de la torpedera chilena "La Quidora". A pesar que los ingresos del cobre eran altos y existían los recursos para adquirir el material necesario para dejar a las Fuerzas Armadas en condiciones de enfrentar un eventual conflicto o, por lo menos, mantener un estado operativo necesario, no existía el compromiso político de hacerlo, lo que mermó considerablemente su condición, dejándose de invertir

<sup>6</sup> Meneses, Emilio, Estudios públicos, Paper, *Ayuda económica, política exterior y política de defensa en Chile 1943-1973*, pág. 50.

<sup>7</sup> Meneses Emilio, Estudios públicos, *Ayuda económica, política exterior y política de defensa en Chile 1943-1973*, pág. 54.

US\$ 69.000.000 de dólares de la época,<sup>8</sup> produciéndose la retención ilegal de los fondos del cobre para la adquisición de armamento, lo que justificó posteriormente el Tacnazo del General Viaux.

Posteriormente, con la llegada del presidente Allende al poder en 1970, EEUU suspende la ayuda militar a Chile.

#### **4. Hechos históricos regionales que han perturbado la estabilidad y las relaciones entre Chile y otros Estados**

Nuestra historia pasada y presente siempre ha estado marcada por controversias de tipo territorial con nuestros países vecinos, situaciones que incluso nos han llevado a ser partícipes de guerras y de otros conflictos que han estado a punto de estallar.

En este contexto, nuestra capacidad de negociación diplomática y el real compromiso de las autoridades que han tenido la responsabilidad de participar en estas situaciones, ha sido generalmente bastante cuestionable y reprochable. Será la historia quien juzgue la real responsabilidad de cada uno de los partícipes en estas negociaciones, pero sí debemos tomar conciencia de que la teoría del "pedacito de tierra" es a todas luces impresentable.

En el caso de nuestras relaciones **con Argentina**, analizando exclusivamente las controversias de tipo limítrofe –porque evidentemente ha habido controversias de otros tipos, que también tensionan las relaciones bilaterales, como el caso reciente del gas–, han sido muchas y donde Chile se ha visto seriamente lesionado en todas ellas.

Así, las entregas de territorio chileno a Argentina a la fecha han sido ocho, con un total de 1.103.093 kilómetros cuadrados:

**1ª entrega:** Patagonia Oriental, en 1881; **2ª entrega:** meridiano de Tierra del Fuego, en 1892 (773 km<sup>2</sup>); **3ª entrega:** Puna de Atacama, en 1899 (60.000 km<sup>2</sup>); **4ª entrega:** valles andinos australes, en 1902 (40.000 km<sup>2</sup>); **5ª entrega:** Alto Palena, en 1966 (420 km<sup>2</sup>); **6ª entrega:** Canal de Beagle, en 1984 (40 km<sup>2</sup> tierra / 32.500 km<sup>2</sup> mar); **7ª entrega:** Laguna del Desierto, en 1994 (560 km<sup>2</sup>); **8ª entrega:** Campo de Hielo Sur en 1998 (1.300 km<sup>2</sup>).

Estas entregas de territorio nacional han sido un fracaso rotundo de la diplomacia chilena y de la tarea fundamental de los gobiernos que debieron

<sup>8</sup> Meneses, Emilio, Estudios públicos, *Ayuda económica, política exterior y política de defensa en Chile 1943-1973*, pág. 55.

salvaguardar el territorio y la soberanía nacional como mandato constitucional que los regía.

Con Bolivia, mientras tanto, nos une una histórica y casi permanente tradición de controversias, guerras y desencuentros. La guerra contra la Confederación Perú Boliviana, la Guerra del Pacífico, la demanda marítima boliviana permanente, la falta de relaciones diplomáticas, los problemas energéticos, los conflictos por los recursos hídricos compartidos, los desaires y problemas políticos que han existido entre ambos países, son muestras claras de que los conflictos permanecen siempre latentes y esperando una situación que sirva de excusa para revivirlos, generalmente de parte de las autoridades bolivianas, que muchas veces han usado estos conflictos como una manera de desviar la atención política interna hacia otras esferas y así poder mantener un cierto control en la casi permanente convulsión social que existe en ese país vecino. Los últimos acontecimientos a raíz del conflicto del Silala y la alianza militar entre Bolivia y Venezuela, acuerdo suscrito el 26 de mayo de 2006, entre los presidentes Evo Morales y Hugo Chávez, cuyo objetivo, según versa el propio texto del acuerdo, "establece mecanismos de cooperación técnica entre las partes, para el mejoramiento y complementación de las capacidades de defensa de cada país, a fin de contribuir al desarrollo integral de sus pueblos", para la construcción de 24 bases militares a lo largo de la frontera boliviana que comparte con cinco países, cuya base militar en el Silala junto a la frontera con Chile ya está operativa. El citado acuerdo en su artículo N° 7 prescribe: " las partes promoverán los contactos necesarios con la finalidad de mejorar la capacidad del material bélico, terrestre, aéreo y naval; transporte aéreo y terrestre, equipos para la construcción y mantención de caminos, equipos de comunicaciones y otros que sean consensuados de mutuo acuerdo a las necesidades, esta cooperación podrá ser a través de donación o líneas de crédito entre ambos gobiernos". Lo anterior es a lo menos preocupante y no debe pasar inadvertido para nuestras autoridades, especialmente quienes tienen la responsabilidad directa de la defensa nacional y de quienes pueden influir indirectamente a restarle capacidad operativa a nuestras Fuerzas Armadas por intereses políticos.

Con Perú, la situación no ha sido distinta, guerras y conflictos han marcado las relaciones entre ambas naciones y, lo que es más grave, se ha creado un histórico sentimiento de la enemistad profunda que existe de parte del Perú hacia Chile, por razones que se remontan incluso al período colonial. En tiempos actuales, persiste un sentimiento antichileno que llega a veces al abierto odio y desprecio belicoso, corporizado en casos concretos en más de una oportunidad. Sin embargo, con la reciente elección como Presidente de la República del señor Alan García, las relaciones se han estabilizado, al menos por un breve tiempo.

En realidad el tiempo fue bastante breve, pues con fecha 26 de enero el diario La Tercera incluía en sus titulares de portada “Ley que fija límites de Región de Arica desata primera crisis de Bachelet con Perú”, donde la fluida relación bilateral entre Chile y Perú que lograron establecer en los últimos seis meses los presidentes Michelle Bachelet y Alan García enfrenta hoy su primera crisis, cuyo motivo se basa en la molestia de Perú por la reciente aprobación en el Congreso de nuestro país de la ley que crea la nueva región de Arica-Parinacota, y que al establecer sus límites también ordenó la frontera norte del país. Sin entrar en el tema de fondo, lo que quiero reflejar es que los problemas, a pesar de haber habido un clima de buenas relaciones diplomáticas, surgen en forma súbita y pueden afectar de un momento a otro seriamente nuestra seguridad nacional. Es por esta razón que la operacionalidad de nuestras Fuerzas Armadas no es un tema que deba tratarse con ligereza, porque en cualquier instante pueden cambiar radicalmente las situaciones y nos veríamos enfrentados a riesgos que hoy no somos capaces de siquiera dimensionar.

Como conclusión y considerando que los eventos históricos son generalmente cíclicos, podemos afirmar que no existen antecedentes confiables que nos permitan asegurar la paz y la confraternidad con nuestros vecinos, sino que, por el contrario, debemos estar permanentemente preparados para cualquier eventualidad que pueda surgir, incluso espontáneamente.

En un hipotético caso que nuestro país sea arrastrado a una inevitable guerra, todo hace presagiar que el conflicto seguramente se iniciaría entre dos partes, pero que en la medida que este avance, se sumarían los demás actores con quienes tenemos fronteras comunes, quienes aprovecharían la situación de desventaja para tratar de reivindicar sus pretensiones.

## **5. Inestabilidad política regional, un foco de preocupación**

La inestabilidad política y social se ha apoderado en los últimos tiempos de América Latina, con la implantación del “Socialismo del siglo XXI”, que liderado por el presidente Chávez en Venezuela, ha sido capaz de lograr que otras naciones se animen tras su demagógica doctrina. El presidente Chávez, por ejemplo, está decidido a modificar su propia Constitución bolivariana, para poder ser reelegido indefinidamente. Caso que miran con admiración los presidentes Evo Morales (Bolivia) y Rafael Correa (Ecuador), quienes siguen los planes de su extravagante líder. Mientras que el resto de los países latinoamericanos miran con pasividad estos acontecimientos y aceptan varios de ellos su pérdida de liderazgo en la zona, entre ellos Chile. Tanto así que el característico hombre fuerte de la política chilena, hoy Secretario General de la OEA, no fue capaz de rebatir las duras descalificaciones e insultos que el emergente líder de camisa roja le dirigiera.

La inestabilidad regional, la inseguridad, la falta de políticas de desarrollo, los conflictos energéticos, los aumentos de cultivos de coca autorizados por el propio presidente de Bolivia, las crisis internas de varios países vecinos, las generalizadas emigraciones que debemos soportar por no tener políticas claras al respecto, son situaciones que a la postre nos traerán grandes problemas y ponen en peligro todo nuestro sistema de seguridad nacional, lo que avala nuestra posición en el tema en estudio, el que no pasa por derogar la Ley del Cobre, sino por perfeccionarla.

La paz en nuestra región hoy es utópica, más bien incierta, y creemos que estamos presenciando el inicio de un proceso de gran convulsión política regional. Por otra parte, los organismos internacionales, nuestra participación en misiones de paz, el fortalecimiento de las Naciones Unidas como lugar privilegiado para el aseguramiento de estándares de seguridad internacional, el propio Consejo de Seguridad de la ONU, no han sido capaces de manejar los desafíos que ha impuesto el terrorismo internacional, y la proliferación de armas de destrucción masiva, la falta de respeto y legitimidad que han demostrado algunos actores, a los que ya nos referimos, por la participación de la OEA en la solución de controversias, nos da un mal presagio. Por lo tanto, al menos en un futuro cercano, no creemos viable poder recurrir con efectividad a estas instancia internacionales para la solución de eventuales conflictos que se puedan presentar en la región.

Luego, ante un escenario internacional regional tan incierto, nuestras políticas de defensa, basadas en la disuasión, alcanzan una enorme importancia mediática.

Pero el análisis anterior no es simplemente una apreciación del autor, sino que también diversas encuestas a los chilenos han mostrado la desconfianza profunda que tienen con el "latinoamericanismo", que han promovido ciertos sectores cercanos a la izquierda chilena y la desconfianza que se tiene por el populismo socialista de los presidentes Chávez y Morales, de Venezuela y Bolivia respectivamente, siendo considerados estos últimos, por los chilenos, como los más enemigos de Chile.<sup>9</sup>

## **6. En líneas generales, ¿qué dispone esta ley reservada?**

La Ley Reservada del Cobre estableció que el 10 por ciento de los ingresos en moneda extranjera, determinado por la venta al exterior de la producción de cobre, incluidos sus subproductos, de Codelco, y el 10% del valor de los

<sup>9</sup> Cavallo Ascanio, Reportajes Diario La Tercera, domingo 21.01.2007, pág. 7.

aportes en cobre al exterior que efectúe la empresa, debían ser depositadas en dólares por el Banco Central en la Tesorería General de la República, con el objeto que el CONSUDENA pudiese financiar las compras militares.

La misma disposición determina un piso anual de US\$ 180.000.000 (ciento ochenta millones de dólares), reajustados año a año según un mecanismo que la propia ley define, cuya diferencia por debajo del piso debía ser considerada en la Ley de Presupuesto de la Nación.

A su vez, la entrega de fondos, la cuentas, su contabilización y su inversión deben tener el carácter de reservadas. Las inversiones se realizarán mediante decreto supremo del Presidente de la República.

La distribución se realiza en tercios en cuentas separadas, las que corresponden a las diversas instituciones de la Defensa, vale decir, el Ejército de Chile, la Armada de Chile y la Fuerza Aérea de Chile. Una cuarta cuenta asignará recursos al COSUDENA, cuya inversión de esos fondos deberá contar con el acuerdo de las instituciones de la Defensa.

Las inversiones se deben hacer con la autorización del CONSUDENA y luego por Decreto Supremo.

La fiscalización y control le corresponde a la Contraloría General de la República en forma reservada, lo que asegura la transparencia de dichas inversiones.

## **7. ¿Qué es el CONSUDENA?**

El CONSUDENA es el Consejo Superior de la Defensa Nacional, creado por la Ley N° 7.144, del 5 de enero de 1941, inserto dentro de la Ley Orgánica del Ministerio de Defensa Nacional.

Está presidido por el Ministro de Defensa Nacional e integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y Hacienda, por los Comandantes en Jefe del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, por los Jefes del Estado Mayor de la Defensa Nacional, del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, por los subsecretarios del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, además de un secretario, cargo que desempeña un oficial superior en servicio activo o en situación de retiro.

Las principales funciones que le corresponde ejercer son, entre otras, la administración de los fondos que asigna la Ley 7.144, para adquirir, mantener e incrementar el potencial bélico nacional, autorizar las adquisiciones e inversiones derivadas del cumplimiento de los planes respectivos que para

este efecto cada institución se haya trazado. Le compete también fiscalizar el cumplimiento de los planes de adquisiciones e inversiones que realice cada una de las instituciones y controlar que todas las inversiones sean hechas con previo Decreto Supremo; esto último es un especial medio de control y fiscalización que asegura la correcta y proba inversión de los recursos, los que a su vez deben invertirse conforme a los planes previamente concebidos.

Es este mecanismo precisamente el que asegura el uso adecuado de los recursos públicos y que tiende a impedir las desviaciones de fondos que lamentablemente han aquejado a otras reparticiones fiscales.

Es por esta razón que creemos que los sistemas de control que tiene impuesto por ley el COSUDENA deben ser uno de los medios que aseguren el correcto y transparente uso e inversión de los recursos públicos que se manejan.

## **8. ¿Cómo opera el sistema de adquisiciones de la Defensa Nacional?**

El sistema de adquisiciones de las Fuerzas Armadas tiene como pilar fundamental a la citada Ley Reservada del Cobre, a través de la cual la asignación de recursos públicos a la Defensa Nacional se efectúa por mecanismos que están orientados a financiar los distintos gastos e inversiones que la Defensa requiere.

Ciertamente, el Presupuesto de la Nación a través de su ley anual es, por definición, el mecanismo normal de asignación de recursos para todas las actividades públicas financiadas con dineros fiscales, permitiendo incorporar en él todas las prioridades y necesidades públicas que la sociedad requiere y distribuir estos recursos a las actividades definidas por aquellas que la sociedad legítimamente se ha fijado. No obstante esto, es natural que la estructuración en su preparación y posterior aprobación del presupuesto de la nación responda a decisiones políticas que se expresan en las asignaciones presupuestarias.

Por otra parte, las necesidades de inversión en el sector Defensa tienen características propias que las diferencian de inversiones requeridas en otras áreas del quehacer público nacional, ya sea por los elevados costos, por la confidencialidad de sus operaciones y por las repercusiones a nivel regional que traen dichas adquisiciones. Recordemos que instituciones *permanentes*, como el caso de las Fuerzas Armadas, ameritan un mecanismo de financiamiento *permanente*. De aquí que, generalmente, los distintos Estados diseñen sistemas especiales para concretar las inversiones en Defensa, es decir, la adquisición de los sistemas de armas, sus pertrechos asociados y la infraestructura requerida



con que ella se materializará. En nuestro país, como ya hemos señalado, el sistema se ha construido alrededor del Consejo Superior de Defensa Nacional (CONSUDENA) y de los mecanismos establecidos en la Ley N° 13.196 "Reservada del Cobre", de 1958, y sus modificaciones posteriores.

La Ley Reservada del Cobre establece un gravamen de un 10% sobre el valor de las exportaciones de cobre y sus derivados que hace la Corporación del Cobre (CODELCO). Asimismo, fija un monto mínimo ajustado por la variación del Índice de Precios Mayoristas (IPM) de los Estados Unidos entre 1987 y el año en cuestión. Para los años en que el 10% de las exportaciones de CODELCO no cubriera ese valor, la ley dispone que la Tesorería General de la República entere la diferencia en las cuentas correspondientes.

Este sistema, que, como indicamos anteriormente, proviene desde hace muchos años, se ha ido modificando en el tiempo y adecuándose a las nuevas situaciones del mundo globalizado, para hacerlo más eficiente y entregar un mayor flujo de recursos a la Defensa en virtud del progresivo incremento en el costo del material bélico a causa de la permanente incorporación de tecnología.

El sistema como originalmente fue concebido, sin considerar las modificaciones por la vía administrativa, interpretativa y jurisprudencial que veremos más adelante, busca evitar la competencia entre las instituciones de las Fuerzas Armadas por la asignación de recursos. En contrapartida, atenta contra el sistema eficiente, las diversas perspectivas y visiones con que cada institución debe abordar la Defensa, derivadas de sus misiones específicas, todas diferentes, marcadas por las diversas necesidades de material y equipo bélico de cada una de ellas.

Desde el punto de vista del análisis económico y de la gestión, el sistema tiene también un aspecto positivo al otorgar seguridad a la provisión de recursos financieros para las instituciones. Gracias a esto, las Fuerzas Armadas pueden comprometer recursos futuros, previa dictación de los decretos supremos correspondientes (sistema de control), para financiar necesidades de equipamiento de alto costo que requieren de flujos financieros plurianuales.

La ventaja<sup>10</sup> que ello presenta para una adecuada asignación interna de recursos es importante, pues permite establecer planes que se financian en el tiempo de acuerdo a flujos mínimos conocidos. En la medida en que los flujos financieros están garantizados, es posible emprender proyectos de largo plazo

<sup>10</sup> Libro de la Defensa Nacional de Chile - PARTE VI: Recursos para la Defensa.

de maduración y altos costos, y definir las prioridades de acuerdo con criterios técnicos internos. Esto facilita el equipamiento adecuado de las Fuerzas Armadas sin necesidad de distraer fondos de otras fuentes.

Su justificación, hoy, está dada principalmente por el cambio tecnológico, que es vertiginoso, del que no están exentos los sistemas militares, entre ellos la potencia de fuego, la protección, la movilidad, los sistemas de mando y control y la inteligencia, cuyos efectos estarían dados por la estructuración de fuerzas más reducidas, cuantitativamente hablando, pero más potentes, móviles y flexibles.<sup>11</sup>

Estos cambios no sólo se visualizan a nivel de material o implementos, sino que también influyen fuertemente en la especialización, instrucción, estudio y preparación, en el uso intensivo de la simulación y la informática, el aumento del efecto disuasivo y la interdependencia entre las industrias militares y civiles.

Pero desde un punto de vista práctico, el sistema produce también efectos, si bien no negativos, pero menos efectivos en la asignación de recursos en el sector público, en general, y en el sector de la Defensa, en particular. A nivel general, se resta un cierto flujo de recursos y no es posible, por lo tanto, valorar su asignación en el conjunto de prioridades que debe enfrentar el Estado, especialmente en el gasto social, como se ha propugnado en muchas oportunidades, queriendo reemplazar el gasto en defensa por gasto social, lo que bajo cualquier criterio medianamente ilustrado sabemos que es inviable. En otras palabras, al asignarse dichos recursos según una norma legal específica, no se satisface necesariamente la búsqueda del óptimo social o económico.

Dentro del sector de la Defensa, el hecho de que estos recursos se asignen en función de las prioridades institucionales singulares, disminuye el efecto en la producción de defensa que podría obtenerse si los recursos se asignaran a proyectos según su aporte a una producción más integral de la Defensa, lo que en economía se llama economías de escala, pero por la diversidad de necesidades y las diversas misiones que deben cumplir cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas, esto en la práctica es muy difícil de realizar.

Lo anterior, asociado a la asignación de los recursos en tercios, limita la posibilidad de una gestión financiera que canalice los flujos de fondos hacia proyectos de costo más elevado, lo cual se traduce en niveles de endeudamiento y costos financieros mayores.

---

<sup>11</sup> Arellano, Julio, y Polanco, Gonzalo, "Análisis de la estructura y proceso de toma de decisiones de la Defensa Nacional de Chile", Instituto de Ciencias Políticas, PUC, diciembre 2001, pág. 8.

## 9. Sistemas de control de gestión

Los procesos de adquisición de medios militares en su conjunto son revisados por tres organismos de control de gestión en el desarrollo de todo proyecto relacionado: la Contraloría General de la República y el CONSUDENA, por una parte, y las Contralorías e Inspectorías internas de las Fuerzas Armadas, por la otra.

El sistema de control, como ya lo insinuamos, es fundamental a la hora de evaluar la credibilidad y eficiencia del sistema y será la manera de transparentar los procesos públicos y asegurar una correcta inversión y asignación de los recursos que pertenecen a todos los chilenos.

Como la formulación de un proyecto de adquisición es parte de un proceso interno, en esta etapa inicial el control lo ejercen los órganos e instancias de cada institución. Por su parte, los organismos externos controlan la operación una vez que el proyecto se ha formulado y presentado para su aprobación.

El CONSUDENA, por su parte, debe registrar y controlar que cada proyecto y todos los actos derivados de cada uno de ellos estén de acuerdo a lo establecido en el proyecto original, que finalmente toma la forma de un decreto supremo, con las firmas de los Ministros de Hacienda y Defensa.

Por su parte, la Contraloría General de la República tiene, en virtud de la Constitución Política de la República, en su artículo 98, el control sobre la legalidad de todos los actos administrativos realizados por organismos del Estado, además, el mismo artículo prescribe:<sup>12</sup> *“ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco...”*. Cada uno de los proyectos y los pagos referidos a ellos, y en general todos los actos administrativos, deben ser autorizados por decreto y caen dentro del control de la Contraloría. Este órgano del Estado realiza el control de legalidad y constitucionalidad, en el trámite de toma de razón, además de otros controles que estime procedentes. Estas revisiones se extienden también a la adquisición de material para la Defensa, lo que incluye una visita al CONSUDENA para revisar las rendiciones de cuentas y su comprobación de movimientos en las distintas misiones militares radicadas en el extranjero.

Hay que tener claridad en el sentido que las normas legales vigentes, que regulan la Ley Reservada del Cobre, no facultan a los Comandantes en Jefe de las instituciones armadas para comprar directamente. Si bien la iniciativa de cada adquisición corresponde a las Fuerzas Armadas y, hasta que el pro-

<sup>12</sup> Constitución Política de la Republica, 1980, artículo 98.

yecto queda presentado, es responsabilidad de cada Comandante en Jefe la forma como el proceso se lleva a cabo, para perfeccionar cada compra los contratos respectivos deben ser cursados mediante decreto supremo. Esto convierte al Presidente de la República, al Ministro de Defensa, al de Hacienda y por extensión al Estado, en responsables de cada proyecto. Con todo, es importante recalcar que, antes de implementar un proyecto, éste debe tener una preaprobación por parte del Ejecutivo, lo que permite a las autoridades ministeriales conocer los objetivos perseguidos y los procedimientos adoptados para definirlo y seleccionar las mejores alternativas para materializarlo.

Este sistema, como también en general todo el actuar del Estado, requiere o debe tener asociada la necesidad de transparencia y responsabilidad pública de las decisiones y políticas que se adopten, pero en este caso en particular, por lo sensible de los temas tratados y las consecuencias que trae en el escenario nacional y regional, se deberá desarrollar sin poner en riesgo las necesarias medidas de reserva que, por la misma naturaleza de los equipos que se adquieren, se deben mantener.

Si bien es cierto que en el último tiempo se han abordado varios proyectos poniendo menores restricciones en cuanto a su confidencialidad, como por ejemplo la compra de los aviones F-16 por la Fuerza Aérea, los submarinos de la Armada y los tanques Leopard del Ejército, que han tenido una amplia difusión y exposición, siendo conocidos por la opinión pública, en términos generales, durante todo su desarrollo. Sin duda, esta práctica supone un avance hacia un sistema más abierto a todos los poderes del Estado y a la ciudadanía, que es, finalmente, la que contribuye con sus aportes al financiamiento de la defensa del país.

Pero lo anterior debe tratarse en su justo equilibrio, y basado en el concepto de la disuasión, que trataremos más adelante en este estudio, especialmente tomando en cuenta que nuestra política de defensa no es expansiva, sino que nuestro concepto de Seguridad Nacional es eminentemente defensivo.

## **10. Las compensaciones industriales complementarias (*Offset*)**

Una nueva herramienta comercial se ha asociado a los procesos de adquisición de sistemas de armas, donde ha emergido en Chile la iniciativa de asociar estas compras, con motivo de las negociaciones, a proyectos de compensación industrial (*offset*), es decir, acuerdos comerciales demandados por un comprador, que obligan al vendedor a llevar a cabo acciones que compensen el flujo de dinero requerido por el contrato de venta.



Los *offset* o contratos de compensación industrial surgieron como un mecanismo para complementar las compras de sistemas de defensa con iniciativas comerciales y tecnológicas, que generan beneficios socioeconómicos al país comprador y, específicamente, avances tecnológicos a la industria local. Estas iniciativas se hacen posible con las capacidades de los conglomerados industriales que producen los sistemas de armas, los que con un esfuerzo relativamente pequeño pueden transferir tecnología, orientar inversiones, contratar procesos productivos o abrir mercados en beneficio de la industria del país comprador.

Pero se debe tener presente que las compensaciones industriales no determinan o influyen, ni debiera influir nunca, en la selección del material de defensa, ya que la decisión técnica del material a seleccionar corresponde a la institución respectiva de las Fuerzas Armadas y al Ministerio de Defensa.

En todo caso, esta política permite que la inversión en defensa se traduzca siempre en una oportunidad de desarrollo tecnológico, industrial y comercial para el país.

El Comité Nacional de Programas Industriales Complementarios, que reside en la Corporación de Fomento (CORFO), es la entidad del Estado de Chile encargada de la negociación, evaluación y seguimiento de las ofertas de compensación industrial.

## **11. Algunos puntos discutidos de la Ley Reservada del Cobre**

### **a. El hecho que la ley les asigne una vía de ingresos distinta a la normal, que es la Ley de Presupuesto de la Nación**

Muchas son las voces que hoy por hoy se alzan para impugnar el sistema vigente. Se habla que este sistema se basa en la desconfianza, aunque creemos que el sistema tiene ribetes distintos, ya que la situación tiene una trascendencia estratégica diferente y debe verse por sobre los parámetros normales de evaluación de una asignación de recursos normal. Hay muchas cualidades que lo hacen diferente, entre otras, el grado de confidencialidad que ameritan estas materias y el impacto nacional y regional que éstas tienen. Los objetivos finales para los cuales se conciben estos recursos son de tal calibre que una sustitución en su grado de importancia o una reevaluación en sus prioridades podrían poner en serios riesgos una de las responsabilidades más importantes del Estado, la Defensa Nacional, resguardada por mandato constitucional en el artículo 1º inciso 5º, que preceptúa:<sup>13</sup> *“Es deber del Estado resguardar la*

<sup>13</sup> Constitución Política de la República, 1980, artículo 1º, inciso 5º.

*seguridad nacional, dar protección a la población...*”, en relación con el artículo 6º inciso 1º de la Carta Fundamental, en el cual se consagra el principio de legalidad,<sup>14</sup> “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella...”, y “Los preceptos de esta Constitución obligan...”, ambas normas generales y abstracta de carácter impositivo, que no dispone en forma facultativa al Estado, sino que en ambos caso usa la palabra “debe”, constituyendo una obligación irrenunciable para éste.

Luego, una iniciativa tendiente a derogar la llamada Ley Reservada del Cobre creemos que sería una equivocación de proporciones, sin perjuicio de reconocer que requiere algunas modificaciones para poder perfeccionarla.

Otras voces abogan por su derogación y reemplazo, seguida de una posterior incorporación al Presupuesto en el ítem inversiones de las Fuerzas Armadas, lo que contribuiría a fortalecer la transparencia y por lo tanto la confianza del público en nuestras Fuerzas Armadas. Criterio también cuestionable, porque ni la transparencia, ni la confianza están en tela de juicio, lo que se requiere es perfeccionar un sistema justo que nos permita como sociedad asegurar el cumplimiento de las metas para las cuales ha sido concebido.

Pero esto se debe abordar desde otra perspectiva, una que nunca debe ser abandonada, porque es parte de su esencia: la Ley Reservada del Cobre es la fuente básica de financiamiento, que incide en una de las responsabilidades inherentes al Estado, de rango Constitucional, considerada en el artículo 1º inciso 4º con relación al artículo 6º de la Carta Fundamental, como es la Defensa Nacional y que cuenta además con otra cualidad que es de tipo permanente. De donde se advierte que no es prudente incorporarla al Presupuesto Anual de la Nación, porque esencialmente el presupuesto define gastos que son de tipo transitorio, de emergencia o de carácter ocasional, esencialmente variable de año en año, luego bajo este prisma, los gastos permanentes deben ser abordados con fuentes de financiamiento también permanentes. Si hacemos una analogía con la empresa privada, estos gastos del Estado vendrían a ser considerados como gastos fijos.

Por otra parte, el gasto social es siempre una prioridad para cualquier gobierno que tenga la responsabilidad de conducir políticamente la Nación y sus necesidades son siempre múltiples e inagotables. Bajo este incentivo, no por capricho es de temer la tentación política de priorizar uno en desmedro del otro, al enfrentar ambas obligaciones, la social y la defensa nacional, donde la primera trae evidentemente mayores dividendos a corto plazo que la segunda, lo que acarrea el riesgo ya comentado anteriormente.

<sup>14</sup> Constitución Política de la República, 1980, artículo 6º inciso 1º.

Pero hemos de insistir que estas dos materias no son comparables, que no es posible poner en el mismo plano el gasto social con el gasto en defensa. Esto, que en una primera lectura aparece como cuestionable, no lo es, después de analizar los fundamentos en los que se basan. Debemos recordar que el gasto social, vale decir, la educación, la salud, entre otros, no son tareas permanentes impuestas al Estado como responsabilidad propia, desde que se den funciones transitorias que el Estado ha asumido en razón del principio de subsidiariedad, y en procura del bien común general. Recordemos que estos cometidos están entregados preferentemente a los particulares, de manera que el Estado sólo puede actuar cuando estos no pueden o no quieren participar, ya sea porque el negocio es poco atractivo, o sus costos son demasiado altos haciendo inviable una iniciativa de negocios en ese ámbito. Luego, de esto se desprende que la labor o el rol que cumple el Estado en estas materias es esencialmente transitorio, mientras no se generen las condiciones para que los particulares asuman por completo esta tarea, y sin lugar a dudas llegará un momento en el cual así será. Podemos concluir entonces que el "rol transitorio" del Estado de cubrir ciertas áreas sociales no puede ser comparado con el "rol permanente" que tiene el Estado derivado del mandato constitucional claramente definido en nuestra Constitución Política de la República, porque son funciones distintas, que operan en distinto plano jurídico y sólo podrían compararse desde un plano mediático, con lo cuestionable que esto es, porque no se encuentran fundamentos jurídicos en los cuales basarse.

Complementando más nuestro análisis, el riesgo al que se podría ver enfrentado este sistema de financiamiento por la vía presupuestaria radica en lo frágil que se torna este, al estar expuesto a la intervención partidista por sobre la intervención técnica, en circunstancias que el ingreso por la vía actual (Ley del Cobre) ha demostrado mantener un flujo estable y concordante con las alzas del metal (ver proposición más adelante de las bandas), lo que permite planificar la inversión a mediano y largo plazo.

#### **b. Piso garantizado para ser entregado, como mínimo, a las Fuerzas Armadas**

Como ya sabemos, la ley determina la entrega de un 10% de los ingresos de CODELCO al presupuesto reservado de las Fuerzas Armadas. La ley, además, establece un piso garantizado de recursos anuales a ser entregados, como mínimo.

Luego, en la hipótesis que el precio del cobre cayera fuertemente y el 10% de las ventas fuese inferior al piso determinado, el Fisco deberá enterar la diferencia, con el costo alternativo que ello significa, restando recursos que podrían haberse destinado a otros fines.

Por otra parte, si el precio del cobre aumenta, todos los ingresos adicionales van automáticamente al presupuesto reservado de las Instituciones Armadas. Es decir, la ley fija un mínimo, pero no un máximo.

Efectivamente, este es un punto que no ha estado alejado de la controversia, y nos parece que hay una falta de equidad en el sistema, que podría mejorarse, toda vez que si consideramos que una de las fuentes de mayores ingresos para el Estado sigue siendo el cobre, debemos colocarnos en ambos escenarios. El sistema podría funcionar a base de dos bandas, un límite mínimo y uno máximo.

Estos límites podrían obedecer a un sistema flexible que permitiera readecuarse tanto a los tiempos difíciles como a los de bonanza. Para esto deberían estimarse los requisitos que definieran cada uno de los tres escenarios (un escenario bajo, un escenario normal y un escenario en alza).

En eventuales escenarios normales deberíamos mantener una situación como la actual, incorporando un tope máximo, para que pudiese fluctuar entre las bandas. Sin embargo, cumplidos ciertos requisitos que la propia ley podría determinar y en el supuesto que el precio del cobre baje considerablemente y el porcentaje del 10 % sea menor al piso que hoy se considera, deberíamos dar paso a un sistema base flexible. El piso se asegura, en el entendido que las inversiones que se realizan son de alto costo y existen obligaciones de pago diferidas en el tiempo, para poder adoptar compromisos a mediano y largo plazo. Pero como estos antecedentes son empíricos y preconcebidos, se podría ajustar el sistema para que el piso sea flexible y asegure el cumplimiento de esas obligaciones solamente, aun cuando esté por debajo del piso fijo mínimo actual. En todo caso, recordemos que es el Estado de Chile el responsable del cumplimiento de las obligaciones contractuales, luego, su disposición al pago de obligaciones preexistentes no puede verse lesionada o retardada por ninguna circunstancia, para evitar así que se merme la credibilidad de éste.

Por otro lado, si el precio del aporte sube considerablemente, sería justo que también fuese flexible, en el sentido de fijar un porcentaje o promedio por sobre la banda superior exigida, que le permitiese a las instituciones planificar a base de esos mayores ingresos, pero siempre acotados a ciertos parámetros medibles.



## **12. Antecedentes conceptuales que se deben considerar y que explican los criterios en los cuales se deberían basar las políticas en este tema**

### **a. El Estado**

El Estado es la expresión de una sociedad organizada, con el propósito y valores que se reflejan en la ley, las instituciones y las políticas públicas. De la ciudadanía emana el poder de las autoridades, sus mandatos políticos y los recursos que utilizan para cumplirlos.<sup>15</sup>

El Estado como concepto genérico es la forma de organización que se da la sociedad, y que engloba los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como también a la Administración Pública y a las Fuerzas Armadas.

Mientras tanto, el concepto de gobierno se refiere a uno de los poderes del Estado que conduce o administra, a través de la interrelación con los demás poderes.

Los Estados y los Gobiernos apelan a la nación, a los ciudadanos que la conforman, en nombre de los cuales actúan. Nunca debemos olvidar esto, porque es el bien común general el que se persigue, vale decir, el bienestar de todos y cada uno de los integrantes de la nación, porque son los integrantes de esta nación los que, cada uno de ellos, han renunciado a parte de su libertad para entregársela al Estado organizador; luego, las decisiones que se tomen deben beneficiar a todos ellos y muy por el contrario, poner en riesgo a todos ellos. Luego, el tema que nos convoca debe ser analizado en este contexto y no en uno mezquino, que sólo tenga por finalidad intereses políticos.

Curiosamente, por efecto del principio constitucional de subsidiariedad, los fines que son propios del Estado no son tanto como se cree. Así uno de los fines permanentes del Estado es la soberanía, entendiéndose como tal a la capacidad de toda nación de ser dueña de sí misma; dueña de su libertad.

No se entiende a un Estado que no pretenda ser soberano. Por otro lado, la soberanía es indivisible e intransferible; de aquí que el Estado tiene que ser soberano, sin cortapisas, sin limitaciones. El Estado o es soberano o no es tal Estado; será, en otro caso, una colonia, u protectorado, etc. La defensa de la patria, la bandera, la unidad, la libertad y la seguridad en el Estado son fines permanentes que no se explican, sino es en el contexto de un Estado Soberano.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Programa de Gobierno, Michelle Bachelet, pág. 74.

<sup>16</sup> Paul Latorre, Adolfo, *Política y Fuerzas Armadas*, Revista de Marina, 1999, pág. 256.

## b. Seguridad Nacional

Todo Estado-Nación se ve enfrentado a la toma de decisiones que dicen relación con su permanencia en el tiempo como Estado, a la seguridad de sus connacionales, a la mantención de su territorio, a la conservación y desarrollo de sus identidades sociales y culturales, decisiones que obedecen más a una política estable en el tiempo que a decisiones aisladas. Así, las políticas de Estado, que incluyen, entre otras, una estrategia de Seguridad Nacional que abarca las Políticas de Defensa y la Política Militar, incorporan los valores políticos, sociales y económicos que forma la sociedad chilena, valores que están recogidos o declarados expresamente en nuestra Constitución Política de la República, basándose en una concepción humanista, libertaria y democrática del hombre y la sociedad.

Las políticas de Estado que se requieren en estos casos son aspectos centrales de la administración del Estado y del funcionamiento de la comunidad política nacional, referidas a un interés fundamental para el país, que requieren un esfuerzo integral del Estado-Nación, cuya naturaleza requiere que su concepción, aplicación y resultados demanden un tiempo más extenso que el que dura un gobierno, y es ahí donde radica la importancia de estas materias, que tienen que contener criterios aceptados por todos los estamentos nacionales y que represente a todos, sin intereses mezquinos o fuertemente influidos políticamente, sino que sea el resultado de consensos de toda la comunidad social. Solo así se asegurará la legitimidad que debe caracterizar a estas políticas de Estado.

Este debe ser un fin prioritario del Estado y que antecede a cualquier otra función o fin en la búsqueda del bien común, el proteger a la comunidad nacional, preservándola en el tiempo y proporcionándole la seguridad y orden necesarios, en concordancia al entorno en que se desenvuelve. Sólo cuando exista seguridad y paz es posible obtener los otros fines a que, como el desarrollo económico y social, aspira la sociedad.<sup>17</sup>

La política de Seguridad Nacional debe ser establecida por el Presidente de la República, y concretada por una Estrategia de Seguridad Nacional, mediante planes sectoriales propuestos por el Consejo de Seguridad Nacional al propio Presidente de la República.

Esta Estrategia de Seguridad Nacional cumple con la función estatal de proporcionar seguridad frente a riesgos y amenazas, de posibilitar el aprovechamiento

<sup>15</sup> Julio Gutiérrez C., "Fundamentos de la misión constitucional de las FF.AA.", Revista Fuerzas Armadas y Sociedad (Flasco), enero-marzo 1993, pág. 56.

de las oportunidades que surgen del escenario internacional, de modo de configurar una condición de seguridad que permita llevar a cabo los objetivos nacionales en todos sus ámbitos.

En ella participan todos los actores del quehacer nacional, recursos humanos, militares y económicos que el país está dispuesto a emplear para prevenir, detener o impedir una agresión política, económica o militar, estableciendo los criterios para armonizar las acciones a desarrollar y atenuar las vulnerabilidades del país en general.

La seguridad nacional en el ámbito interno se obtiene o es buscada principalmente a través de la disuasión o mediante el empleo de la fuerza, si la disuasión no fuera efectiva, de acuerdo a un objetivo de carácter político definido durante el proceso de implementación de las políticas relacionadas, considerando previamente también la posible amenaza, todo dentro de la normativa legal vigente. Recordemos que las autoridades nacionales deben actuar previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley, conforme lo dispone el mandato del artículo 7º de dicha Carta fundamental.

En el ámbito internacional, el logro de los objetivos de seguridad debe ser obtenido como una seguridad colectiva, de acuerdo a los instrumentos que se hayan definido, a nivel de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad de Naciones Unidas u otros tratados internacionales suscritos por Chile, ratificados por el Presidente de la República y que se encuentren vigentes.

La estrategia de Seguridad Nacional a la que nos referíamos considera políticas de defensa en el ámbito más restringido, que coordina y armoniza los esfuerzos de las Fuerzas Armadas en la consecución de estos objetivos y coordinar así su conducción estratégica.

Luego, tanto las Políticas de Estado, las Estrategias de Seguridad Nacional y las Políticas de Defensa son de responsabilidad exclusiva y excluyentes del ESTADO, como también de entregar los recursos adecuados para que las Fuerzas Armadas puedan mantener un nivel óptimo de operatividad y así cumplir su misión en los casos en los cuales sean requeridas. Esta responsabilidad exclusiva y excluyente está entregada por mandato constitucional (artículo 1º inciso 4º), teniendo el deber-obligación de cumplirla en la forma más adecuada posible, porque es el propio Estado, representado por quienes lo administran, quien ostenta la responsabilidad final.

La Constitución y el constituyente en su momento lo dejó convenientemente reflejado en el Informe con Proposiciones e Ideas Precisas, de la Comisión de

Estudios de la nueva Constitución, reproducido en la VIII Revista Chilena de Derecho (1981), págs. 167-168, que preceptuaba en uno de sus contenidos:

*“se dispone que es deber del Estado resguardar la seguridad nacional. Este deber ha de entenderse, por cierto, sin perjuicio del que le asiste a todo chileno de contribuir a su preservación y que está contemplado en el párrafo relativo a los deberes constitucionales...”*

Por lo tanto, quienes tienen las facultades o potestades para tomar decisiones en estos temas, como por ejemplo la potestad legislativa, también tienen una responsabilidad asociada de relevancia, la que debe ser asumida con la seriedad y amplitud de criterio que el tema amerita.

Asimismo, el mismo informe comentaba que:

*“ la seguridad nacional en los Estados modernos tiene especial trascendencia, ya que ella, en su más amplio sentido, no sólo comprende la defensa de la integridad territorial y de la soberanía nacional, sino que también el desarrollo del país, pues una Nación vigorosamente desarrollada está en mejores condiciones para precaver o superar con éxito las situaciones de emergencia que puedan afectarla”*.

Evidentemente, con la incorporación de tecnología, con material moderno y de mayor eficiencia, con la incorporación de las Compensaciones Industriales Complementarias (*offset*), y lo que significa tener Fuerzas Armadas operativamente eficientes, se está dando cumplimiento a lo preceptuado en el párrafo anterior.

La seguridad nacional es un concepto que nace a raíz de la Segunda Guerra Mundial. En Chile la idea o concepción de seguridad nacional aparece ya en nuestro ordenamiento jurídico en 1906, durante el mandato del Presidente Pedro Montt, cuando es creado el Consejo de Defensa Nacional, organismo asesor del Presidente de la República en materias de integridad territorial y reinsertado el concepto en los documentos fundacionales del Gobierno Militar, específicamente en el Decreto Ley N° 1 y en el Bando N° 5.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra una definición legal de seguridad nacional, establecida en el D.S. N° 261 del Ministerio de Defensa Nacional, publicado en el Diario Oficial el 15 de diciembre de 1960, que reglamentaba el D.F.L. N° 181, que creaba el Consejo Superior de Seguridad Nacional.

La norma anterior definía la seguridad nacional como:<sup>18</sup>

<sup>18</sup> D.S. N° 261 MDN, 15.12.1960, reglamentaba D.F.L. N° 181.

*“Se entenderá por seguridad nacional toda acción encaminada a procurar la preservación del orden jurídico institucional del país, de modo que asegure el libre ejercicio de la soberanía de la Nación en el interior como en el exterior, con arreglo a las disposiciones establecidas en la Constitución Política del Estado, a las leyes de la República y a las normas del Derecho internacional, según corresponda”.*

Como se puede advertir, el concepto mundial inicial tenía como objetivo de la seguridad nacional el proteger al país de agresiones externas, sin embargo, hoy la concepción es mucho más amplia, porque además incluye la protección del país de las agresiones internas, como el terrorismo, la violencia, la guerrilla, las alianzas de narcotraficantes con fuerzas paramilitares, y otras amenazas. Teniendo como antecedente nuestra historia reciente, resulta evidente que el concepto amplio de seguridad nacional fue el que recogió el Gobierno Militar, de modo que su acción se encaminara a proteger al Estado tanto de las amenazas internas como externas, o de cualquier situación que pusiera en riesgo la estabilidad institucional del país.

Luego,<sup>19</sup> la seguridad nacional incluye tres tópicos de relevancia, como son uno de carácter económico que permita un desarrollo que satisfaga las exigencias del bien común general y haga posible enfrentar tanto las calamidades públicas como las exigencias de conatos contra la paz social, en su amplio sentido;

En segundo lugar, uno propio de la defensa nacional, que resguardara la integridad y soberanía de la República, frente a atentados extranjeros, y

En tercer lugar, uno de estabilidad institucional, que protegiera a las instituciones fundamentales frente a los conatos contra la paz social y el orden público interior que afecten su funcionamiento normal y eficiente.

### **c. Defensa Nacional**

La defensa dice relación con la acción y efecto de conservar la posesión de un bien o de mantener un grado suficiente de libertad de acción que permita alcanzar tal bien.

La Defensa Nacional se puede definir como el conjunto de medios materiales, humanos y morales que una nación puede oponer a las amenazas de un adversario, en contra de sus objetivos nacionales, principalmente para asegurar su soberanía e integridad territorial. Su propósito es alcanzar una condición de seguridad externa tal, que el país pueda lograr sus objetivos nacionales libre de interferencias exteriores.

<sup>19</sup> Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo I, pág. 191, edición 2002.

Debe entenderse que, entre los medios de la Defensa, las Fuerzas Armadas conforman el órgano esencial y que dichos medios están orientados y organizados por una política estatal que expresa la voluntad del Estado de Chile para usar tales medios en la paz, mediante la disuasión o la cooperación, y en la guerra, mediante acciones bélicas, para enfrentar interferencias externas que amenacen el logro de nuestros objetivos nacionales.<sup>20</sup>

#### d. La disuasión

Por otra parte, es importante tener presente que nuestras Políticas de Defensa se basan en la "disuasión", concepto central que contempla el Libro de la Defensa.

Chile mantiene la actitud defensiva como la orientación fundamental de su Política de Defensa, así como su carácter disuasivo en el plano político-estratégico.

La disuasión pretende desanimar lo más anticipadamente posible cualquier intención adversaria de interferir contra los intereses vitales propios, demostrando que el costo de hacerlo será más alto que los beneficios por obtener. Luego, la disuasión pretende crear un efecto de percepción adversaria acerca de la fortaleza de las capacidades que el país disuasor posee y de la voluntad política de éste para emplear el poder nacional en resguardo de su interés nacional. Podemos concluir que hay dos elementos esenciales involucrados en este concepto, uno técnico-militar y el otro subjetivo que mira a la voluntad política que se posee, vale decir, que exista la convicción y la capacidad de emplear la fuerza militar si fuere necesario.<sup>21</sup> Por lo tanto, al cuestionar la forma de financiamiento de la renovación y adquisición de material de las Fuerzas Armadas, restándole importancia al confrontarlo con el interés ficticio de desarrollo de la empresa pública CODELCO, cuya eficiencia no pasa por la aplicación de la Ley del Cobre, sino que con el manejo operacional eficiente que deben hacer sus gestores, o incluso al confrontarlo con los temas de la agenda social que traen mayores dividendos de tipo político en el corto plazo, se está lesionando seriamente el elemento subjetivo del concepto de la disuasión, mermando el interés y la voluntad política por la Defensa de la Nación.

Mediante la disuasión, el Estado puede evitar que los conflictos escalen y se conviertan en enfrentamientos armados. La disuasión busca un resultado psicológico que se basa en la amenaza, en la que se convertiría cualquier acción,

<sup>20</sup> *Libro de la Defensa*, Parte III, *Política de Defensa Nacional*, 2002.

<sup>21</sup> Ministerio de Defensa Nacional, *Libro de la Defensa Nacional de Chile*, MDN, Santiago, s.f. 1998, pág. 89.

la que tendría un costo tan elevado que resulta inconveniente, a todas luces, el intento de su ejecución.

La disuasión es una modalidad político-estratégica de empleo de los medios de la Defensa, en la cual las Fuerzas Armadas juegan un papel prioritario, pero no exclusivo. Lo que disuade es el conjunto de las capacidades del país, conducido por las autoridades políticas del Estado y respaldado en consensos políticos, así como en la determinación de la población por apoyar los objetivos de la Defensa. Es decir, no se puede disuadir sin la existencia de la fuerza militar, pero, en última instancia, se disuade en función de la estatura político-estratégica que el país haya alcanzado.

Considerando lo anterior, los mandos, la capacidad profesional, tecnológica, de material, de equipamiento, de empleo, de entrenamiento, de instrucción, de planificación son elementos fundamentales a la hora de evaluar los factores disuasivos por un eventual enemigo. Por ende, al tener la estrategia de seguridad nacional y las políticas de defensa la *disuasión* como uno de los elementos fundamentales en los que se basa y como una de las modalidades genéricas de empleo de los medios de la Defensa, el Estado debe entregar y cubrir las necesidades de las Fuerzas Armadas con la solvencia que estas requieren, para mantener un nivel óptimo de operacionalidad y así constituir un ente disuasivo para cualquier interés alejado de las normas jurídicas del derecho interno y del internacional, que el propio Estado se ha definido.

En este concepto está plenamente vigente el conocido adagio latino *si vis pacem para bellum*, que quiere decir, "si quieres la paz prepárate para la guerra", es decir, se debe ser lo suficientemente fuerte para que un eventual enemigo sepa que si nos ataca se expone a recibir una respuesta de iguales o superiores consecuencias y proporciones a las de su agresión.

#### **e. Situaciones de crisis entre Estados**

Nuestra historia está marcada por muchos eventos que han producido gran tensión en el pasado y en más de una ocasión hemos estado al borde de un conflicto de proporciones, del que seguramente luego nos arrepentiríamos, por la devastadora situación económica, política y social que esto conlleva. De ahí que nuestra política de disuasión sea un elemento esencial en nuestra Estrategia de Defensa, por que a través de ella podremos evitar eventuales conflictos futuros.

Por crisis podemos entender una "situación de tensión, entre dos o más Estados, que puede dar lugar a un conflicto armado",<sup>22</sup> y generalmente estas se inician

<sup>22</sup> Paul Latorre, Adolfo, *Política y Fuerzas Armadas*, Revista de la Marina, 1999, pág. 76.

con pretensiones contrapuestas entre los Estados, que no son capaces de resolverse por la vía diplomática, y que desembocan inevitablemente en un conflicto armado.

La prudencia no permite asegurar que situaciones de esta índole no se presenten en el futuro, y es una mal fundamentado arrogarse buenas relaciones con el entorno vecinal inmediato, porque como es sabido y la historia se ha encargado de ratificarlo, estas coyunturas son de gran fragilidad y generalmente temporales, las que pasan por altos y bajos, porque los problemas y pretensiones de fondo persisten.

La paz no es algo que se consiga de una vez y para siempre, sino un perpetuo quehacer.<sup>23</sup> Luego, la paz es mucho más que la ausencia de conflictos o de guerra, la paz es vivir en armonía, respetar el orden natural y al prójimo, y en definitiva, es la consecuencia más directa de la justicia. Por lo tanto, podemos concluir que no es nunca unilateral, y al no serlo, siempre será efímera. Es seguro que nadie en sí quiere la guerra, pero la historia se ha encargado de decirnos que ninguna nación ni Estado está libre de verse involucrado en ella. Generalmente, cuando termina un conflicto, se toman todos los resguardos internacionales para tratar de evitar que vuelva a suceder, sin embargo, la experiencia, por desgracia, nos ha recalado que es utópico pensar que con solo ello se puede lograr, por el contrario, los esfuerzos en tal sentido han sido insuficientes y poco eficientes.

#### **f. Impacto regional que adquieren estos temas y la mantención de los equilibrios estratégicos**

A pesar de las declaraciones del secretario general de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), en el sentido que considera que no hay en América Latina una carrera armamentista, afirmando que el gasto militar en la región ha tendido a nivelarse y mantenerse en las últimas décadas, éste lo hace a través de un permanente análisis y diagnóstico de lo que pasa en la región, tratando de mantener un equilibrio que permita evitar situaciones de riesgo de conflictos armados internacionales.

Pero debemos diferenciar conceptos; una cosa es desarrollar una carrera armamentista destinada a convertirse en una potencia militar, rompiendo los equilibrios regionales en esta materia, y otra distinta es mantener un estado operacional renovando el material que ya se encuentra obsoleto o que por los avances tecnológicos no tiene una aplicación eficiente.

<sup>23</sup> Cita del Concilio Vaticano II, según Ramón Ribas Bensusan, RM julio-agosto 1974.



Chile en forma soberana ha establecido algunos principios que forman su Política de Defensa, entre los cuales se indica que el país “no abriga propósitos agresivos contra ninguna nación del orbe, ni tiene reivindicaciones territoriales en el ámbito vecinal”.<sup>24</sup>

En todo proceso de adquisición y renovación de sistemas de armas, se busca satisfacer determinadas capacidades que se deben tener, lo que está directamente relacionado con la misión impuesta por el Estado a las Fuerzas Armadas, en el cumplimiento de unos objetivos claramente definidos en la Política de Defensa. Lo anterior considera la obtención o mejor dicho la mantención de una capacidad operativa óptima, adquiriendo nuevas tecnologías para reemplazar las que han quedado obsoletas, o han sobrepasado la vida útil para la cual fueron diseñadas.

Si se observa objetivamente el proceso de adquisiciones de sistemas de armas en Chile, se podrá concluir que, en ningún caso, se está ante una “carrera armamentista” o buscando romper equilibrios estratégicos en la región, sino que se busca mantener un nivel operacional a través de la renovación de material y tecnología ya sobrepasada.

Para llegar a esta conclusión debemos analizar armónicamente y no por separado la Política de Defensa, Objetivos Nacionales, el rol de Chile en el concierto internacional, la política económica y en general las estrategias adoptadas para lograr un mayor crecimiento, de donde se podrá observar que los componentes del Poder Nacional se están desarrollando en forma normal en un ambiente de cooperación y disuasión.

Pero esta situación es frágil, y debemos estar atentos al comportamiento de los otros Estados de la región, especialmente de quienes tienen aspiraciones de reivindicación territorial, o quienes de cuando en vez para redireccionar a la opinión pública interna y sacar de la primera plana nacional las variables especialmente económicas y políticas que afectan a sus connacionales, reavivan situaciones y conflictos de carácter internacional que ponen en riesgo a la Seguridad Nacional de otros Estados. O quienes, producto de situaciones mediáticas de tipo político, van adquiriendo un protagonismo regional de relevancia, adquiriendo conciencia, equivocada por cierto, de que son ellos los llamados a dar solución a los conflictos regionales o de países amigos, interfiriendo abiertamente en las políticas internas de los Estados vecinos.

Situaciones como las descritas anteriormente influyen directamente en los criterios que los Estados adoptan para orientar sus políticas de Defensa y es

<sup>24</sup> *Libro de la Defensa Nacional*, II, pág.72.

ahí donde hay que mantener una cierta atención de los actores involucrados para identificar cualquier desequilibrio que se produzca.

### **g. La conducción política estratégica y su relación con estas materias**

El Presidente de la República es quien lidera la conducción política estratégica y es quien tiene la responsabilidad final en la Defensa Nacional, tareas que se derivan de la propia Constitución Política de la República, que en su artículo 32, numerales 17 y 18, le otorga atribuciones especiales para disponer de las fuerzas de tierra, mar y aire, organizarlas y distribuirlas en la forma que requiera la Defensa Nacional.

Para precisar los conceptos que incorpora el artículo citado de la Constitución, podemos explicar que se entiende por “*disponer*”, poner las cosas en el orden y forma más conveniente, mandando lo necesario y adecuado. Por “*organizarlas*” se comprende reformarlas en forma armónica, dando un orden a todas sus partes, y por “*distribuirlas*” se refiere a la división de una cosa en varias, dando a cada una de esas cosas la oportuna colocación o destino más conveniente.

El Presidente de la República en su rol político como Jefe de Estado ejerce el mando supremo de la Nación y en su rol político estratégico ejerce el mando de los campos de acción.

Luego, la responsabilidad final recae en él como conductor en la preparación del Estado para enfrentar un eventual conflicto, por la vía de la disuasión diplomática y eventualmente y como última instancia a través del empleo coercitivo de las fuerzas. Por lo tanto, siendo él responsable, debe contar con las herramientas jurídicas que le permitan cumplir a cabalidad esta trascendental tarea, preocupándose de mantener sus fuerzas, en lo administrativo y operativo, en óptimas condiciones de uso y empleo.

Asimismo, el marco referencial definido por el propio Ministerio de la Defensa Nacional determina dentro de los principios generales, letra c), que: “*El Estado de Chile tiene la responsabilidad de mantener una capacidad militar suficiente para concurrir a facilitar el logro de los objetivos nacionales, cuidando que el desarrollo de esa capacidad militar guarde proporción con el desarrollo del resto de las capacidades del país*”.<sup>25</sup>

Luego, si pretendemos ser un país pujante con un nivel de desarrollo creciente, abierto al mundo globalizado, participando activamente en el escenario polí-

<sup>25</sup> Fuente: [www.defensa.cl](http://www.defensa.cl).

tico estratégico mundial, a través de nuestra concurrencia activa en misiones de paz de Naciones Unidas, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y otros, debemos asegurar que esta capacidad militar en ningún caso se pueda resentir.

De allí que cualquier modificación que pueda sufrir la ley, debe tomar en consideración estas vitales tareas y responsabilidades del Jefe de Estado, porque una mala apreciación o resolución, hoy, puede redundar negativamente en el futuro.

Por lo tanto creemos que las decisiones en este sentido deberían tomarse con un criterio técnico-político, puesto que la responsabilidad está asociada al cargo de Presidente de la República, independiente de quien lo ejerza en su oportunidad, y por supuesto independiente de la colectividad política a la que pertenezca.

#### **h. La confidencialidad o el secreto**

El D.S. 26, del 28 de enero de 2001, en su numeral 1º, considera dentro de la protección de intereses públicos como actos y documentos secretos, los actos o documentos relativos a la defensa y seguridad nacional.

En el mismo tenor, la resolución exenta 742, de fecha 1 de septiembre de 2004, del Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Guerra, establece que tendrán el carácter de secreto en su letra a) aquellos que provengan de las instituciones de la Defensa Nacional o de otros organismos públicos que hayan sido clasificados como secretos por dichas entidades, en virtud de una disposición legal o reglamentaria.

A su vez, la letra c) se refiere a aquellos cuya difusión puede afectar intereses propios de la Defensa Nacional o Seguridad Nacional. Además de otros específicamente definidos en dicha resolución.

Pero desde un punto de vista político y muy asociado al concepto de la disuasión, también el tema tiene ribetes complicados, porque se debe evaluar "técnicamente" qué es lo apropiado saber para que opere el principio de la disuasión, y qué es conveniente reservar en el secreto o al menos en carácter de confidencialidad para mantener cierta capacidad operativa en beneficio de la Defensa Nacional.

Desde el punto de vista constitucional, el propio artículo 8º establece que se excluyen de la obligación de publicidad los aspectos que afecten los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional. Luego, podemos

concluir que estas materias relacionadas con la defensa y la seguridad nacional están protegidas con el secreto, como una forma de evitar un daño al interés nacional y en ningún caso debe verse como un atentado a la transparencia de las actividades públicas.

## i. Las Fuerzas Armadas

Curiosamente, este concepto del cual tanto se habla y se ha hablado en las últimas décadas en Chile, no está definido claramente. Es más, la Constitución Política de la República no la define, sino que se limita a decir cuáles son y para qué existen. Tampoco lo hace la página web de la Defensa.

Trataremos de suplir esta omisión estructurando una definición, diciendo que *“las Fuerzas Armadas son instituciones constitucionales armadas exclusivas y permanentes del Estado de Chile, jerárquica y materialmente organizadas y entrenadas, profesionales y disciplinadas, que obedecen a un mando común centralizado, constituidas única y exclusivamente por el Ejército de Chile, la Armada de Chile y la Fuerza Aérea de Chile, cuya misión consiste en garantizar la defensa de la patria, la paz en libertad y los más altos intereses nacionales”*.

A su vez, el artículo 101 de la Constitución Política de la República fundamenta su existencia diciendo que<sup>26</sup> *“existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional”*.

Las Fuerzas Armadas son una de las pocas organizaciones exclusivas y permanentes del Estado, toda vez que su constitución y su fin van en directo beneficio de la sociedad organizada, a quien se debe todo Estado.

Son esencialmente los órganos de maniobra que tiene el Estado para cumplir eficientemente con el mandato constitucional que se le ha impuesto en razón a la defensa nacional.

Las Fuerzas Armadas desde un punto de vista económico podemos decir que son parte integrante de la sociedad y productores de un bien económico denominado Defensa, que está destinado a brindar seguridad y que, como tal, satisface una necesidad individual y colectiva **contribuyendo al bienestar de las personas**, quienes deben tener muy en cuenta que *“si queremos aumentar la producción de un bien, necesariamente tenemos que sacrificar la producción de otro”*<sup>27</sup>, por lo tanto no debieran estar alejadas de esta realidad,

<sup>26</sup> Constitución Política de la República, 1980, artículo 101.

<sup>27</sup> Concha Martínez, Manuel; *“La Economía de Defensa en el marco de una política de Defensa”*, Santiago de Chile, Memorial del Ejército de Chile N° 438; Estado Mayor General; Instituto Geográfico Militar; pág. 107, 1991.

haciendo esfuerzos en su respectivo ámbito para un mejor aprovechamiento de los recursos que le son asignados, permitiendo consolidarse y desarrollarse en armonía con el esfuerzo económico a que se ve enfrentado el Estado en general.

Si hacemos un símil con la empresa privada, por ejemplo, ésta opera bajo el concepto de costo-beneficio, dispone de una serie de medidas de control en función de cautelar sus ingresos y gastos, única forma de obtener los beneficios, normalmente económicos, que tales organizaciones persiguen.

En cambio, en el sector público el sistema es muy distinto. Primero, porque no siempre el objetivo que se persigue es económico; muchas veces es un servicio público que cubre una necesidad pública. Por otra parte, permanentemente se está cautelando su eficiencia, o por lo menos así debería ser, para procurar reducir sus costos, que provienen del erario nacional. En este sentido hemos sido testigos en los últimos años de que no todas las cosas en el sector público se hacen con un criterio de eficiencia, y esto se debe principalmente a que el aparato estatal no cuenta con los profesionales más adecuados que posee el mercado para cumplir estas importantes funciones, y en muchos casos su designación obedece a un cuoteo político.

Conforme a lo anterior, se crea la necesidad para el Estado de regular el gasto y muy especialmente la forma de generarlo, de disciplinarlo, distribuir los recursos y definir las fuentes de financiamientos, actividad ineludible, obligatoria y de trascendental importancia para todo gobierno.

Las Fuerzas Armadas en particular dependen exclusivamente del aporte fiscal que el Estado, a través de las leyes respectivas, les asigna año tras año, lo que les permite, por una parte, mantener y conservar su estructura, su capacidad y potencial y, por otro lado, realizar una permanente búsqueda de un mayor desarrollo y optimización institucional en beneficio de su misión fundamental.<sup>28</sup>

Como hemos mencionado, es rol y obligación o deber del Estado satisfacer las necesidades de Defensa de la nación. El Estado hace esto a través de dos grandes caminos, el primero es la Ley Reservada del Cobre, que permite mantener la capacidad operativa de las Fuerzas Armadas facilitando el financiamiento de las compras de material y equipo que esta ley contempla, y la segunda es por la vía presupuestaria normal, que busca la asignación de los recursos para que administrativamente las Fuerzas Armadas puedan ejercer su rol.

<sup>28</sup> Cortés Jarpa, Mónica, *“Las Fuerzas Armadas y su Presupuesto. Legislación y jurisprudencia administrativa”*, Memoria de Título, 2001, pág. 9.

En este sentido la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948, en su artículo 93, se refiere a este tema diciendo:<sup>29</sup> *“El presupuesto de las Fuerzas Armadas estará integrado por los recursos económicos que disponga la Ley de Presupuesto de la Nación como aporte fiscal e ingresos propios en moneda nacional o extranjera y por todos aquellos otros recursos provenientes de otras leyes vigentes a la dictación de esta ley”.*

#### **j. Las empresas del Estado y el caso particular de CODELCO**

Las empresas del Estado las podemos definir como aquellos organismos creados por Ley a través de los cuales el Estado realiza una actividad comercial o industrial con miras a satisfacer las necesidades públicas de que se trate, según lo conceptualiza el propio Servicio de Impuestos Internos en su página web. Nuestra historia política económica relacionada con la participación del Estado en actividades de tipo empresarial ha sido cíclica, desde comienzos del siglo XX, cuando la participación de éste era restringida dejando la libertad a los particulares para intervenir de lleno en la vida económica, con un Estado que debía abstenerse entregando plena libertad a la industria para autogenerarse. Sin embargo, un poco más avanzado este siglo, comenzó a producirse un cambio en la mentalidad, y hubo una creciente preocupación y participación del ente estatal en estas materias económicas.

En tanto las Guerras Mundiales I y II, por razones lógicas, produjeron un mayor protagonismo y liderazgo del Estado, como también aumento considerable de su tamaño y campos de intervención, en los países participantes, con motivo de la conducción política y estratégica de sus fuerzas en conflicto, lo que sumado a aspectos netamente económicos, como la crisis del salitre en Chile o la pérdida de la confianza en el liberalismo económico producto de la crisis del año 1929, allanó el camino para una mayor intervención del Estado en estas materias.

Así, se crearon por ley empresas públicas que pasaron a incrementar la Administración del Estado, entre ellas, Ferrocarriles del Estado, por la Ley 2.846 del 29 de enero de 1914, la Línea Aérea Nacional, por DFL 247, del 21 de julio de 1932, y así sucesivamente a lo largo del siglo XX, la participación estatal se fue incrementando ostensiblemente, lo que se acrecentó en el Gobierno de la Unidad Popular, por el afán de instaurar un área social de la economía, o sea, para lograr el control total sobre los medios de la producción,<sup>30</sup> a través de la CORFO, que adquiriría acciones de sociedades con el propósito de sustituir y desplazar a los privados en estas importantes tareas económicas, con las

<sup>29</sup> Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948, artículo 93.

<sup>30</sup> Aróstica Maldonado, Iván, *Derecho Administrativo Económico*, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, año 2001, pág. 22.

consecuencias conocidas por todos. Claro ejemplo de lo anterior fue la estatización de la banca privada en 1971, acción que se emprendió sin siquiera ley especial que lo autorizara. Esta situación fue evaluada por la Comisión Ortúzar en la preparación del texto de la actual Constitución de 1980, lo que derivó en la consagración del principio de subsidiariedad y los resguardos consiguientes ante la creación de cualquier servicio público o de empresa del Estado, lo que debe hacerse por una ley de quórum calificado, lo mismo para la participación del Estado, mayoritaria o minoritariamente, en la gestión o en la propiedad de las empresas, de manera que la compra de acciones de un banco, como se hizo en un momento dado por el Estado, concepto en el que se comprende no sólo al Fisco, sino que a cualquier entidad o servicio público, es materia de reserva legal exclusiva.<sup>31</sup>

Otros métodos utilizados por el Estado en el periodo de la Unidad Popular para tomar el control de las empresas privadas fue la "expropiación", como en el caso de algunas empresas del rubro textil y las "intervenciones", que en teoría constituían situaciones transitorias manteniendo la propiedad en manos de los dueños originales; sin embargo, el mantenerse de facto el Estado, de manera indefinida, en el control de las industrias, significó el despojar a sus legítimos dueños de ellas, sin expropiación previa y sin que hubiese lugar a indemnización alguna.<sup>32</sup>

Pero ¿qué pasaba con CODELCO, la empresa pública que a nosotros nos interesa por ser motivo de este estudio?

En el caso particular de las empresas mineras, privadas por cierto, de capitales extranjeros, hubo una primera intervención con lo que se llamó la "chilenización" y la "nacionalización pactada", que consistió en la adquisición de parte del Estado de Chile del 51% de las acciones de la Sociedad Minera El Teniente, la Compañía de Cobre Chuquicamata S.A., la Compañía de Cobre El Salvador S.A. y la Compañía Minera Andina, fundado en la Ley N° 16.425, de fecha 25 de enero de 1966.

Sin embargo, posteriormente se produjo la llamada "nacionalización del cobre", lo que se hizo efectivo a través de la LRC N° 17.450, de fecha 16 de julio de 1971, respecto de las cuatro compañías cupreras más importantes existentes en ese entonces, pasando al dominio de dos organismos estatales (CODELCO y ENAMI), quienes, a su turno, y conforme al DFL 1 de Minería de 1972, constituyeron entre sí cinco sociedades para continuar su explotación.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Acta de sesión, Constitución Política de la República, N° 384, 14.6.1978, 2.816 ss.

<sup>32</sup> Novoa M., Eduardo, *Los Resquicios Legales*, edición Bat. Santiago, 1ª edición, 1992.

<sup>33</sup> Aróstica Maldonado, Iván, *Derecho Administrativo Económico*, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, edición 2001, págs. 23 y 24.

La disposición transitoria N° 17<sup>a</sup>, introducida por la LRC 17.450, que mencionábamos, que modificó la Constitución Política de 1925, en su artículo 10 N° 10 inciso 3º, que a la letra disponía, *cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la Ley podrá nacionalizar o reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país.*<sup>34</sup> Y el inciso 9º prescribía, cuando se trate de nacionalización de actividades o empresas mineras que la *Ley califique como Gran Minería, la nacionalización podrá comprender a ellas mismas, a derechos en ellas o a la totalidad o partes de sus bienes...* Las normas antes citadas no merecen mayor análisis y constituyen una manera perversa de atropellar los principios de justicia y equidad que envuelve todo Estado de Derecho.

Hasta aquí podemos concluir inicialmente, y con relación a lo expuesto en el título "Evolución histórica" de este mismo trabajo, que el gravamen originalmente se les aplicaba a empresas privadas, desde la dictación de la Ley N° 13.196, que gravaba con un impuesto del 15% las utilidades de la minería del cobre, recursos que pasaban a financiar directamente a las Fuerzas Armadas.

Luego, que sea CODELCO la encargada de entregar los recursos es una consecuencia de la evolución histórica a la que ya nos referimos.

En todo caso, cabe hacer presente que no es CODELCO, en justo rigor, la que sufre este gravamen, toda vez que esta empresa pública pertenece o es parte del propio Estado, y como dentro de los atributos de la propiedad está el uso, goce y disposición, luego, los recursos que aquí se generan son de su dueño, con plena disposición de estos por parte de él, y a su vez es este mismo Estado, en la persona del Presidente de la República, el responsable constitucional de la Defensa Nacional.

Así, CODELCO Chile, en su declaración de misión reconoce explícitamente que: "La misión de Codelco es desplegar en forma responsable y ágil toda su capacidad de negocios mineros y relacionados, con el propósito de maximizar en el largo plazo su valor económico y su **aporte al ESTADO**".<sup>35</sup>

Luego, como CODELCO es la fuente de financiamiento de los pertrechos militares en cumplimiento a la Ley Reservada del Cobre en estudio, la pregunta es: ¿Qué pasaría si eventualmente se privatiza CODELCO? ¿Quién debiera pagar?

<sup>34</sup> LRC 17.450, que modificó la Constitución Política de 1925, en su artículo 10 N° 10 inciso 3º.

<sup>35</sup> Fuente, [www.codelco.com](http://www.codelco.com), memoria 2003.



Si históricamente este gravamen recaía en empresas privadas, las que después, por lo ya expuesto, se transformaron en una Empresa del Estado, no vemos inconveniente que la ley siga operando sin mayores contratiempos en la nueva empresa de propiedad privada.

En todo caso, la Ley Reservada del Cobre en su artículo N° 1 aplica el gravamen del "10% del ingreso en moneda extranjera por la venta al exterior de la producción del cobre, incluidos sus subproductos, de la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO), y el 10% del valor de los aportes en cobre al exterior que efectúe dicha Corporación...", luego se refiere en forma exclusiva a la empresa, sin hacer ninguna mención a la propiedad de ésta, por lo tanto, independiente de quien sea la propiedad, el gravamen debería subsistir, quedando en una condición similar a la que tuvo otrora.

## **ANALISIS JURÍDICO**

### **Modificaciones a la ley por la vía administrativa y jurisprudencial**

#### **a) Interpretación administrativa de la Contraloría General de la República**

Según ha podido trascender a la opinión pública, a través de un documento confidencial enviado por la Ministra de Defensa, el año 2002, se solicitó a la división jurídica de la Contraloría General de la República un pronunciamiento, en orden a si el Consejo Superior de Defensa Nacional (CONSUDENA) podía disponer de los fondos depositados en las "cuentas de reserva" establecidas en la Ley N° 13.196 y sus modificaciones para invertirlos en proyectos relevantes.

La Contraloría, a través de un dictamen también reservado, respondió en diciembre de 2002 que "no existe inconveniente", lo que implicó en la práctica el fin del actual sistema que entrega a cada institución un tercio de lo recaudado para financiar sus proyectos.

Esta interpretación, que a nuestro juicio busca un fundamento equivocado en la norma, pretende, y lo ha hecho por lo demás, modificar la ley por la vía administrativa, con las inmensas consecuencias negativas que esto produce, especialmente desde el punto de vista de la seguridad jurídica, elemento característico de nuestro ordenamiento y de todo Estado de Derecho que se precie de tal.

Pero para entenderlo en mejor forma debemos remitirnos a las normas básicas de interpretación. Sabemos que este proceso, que en nuestro Derecho es re-

glado, consta de dos fases, una interpretativa que busca el verdadero sentido y alcance de la norma interpretada, vale decir, busca conocer el significado de la norma, y una segunda fase sustancial, que busca aplicar la norma interpretada al caso concreto.

Ahora bien, dentro de la fase de interpretación se debe comenzar con el análisis del elemento gramatical, *"cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu"*,<sup>36</sup> luego creemos que en el caso concreto en estudio, cuando la ley en su artículo 3<sup>º</sup> dice: *"que los ingresos de la Ley del Cobre se depositarán a medida que se produzcan y la Tesorería General de la República las ingresará por terceras partes, las que corresponderán al Ejército, Armada y Fuerza Aérea de Chile"*, se debe entender que la distribución que la ley pretende debe ser equitativa y para el uso y destino en beneficio de las necesidades en material y elementos que permitan constituir el potencial bélico de cada institución, como también los gastos que la mantención y operatividad que este material irroque, de la determinada Institución.

Además, las necesidades de cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas son diversas, están constituidas por fuerzas diferentes en lo relacionado con el tamaño de las instituciones, con distintos tipos de formación profesional de sus componentes, dirigido a sus tareas propias. Cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas tienen necesidades diferentes, tienen dimensiones distintas, sus componentes requieren diversos tipos de entrenamiento, material, repuestos, tienen doctrinas distintas propias de la función que a cada una, por separado o en conjunto, le corresponderá desarrollar en un eventual escenario de conflicto, sus necesidades obedecen a criterios técnicos diferentes, por lo tanto, creemos que la interpretación que la Contraloría General de la República le ha dado a la norma no obedece a una interpretación racionalmente elaborada.

El criterio utilizado por la Contraloría General de la República estima que los recursos en las "cuentas de reserva" de las Fuerzas Armadas, en tres tercios iguales, se refiere sólo al deposito, porque según ella, la ley no establece explícitamente que deban ser destinadas a las tres ramas de estas Fuerzas Armadas por separado y que sean dichas instituciones las que deben gastarlo en sus proyectos.

Por ello, no existe inconveniente para que el CONSUDENA pueda, en consideración a sus atribuciones legales, adoptar un acuerdo en el cual los fondos consignados en las distintas cuentas se destinen para "solventar un proyecto de inversión que atañe a cualquiera de las tres ramas" de la Defensa Nacional.

<sup>36</sup> Código Civil, *Interpretación de la ley*, artículo 19.

A la anterior interpretación debemos agregar un acuerdo de tipo político entre el Ministerio de Defensa Nacional y las Fuerzas Armadas, en el sentido que el CONSUDENA solamente controlaría los excedentes que arroja la Ley del Cobre por sobre el piso establecido para cada institución.

Todo lo anterior, a nuestro juicio, no presentaría problemas si se utiliza con criterios técnicos y de eficiencia en los procesos. Sin embargo, si se utiliza con criterios políticos, pone en serio riesgo la institucionalidad de éstas, pudiendo incluso ser un medio de presión para obtener u orientar decisiones con criterios ajenos a los meramente institucionales.

## b) Interpretación de la ley

Otra limitación que sufrió la ley, esta vez por la vía jurisprudencial, fue la sentencia de fecha 15 de febrero de 1990, del Tribunal Constitucional, que declara que el artículo 100 (hoy artículo 97) de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas (N° 18.948), que hacía referencia a la denominada Ley Reservada del Cobre, es una "ley ordinaria".

Dicho artículo prescribe: *"Las disposiciones contenidas en la Ley 13.196, y sus modificaciones, mantendrán su vigencia"*.

El considerando N° 7 de la citada sentencia del Tribunal Constitucional decía:

*"7°. Que, por su parte las remisiones que este proyecto hace a otras disposiciones, el Tribunal no se pronunciará sobre la constitucionalidad de ellas, porque al no estar incluidas en el texto de esta ley cuyo control ejerce, entiende que no pueden tener el rango de orgánicas constitucionales básicas, sino de normas de otro orden, de acuerdo a la naturaleza de cada una de ellas. Las normas aludidas se indicarán taxativamente en la parte resolutive de esta sentencia;"*.

En la parte resolutive del fallo se declara:

*"4°. Que los Artículos 3°; 13; 17; 18; 21, inciso segundo; 22; 23; 49, letras h), i) y j); 57; Artículo 61, la frase de su inciso segundo "y para los empleados civiles con treinta o más años de servicios que ocupen el grado más alto de su escalafón"; Artículo 64, inciso final; Artículo 77, inciso tercero; 78; 95; **100**, y Artículos Primero, Tercero, Cuarto y Quinto transitorios, **son normas de ley ordinaria** y por lo tanto no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre ellas conforme lo dicho en el considerando 6° de este fallo"*.

Esto trae aparejada una consecuencia de gran trascendencia, porque al considerar esta norma como ley simple, se reduce considerablemente el quórum

requerido para su modificación, conforme lo dispone el artículo 66 de la Constitución Política de la República, rebajando el quórum requerido para la modificación de una norma orgánica constitucional de 4/7 a una simple mayoría de los diputados y senadores presentes en sala. Debiendo recordar que para que la sala sesione se requiere un quórum mínimo de constitución de ella.

El análisis anterior no mira el fondo del tema, acerca de si es o no conveniente rebajar el quórum de esta norma, lo que permite facilitar su modificación, sino que el comentario apunta a revisar si el medio por el cual se hace es o no el más conveniente. A juicio del autor, las modificaciones de una norma general y abstracta por la vía jurisprudencial, interpretativa o administrativa constituyen una grave lesión al Estado de Derecho, al funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico y a la seguridad jurídica que éste debe reflejar.

### **El principio de no afectación de los tributos a fines específicos y su relación con la Defensa Nacional y la Ley Reservada del Cobre**

Nuestra Constitución Política de la República de 1980, a pesar de haber sido varias veces modificada, ha sido capaz de mantener la gran mayoría de los principios que ella consagra y que la ciudadanía ha ido internalizando y ha hecho propios a lo largo de sus años de vigencia.

La Constitución Política de la República no contempla normas, principios y preceptos que aleatoriamente se han incorporado a ella, sino que ellos están insertos en la Carta Fundamental representando el interés social, el espíritu del modelo social imperante en nuestro país en un momento del tiempo determinado.

Eso explica el porqué de las reformas que se han ido incorporando a ella, en el sentido que con la celeridad que hoy en día se van produciendo los cambios, como consecuencia del acceso a la información, a la liberación de las fronteras producto de los tratados de libre comercio, de la tecnología en uso, se han ido produciendo cambios en el ámbito social a los que la ley, en el sentido amplio de la palabra, debe ir acomodándose para representar efectivamente ese espíritu social al que nos referimos.

No obstante, es de resaltar ahora que el principio de no afectación de los tributos y sus excepciones no ha sido modificado, lo que nos permite concluir que sigue siendo una premisa valorada para nuestro entorno social.

Así, nuestra Constitución, en su artículo 19 numeral 20, además de los principios de igualdad, justicia y proporcionalidad, se refiere a que los tributos recaudados deben ingresar al patrimonio del Estado, indicando en su inciso tercero que *“los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado”*.

Sin embargo, el inciso siguiente contempla ciertas excepciones permanentes al principio que resulta de la norma recién transcrita, con el fin de permitir que en algunas y determinadas circunstancias sea posible y conveniente vincular el destino de determinados tributos a ciertos fines que la ley determine.

Así, el inciso siguiente preceptúa *“Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional...”*<sup>37</sup>

Además, hay otra norma constitucional que hace referencia a dicha disposición: la disposición transitoria séptima (hoy sexta), en la que el constituyente mantuvo la vigencia de las leyes anteriores a la misma que hubiesen establecido tributos afectos a un destino determinado, mientras no sean expresamente derogadas.

La citada disposición preceptúa *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero del número 20° del artículo 19, mantendrán su vigencia las disposiciones legales que hayan establecido tributos de afectación a un destino determinado, mientras no sean expresamente derogadas”*.

Entonces, si bien es cierto que el espíritu de la Constitución es consagrar la prohibición de condicionar un gasto a una recaudación tributaria específica, directa y jurídicamente afectada a un destino vinculado a ese gasto, es el propio poder constituyente quien definió y admitió las excepciones referidas.

A pesar de lo anterior, el principio de la no afectación no se transgrede cuando se usa como fuente de financiamiento de un gasto público. En este sentido tenemos varios ejemplos en nuestro sistema, como el caso reciente de AUGÉ. Lo anterior viene de la autorización del artículo 67 inciso 4º, que indica que todo gasto público para ser aprobado por el Congreso Nacional, con cargo a los fondos de la Nación, debe indicar, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dichos gastos. Así, el constituyente se aseguró que todo gasto público debía estar convenientemente respaldado, evitando

---

<sup>37</sup> Ley N° 19.097, art. 2º, D.O. 12.11.1991.

la demagogia y algunas prácticas que tanto mal causaron a nuestro sistema económico-político en el pasado.

Consecuente con lo anterior, es plenamente posible asignar recursos citando como fuente de financiamiento determinados fondos que se obtienen por la vía de la tributación.

En este escenario, la Ley Reservada del Cobre no colisiona con esta disposición constitucional, sino que, por el contrario, está amparada en ella, tanto por la vía de la excepción del numeral 20 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, como también por la atribución que define el artículo 67 inciso 4º, que nos parece más aplicable a esta situación en concreto, porque el espíritu de la ley armoniza mejor con esta disposición constitucional, siendo esta una fuente de financiamiento más que una afectación.

Cabe hacer presente que el Derecho Constitucional debe verse en función de los objetivos que una sociedad tiene en vista al momento de otorgarse una Carta Fundamental. Esta, en cuanto a pacto político, debe representar el consenso nacional existente sobre cómo establecer y limitar el poder político y garantizar mejor los derechos de las personas,<sup>38</sup> en forma individual, y como nación en forma colectiva, siendo en este caso en particular la seguridad nacional un bien jurídico protegido por ella. Por esta razón creemos que la interpretación que se le debe dar a esta norma constitucional debe tender a armonizar ambas disposiciones (Ley Reservada del Cobre y la norma constitucional) y en caso alguno a contraponerlas.

Pero ¿qué pasa con las empresas públicas o del Estado? Estas tributan en forma especial con una tasa del 40%, pero como empresas públicas que son, deben entregar el resto de los recursos que generan al Estado, no por la vía de la tributación, sino que por la vía de asignación.

A pesar que, desde el punto de vista de la Defensa Nacional, existe una relación con el principio constitucional de la no afectación, aún no hemos determinado cómo podemos clasificar este aporte legal. ¿Será un impuesto?, ¿será una asignación sui géneris?, ¿será un tributo especial?, ¿será otro tipo de gravamen, sin denominación?

Los tributos, etimológicamente, dan la idea de un aporte coactivo de un vasallo sometido a su poderoso señor.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel Ciencia política, tercera reimpresión, 1983, págs. 149-151.

<sup>39</sup> Ángela Radovic, *Obligación Tributaria*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., edición 1998, pág. 43.

A su vez, el profesor Carlos Giuliani Fonrouge define que: "El Tributo consiste en una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, que el Estado, en el ejercicio de su potestad de imperio, exige, con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines".<sup>40</sup>

Las características de los tributos, según el profesor Luis Corral Guerrero, serían el ingreso público, la obligación legal, la capacidad económica y la finalidad contributiva.<sup>41</sup>

Como ingreso público hace la diferencia con respecto a los ingresos no tributarios; como obligación legal se diferencia de la obligación voluntaria que nace del libre acuerdo de las partes, debiendo en este caso ser establecido por ley, luego el vínculo nace del Derecho Público, encontrando su fundamento en la finalidad general que busca proveer el interés general y el bien común. Como capacidad económica la prestación debe ser comúnmente en dinero y como finalidad contributiva debe ser un medio para recaudar ingresos que permitan solventar el gasto público.

De allí que, considerando lo anterior, es nuestra opinión que la asignación de recursos que se establecen a través de la Ley Reservada del Cobre configuran un "tributo". Debemos abocarnos ahora a buscar qué tipo de tributo es. Un impuesto, una contribución o una tasa.

Como impuesto entendemos que son tributos que establece la propia ley para financiar servicios de interés general, sin una contraprestación específica, directa e inmediata para el contribuyente que los aportó, habida cuenta que el beneficio que se obtiene por su intermedio es de carácter general, consistente en el funcionamiento de los servicios públicos y la satisfacción de las necesidades públicas a través de ellos. Luego, podemos encuadrarla como un impuesto.<sup>42</sup>

Entonces, después de este breve análisis conceptual, podemos concluir que efectivamente el aporte que dispone la Ley Reservada del Cobre en primer término es un tributo. En segundo lugar lo podríamos clasificar como un tributo

<sup>40</sup> Giuliani Fonrouge, Carlos, *Derecho Financiero*, Vol. I, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, año 1965, pág. 255.

<sup>41</sup> Corral Guerrero, Luis, *Introducción al Derecho Tributario*, Editorial Trivium S.A., Madrid, España, 1993, págs. 121 y 122.

<sup>42</sup> *Como contribuciones*. se entiende a las prestaciones de tipo obligatorio, por un beneficio económico particular que recibe el contribuyente, por la realización de obras públicas u otras actividades del Estado que ayudan por ejemplo a mejorar la plusvalía de un sector en el caso de una propiedad. Luego, no es una contribución.

*Como tasa*. entendemos al pago que realiza el contribuyente vinculado directamente a una contraprestación, vale decir, es un ingreso para el Estado como retribución de un servicio público que recibe el contribuyente. Luego, tampoco es una tasa.

especial, de tipo impuesto especial, aplicable no en forma universal, sino que afecta a un solo contribuyente, el que la ley determina, y sobre una base de cálculo, también especial, diferente a la normalmente utilizada.

A pesar de sus peculiaridades, este impuesto especial no es el único que encontramos en nuestro Ordenamiento Jurídico. Así, por la vía de ejemplo, recordemos los recursos provenientes del llamado *royalty* a la minería. Este *royalty* es definido por Arturo Fermandois, abogado constitucionalista, como:

*"El royalty tiene todos los elementos propios de un tributo: se trata de una exacción forzosa impuesta por el Estado a los particulares, en dinero, de la cual éstos no se pueden sustraer voluntariamente sin privarse de "derechos fundamentales de la persona".<sup>43</sup>*

El *royalty* el año 2006 produjo la cifra no menor de US\$ 100 millones de dólares, que el Consejo de Innovación para la Competitividad destina anualmente por la vía de concursos de CONICYT (Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica) para proyectos de investigación, entre otros, los que no estuvieron exentos de polémica por los debates producidos tanto al interior del propio consejo como en la opinión pública, por los conflictos de intereses que se han producido en estos.

Conceptualmente ambos tributos son atípicos en cuanto a qué sujetos gravan (el primero a una empresa del Estado y el segundo a algunas empresas privadas del sector minero), además la base de cálculo, que también es atípica, lo deja encasillado dentro de la denominación "impuesto especial", en lo particular, y "tributo" en lo general.

## **Principio de subsidiariedad y la Ley Reservada del Cobre**

El principio de subsidiariedad quedó inserto como concepto ya en la Declaración de Principios del Gobierno de Chile. En dicho documento histórico, que data del año 1974, se da una explicación y conceptualización de lo que significa este importante principio, preceptuando a la letra:

*"Siendo el hombre el fin de toda sociedad, y emanando éstas de la naturaleza humana, debe entenderse que las sociedades mayores se van formando para satisfacer fines que las menores no pueden alcanzar por sí solas. El ser humano forma una familia para alcanzar fines que no puede lograr solo. Da vida luego a diversas formas de agrupación social más amplias, para lograr objetivos que la*

<sup>43</sup> *Diario La Segunda*, miércoles 21 de julio de 2004.



*familia es incapaz de conseguir por sí. Y llega finalmente a integrar todas esas sociedades intermedias en un Estado, por la necesidad de que haya un orden común a todas ellas que las coordine en justicia, y que asuma las funciones que ninguna de aquéllas podría cumplir directamente”.*<sup>44</sup>

Luego, si la organización superior nace para cumplir fines que la organización inferior no puede realizar sola, si ésta es su justificación, resulta evidente que no le es legítimo a la superior incursionar en el campo que le es propio de la menor.

Con todo, el propio texto en comento a párrafo seguido indica:

*“Aplicado este principio al Estado, debemos concluir que a él le corresponde asumir directamente sólo aquellas funciones que las sociedades intermedias o particulares no están en condiciones de cumplir adecuadamente, ya sea porque de suyo desbordan sus posibilidades (caso de la Defensa Nacional, las labores de Policía o las Relaciones Exteriores), o porque su importancia para la colectividad no aconseja dejar entregadas a grupos particulares restringidos (caso de los servicios o empresas estratégicas o fundamentales para la nación), o porque envuelven una coordinación general que por su naturaleza corresponde al Estado”.*

De este texto original ya se puede extraer el deber y responsabilidad que tiene el Estado en materias propias de la Defensa Nacional.

El principio de subsidiariedad es un criterio, hoy, difundido ya en las más importantes legislaciones mundiales y comúnmente reconocido y aceptado como un criterio amplio, aplicable a todas las actuaciones del Estado. Cuesta un poco buscar esa amplitud en nuestra Constitución de 1980, que en un principio se ve restringida a los derechos y deberes económicos, sin embargo, si nos remitimos al artículo 1º inciso 3º, encontraremos la amplitud que el principio requiere para ser aplicado en todo ámbito de participación del Estado y de los particulares.

Luego, el Estado-Gobierno se contrae cuando la sociedad civil se expande.<sup>45</sup>

Pero la explicación anterior acerca del principio de subsidiariedad tiene relación con la ley motivo de este trabajo, en el sentido que el caso concreto constituye una de las pocas excepciones a este trascendental principio, porque, a raíz de la importancia social que tiene la Defensa Nacional, no es dable que sea entregada a la sociedad civil.

<sup>44</sup> Declaración de Principios del Gobierno de Chile, 1974.

<sup>45</sup> José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, pág. 58.

La propia Constitución trata esta actividad como uno de los deberes del Estado que se detallan en el artículo 1º inciso final, donde aparecen mencionados cinco deberes del Estado.

Son obligaciones generales y de una importancia de gran trascendencia, pero no las únicas.

La conceptualización de la Seguridad Nacional ya fue tratada en este trabajo en la parte general de acercamiento del tema, que es en todo caso extenso y complejo, porque en él se comprende no solo la defensa de la integridad territorial, sino que también el desarrollo general de nuestro país, en todos sus ámbitos.

Podemos concluir con relación a la Defensa Nacional, y a los recursos recibidos por la vía de la asignación que permite la Ley Reservada del Cobre, que es un deber ineludible del Estado y, por ende, no admite su delegación o transferencia al sector privado.

## **Conclusiones**

- Es importante recordar que instituciones de tipo permanentes, como es el caso de las Fuerzas Armadas, requieren mecanismos de financiamiento también permanentes.
- Las Fuerzas Armadas en general cuentan con un respaldo constitucional, legal y reglamentario que les permite formular y presentar sus necesidades económicas a los organismos de la Administración del Estado, en cuanto al presupuesto general administrativo, y serán el Gobierno y el Poder Legislativo quienes tienen la obligación de asignar los recursos que las Fuerzas Armadas requieren para el cumplimiento de su misión, que por lo demás viene impuesta por la propia Constitución Política de la República.
- Es un “deber” del Estado, impuesto por mandato constitucional, la Defensa Nacional, a la luz de los artículos 1º inciso 5º y 6º inciso 1º de la Constitución Política de la República.
- A nuestro juicio no es posible confrontar la Defensa Nacional, que es una obligación exclusiva y excluyente del Estado, con la labor social, que es una obligación de todos los actores de la nación.
- Reafirmando lo anterior, por el principio constitucional de subsidiariedad, el rol en las áreas sociales es de los particulares, siendo para el Estado, en



los casos que interviene, esencialmente transitorio, mientras se creen las condiciones necesarias para que los privados intervengan. En cambio, la Defensa Nacional será siempre exclusivamente un rol permanente del Estado.

- Existe, desde el punto de vista complementario, una perfecta coordinación entre la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas y los otros cuerpos legales que otorgan fuentes de financiamiento para éstas, como lo son la Ley de Presupuesto, La Ley Reservada del Cobre, complementada con la Ley que crea el Consejo Superior de la Defensa Nacional, y otras leyes relacionadas referidas al presupuesto de las instituciones, donde ninguna de ellas se contradice ni se contrapone a la aplicación de todas ellas.
- Respecto a esta fuente de financiamiento (la Ley Reservada del Cobre), en relación con la empresa pública, consideramos a CODELCO como un instrumento a través del cual se aportan desde el mismo Estado de Chile los recursos económicos, que por una visión de eficiencia se realiza la asignación en forma directa a las Instituciones Armadas.
- Lo anterior se fundamenta en que la responsabilidad final del financiamiento es del Estado, que lo hace a través de este mecanismo diseñado hace ya tanto tiempo.
- Concluimos, además, que uno de los fines permanentes del Estado soberano es la Seguridad Nacional, o dicho de otra forma, la Seguridad de ese mismo Estado.
- El Presidente de la República es quien lidera la conducción política estratégica y es quien tiene la responsabilidad final en la Defensa Nacional, luego, las decisiones que hoy se adopten repercutirán evidentemente en futuros jefes de Estado.
- Todas las decisiones que se adopten en estas materias deberían tener un claro ribete técnico y con participación de todos los actores nacionales involucrados, para asegurar su eficiencia.
- La principal finalidad de esta Ley Reservada del Cobre es la satisfacción de necesidades de abastecimiento de las Fuerzas Armadas, que les permita cumplir su misión fundamental dentro de la sociedad, la Defensa Nacional.
- Creemos que la organización (CONSUDENA) y las obligaciones que la ley le impone son las adecuadas, ya que por su intermedio se asegura la admi-

nistración de los fondos, se autorizan las adquisiciones propuestas a través de los planes respectivos, se ejercen labores fiscalizadoras y finalmente se autorizan las compras por medio de un decreto supremo del Presidente de la República.

- Desde un punto de vista genérico, la distribución de recursos que prevé la propia Ley del Cobre, en tercios, correspondiéndole a cada una de las instituciones de la Defensa una de esas porciones, es un sistema justo y equitativo, y se desprende de la sola lectura de la ley. Es un sistema de asignación de recursos que evita la competencia entre las instituciones beneficiadas y permite tomar decisiones de inversión a más largo plazo.
- Pero, por otra parte, lo anterior podría afectar la eficiencia en la asignación, si se considera que los requerimientos, cantidades y material en general son distintos, dependiendo de las particularidades de cada una de las instituciones, pudiendo una institución hacer una mejor distribución y dar mejor destino a estos recursos con relación a otra, que le costará más poder invertir, por los elevados costos que pudieran significar dichas inversiones.
- Se deberían establecer en conjunto para las Fuerzas Armadas políticas de estandarización, en lo que sea posible, para poder optar a mejores alternativas de material, repuestos y precios, por el efecto de las economías de escala. Como sería, por ejemplo, estandarizar el armamento liviano, los repuestos y unificar un solo tipo de munición, los medios de transporte, y coordinar los medios de telecomunicaciones, todo lo cual sería evidentemente más eficiente que la situación actual.
- Si se usa un criterio más integral en el proceso de cubrir necesidades y se estandarizan procesos y material, se abaratarán los costos asociados, se disminuiría el nivel de endeudamiento y se rebajarían por ende los costos financieros que ello implica.
- El sistema de compensaciones industriales es una manera de generar nuevas alternativas para quien compra, generando puestos de trabajo, especialización en ciertas áreas, transferencia de tecnología, etc., siempre y cuando este ofrecimiento no condicione la compra de un material de menor calidad o inferiores capacidades.
- La actual ley ha permitido tener un sistema estable, con permanencia en el tiempo, lo que permite optimizar las inversiones a mediano y largo plazo, porque se pueden prever con mayor certeza los flujos de recursos que se tendrán disponibles.

- Por otra parte, el mantener un flujo de recursos asegurado en su destino, mas no así en su cuantía, permite tener un mecanismo flexible y que es capaz de acomodarse a los vaivenes coyunturales internacionales y al desarrollo de nuevas y mejores tecnologías en el equipamiento militar.
- El piso determinado en la ley y no un techo no nos parece del todo justo, proponemos un sistema de bandas, remitiéndome a lo comentado y propuesto en este estudio.
- Los cambios tecnológicos, los avances en los sistemas militares, hacen cada vez más rápida la respuesta de unas Fuerzas Armadas ágiles y obliga a estas no sólo a contar con el material de última generación, sino que además contar con la preparación para sacarle el mayor rendimiento técnico.
- Por otra parte, la Ley del Cobre ha permitido que los flujos de recursos lleguen directamente a las Fuerzas Armadas, tecnificando la discusión acerca de la inversión; en cambio al estar su financiamiento supeditado a la Ley de Presupuesto de la Nación, se correría el evidente peligro de politizar sus contenidos.
- En cuanto a la Ley N° 13.196, sus montos son calculados sobre la base de las ventas de cobre al exterior, por lo que es muy difícil predecir su comportamiento, dependiendo de variables exógenas para su determinación. Pero, al mismo tiempo, pensamos que se utilizó el criterio de aplicarlo a las ventas y no a las utilidades, justamente para compensar en parte la variabilidad que pudiera experimentar el precio, cuando este fuera a la baja.
- Debemos siempre conectar los objetivos de defensa con las asignaciones de recursos, y esto pasa por el estudio de los diversos teatros de operaciones, cómo se empleará la fuerza y la hipótesis a la que nos vemos enfrentados, por lo que no es estrictamente indispensable mantener los tercios en la asignación de recursos, debiéndose buscar una fórmula de asignación que priorice los objetivos por sobre la rigidez que actualmente tiene.
- El argumento recurrido para pedir la derogación de la Ley del Cobre ha sido la transparencia y la confianza de la ciudadanía, lo que creemos un error, ya que ni una ni la otra están en cuestionamiento. Lo que se necesita es perfeccionar un sistema que ha demostrado ser eficiente en el tiempo.
- Debemos ser capaces de conectar la disuasión con la transparencia, y esto no es fácil, por que si bien es cierto que el difundir que nuestro país adquirió en el mercado dos submarinos para su Armada tiene un efecto disuasivo, debemos mantener en "secreto" el armamento con el que están

equipados o los sistemas de armas con que cuentan, o los tipos de misiles, o las medidas de contrainteligencia que tienen. De lo contrario su efecto disuasivo se perdería, porque un posible adversario crearía las medidas para enfrentar esa amenaza y no otra, reduciendo a una mínima expresión la mejor capacidad operativa que se tenía. Luego, la transparencia en relación a la disuasión está y debe mantenerse así limitada.

- La disuasión actúa no sólo a través de la Fuerzas Armadas, donde evidentemente juega un rol protagónico, sino en coordinación con el resto de capacidades del país; luego, las decisiones que se adopten en esta materia, a favor o en contra de la Ley Reservada del Cobre, evidentemente producirán efectos positivos o negativos en el rol disuasivo de la nación.
- También llegamos a la conclusión que esta ley lo que determina es un Impuesto especial en lo particular y un tributo en lo general.
- El origen de esta Ley Reservada del Cobre data de la década de 1930, con diversas modificaciones posteriores, de modo que son muchas las personas que han intervenido en su diseño y promulgación, personas de reconocida capacidad técnica e intelectual, por lo que no aparece prudente derogar sin más una ley que tiene tanta historia que la respalda.
- Son múltiples y repetidos los casos de serios riesgos, como la ocupación de la que fuimos víctimas en el islote Snipe por fuerzas argentinas, o la muerte del teniente Merino en Laguna del Desierto, el desconocimiento del fallo arbitral sobre el canal de Beagle por Argentina o la agresión sufrida por la torpedera "La Quidora" por la armada argentina, o la tensión que ha significado la dependencia de gas con Argentina, o el acuerdo suscrito recientemente entre Bolivia y Venezuela, o la implementación de una base militar en el Silala, junto a la frontera con Chile, o la tensión que ocasionó la determinación de los límites con Perú, en la creación de la Región de Arica-Parinacota. Los hechos concretos dicen inequívocamente que ni la paz, ni la confraternidad con nuestros vecinos se encuentra asegurada.
- La historia nos enseña que las buenas relaciones diplomáticas y las políticas de desarme, con nuestros vecinos u otros Estados, en ningún caso aseguran la mantención de una paz de tipo permanente. Son múltiples las situaciones históricas, pasadas y presentes, que nos han puesto en serio riesgo o amenaza de un conflicto, dando ventaja a otros Estado para mejorar su condición territorial, como ocurrió con Argentina en la década de los años 60.

- La típica inestabilidad política regional, liderada actualmente por el Presidente Chávez, es otro factor de preocupación e inseguridad, que es necesario tener presente al tomar decisiones relacionadas con el tema en estudio.
- Las situaciones de crisis entre los Estados generalmente tienen una generación espontánea, vale decir, surgen de un momento a otro, a pesar de las buenas relaciones que se puedan tener entre los Estados involucrados, luego, las relaciones diplomáticas no son bajo ningún punto de vista una garantía que evite conflictos y un fundamento para relajar la capacidad operativa de nuestras Fuerzas Armadas.
- Ante la hipótesis que CODELCO fuera privatizada, no vemos inconveniente en el sentido que los nuevos propietarios de esta empresa debieran soportar el gravamen impuesto por la Ley del Cobre, toda vez que el análisis histórico nos permitió conocer que, antes que CODELCO fuera una empresa pública, el gravamen lo soportaban las empresas privadas de la Gran Minería.
- Sin embargo, desde el punto de vista de la forma, creemos del todo equivocada la interpretación que emitió la Contraloría General de la República a través del dictamen del 20 de diciembre del año 2002, N° 52433, atendiendo a una consulta del Ministerio de la Defensa Nacional de la época, analizado en el texto de esta investigación, por considerar que no se usaron los parámetros que nuestra ley común determina para interpretar regladamente las normas legales existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, consideramos tremendamente riesgoso para el Estado de Derecho y el principio de seguridad jurídica, que por la vía de la interpretación se vulnere abiertamente el espíritu para el cual fue creada la norma legal.

- Creemos que los sistemas de control existentes actualmente aseguran una transparente inversión de los recursos, a través de la gestión impuesta por Ley al CONSUDENA, a la Contraloría General de la República y a las contralorías internas de cada Institución.
- Pensamos que el compartimentaje de la responsabilidad en la toma de decisiones es también el adecuado, toda vez que son los Comandantes en Jefe de las distintas instituciones quienes presentan los planes de inversión, es el CONSUDENA quien los aprueba y finalmente son el Presidente de la República, junto al Ministro de Defensa y el Ministro de Hacienda, en representación del Estado de Chile, quienes dan su aprobación final, lo que se materializa a través de un decreto supremo.

- No existe una uniformidad de criterio en la valoración de las materias relativas a la Seguridad Nacional, tomando en cuenta que mientras el ex Presidente Lagos se comprometía en su programa de Gobierno a garantizar el financiamiento para las necesidades de la Defensa Nacional, el programa de la Presidenta Bachelet expresaba claramente la búsqueda de la derogación de la Ley Reservada del Cobre, que como sabemos es la que asegura el financiamiento de las compras militares de material.
- La proposición de incorporar el financiamiento de las compras militares al presupuesto nacional podría verse afectada por intereses políticos que hicieran oscilante la asignación de dichos recursos.
- El fundamento de suspender los aportes de CODELCO a las Fuerzas Armadas, porque esta empresa del Estado no estaría capitalizando lo suficiente para su crecimiento y para futuras inversiones, ha quedado suficientemente desvirtuado por los acontecimientos de política económica que se han adoptado en los últimos días en nuestro país, y que han sido analizados al comienzo de este estudio.
- Con relación a las decisiones políticas, a pesar que el sistema asegura la transparencia y eficiencia, ninguno es infalible y puede ser políticamente vulnerado, como ocurrió en la década de los años 1960, donde a pesar de existir los recursos, no se dictaron los decretos supremos que autorizaban las compras militares, creando una gravísima situación, lesionando la capacidad operativa de las Fuerzas Armadas, las que finalmente desembocaron en situaciones tan graves como el "Tacnazo".
- Este mecanismo de asignación de recursos evita la siempre temida politización de las Instituciones Armadas, donde se anteponen intereses que no buscan necesariamente los fines de la Defensa. Como lo expresa el señor Juan Emilio Cheyre, en el editorial del Diario La Tercera del martes 13 de febrero, página 3, *"Politizar a las FFAA es usar a las instituciones, sus mandos medios y la amenaza del uso de la fuerza para cumplir los deseos de la autoridad de turno"*.
- No parece razonable, en estos momentos, **poner en riesgo un sistema de financiamiento** que claramente, a pesar de las desventajas con que hoy cuenta, ha demostrado cumplir eficientemente su cometido, en momentos en que el ambiente regional está convulsionado, después del anuncio oficial de Venezuela de comprar 9 submarinos para su flota, además de las adquisiciones de 54 helicópteros, 24 cazabombarderos y del anuncio de Colombia de invertir US\$ 3.730 millones de dólares en armamento militar.



## La propuesta

Este trabajo no estaría completo si no concluyo con una proposición que concrete las múltiples apreciaciones y opiniones vertidas en él.

### Propuesta

1. Mantener la actual normativa vigente conocida como la Ley Reservada del Cobre;
2. Mejorar el actual sistema introduciendo las modificaciones que son necesarias para modernizar el financiamiento de la Defensa Nacional, con miras a asegurar la satisfacción de las necesidades actuales y futuras;
3. Mantener el porcentaje aplicado hasta hoy, sobre las ventas, para que de esta forma se mitigue en parte la variabilidad del valor de la libra de cobre;
4. Instaurar un sistema de bandas que ponga un límite superior, al límite inferior que hoy ya existe;
5. Incorporar, a los sistemas de control ya existentes, que son bastantes, al Congreso Nacional, en su labor fiscalizadora de la Administración del Estado, especialmente a través de la Cámara, o de las respectivas Comisiones de Defensa de la Cámara y del Senado;
6. Mantener el sistema mixto de financiamiento, lo que permite dar estabilidad a las compras militares, separando así las decisiones políticas de las técnicas;
7. Creemos que no es prudente que el Congreso participe en la "decisión" de la asignación de los recursos para las compras militares, prefiriendo el actual sistema, que tiene como bondad la asignación directa apolítica, lo que asegura su estabilidad, considerando la importancia de la materia de que se trata.

Sin embargo, por otra parte, estamos de acuerdo en la participación del Congreso (Cámara de Diputados) en la fiscalización. Lo que se podría hacer, si se mantiene el interés de que participe el Congreso en la decisión, es que la ley permita al Congreso intervenir en la decisión acerca de la aprobación de los planes de inversión de mediano y largo plazo, pero no en la asignación de los recursos necesarios para su financiamiento;

8. Terminar con el sistema de tercios, y optimizar el procedimiento a través de planificaciones de inversión de mediano y largo plazo, que permitan hacer uso de los recursos conforme a las prioridades que los propios planes determinen;
9. Estandarizar las compras militares del material en lo que sea posible, para obtener mejores beneficios económicos y economías de escala;
10. Mantener el sistema de reserva, pero restringido sólo a las características técnicas de los elementos comprados, vale decir, las compras debieran ser públicas en cuanto a su género, pero debieran mantenerse en forma reservada en cuanto a lo específico de su especie;
11. A pesar de que no es indispensable, creo conveniente mantener el gravamen en CODELCO, que es una empresa del Estado que ha demostrado la suficiente eficiencia en los procesos que asegura, de alguna medida, la continuidad de los flujos de recursos necesarios que la Defensa requiere.

## Reflexiones finales

- El solo debate que se está produciendo a nivel nacional con respecto a la Ley Reservada del Cobre evidentemente ya está incidiendo en nuestra capacidad de disuasión, toda vez que como comentamos en su momento, la disuasión no se restringe solamente al equipamiento de las Fuerzas Armadas, sino que a una postura país, y a las capacidades y convicciones que se tengan en todos los ámbitos del quehacer nacional ante esta postura. Es dable suponer que esta discusión está siendo seguida con gran interés por nuestros países vecinos y países de la región, de suerte que las buenas o malas decisiones que se tomen al respecto incidirán positiva o negativamente en nuestra capacidad disuasiva.
- Desde el punto de vista estratégico, se debe estar monitoreando permanentemente, y haciendo las modificaciones pertinentes a la planificación estratégica, respecto a los distintos escenarios políticos regionales y vecinales; los diferentes escenarios desde el punto de vista de los equilibrios de fuerzas que al menos debemos ser capaces de mantener en material y capacidades con miras a la disuasión; las evoluciones tecnológicas que presentan o desarrollan los sistemas de armas; el desarrollo general del país, vale decir, nuestra capacidad operativa debe ir de la mano, con el desarrollo y la evolución que pretendemos realizar como país que busca un pleno desarrollo; la evolución, presencia y riesgo de eventuales conflictos; nuestra participación como país en el contexto mundial, por ejemplo nuestra actual participación en misiones

de paz de Naciones Unidas, lo que nos da un status diferente a nivel mundial; ser capaces de identificar nuevas situaciones que se deban considerar en el futuro y que afecten nuestro interés nacional; estos y otros son aspectos que deben considerarse a la hora de tomar decisiones al respecto.

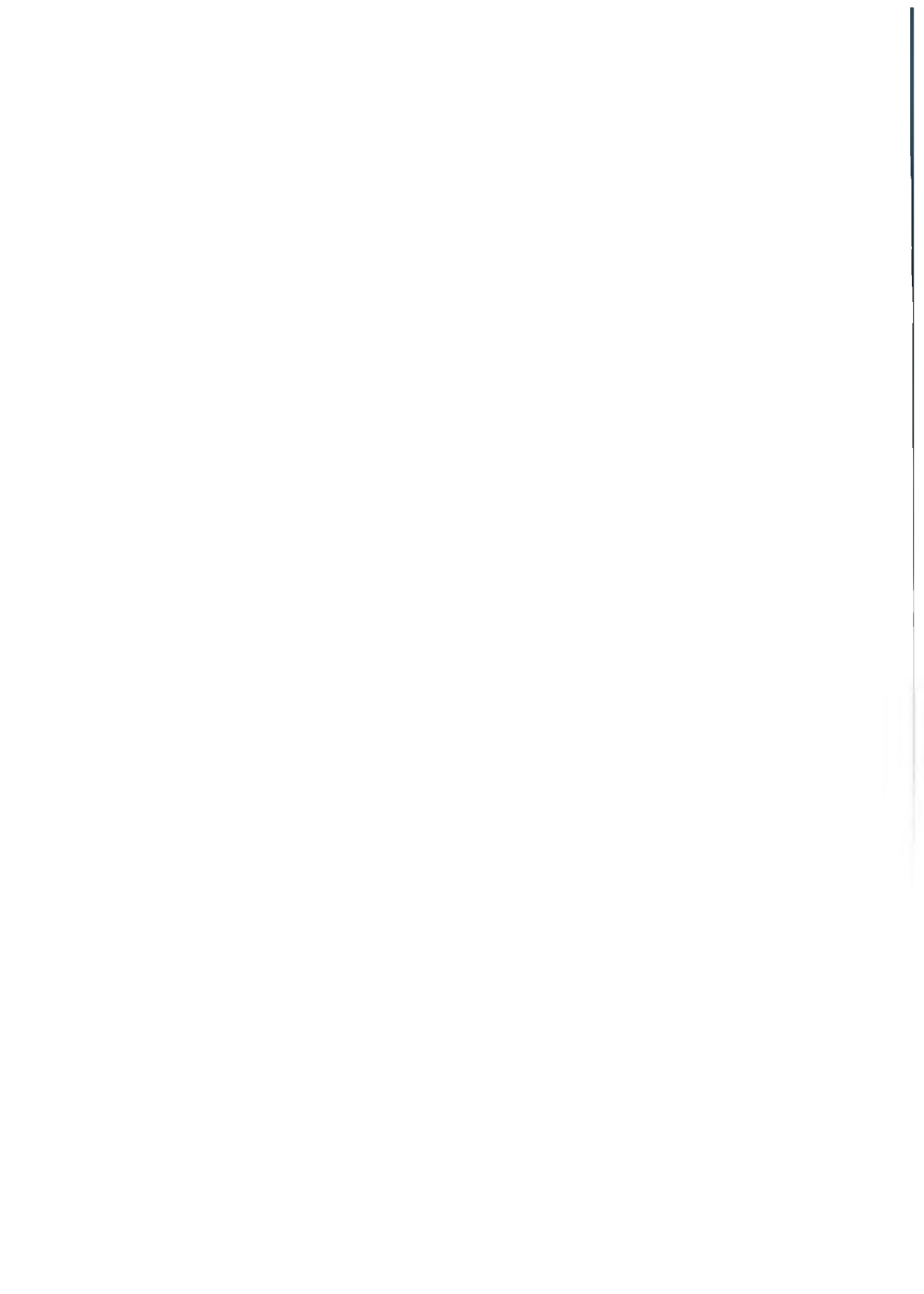
- La normativa vigente, si somos capaces de mejorarla, nos dará una ventaja considerable en este tipo de materias, en el sentido que se trata de un sistema ya probado, adicionándole mejoras, eliminando sus desventajas y entregándole la estabilidad necesaria para que el proceso se desarrolle en la mejor forma posible, con tiempo, sin presiones de ningún tipo, evitando así encontrarnos frente a una situación de riesgo que seguramente nos obligaría a sacar leyes especiales para dar solución a un problema puntual, con la falta de estudio y análisis necesarios, con los defectos que esto conlleva, de los cuales seguramente nos arrepentiríamos en el futuro, que nos permitiría solo reaccionar ante una situación en vez de accionar.
- Lo que sí nos parece cuestionable y alejado de la racionalidad es el querer derogar la Ley Reservada del Cobre sin tener un sistema alternativo de financiamiento para el material que requieren las Fuerzas Armadas en el cumplimiento de su misión. Este es un tema eminentemente de decisión política, y luego técnica que debe evidentemente ser creado, perfeccionado y puesto en marcha antes de pensar en desahuciar el actual sistema de financiamiento. Si planteamos esto mismo en una empresa estatal o una empresa privada, seguramente serán desvinculados de sus cargos quienes propongan eliminar un sistema interno sin presentar la alternativa de mejor eficiencia y eficacia en los procesos cuestionados.
- En lo personal no somos muy partidarios de la integración vecinal, la cooperación y las buenas relaciones diplomáticas, como una conducta de reemplazo o sustitutiva de nuestras mejores capacidades en Defensa, toda vez que estas relaciones son del todo frágiles y bastaría cualquier detonante para retroceder todo lo avanzado. En todo caso, en nuestra historia ha habido muchas situaciones que avalan lo aseverado en este párrafo, y que son un fundamento elocuente a considerar en la toma de decisiones.
- Con respecto a las instituciones de la Defensa, creemos de suma importancia comenzar a tener una visión integral de ésta, en el sentido que ellas deben obedecer a una planificación centralizada y coordinada, no solamente desde el punto de vista de su empleo, unificando doctrinas, modernizando y haciendo uso de los métodos de empleo conjunto, sino que también desde un punto de vista de su material, lo que sería más eficiente en lo económico y funcional, estandarizando sistemas, repuestos, capacitación, en lo que ello sea posible. Con esto se terminaría el sistema de los tercios y permitiría, a base de

una planificación de adquisiciones y reposiciones de material, obtener mejores rendimientos y economías de escala.

- Creemos también importante comenzar a considerar la reorganización de unas Fuerzas Armadas mixtas, combinando y tendiendo a unas instituciones con sus cuadros de tipo permanente y profesionales, disminuyendo la participación y dependencia, al menos inicialmente, de los cuadros basados en el contingente proveniente del Servicio Militar Obligatorio. Esto no quiere decir que la civilidad en general no reciba la instrucción que hoy recibe a través del Servicio Militar Obligatorio, sino que esta debe readecuarse en tiempo y contenido para mantener personal instruido en la reserva. Lo anterior se basa en que los conflictos actuales no son de largo aliento, como eran antes, sino que las operaciones se limitan en tiempo y espacio, lo que requiere tener fuerzas muy capacitadas, instruidas y permanentemente disponibles.
- La Defensa no es un bien palpable, que tenga un cuerpo o una condición evaluable en el tiempo, que se pueda visualizar con toda claridad cuáles han sido los avances, los beneficios que trae, la mejora en la calidad de vida de las personas, además son temas que no cuentan con la percepción y conceptualización teórica del común de la ciudadanía, por otro lado no son temas que se puedan analizar en forma parcelada o parcialmente, sino dentro del universo de obligaciones de todo Estado. Por ende, las decisiones que se toman en estas materias no son temas que puedan ser analizados por personas comunes y corrientes, porque su opinión seguramente será débil, fuera del contexto de relaciones que deben tener con otras materias asociadas y sin fundamentos, sino que ameritan personas preparadas en estos temas de la más alta importancia para el Estado.
- Durante el estudio de este tema, en varias oportunidades me he preguntado ¿por qué el 10% la Ley del Cobre se lo aplica a las ventas y no a las utilidades?, que sería lo más razonable, como lo hace el sistema impositivo en nuestro país, por ejemplo. Como es una Ley Reservada, no he podido tener acceso a la historia de la ley. Sin embargo, creo, sólo desde un punto de vista absolutamente empírico, no científico, ni basado en datos reales, que la motivación que debió haber tenido el legislador para definir el sistema de esta forma, fue para paliar en parte una de las debilidades que tiene la ley, cual es la inseguridad que otorga el basar el sistema en el precio del cobre, que es esencialmente oscilante y determinado por los mercados internacionales, variables exógenas. De esta forma, el legislador por un lado se aseguró que el flujo de recursos permitiera financiar las compras de la Defensa, porque ventas siempre deberían haber, independiente del factor de eficiencia de la gestión de la empresa del Estado, vale decir, independiente de si el resultado

del ejercicio arrojara o no utilidades. Sin lugar a dudas, si esta tesis es cierta, el legislador se colocó en el peor de los escenarios.

- Otro tema que llama al menos la atención, es la persistencia que ha puesto el poder político en cambiar muchos de los sistemas en uso relacionados con las Fuerzas Armadas. Así, las modificaciones que tuvo la Ley sobre el Servicio Militar Obligatorio, el proyecto de modificación de la estructura del Ministerio de Defensa Nacional, actualmente en estudio, el interés por derogar la Ley Reservada del Cobre, las críticas y cuestionamientos que ha recibido el actual sistema previsional de las Fuerzas Armadas, son algunos de los temas que se han mantenido en tabla y que han sido recurrentes, a pesar de que existen múltiples tareas por realizar en otros ámbitos de la vida nacional que requieren de todo el esfuerzo y dedicación de nuestras autoridades.
- Es de toda justicia dejar establecido que es responsabilidad de las Fuerzas Armadas el determinar el presupuesto de recursos que requiere cada institución en forma individual, a través de los Planes de Inversión que requieren, y su tarea con respecto a este tema se agota en este trámite. No debieran las Fuerzas Armadas aparecer pidiendo recursos para cumplir con sus tareas esenciales, **estas son instituciones permanentes de la República**, luego, será responsabilidad del Estado de Chile el asignar los recursos que estime necesarios para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir su misión como lo han estado haciendo hasta ahora, con procesos eficientes y resultados eficaces, y será responsabilidad del poder político el definir las estructuras y procesos de financiamiento que sean adecuados para este cometido. Si la estructura de financiamiento y la asignación de recursos es eficiente, seguramente el proceso disuasivo será efectivo y podremos seguir viviendo en paz. Por el contrario, si el proceso NO es eficiente y la asignación de recursos es INSUFICIENTE, la historia de Chile juzgará a quienes teniendo la responsabilidad de legislar en buena forma, no lo hicieron.



# Capital de riesgo: el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones

**Maria Fernanda Juppet Ewing**

Profesora Auxiliar de Derecho Económico

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Jefe de Carrera de Derecho (jornada vespertina)

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS - SEDE VIÑA DEL MAR**

## Conceptos preliminares

Ha sido la intención reiterada de los gobiernos de la Concertación el modernizar paulatinamente el mercado de capitales de nuestro país, lo cual ha conllevado una serie de reformas, tales como: "MK - I", "Ley que crea las empresas individuales de responsabilidad limitada", "bolsa emergente", "MK - II", y finalmente el boletín que nos ocupa.

Pero para poder circunscribir el concepto de capital de riesgo es necesario comprender qué es lo que dicha idea implica, en este caso no se refiere a formas de financiamiento tradicionales que importan deuda para la empresa naciente, sino que a un complejo conjunto de medidas destinadas a financiar una nueva compañía a mediano o largo plazo, mientras una nueva empresa es capaz de poner en marcha su plan de desarrollo. Dichos recursos pueden proceder de dos fuentes principales: primero, del público inversionista, segundo, del Estado, quien puede aportarlo directamente a través de préstamos o subsidios, o de manera indirecta mediante exenciones tributarias.

Dado el avance tecnológico mundial, el crecimiento económico de los países desarrollados se basa especialmente en este tipo de industria, convirtiéndose en una prioridad gubernamental en todo el mundo. No deja de extrañarnos, en razón de la importancia que se le ha dado al capital de riesgo en materia de políticas públicas, el escaso desarrollo obtenido en economías como la nuestra. La razón no existe sólo a nivel estructural, dada la pequeña profundidad de nuestra bolsa local, sino que es un problema global, ya que por regla general

los proyectos que dan origen al capital de riesgo son proyectos con un gran componente de innovación, la cual puede ser tecnológica, o simplemente de racionalización de procesos o mejoramiento de un producto. Es así como el inversionista sólo puede entregar al mercado parte de la información que posee, a fin de promocionar la compañía haciéndola atractiva a potenciales inversionistas, por una parte, pero sin entregar información suficiente para privar al producto o servicio prestado por la naciente compañía el carácter de "innovador". Para George Triantis, profesor de la Escuela de Derecho de Chicago, el principal obstáculo que tiene el empresario de capital de riesgo radica en que existe información que sólo él puede observar a cabalidad, provocando una asimetría de la información respecto del inversionista, ya que no se le podrá comunicar en forma creíble la totalidad de las características del proyecto (normalmente se le podrán indicar aspectos técnicos básicos y el resultado final, pero gran parte del proceso será debidamente marginado de la información entregada al público, a fin de no arriesgar el carácter innovativo del proyecto). Un segundo problema observado por el profesor Triantis está dado porque las partes no pueden predecir el comportamiento del mercado tras el financiamiento por medio de un contrato, ya que no puede ser previsto ni siquiera por terceros imparciales.<sup>1</sup>

De acuerdo al ejecutivo, el camino a seguir en esta área es en principio logrando el financiamiento de este tipo de proyectos a través del mercado de capitales.<sup>2</sup> En todo caso, al contrario de la experiencia comparada, los fondos de inversión que deciden gestionar financiamiento para el capital de riesgo reciben como pago el mismo porcentaje que cuando invierten en empresas de giro tradicional, al contrario de la experiencia comparada, en la cual se permite incorporar en los estatutos del fondo de inversión una cuota formada principalmente a través de dos factores, primero por una cuota fija, a fin de salvar en parte el riesgo del fondo de inversión (*management fee*), y, por un segundo componente de carácter aleatorio dependiendo directamente de la rentabilidad obtenida por la inversión de capital de riesgo desarrollada por el fondo (*carry*), de tal manera,

<sup>1</sup> "First, some information is observable by only one party (the entrepreneur) who cannot credibly communicate it to others (information asymmetry). Second, the parties cannot control post-financing behaviour by contract either the behaviour itself or future states of the world cannot be verified by third party arbiters (agency problems). These two problems motivate the design of financial contracts". Triantis, George; "Financial Contract Design in the world of venture capital", Forthcoming University of Chicago Law Review, v68, Winter 2001, p. 307, <http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html>.

<sup>2</sup> "En primer lugar, el funcionamiento adecuado del mercado de capitales debiera extenderse a los proyectos de inversión emergentes o sin historia, pero con amplio potencial de crecimiento. Generalmente y dadas sus características propias, estos proyectos buscan financiarse con los recursos aportados por inversionistas especialistas en la denominada industria de "capital de riesgo". Son estos proyectos de capital de riesgo la base de la voluntad de emprendimiento privado y un motor para el futuro crecimiento y desarrollo de la economía nacional, al generar novedosas fuentes de negocios, diversificando nuestra industria y servicios". Proyecto de Ley enviado mediante mensaje del Ejecutivo N° 39-349, de fecha 30 de junio del año 2003, página 2.



los fondos de inversión tienen un mayor incentivo legal para invertir en capital de riesgo. Si bien es cierto que la autonomía privada de la voluntad puede subsanar esta omisión legislativa, su incorporación al ordenamiento jurídico podría incentivar a privados para invertir en este tipo de proyectos.<sup>3</sup>

Asimismo, el gobierno ha optado por un apoyo directo a las empresas de capital de riesgo, mediante préstamos gestionados por CORFO, y finalmente a través de la promoción de algunas modificaciones tributarias a través del boletín N° 3278-05. Mediante las cuales, en palabras del Ministro de Hacienda Andrés Velasco: "se propone otorgar un beneficio tributario a las ganancias de capital producidas por inversiones en capital de riesgo. Estas medidas beneficiarían tanto a inversionistas de fondos de inversión (públicos y privados), como a los emprendedores e inversionistas que invirtieron en una fase temprana del desarrollo de la empresa. Sobre el particular, se cambia el diseño presentado anteriormente, el nuevo diseño sería más eficiente en incentivar el emprendimiento al proveer un incentivo tributario mucho mayor, sin tope y que reduce las posibilidades de elusión tributaria, siendo, además, más operativo".<sup>4</sup>

Dentro de esta idea, han surgido diversas formas de incentivo para la creación de este tipo de inversión, es así como podemos distinguir dos grupos distintos de medidas:

#### **A. Creación de fondos especiales de inversión.**

La tendencia internacional en este sentido es buscar el incentivo de la creación de empresas destinadas al giro del capital de riesgo por medio de subvenciones estatales, lo cual ha sido particularmente exitoso en casos tales como Estados Unidos, Reino Unido e Israel, de acuerdo a lo informado por Juan Ignacio Jiménez a propósito de informe de la CEPAL "Capital de riesgo para la innovación: lecciones de países desarrollados".

En este sentido, en nuestro país existen fondos especiales aportados por la CORFO a fondos de inversiones regidos por la Ley N° 18.815, a fin de que sean adjudicados a empresas que cumplan las características de capital de riesgo. Inicialmente las empresas postulantes debían tener un patrimonio menor a 500.000 UF, pero esto fue modificado a un patrimonio máximo de 100.000 UF, a fin de promover el apoyo a empresas de menor envergadura.

<sup>3</sup> "VC's compensation consists of three main components: non risky portion which does not depend on the fund's performance (management fee), a risky portion, which is computed as a percentage of the fund's profit (carry), and distribution rules that determine when carry is paid and, if appropriate, repaid". Litvak, Kate, University of Texas School of Law: Law and Economics Research Paper N° 29, June 2004, <http://www.utexas.edu/law/academics/centers/clbe/papers.html>, pág. 10.

<sup>4</sup> Informe presentado por el Ministro de Hacienda Andrés Velasco a la Cámara de Diputados, en su 12ª Sesión, de fecha 23 de enero de 2007 .

## **B. Reducción de los costos legales y financieros para la creación de una nueva sociedad destinada al giro del capital de riesgo.**

Una segunda solución al problema del capital de riesgo se encuentra dada por la reducción en los costos fijos de formación de entidades societarias de características desformalizadas, a fin de que los empresarios innovadores no deban invertir gran parte de sus recursos en costos legales y notariales, como asimismo generar una reducción en los plazos de constitución de dichas sociedades a fin de que las nuevas empresas se encuentren en condiciones de operar en el menor plazo posible.

Es así como el proyecto de ley en comento tiene por finalidad *“Entonces, proveer de mecanismos flexibles de organización societaria y de fomento, de fácil acceso, de bajo costo, eficientes y que distribuyan los riesgos de manera transparente, permitirá garantizar que no sólo los grandes proyectos de inversión se concreten, sino que también las buenas ideas se transformen en proyectos reales de producción destinados al desarrollo de nuevos y mejores productos y servicios, como también a expandir y calificar la fuerza laboral. Un país en pleno desarrollo como Chile debe garantizar que sus empresarios innovadores puedan llevar a cabo sus proyectos, contribuyendo así al desarrollo de la nación”*.<sup>5</sup>

La institución del capital de riesgo surge en Estados Unidos como una forma de incentivo de la invención de nuevas tecnologías, ha permitido distintas formas de asociación y de atracción de capitales. Los legisladores estadounidenses han buscado principalmente por medio de estas reformas la generación de fuentes alternativas de financiamiento, tanto para la invención de nuevos productos como la formación de nuevas empresas, en tres momentos distintos de desarrollo de la sociedad: *“...Así, el capital de riesgo clásico invierte en capital semilla (seed capital), empresas que comienzan a operar (Start-ups) y en empresas que se encuentran en etapas tempranas de desarrollo (early stages)*.”<sup>6</sup>

Por lo tanto, en el caso de las empresas de capital de riesgo es necesario tener en consideración que generalmente se trata de empresas nuevas, o que se encuentran concentrando sus recursos humanos y financieros en la elaboración de un nuevo producto, por lo tanto, no existe un solo momento en el cual necesitan una inyección de capitales, sino que podemos distinguir

<sup>5</sup> Proyecto de ley que introduce adecuaciones de índole tributaria e institucional para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa con la modernización del mercado de capitales. Página 2.

<sup>6</sup> Patricio Arrau, con colaboración de Ricardo Pimentel. “Un mercado de Capitales para crecer: 25 julio 2003”, publicado en Felipe Morandé y Jorge Quiroz, editores, *Crecimiento en Chile, una mirada desde los sectores*, Cámara Chilena de la Construcción, agosto 2003, GERENS S.A. Página 14.

tres momentos distintos en que la inversión en capital de riesgo se hace necesaria:

**I. *Seed Capital* o capital semilla:** Por capital semilla podemos entender aquel capital necesario para la inversión inicial en la creación de un nuevo producto o en el lanzamiento de un nuevo servicio.

**II. *Start-ups* o puesta en marcha de la empresa:** Se refiere al capital necesario para la creación de una nueva empresa.

**III. *Early Stages* o etapas tempranas de desarrollo:** Se refiere al capital necesario para solventar las primeras etapas del desarrollo de una nueva compañía o producto, mientras no se comienzan a percibir los beneficios económicos del producto desarrollado.

Asimismo, no sólo debemos circunscribir el concepto de capital de riesgo hacia empresas que desarrollan un producto nuevo, sino que a empresas que se colocan por primera vez en lugares en los que no existen, pudiendo hacer una nueva clasificación:

**a. Aquellas empresas que se encuentran desarrollando nuevos productos:** En esta clase de empresas existe un nuevo producto que debe ser desarrollado, producido, testeado, sometido a una campaña de marketing y, finalmente, lanzado al mercado.

**b. Aquellas empresas iniciadas en lugares en los que no existen.** En este caso, si bien la puesta en marcha de la compañía puede parecer más sencilla, no necesariamente lo es, ya que aun cuando la compañía se encuentra creada, y su logística se ha desarrollado, al incorporarse como empresa nueva a un mercado desconocido, en muchas ocasiones se encuentran en la obligación de crear la necesidad para el público. Por ejemplo: Es tan difícil generar una nueva tecnología minera en el norte de Chile, como crear la necesidad cultural de utilizar telefonía celular en el interior del Amazonas.

En ambos casos existe un gran componente de innovación, sólo que en un caso es la creación del producto, y en el otro caso, el proceso creativo se encuentra orientado principalmente a la capacidad de gestión y publicidad necesarias para colocar un determinado producto en el mercado.

El problema de las empresas orientadas hacia el capital de riesgo radica en el carácter de innovación que representan, ya que a los problemas inherentes a la búsqueda de financiamiento, es necesario agregar *“un bajo nivel de capital para ofrecer como colateral, el carácter de intangible de su producto, que limita*

*su apropiabilidad y crea externalidades, y un elevado riesgo de fracaso comercial, por tratarse de incursiones en áreas no tradicionales”.*<sup>7</sup>

El encontrar un mecanismo idóneo para impulsar la industria del capital de riesgo en nuestro país ha sido una de las principales preocupaciones de los sucesivos gobiernos de la Concertación, siendo una de las medidas orientadas a solucionar este problema la creación de un nuevo tipo societario, cual es la “Sociedad de responsabilidad limitada por acciones”.

Es importante recalcar que los inversionistas podrán acceder a este tipo de sociedades por distintas vías:

**1. Inversión asociativa**, mediante la cual el inversionista en capital de riesgo se asocia con el inventor aportando el capital necesario para el desarrollo del proyecto.

**2. Subsidios estatales:** en el caso de que la empresa sea beneficiada con préstamos de CORFO antes enunciados, pero es necesario recalcar que aquellas empresas nuevas con un capital restringido no serán elegibles para este tipo de subsidios estatales.<sup>8</sup>

**3. Mercado de valores**, en aquellos casos que las sociedades se inscriban en el registro de la SVS. En este caso, es evidente, dado el nivel de especulación atraído por este tipo de sociedades, no será la vía más adecuada para su financiamiento, a menos que se opte por legislar una solución intermedia entre los riesgos inherentes a este tipo de empresas, en contraposición a la fe pública del mercado.

El problema del incentivo al capital de riesgo ha encontrado en el derecho comparado 7 diversas alternativas de solución, desde la reorganización de la estructura de inversiones adoptada por la legislación estadounidense, los beneficios tributarios a la industria del capital de riesgo seguida por el Reino Unido, Francia y España; y finalmente la creación de nuevos tipos societarios, que ha sido la solución seguida por nuestro país mediante la creación de la sociedad de responsabilidad limitada por acciones.

<sup>7</sup> Juan Ignacio Jiménez a propósito de informe de la CEPAL “Capital de riesgo para la innovación: lecciones de países desarrollados”. Página 11.

<sup>8</sup> En opinión del Ministro de Hacienda Andrés Velasco, en informe presentado ante la Comisión de Hacienda del Senado, con fecha 16 de marzo de 2007: “la experiencia internacional indica que la mejor forma de apoyo al capital de riesgo es a través de aportes de capital. Al respecto, planteó que, actualmente, CORFO participa en capital de riesgo solamente otorgando préstamos. Este instrumento, sin embargo, no permite compartir riesgos ni que CORFO pueda retirar la inversión una vez terminado su rol de fomento.

Explicó que la propuesta consiste en autorizar a CORFO para tomar posiciones minoritarias en fondos de inversión de capital de riesgo”.

El sistema norteamericano de financiamiento de empresas de capital de riesgo consiste en la creación de la Sociedad de Capital de Riesgo, sociedad que recibe dineros de terceros, con cargo a dichos recursos posteriormente conforma distintos fondos de inversión, los cuales, a su vez, son invertidos en diversos proyectos de capital de riesgo.

Podemos distinguir dos tipos de inversionistas en los fondos de inversión generados por la Sociedad de Capital de Riesgo: Primero, el "*General Partner*", por cada fondo de inversión generado por la Sociedad de Capital de Riesgo existe uno, quien es el encargado de efectuar las inversiones por cuenta y riesgo del fondo de inversión, además hace las veces de administrador del fondo, participando activamente con los empresarios en la gestión de cada uno de los proyectos, pudiendo incluso participar en la toma de decisiones sobre ellos.

Y, en segundo lugar, existen los denominados "*Limited Partners*", quienes actúan como inversionistas pasivos en el proyecto, es decir, se limitan a monitorear el resultado de sus inversiones, pero no son parte activa del proyecto de capital de riesgo. Al igual que los fondos de inversión en nuestro país, estos fondos especiales de inversión en capital de riesgo tienen un plazo de vigencia, tras el cual sus inversiones son liquidadas, de esta forma, materializando el nivel de ganancias o pérdidas en el proyecto de inversión.<sup>9</sup>

Una de las principales fortalezas del sistema norteamericano radica en las diferentes alternativas de inversión que plantea para los inversionistas, es así una especialidad de las inversiones, de tal manera que permite que distintos tipos de inversionistas participen en el mercado de capital de riesgo. Incentivando a inversionistas controladores, para que asistan a empresarios innovadores en la gestión de nuevos negocios, participando activamente en la administración de los fondos y aportando no sólo capital, sino que capacidad de gestión y experticia profesional. Es importante recalcar que las empresas nuevas, tal como suele darse en empresas de capital de riesgo, se encuentran formadas por personas de alta capacidad innovativa, pero no necesariamente con capacidad de gestión o experiencia en los negocios, por lo tanto, estas potenciales deficiencias son subsanadas por el sistema norteamericano mediante la incorporación de la figura del "*General Partner*".

Otra ventaja es la autorización para que inversionistas que sólo se encuentren interesados en desarrollar una inversión financiera de alto riesgo puedan ver satisfechas sus aspiraciones mediante un aporte de capital al fondo de inversión de capital de riesgo de su preferencia.

<sup>9</sup> Juan Ignacio Jiménez a propósito de informe de la CEPAL "Capital de riesgo para la innovación: lecciones de países desarrollados". Página 12.

La desventaja de este tipo de inversiones con respecto a inversiones de carácter tradicional radica en la dificultad de liquidación que tienen las cuotas de fondos de inversión de capital de riesgo, ya que, aun cuando pueden producir un alto nivel de rentabilidad, existe una importante posibilidad de pérdida, por lo tanto, en la experiencia internacional el mercado de este tipo de cuotas de fondos de inversión suele carecer de profundidad.

Una segunda manera de incentivar la creación de empresas destinadas al giro del capital de riesgo es la generación de incentivos tributarios a aquellas empresas que cumplan con determinadas características, como por ejemplo: que la actividad principal de la empresa sea la realización de inversiones; que la propiedad de la empresa revista características desconcentradas, requisitos relativos a la orientación de cartera, es decir, que a lo menos el 50% de los proyectos beneficiados no correspondan a empresas que coticen en bolsa; establecer plazos mínimos de mantención de la inversión en capital de riesgo dentro de la cartera favorecida por el beneficio tributario, etc.

Este tipo de incentivos tributarios se puede desarrollar por dos vías, que en general son consideradas por el derecho comparado como complementarias. Una primera vía corresponde a exenciones totales o parciales al impuesto de ganancias de capital o deducciones del impuesto a la renta corporativa, a fin de generar ganancias mayores para la empresa dedicada a este giro. Una segunda vía tiene por objeto beneficiar directamente a los inversionistas, especialmente a los empresarios innovadores que han mantenido en su poder acciones de sus propias empresas: *“Dado que la mayor rentabilidad obtenida por la empresa de capital de riesgo después de impuestos gracias a estos beneficios en algún momento se traducirá en una distribución de dividendos y/o de acciones para sus aportantes, también se definen incentivos al nivel del impuesto a la renta de las personas. Estos suelen consistir en exenciones del impuesto a la renta por aquellos ingresos provenientes de la sociedad de capital de riesgo por concepto de dividendos y las ganancias de capital obtenidas en la venta de las acciones de empresas en las cuales esta invirtió. Obsérvese que esto último también se constituye en un factor de incentivo para el empresario innovador, por cuanto este suele poseer acciones de la empresa que crea”*.<sup>10</sup>

De tal manera, podemos encontrar beneficios orientados a premiar a los inversionistas a fin de que decidan participar en este tipo de inversiones, beneficios orientados a permitir a los empresarios innovadores percibir mayores dividendos sobre sus proyectos, y finalmente, como ya se dijo en su oportunidad, se puede incentivar la generación de este tipo de empresas mediante subsidios estatales o una rebaja sustancial de los costos de creación de una de estas empresas.

<sup>10</sup> Juan Ignacio Jiménez a propósito de informe de la CEPAL “Capital de riesgo para la innovación: lecciones de países desarrollados”. Página 12.

Si bien tanto el subsidio estatal como la rebaja en los costos de generación de las empresas no solucionan el problema real de los empresarios de capital de riesgo, cual es la falta constante de financiamiento para sostener sus empresas en el corto y mediano plazo, sí constituyen a lo menos una “declaración de intenciones” del Ejecutivo para solucionar este problema.

Es así como en el contexto de la nueva reforma al mercado de capitales el Ejecutivo ha intentado resolver el problema del capital de riesgo, o por lo menos así lo ha indicado en el mensaje del Ejecutivo del boletín N° 3278-05, al señalar: “En el marco del fortalecimiento y desarrollo de la industria de capital de riesgo, la experiencia internacional demuestra que uno de los elementos que ha resultado clave para el buen funcionamiento de este tipo de actividades, ha sido contar con un vehículo social lo suficientemente flexible que permita separar los roles y derechos de los distintos tipos de participantes”.<sup>11</sup>

Una de las primeras aristas a atacar por el Ejecutivo para solucionar el problema, de acuerdo a la consultora Gerens S.A., es la flexibilidad en las relaciones contractuales, ya que excesiva formalidad societaria ha sido tradicionalmente, a su entender, un obstáculo para la industria del capital de riesgo, al indicar en su informe que: *“...el estudio de las distintas experiencias de la industria de capital de riesgo sugiere que los tipos de relaciones y contratos entre las partes (aportante de fondos, administradora y gestor o emprendedor) deben ser flexibles, lo que también es válido para la organización societaria de la empresa, donde prevalezcan los acuerdos entre las partes. A este respecto, el Proyecto de Ley establece la creación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada por acciones (SPA), donde los estatutos de la sociedad reflejen los intereses de quienes la conforman, incluyendo la participación del capital, la estructura administrativa y el rol de las juntas de accionistas”*.<sup>12</sup>

Un nuevo intento legislativo por solucionar el problema del capital de riesgo en nuestro país se encuentra dado por la creación de la sociedad de responsabilidad limitada por acciones, la cual es definida por el boletín N° 3278-05, mediante la introducción de un nuevo artículo 424 al Código de Comercio, como: “La sociedad por acciones, o simplemente la “sociedad” para los efectos de este Párrafo, es una persona jurídica creada por una o más personas mediante un acto de constitución perfeccionado de acuerdo con los preceptos siguientes, cuya participación en el capital es representada por acciones”.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Proyecto de ley que introduce adecuaciones de índole tributaria e institucional para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa con la modernización del mercado de capitales. Página 18.

<sup>12</sup> Patricio Arrau, con colaboración de Ricardo Pimentel. “Un mercado de Capitales para crecer: 25 julio 2003”, publicado en Felipe Morandé y Jorge Quiroz, editores, *Crecimiento en Chile, una mirada desde los sectores*, Cámara Chilena de la Construcción, agosto 2003, GERENS S.A. Página 15.

<sup>13</sup> Oficio N° 6781, de fecha 8 de mayo del año 2007, desde la Cámara de Diputados al Tribunal Constitucional, que contiene el boletín N° 3278-05, sobre modernización del mercado de capitales. Pág. 88.

Es posible extraer ciertas características especiales de la sociedad de personas por acciones de su propia definición: a) Son personas jurídicas, b) Son creadas por una o más personas, c) Son creadas mediante un acto de constitución, d) Su participación se encuentra representada en acciones.

En primer lugar, su naturaleza jurídica corresponde a una persona jurídica, es decir, es una entidad ficticia, creada por una o más personas naturales, que no puede ser separada de la finalidad que se tuvo en vista para su constitución, ya que son dichos fines los que sirven para delimitar el alcance y extensión de dicha persona jurídica.<sup>14</sup>

De acuerdo a lo expresado tanto en la justificación del proyecto de ley, como en las diversas presentaciones hechas por el Ejecutivo ante ambas Cámaras respecto del proyecto de ley en comento, la finalidad de este nuevo tipo societario se circunscribe a la necesidad de dar una mayor profundidad al desarrollo del capital de riesgo, mediante la creación de un nuevo tipo societario que sea distinto de su o sus dueños, de fácil creación y modificación, esencialmente desformalizado, y por lo mismo que su creación involucre costos menores que los que tradicionalmente implica la creación de una nueva sociedad.

En segundo lugar, se permite que esta "sociedad" sea creada por una o más personas. En la misma línea legislativa que permite la generación de personas jurídicas cuya propiedad se encuentre reunida en un solo individuo, la sociedad de responsabilidad limitada por acciones no restringe su titularidad a una o más personas, sin distinción alguna. De lo cual es dable colegir que la intención del legislador era dotar a estas entidades de la más amplia gama de sujetos posible en su registro de accionistas.

Es así como se establece la posibilidad de que sean constituidas por un solo socio o por una pluralidad de personas. Asimismo, el tipo de concentración de la propiedad en este tipo de sociedades es susceptible de evolución con el tiempo, permitiendo incluso la concentración posterior de la propiedad en una sola mano, ya que, como indica el proyecto en el "artículo 444 nuevo del Código de Comercio: Salvo que el estatuto disponga lo contrario, la sociedad no se disolverá por reunirse todas las acciones en un mismo accionista".

En tercer lugar, la sociedad de responsabilidad limitada por acciones es creada mediante un acto de constitución, no por escritura pública como el resto de las sociedades de nuestro ordenamiento jurídico. Es en este punto donde radica una de las principales novedades del proyecto de ley en comento, ya que la

<sup>14</sup> Lyon Puelma, Alberto; *Personas Jurídicas*; Ediciones Universidad Católica de Chile; marzo de 2003. Pág. 37.



formación de esta sociedad se realiza por medio de un procedimiento en principio desformalizado, pues no se exige como solemnidad para su creación el hecho de ser constituidas por escritura pública, sino que puede ser originada por medio de un instrumento privado, el cual en todo caso deberá ser inscrito y publicado en el plazo de 30 días hábiles.

De este modo, se facilita la formación del ente societario bajando considerablemente los costos de constitución para las empresas de capital de riesgo, permitiendo que prácticamente el total del capital de la empresa se utilice para el desarrollo del proyecto, y no se gaste antes de la puesta en marcha de la empresa. Como se indica en el proyecto enviado por el Ejecutivo: "Con relación al desarrollo de proyectos de capital de riesgo, el vehículo que canaliza la inversión en tales proyectos emergentes resulta ser uno de los elementos más determinantes al momento de medir el costo y las contingencias involucradas en el mismo. De tal forma, una estructura liviana y flexible permitirá que los inversionistas en capital de riesgo puedan, a través de tecnología contractual más sofisticada, hacer valer directamente sus derechos en la forma pactada y no pasando por medio de intrincadas alternativas legales diseñadas para dar cabida a las especificidades puntuales de un proyecto y sus condicionantes financieras".<sup>15</sup>

Finalmente, se caracteriza a estas sociedades de responsabilidad limitada por acciones, al igual que en el caso de las sociedades anónimas, mediante la representación de la participación en su capital por medio de acciones.

Las acciones, en este caso, como lo indica el proyecto de ley en comento, pueden ser ordinarias o preferidas. Pero, al contrario de las sociedades anónimas, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones, las preferencias cuentan con una serie de derechos especiales nuevos para nuestra legislación.

En primer lugar, se introduce la institución del voto múltiple; al igual que el artículo 21 de la Ley de Sociedades Anónimas, Ley N° 18.046, se permite la emisión de series de acciones que no tengan derecho a voto, o que tengan derecho a voto limitado, pero una de las principales innovaciones que contempla la nueva sociedad de responsabilidad limitada por acciones es que permite en el nuevo artículo 437 del Código de Comercio,<sup>16</sup> la existencia de series de acciones con voto múltiple. Si bien puede parecernos exagerado este derecho, debemos considerar que estas sociedades se abren al público esencialmente

<sup>15</sup> Proyecto de Ley enviado mediante mensaje del Ejecutivo N° 39-349, de fecha 30 de junio del año 2003, página 18.

<sup>16</sup> Artículo 437 nuevo del Código de Comercio: "...el estatuto podrá contemplar series de acciones sin derecho a voto, con derecho a voto limitado o a más de un voto por acción; en cuyo caso, deberán determinar la forma de computar dichas acciones para el cálculo de los quórum".

para captar recursos, no para compartir la gestión de los proyectos, ni menos para permitir el control de un determinado producto por terceros ajenos a su desarrollo, de tal manera que el proyecto recientemente aprobado por el Congreso Nacional permite a los empresarios innovadores mantener en su poder una serie de acciones que les permitan mantener el control efectivo sobre la compañía, incorporando a la propiedad de ésta accionistas sólo interesados en rentar su capital a mediano y largo plazo, evitando de esta manera intervenciones en la gestión de los proyectos de la compañía.

En segundo lugar, se permite la emisión de series de acciones que den origen a derechos especiales en materia de percepción, repartición y origen de los dividendos a distribuir por la sociedad, es así como se establecen:

**a. Acciones con derecho a la repartición de un dividendo fijo, determinado o determinable por medio de los estatutos**

A fin de fomentar este tipo de sociedades de capital de riesgo, se autoriza la existencia de dividendos pagaderos con preferencia a las demás series de acciones de la compañía, es así como: "se permite establecer privilegios relativos a dividendos asegurados que deben pagarse siempre sobre utilidades líquidas o retenidas, pero en caso de pérdidas, tales dividendos insolutos podrán anotarse en una cuenta especial creada al efecto con el objeto de pagarse con preferencia a las restantes acciones, sin perjuicio de otras preferencias que puedan prevalecer".<sup>17</sup>

En caso de que las utilidades no fueran suficientes para cumplir con el pago total de las acciones a las que les fuera aplicable este beneficio, salvo disposición expresa de los estatutos, el accionista puede optar por uno de los siguientes caminos:

1) Registrar el saldo insoluto en una cuenta especial a fin de que sea pagado con cargo a ejercicios futuros. En este caso, el accionista afectado genera una cuenta por cobrar a su favor en contra de la sociedad de personas por acciones, de tal manera que en el ejercicio siguiente sus dividendos impagos serán considerados como parte del pasivo de la sociedad, y pagados incluso con anterioridad a la determinación de utilidades de la empresa.

2) Ejercer el derecho a retiro: en este caso, se permite al accionista afectado retirarse de la sociedad, obligando a la empresa a adquirir las acciones de su propiedad; en este caso, existe una diferencia sustancial con las sociedades

---

<sup>17</sup> Proyecto de Ley enviado mediante mensaje del Ejecutivo N° 39-349, de fecha 30 de junio del año 2003, página 22.

anónimas, en las cuales la ley valoriza el precio de dichos títulos al valor libros de la sociedad. En el proyecto de ley en comento se permite que los estatutos establezcan un precio de rescate distinto, a fin de hacer más atractiva la inversión inicial a nuevos accionistas.

### **b. Acciones sujetas al pago de dividendos específicos originados por determinadas unidades de negocios**

La idea de este beneficio es hacer más atractiva la inversión en una determinada unidad de negocios o proyecto en especial, mediante la autorización por medio de los estatutos de la sociedad del pago de dividendos específicos a quienes hubieran invertido mediante esta modalidad.

En este caso, la empresa estará obligada a llevar cuentas separadas sobre dichas unidades de negocios, ya que sólo sobre esta contabilidad se calcularán las utilidades, lo anterior, sin importar los resultados generales de la sociedad. De tal manera que quienes hubieran asumido los riesgos especiales de una determinada área de la compañía, serán recompensados con repartición sobre sus dividendos con anterioridad a que éstos pasen a formar parte de los resultados generales de la empresa. "Del mismo modo, sujeto al establecimiento de un plan de separación de cuentas que asegure el pago de los impuestos aplicables y evite la duplicidad de ingresos o gastos deducibles de ingresos, podrán segregarse unidades de negocio de manera que los dividendos o demás derechos económicos de una serie de acciones puedan relacionarse directamente del rendimiento de dicha unidad de negocios".<sup>18</sup>

Lo anterior se explica en virtud de las características especiales de la sociedad de inversión de riesgo, ya que los accionistas buscan una utilidad más orientada hacia el largo plazo. Esta norma podría dar mayor profundidad al mercado del capital de riesgo limitando los riesgos al garantizar utilidades especiales en un mediano plazo, como asimismo permitir a los inversionistas elegir sobre qué unidades de negocios invertir.

### **Disposiciones especiales autorizadas por los estatutos**

Es así que puede autorizarse por medio de los estatutos de la sociedad que los aumentos de capital sean determinados por la administración de la sociedad, tanto en forma general o limitada, temporal o permanente, pudiendo incluso aumentar el capital de la empresa con el objeto de **financiar la gestión ordinaria de la sociedad o para fines específicos**.

<sup>18</sup> Proyecto de Ley enviado mediante mensaje del Ejecutivo N° 39-349, de fecha 30 de junio del año 2003, página 22.

Es decir, se autoriza, por medio de los estatutos de la sociedad, para delegar la facultad de determinar la necesidad de un aumento de capital, como asimismo para gestionar dicho aumento, y finalmente para determinar el objeto de dicho aumento de capital, todo lo anterior sin necesidad de convocar a junta de accionistas extraordinaria para que entregue su aprobación.

Esta normativa es una novedad en materia societaria nacional, de hecho, el nivel de autonomía que se le entrega a la administración, si bien es positivo desde el punto de vista de la agilidad de gestión que le significa a la empresa de capital de riesgo, puede llegar a ser pernicioso, dado que no se establece en el proyecto de ley ningún tipo de control. Es lógico que no se establezca algún mecanismo de control anterior al aumento de capital, ya que dadas las características de estas empresas, la urgencia de recursos puede ser una justificación suficiente para prescindir de él, mas la inexistencia de un control posterior, en el cual la administración rinda una cuenta detallada de este tipo de aumentos de capital, parece más bien una omisión involuntaria del legislador, ya que este punto no fue tomado en consideración en la historia de la ley.

Quizás fue la intención del ejecutivo intentar algún grado de semejanza entre el "*general partner*" estadounidense y la administración de la sociedad de responsabilidad limitada por acciones chilena, pero en este caso debemos considerar que el administrador chileno tiene por finalidad sólo la gestión de la empresa y de los recursos actuales de los que ella disponga, y no la captación de recursos del público para financiar tanto un plan de negocios general como específico. Ya que, a mi modo de ver, este tipo de facultades amplias otorgadas a la administración de la sociedad sin un control efectivo, pueden convertirse en el largo plazo en una fuente de conflicto entre los inversionistas y los administradores de dichas sociedades, generando una mayor desconfianza en el público inversionista en este tipo de empresas de innovación. En definitiva, en mi parecer, el giro de este tipo de sociedades es lo suficientemente incierto como para agregar nuevas cuotas de incertidumbre al público inversionista, ya que hemos de considerar que normalmente las empresas de innovación revisten un carácter eminentemente tecnológico, y por lo mismo, técnico. De tal manera que un inversionista promedio no cuenta con los conocimientos necesarios para realizar un adecuado estudio sobre la conveniencia o inconveniencia de las decisiones tomadas por la administración de estas empresas, cuando menos de la correcta disposición de los recursos de la sociedad, y, en consecuencia, de la adecuada inversión de fondos provenientes de aumentos de capital autorizados por la propia administración de la compañía. Ya que no deja de ser importante considerar que la inversión en este tipo de compañías es eminentemente especulativa, dada la alta especialización del giro del capital de riesgo, normalmente asociado a empresas de innovación tecnológica.

## Limitaciones a la propiedad de la empresa

Una de las principales innovaciones respecto de la conformación del control de este tipo de compañías, es que se permite establecer en los estatutos de la compañía montos mínimos o máximos de acciones que sean controladas por un mismo accionista, tanto en forma directa o indirecta, y que los mismos estatutos dispongan la forma en la cual se harán efectivos dichos límites. Lo anterior podría parecernos a primera vista letra muerta, pero el proyecto de ley en comento va más allá, dotando a los estatutos de la facultad de establecer las circunstancias por medio de las cuales se pueda exigir la venta de las acciones de todos o parte de los accionistas, incluso a favor de una persona específica, de acuerdo a lo dispuesto en el nuevo artículo 435 inciso segundo del Código de Comercio: "...El estatuto también podrá establecer que bajo determinadas circunstancias se pueda exigir la venta de las acciones a todos o parte de los accionistas, sea a favor de otro accionista, de la sociedad o de terceros".

Lo anterior, en mi modo de ver, vulnera directamente el derecho de propiedad, el cual de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 N° 24 de nuestra Constitución, en su inciso tercero prescribe que: "Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador".

Si bien pudiera argumentarse que la privación de propiedad que implica la venta forzada de paquetes accionarios se encontraría autorizada por el nuevo artículo 435 inciso 2º del Código de Comercio, es evidente que la expropiación de que trata la disposición constitucional se refiere al caso específico en que se priva a un particular de su dominio. Asimismo la norma propuesta por el proyecto de ley en comento que ha calificado el acto de forzar la venta de un paquete accionario como expropiación, no se funda en causa de utilidad pública o interés nacional, y al no ser fundada no ha podido ser calificada por el legislador.

En el mismo sentido, no deja de extrañarnos que se elimine la obligación legal de ofrecer en primer término a los accionistas de la sociedad, en forma preferente, acciones emitidas con cargo a un aumento de capital, aun cuando se permita que una norma de similares características pueda ser dispuesta por los estatutos de la compañía, ya que se deja abierta una nueva compuerta para limitar concentraciones de propiedad al interior de este tipo de empresas.

Es interesante considerar que, al contrario de las sociedades anónimas, donde el conocimiento de los estatutos sociales y los acuerdos de las juntas de accionistas se entiende responsabilidad de quienes adquieran posteriormente

acciones de la compañía,<sup>19</sup> en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones esto no es así, ya que como fuera incorporado durante la tramitación del proyecto, será de cargo del cesionario de las acciones hacer constar en el traspaso de dichos instrumentos no sólo el conocimiento de los estatutos de la sociedad, sino que de la normativa legal aplicable en este caso, ignorando abiertamente la presunción de conocimiento de la ley del artículo 8<sup>º</sup> del Código Civil. Haciendo directamente responsable al cedente de cualquier omisión en este sentido.<sup>20</sup>

Si bien es cierto que la intención del proyecto de ley en comento es clara, al intentar facilitar el desarrollo del capital de riesgo mediante la creación de una nueva forma societaria dotada de una mayor flexibilidad tanto para su creación como para su posterior modificación, las políticas del gobierno para generar un verdadero empuje a la industria del capital de riesgo son abiertamente insuficientes, ya que como se puede desprender de un simple análisis de la primera parte del presente estudio, el principal problema que aqueja a este sector radica en su poca capacidad de financiamiento a mediano y largo plazo, problema que no es tocado, ni siquiera tangencialmente, por el nuevo modelo societario. Y aun cuando se establece en el mismo proyecto algún beneficio tributario para los fondos de inversión que decidan apoyar a estas empresas, se requiere una normativa más profunda, que trate directamente el problema de las tasas de colocación a pagar por los inversionistas, dando un adecuado equilibrio a los mayores costos que significa para el fondo de inversión y el incentivo de los inversionistas para elegir este tipo de inversiones.

En contrapartida es posible vislumbrar importantes avances normativos en la sociedad de responsabilidad limitada por acciones, tales como el pago preferente de dividendos y el pago de dividendos con cargo a cuentas específicas de negocios, ambos mecanismos capaces de hacer más atractiva la inversión en este tipo de empresas. Por lo tanto, es dable concluir que si bien la creación de un nuevo tipo societario no se hacía directamente necesaria, algunos de los beneficios planteados por el proyecto de ley aprobado por el Congreso el 8 de mayo del presente año podrían implicar un avance significativo en la materia para una industria crucial en el futuro económico de nuestro país.

---

<sup>19</sup> Artículo 22: La adquisición de acciones de una sociedad implica la aceptación de los estatutos sociales, de los acuerdos adoptados en las juntas de accionistas, y la de pagar las cuotas insolutas en el caso que las acciones adquiridas no estén pagadas en su totalidad.

<sup>20</sup> Artículo 446: En los traspasos de acciones deberá constar la declaración del cesionario en el sentido que conoce la normativa legal que regula este tipo social, el estatuto de la sociedad y las protecciones que en ellos puedan o no existir respecto del interés de los accionistas. La omisión de esta declaración no invalidará el traspaso, pero hará responsable al cedente de los perjuicios que ello irroga”.

# El *mobbing* y su regulación en el derecho laboral chileno



**Andrea Fraga Yoli**

Abogada Asociada

CAREY Y CÍA.

## I. Introducción

Durante las últimas décadas, el mundo del trabajo se ha visto enfrentado a una serie de cambios de gran trascendencia, tales como la introducción de nuevas tecnologías en el proceso productivo, la masiva incorporación de la mujer al mercado laboral, la alta competitividad de los mercados y la flexibilidad laboral, entre muchos otros, lo cual sin duda ha traído como consecuencia que las relaciones laborales sean cada vez más complejas.

La necesidad de adecuar las estructuras organizacionales para poder responder eficientemente a las demandas y desafíos que genera un mundo cada vez más globalizado y altamente competitivo, supone que tanto trabajadores como empleadores estén sometidos a mayores exigencias, lo cual puede desencadenar, en ciertos casos, la existencia de conflictos laborales que alteren el adecuado clima organizacional al interior de la empresa.

Dentro de este complicado panorama, la figura del "*mobbing*" o acoso laboral se ha comenzado a escuchar cada vez con más fuerza y se ha convertido de un tiempo a esta parte en fuente de estudio en los Estados Unidos y gran parte de Europa.

Según cifras de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),<sup>1</sup> en estudios que dan cuenta de este fenómeno hasta el año 1999, de un 3,5% de acoso detectado sobre el total de la masa laboral que existía en la década de los ochenta, éste se ha incrementado a un 5% en 1998 y a un 7% en 1999. Ahora

<sup>18</sup> Cifras informadas en la moción del Proyecto de Ley que pretende modificar el Código del Trabajo sancionando las prácticas de sicoterror laboral, presentado en el año 2003.

bien, considero que estas cifras no pueden ser concluyentes respecto de cuál ha sido su evolución en los últimos años ni tampoco indican necesariamente un aumento del *mobbing*, sino más bien se debe comprender que lo que éstas reflejan es cómo el *mobbing* se ha sido conceptualizando durante el último período, lo cual ha permitido su medición con mayor eficacia y precisión.

El *mobbing* es una figura que naturalmente ha existido desde siempre, sólo que en la actualidad, a raíz de los estudios que se han realizado sobre la materia, estamos en condiciones de determinar objetivamente cuándo nos encontramos en presencia de un acoso laboral y de evaluar cuál es su repercusión en el ámbito de las relaciones laborales contemporáneas.

Mientras el acoso laboral ha sido centro de discusión y análisis en muchos países de Europa y América, en algunos de los cuales incluso existe legislación específica sobre el tema, la situación en nuestro país es substancialmente distinta. En Chile, la figura del *mobbing* ha sido poco estudiada en términos de dimensionar sus reales alcances y consecuencias. Es más, el acoso laboral no se encuentra regulado específicamente en la legislación laboral ni tampoco existe mayor jurisprudencia al respecto.

Atendido lo anterior, considero de gran actualidad referirme al *mobbing* en el presente artículo, el cual simplemente pretende introducir el tema en la discusión doctrinaria esbozando sus principales características y problemáticas e incentivar para que, en un futuro cercano, el acoso laboral sea regulado específicamente por el legislador, al igual que se hizo tiempo atrás respecto del acoso sexual.

A mi juicio, el *mobbing* como institución laboral es de suyo interesante, pues no sólo se trata de una figura novedosa que ha venido distinguiéndose y desarrollándose durante la última década, cuestión necesaria de ser explorada, sino que además su interés resulta evidente desde que es menester, atendida su novedad, definirla con claridad.

El acoso laboral plantea grandes desafíos para el Derecho no sólo desde la perspectiva del mejoramiento de la protección de los derechos legítimos del trabajador, sino también desde la perspectiva de perfeccionar y delimitar en qué casos nos encontramos frente a esta excepcional figura, y ser capaces de evitar en este sentido los abusos que podrían cometerse respecto de su utilización.

En efecto, esta figura presenta un carácter ostensiblemente excepcional dentro de las relaciones de trabajo, ya que, en primer lugar, no cualquier problema, malestar o desavenencia puede constituir *mobbing*, toda vez que es de la naturaleza de las relaciones humanas la existencia de conflictos, y en segundo



lugar, es precisamente su carácter de excepción lo que justifica que conductas que normalmente no merecen ninguna sanción, atendidos su desarrollo en el tiempo y magnitud, puedan ser consideradas como un ilícito laboral.

En este sentido, una de las misiones del Derecho Laboral es justamente precisar en qué situaciones nos encontramos frente a esta particular figura y cuándo se trata en cambio de otro tipo de conflicto. De lo contrario, si ésta fuera invocada desmesuradamente, ello incluso podría entorpecer el indispensable poder de dirección del que se encuentra investido el empleador respecto del trabajador, obstaculizándose innecesariamente la eficiencia propia de la empresa.

Finalmente, un aspecto relevante a tratar es aquel que guarda relación con las distintas responsabilidades que emanan en caso de encontrarnos efectivamente ante un caso de *mobbing*, surgiendo en consecuencia la necesidad de analizar, por ejemplo, si la responsabilidad es del trabajador que acosa laboralmente a otro trabajador, sea el acosador superior jerárquico o no de la víctima, o bien si la responsabilidad es del empleador, o es de ambos, y en este último caso, cuándo excepcionalmente la responsabilidad por acoso laboral alcanzará a la empresa como institución y no sólo al trabajador que lo ejerce.

## II. ¿Qué es el *mobbing* o acoso laboral?<sup>2</sup>

### 2.1. Desde un punto de vista etimológico y doctrinario

En lo que respecta a la denominación de esta figura, "*mobbing*" deriva del verbo inglés "*to mob*" que significa agredir, atacar, maltratar. Ello es necesario relacionarlo a su vez con la palabra "*mob*" (del latín "*mobile vulgus*"). que se traduce como multitud, muchedumbre o turba.<sup>3</sup>

Resulta necesario precisar antes de referirse al concepto de *mobbing*, que una de las dificultades que presenta su estudio y, por ende, su regulación, es que se trata de una figura que escapa del ámbito meramente jurídico. Este fenómeno se encuentra influenciado por una serie de factores psicosociales tales como: la personalidad de la víctima y del acosador, la capacidad que tiene la persona para hacer frente a situaciones conflictivas, los estilos y canales de comunicación que se dan al interior de la empresa, los distintos sistemas de trabajo, etc.

<sup>2</sup> Existen diversas denominaciones de este fenómeno, tales como: acoso moral, psicoterror laboral, violencia laboral, maltrato u hostigamiento psicológico, entre otros.

<sup>3</sup> Riquelme Alfonso, "Mobbing, un tipo de violencia en el lugar de trabajo". Ciencias Sociales on Line, julio 2006, vol III, N° 2, pág 42. Universidad de Viña del Mar, Chile.

Confirma lo anterior el hecho que los primeros estudios realizados sobre el tema emanan de especialistas de áreas distintas del derecho. Uno de los primeros en estudiar el fenómeno fue el etólogo austriaco Honrad Lorenz,<sup>4</sup> quien al observar el comportamiento de determinadas especies animales constató que en algunos casos los individuos más débiles del grupo formaban una suerte de coalición para atacar a otro más fuerte y así poder eliminarlo.<sup>5</sup>

Pero sin duda el precursor del estudio sobre *mobbing* y quien es considerado mundialmente como la máxima autoridad en el tema, es el psicólogo de origen alemán Heinz Leyman.

Señala este autor que: *“El Psicoterror o Mobbing en la vida laboral conlleva una comunicación hostil y desprovista de ética que es administrada en forma sistemática por uno o unos pocos individuos, principalmente contra un único individuo, quien a consecuencia de ello es arrojado a una situación de soledad e indefensión prolongada, a base de acciones de hostigamiento frecuentes y persistentes (definición estadística: al menos una vez por semana) y a lo largo de un período prolongado de tiempo (definición estadística: al menos durante seis meses). Como resultado de la alta frecuencia y larga duración de estas conductas hostiles, tal maltrato se traduce en un enorme suplicio psicológico, psicosomático y social”*.<sup>6</sup>

Se desprende de esta definición que no constituyen casos de acoso laboral los conflictos laborales temporales, el acoso requiere cierta duración en el tiempo y por otra parte este concepto se centra en el momento en que la situación psicológica que afecta al individuo se traduce en trastornos psiquiátricos.

Otro de los especialistas de mayor renombre en la materia es el profesor español de la Universidad de Alcalá de Henares, Iñaki Piñuel y Zabala, quien ha definido el acoso laboral como *“el deliberado y continuo maltrato modal y verbal que recibe un trabajador, hasta entonces válido, adecuado e incluso excelente en su desempeño, por parte de uno o más compañeros de trabajo, que buscan con ello desestabilizarlo, minarlo emocionalmente con vistas a deteriorar y hacer disminuir su capacidad laboral o empleabilidad y poder eliminarlo así más fácilmente del lugar y del trabajo que ocupa en la organización”*.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española, la etología es aquella parte de la biología que estudia el comportamiento de los animales.

<sup>5</sup> Riquelme Alfonso, “Mobbing, un tipo de violencia en el lugar de trabajo”. Ciencias Sociales on Line, julio 2006, vol III, N° 2, pág.42. Universidad de Viña del Mar, Chile.

<sup>6</sup> Leyman, Heinz, “The Content and Development of Mobbing at Work”, European Journal of Work and Organizational Psychology. 1966.

<sup>7</sup> Piñuel y Zabala, Iñaki. *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Editorial Sal Térrea, Bilbao, España, 2001.

Son múltiples las denominaciones que se han empleado para conceptualizar este problema, pero en todo caso, de todas ellas se desprende que el acoso laboral es un tipo de agresión que se presenta como un conjunto de conductas premeditadas las cuales se ejecutan de acuerdo a un plan que ha sido previamente preconcebido por el o los acosadores con miras a un objetivo claro: la afectación de la víctima.

## 2.2. Sus principales manifestaciones

De la mayoría de los estudios que se han realizado sobre la materia, se ha podido determinar que existen ciertas características que tipifican a este tipo de violencia al interior de la empresa y se pueden sintetizar en lo siguiente:

- a) la acción es sistemática y duradera en el tiempo, quedando fuera los conflictos temporales,
- b) la víctima del acoso sufre serios daños a nivel psicológico, los cuales traen aparejados muchas veces efectos físicos,
- c) existencia de diferencias de poder, siendo el más frecuente el *mobbing* descendente,
- d) el *mobbing* suele no dejar rastros visibles en la víctima,
- e) se configura como un proceso, que puede tener distintas fases, a veces diferenciadas unas de otras, a lo largo del cual se van produciendo una serie de actos que mirados desde un punto de vista individual pueden incluso resultar inocuos o sin mayores consecuencias, pero que a lo largo del tiempo pueden llegar a ocasionar serios daños a quien lo padece.<sup>8</sup>

Existen una serie de comportamientos que se han considerado generalmente como acoso laboral en la medida que sean graves y sean reiterados en el tiempo. Sólo a manera de ejemplo se puede mencionar:

**1. Limitar la comunicación:** cualquiera sea la forma en que ocurre la comunicación, como por ejemplo: interrumpir a la persona cuando habla, evitar el contacto visual, provocar el aislamiento físico del trabajador.

**2. Ataques a la calidad profesional y a la situación personal:** la asignación de tareas humillantes o que no guardan relación con la preparación profesional de la víctima, asignarle tareas de muy difícil realización, cambiarle en forma arbitraria y constantemente las modalidades de trabajo, cuestionar sus capacidades profesionales frente a otras personas, etc.

**3. Ataques dirigidos a la salud del trabajador:** insultar o ridiculizar al trabajador, actos de violencia de tipo verbal, agresiones de tipo físico, someterlo a

<sup>8</sup> Gamonal, Sergio, y Prado, Pamela, *El mobbing o acoso moral laboral*, LexisNexis.

trabajos riesgosos sin las debidas medidas de seguridad, entre otras manifestaciones.

Lo relevante de destacar es que no cualquier hecho o acto puede ser considerado constitutivo de acoso laboral, sino que necesariamente se debe tratar de situaciones graves, reiteradas en el tiempo y cuya finalidad sea causar un daño ostensible a la víctima del acoso.

### 2.3. Diferenciación del *mobbing* con otras figuras similares

En ciertos casos, el *mobbing* se confunde fácilmente con otras figuras con las que puede compartir ciertas características, pero que no constituyen acoso laboral, siendo ésta otra de las dificultades que acarrea su difícil conceptualización. Es así como se hace necesario recurrir a otras áreas, como por ejemplo la psicología, para delimitar lo que constituye acoso laboral.

En primer lugar, es necesario distinguir el *mobbing* del estrés laboral, el cual se caracteriza por ser un estado biológico que supone la existencia de agente estresante y de una reacción del organismo frente a ese agente, lo que ocurre por ejemplo si existen malas condiciones laborales, caso en el cual no estamos necesariamente frente a un caso de *mobbing*.<sup>9</sup> Evidentemente si una persona está padeciendo una situación de acoso probablemente también sufrirá de estrés laboral, el cual se presenta como una consecuencia de dicho acoso.

En segundo lugar, tampoco puede confundirse el acoso laboral con los conflictos que pueden generarse al interior de la empresa entre sus distintos miembros, ya que su existencia forma parte de las relaciones laborales desde el mismo momento en que se trata de relaciones entre personas con distintas personalidades y modos de relacionarse. A diferencia de lo que ocurre en el *mobbing*, en que el acosador actúa reiterada y deliberadamente con el fin de causar daño a la víctima, en estos conflictos se trata de manifestaciones acotadas en el tiempo que no producen daño en los miembros del equipo más allá del malestar razonable que este tipo de diferencias puede llegar a ocasionar.

Este tipo de conflicto forma y seguirá formando parte de las relaciones de trabajo, y a veces incluso puede ser necesario para el mejoramiento y la renovación del sistema de trabajo o de la propia organización.

Finalmente, no se debe confundir el *mobbing* con el abuso de poder por parte del empresario. En este sentido, debemos recordar que la relación laboral se caracteriza por la existencia de un vínculo de subordinación o dependencia del

<sup>9</sup> Gamonal, Sergio, y Prado, Pamela, *El Mobbing o Acoso Moral Laboral*, LexisNexis, pág. 31.

trabajador para con su empleador, en virtud del cual este último se encuentra dotado de la facultad de mando o poder de dirección. Muchas veces, el empleador abusa de este poder exponiendo a los trabajadores a largas jornadas de trabajo o a situaciones laborales precarias, pero ello no significa que se trate de una situación de acoso en la que el empleador ejerza su poder con ánimos persecutorios, sino sólo con miras a obtener el mayor provecho o utilidad posible con el trabajo de sus empleados, por lo que estas malas condiciones laborales son iguales para todos los trabajadores y en caso alguno discriminatorias.

## 2.4. Sus diversas clases

Por lo general, la mayoría de los autores concuerdan en que existen diversos tipos de *mobbing*, siendo posible la existencia de acoso laboral de carácter descendente, horizontal y ascendente, según el lugar que ocupen dentro de la empresa el acosador y el acosado. Es así como es posible distinguir:

a) **Mobbing descendente:** consiste en que el agente del acoso es una persona de rango superior jerárquico a la víctima del acoso, como por ejemplo su jefe.

b) **Mobbing horizontal:** es aquel que se genera entre colegas de la misma jerarquía. El ataque puede deberse a múltiples razones: envidia, celos profesionales, sentimiento de inseguridad del acosador y la consiguiente necesidad de sentirse superior a aquel que puede ser mejor trabajador que él, entre otras razones.

c) **Mobbing ascendente:** es aquel en el cual una persona que ocupa un cargo jerárquico superior se ve agredido por uno o más de sus subordinados. Esta situación es la menos frecuente de todas, pero puede ocurrir. Por ejemplo, el caso de una persona que se incorpora a la empresa como jefe de determinada sección y no son aceptados por sus subordinados sus métodos de trabajo o sus directrices.

## III. La regulación del *mobbing*

### 3.1. La experiencia de otros países

Antes de referirme a la regulación del acoso laboral en Chile, considero necesario hacer una breve referencia acerca de cuál ha sido la recepción de esta novedosa figura en el derecho comparado.

El *mobbing* ha sido considerado tanto por la legislación como por la jurisprudencia de varios países, pudiendo distinguirse claramente dos grandes grupos:

aquellos países en los cuales no existe legislación específica sobre el tema, pero en los que los tribunales han sentado precedente al respecto, y aquellos en los cuales existe una regulación específica sobre el acoso laboral.

Dentro de los países europeos que cuentan con una legislación específica destacan Suecia y Francia.

Suecia cuenta con una de las primeras legislaciones sobre *mobbing* de Europa, la cual data del año 1993, llamada "Ley Básica de Prevención de Riesgos". Dicha normativa se estructura sobre dos grandes principios: el empresario debe, en la medida que le sea posible, organizar el trabajo de modo de prevenir conductas constitutivas de *mobbing*, y debe, asimismo, hacer presente que ese tipo de conductas no será tolerado por la empresa.<sup>10</sup>

En Francia, por su parte, destaca la ley del 17 de enero del año 2002 (modificada el año 2003), conocida como la "Ley de Modernización Social", la cual reguló el *mobbing* prohibiendo que se someta a un dependiente a conductas reiteradas de acoso moral que tengan por objeto o efecto un deterioro tal de sus condiciones de trabajo que sea susceptible de poder lesionar los derechos o la dignidad del trabajador, alterar su salud o comprometer su futuro profesional. Además, esta ley señala que el acoso laboral puede ser individual o colectivo, según sea cometido por el empleador o por un grupo de trabajadores.<sup>11</sup> La legislación francesa sanciona el acoso laboral como delito con penas de prisión y multa.

A nivel sudamericano, destaca la regulación existente en Argentina, país que si bien no cuenta con una normativa a nivel federal, sí existe una regulación a nivel provincial, en la Provincia de Buenos Aires, entre otras.<sup>12</sup>

Ahora bien, dentro de los casos en que sólo encontramos jurisprudencia sobre la materia destacan países como Alemania, España e Italia, en los cuales si bien no se contemplan normas específicas que sancionen este tipo de conductas, la tutela del acoso moral se ha configurado sobre la base de principios constitucionales y de normas legales que establecen el deber del empleador de adoptar las medidas que protejan la salud de los trabajadores, en cuanto la naturaleza de la prestación lo permita, así como el deber general de protección.

<sup>10</sup> Gamonal, Sergio, y Prado, Pamela, *El Mobbing o Acoso Moral Laboral*, LexisNexis, págs. 57 y 58.

<sup>11</sup> Gamonal, Sergio, y Prado, Pamela, *El Mobbing o Acoso Moral Laboral*, LexisNexis, pág. 56.

<sup>12</sup> Para más antecedentes sobre la normativa argentina es recomendable revisar el artículo de Silvina María Liverllara, titulado "El *mobbing* o acoso psicológico del trabajador en la experiencia comparada y su aplicabilidad en nuestro derecho interno".

## 3.2. Reconocimiento de esta figura en Chile

### 3.2.1. Ausencia de regulación específica

Como ya se ha adelantado en este artículo, a la fecha no existe en Chile una regulación específica del acoso laboral. Sin perjuicio de ello, hay normas tanto a nivel constitucional como legal que establecen principios generales sobre el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores y su dignidad, dentro de las cuales podría subsumirse la protección del trabajador frente a este tipo de conductas.

Es así como la Carta Fundamental en su artículo 5° señala que *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 19 al asegurar a todas las personas *“el derecho a la vida y a la integridad física y síquica”*.

A nivel legal, en el Código del Trabajo encontramos normas generales que pueden ser aplicables, tales como:

1. Artículo 2°: relativo a la no discriminación y al respeto de la dignidad del trabajador.
2. Artículo 5°: establece los derechos fundamentales como límites a las potestades del empleador.
3. Artículo 171: establece para el trabajador la posibilidad de recurrir a la figura del despido indirecto en caso que sea el empleador el que incurra en conductas contrarias al contrato o a las normas generales.
4. Artículo 184: el cual establece el deber general de protección del empleador respecto de sus trabajadores.

Otra norma que sería aplicable a esta materia, siguiendo la experiencia comparada, sería la Ley N° 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales. Sin embargo, en este punto coincido plenamente con lo planteado por Sergio Gamonal y Pamela Prado en su libro titulado *El Mobbing o Acoso Moral Laboral*, en el sentido que el *mobbing* no puede ser considerado un accidente laboral ni tampoco una enfermedad profesional.

En efecto, el artículo 5° de esta ley define al accidente laboral señalando que es *“toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte”*. Se debe considerar que el accidente del trabajo no cumple con las características básicas del *mobbing*, toda vez que

el accidente ocurre generalmente en forma imprevista, a veces violenta, careciendo en consecuencia de la gradualidad propia de las conductas de acoso laboral. Por otra parte, la definición de accidente laboral habla de lesión, la cual debe ser de carácter físico, y el *mobbing* se caracteriza más bien por ser acciones que provocan el detrimento psicológico de la víctima (aunque también eventualmente podrían haber casos de agresiones físicas, pero no es lo que lo caracteriza).

Por otra parte, tampoco podría ser considerado como enfermedad profesional, toda vez que según lo señala el artículo 7° del cuerpo legal citado, *“es enfermedad profesional la causada de manera directa por el ejercicio de la profesión o trabajo que realice una persona y que le produzca incapacidad o muerte”*. Luego, el *mobbing* no podría detentar dicho carácter, toda vez que no es causado en forma directa por el trabajo, el *mobbing* no es un trabajo o una modalidad del mismo, sino que una serie de conductas violentas que ocurren en el lugar de trabajo.

Con todo, más allá de estas normas generales, no existe ninguna normativa expresa que regule esta materia definiendo qué se entiende por *mobbing*, cuál es el procedimiento aplicable frente a una denuncia de esta naturaleza, cuáles son las posibles sanciones que arriesga el acosador, etc., generando un vacío legal en tal sentido.

Existe sólo un proyecto de ley presentado el año 2003 en el Congreso, que aún se encuentra en sus primeras etapas de discusión parlamentaria, en el cual se propone introducir un nuevo título VII al Capítulo IV del Libro I del Código del Trabajo, titulado *“De las prácticas que constituyen acoso laboral y de sus sanciones”* (artículos 183 bis A al 183 bis D), contemplando sólo cuatro artículos para regular este tema tan complejo.

A simple vista, se trata de una buena iniciativa, pero resulta claramente insuficiente, toda vez que no aborda temas elementales tales como el tipo de procedimiento aplicable, las políticas de prevención que debe adoptar la empresa, cuáles son las etapas que debieran seguirse para llegar a sancionar una conducta de esta naturaleza, entre otros aspectos.

Este proyecto de ley contempla una definición de *mobbing* definiéndolo en el artículo 183 bis A como: *“una práctica que importa una violación a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Para efectos de este Código se entenderá por tal la situación en que el empleador, o uno o más trabajadores, o aquél y uno o más de éstos, ejercen o manifiestan por hechos o por dichos una particular forma de violencia psicológica de carácter extremo, premeditadamente o no, con regularidad sistemática y durante un tiempo prolongado sobre otro tra-*



*bajador, en el lugar de trabajo común, con el fin de provocar menoscabo material y personal en éste”.*

De esta conceptualización llama la atención que establezca que estos actos pueden ser o no premeditados y por otro lado establezca que deben producirse durante cierto lapso de tiempo. Lo lógico es que se trate de actos que sean ejecutados por el acosador para lograr un objetivo, el cual puede ser muy diverso, como por ejemplo, conseguir la afectación de la víctima, eliminarla de la empresa, porque la visualiza como alguien que podría quitarle su puesto de trabajo, etc. Luego, desde este punto de vista parece muy poco probable que este tipo de conducta sistemático pueda surgir sin premeditación.

Por su parte el artículo 183 bis B establece: *“El trabajador que hubiere sido víctima de prácticas que den lugar a acoso laboral, deberá denunciarlas en un plazo de 60 días hábiles contado desde el último acto que constituya el acoso para que el trabajador denuncie esta conducta.*

*Las denuncias sobre acoso laboral podrán ser recibidas por la Inspección del Trabajo respectiva, las que de conformidad a las normas pertinentes, conocerá de ellas pudiendo aplicar las sanciones que a continuación se expresan”.*

Sobre esta norma cabe señalarse que la Inspección del Trabajo es un órgano de carácter administrativo, carente por consiguiente de facultades jurisdiccionales que la faculten para ejercer funciones de investigación y de juzgamiento, así lo ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia.

En su artículo 183 bis C señala: *“El acoso laboral será penado con multa a beneficio fiscal de 10 a 50 UTM, sin perjuicio de las acciones que el trabajador pudiera ejercer en conformidad a las reglas generales”.*

Respecto de las acciones específicas que podría eventualmente ejercer el trabajador víctima de acoso laboral, se pueden señalar las siguientes:

1. Recurso de protección: independientemente del hecho que partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.087 (a partir de marzo del año 2008) existirá una acción de tutela directa de los derechos fundamentales de los trabajadores (incompatible por cierto con la acción de protección y sólo aplicable en la hipótesis de *mobbing* descendente), en la práctica hasta ahora esta acción ha constituido el medio más específico para obtener la defensa de tales derechos.

2. Acciones que emanan de la responsabilidad civil: la responsabilidad civil es un instituto de aplicación general en nuestro derecho, por lo que no se divisa

razón alguna para no aplicarla a las relaciones laborales en caso que durante su desarrollo se cause daño a alguno de los sujetos de las mismas, como ocurre en el *mobbing*.

Cabe preguntarse entonces qué estatuto jurídico de responsabilidad civil (contractual o extracontractual) se aplica en un caso de acoso laboral, lo cual dependerá del vínculo jurídico que una al acosador y a la víctima, siendo distintos en uno y otro caso los requisitos copulativos que deben concurrir para hacer efectiva la responsabilidad de que se trate.

Ahora bien, sea una hipótesis de responsabilidad civil contractual o extracontractual, lo que se demandará es una indemnización de perjuicios, siendo posible el reclamo de una indemnización por el daño moral. El demandante deberá acreditar fehacientemente en juicio la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos de la responsabilidad que pretende hacer efectiva y que son los siguientes: el hecho antijurídico del demandado, su imputabilidad o reprochabilidad, el daño y las relación de causalidad entre el hecho y el daño. Será necesario por lo tanto no sólo probar la efectividad de los hechos constitutivos de acoso moral, sino también demostrar la concatenación de éstos y cómo generaron un ambiente laboral hostil para la víctima ocasionándole un severo daño.<sup>13</sup>

Sobre este punto finalmente cabe agregar que tratándose de un caso en que el acosador no es el empleador y habiendo éste adoptado todas las medidas necesarias sin acreditarse en caso alguno la existencia de acoso laboral, no parece procedente a su respecto pretender ningún tipo de responsabilidad, debiendo en ese caso la supuesta víctima accionar directamente contra el acosador directo por la vía de la responsabilidad extracontractual.

Finalmente el artículo 183 bis D indica: *“La comisión de un acto que importare una práctica de acoso laboral, debidamente acreditada, se entenderá como un incumplimiento de contrato.*

*En consecuencia, el trabajador quien hubiere sido víctima de acoso laboral, podrá ejercer el derecho que se le confiere en el artículo 171, cuando el acosador laboral sea el empleador, o quien lo represente en conformidad al artículo 4° de este Código”.*

De todo lo señalado precedentemente no cabe duda que si bien el proyecto tiene el gran mérito de ser la primera iniciativa legislativa para regular esta materia, es muy general y requiere de ciertas modificaciones para lograr una regulación completa e integral de esta novedosa figura.

<sup>10</sup> Gamonal, Sergio, y Prado, Pamela, *El Mobbing o Acoso Moral Laboral*, LexisNexis, pág. 129.

Finalmente, cabe agregar que la jurisprudencia de nuestros tribunales es aún muy incipiente en esta materia. Resulta histórico el fallo dictado por la Il<sup>ta</sup>. Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia confirmada por la Exc<sup>ma</sup>. Corte Suprema con fecha 10 de octubre de 2006, rol 4858-2006, en la cual se reconoció que en ese caso concreto había existido acoso laboral y se ordenó al acosador poner término a toda actitud, trato o medida abusiva que debilite o impida un ambiente laboral sano y digno de los trabajadores.

Es de esperarse que una vez que entre en vigencia el nuevo procedimiento de tutela de los derechos laborales y a medida que esta figura sea más analizada, surjan nuevos casos jurisprudenciales cada vez de mayor complejidad.

#### **IV. Conclusiones**

De todo lo anteriormente expuesto es posible concluir que sin duda el *mobbing* constituye un importante desafío que enfrenta el Derecho del Trabajo.

En Chile, si bien no existe todavía una regulación específica sobre la materia, el trabajador se encuentra protegido de los posibles abusos que pueda sufrir en su lugar de trabajo a través de normas constitucionales y de las normas generales de protección contempladas por el Código Laboral.

Sin embargo, queda mucho para avanzar en esta materia, la cual va más allá de la sola existencia de normas o mecanismos legales para obtener su justa reparación.

En primer lugar, es fundamental sensibilizar a los trabajadores y compañías de modo que se puedan identificar a tiempo los factores de riesgo y evitar, en la medida de lo posible, su desarrollo.

En segundo lugar, se requiere que existan eficientes políticas públicas y de empresa que establezcan procedimientos que permitan la denuncia de este tipo de conductas como también su adecuada y oportuna investigación. En este sentido, resulta imprescindible hacer notar que para que exista una sanción de una conducta de este tipo se requiere que se haya acreditado fehacientemente la ocurrencia de los hechos que la configuren.

En tercer lugar, es básica la prevención. El diseño de los puestos de trabajo y definición de tareas de los trabajadores en la empresa son el punto clave a la hora de evitar circunstancias favorecedoras de conductas abusivas.

Espero que este artículo sirva para colocar el tema en la discusión doctrinaria de modo tal que, de a poco, se vaya encontrando respuesta a las principales interrogantes que este fenómeno plantea.

## Bibliografía

ARÁNGUIZ T. "Mobbing, nueva forma de despido", *Revista Laboral Chilena*, N° 121, noviembre 2003, pp. 73-75.

GAMONAL, SERGIO, Y PRADO, PAMELA. *El Mobbing o Acoso Moral Laboral*, LexisNexis, Chile, año 2006.

LEYMAN, HEINZ, "The Content and Development of Mobbing at Work", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, año 1966.

PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Editorial Sal Térrea, Bilbao, España, año 2001.

### Artículos consultados en Internet:

– Página web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <http://www.bcn.cl>. Proyecto de Ley que modifica Código del Trabajo sancionando las prácticas de sicoterror laboral. Número de Boletín 3198-13.

– Página web LexisNexis: <http://www.productos.lexisnexis.cl>. División Laboral del Boletín de la Dirección del Trabajo. Entrevista a la diputada Ximena Vidal.

– Página web de la Dirección del Trabajo: <http://www.Direccióndeltrabajo.cl>. Autora: Celina Carrasco, año 2005. Cartilla informativa sobre acoso psicológico, moral o *mobbing*.

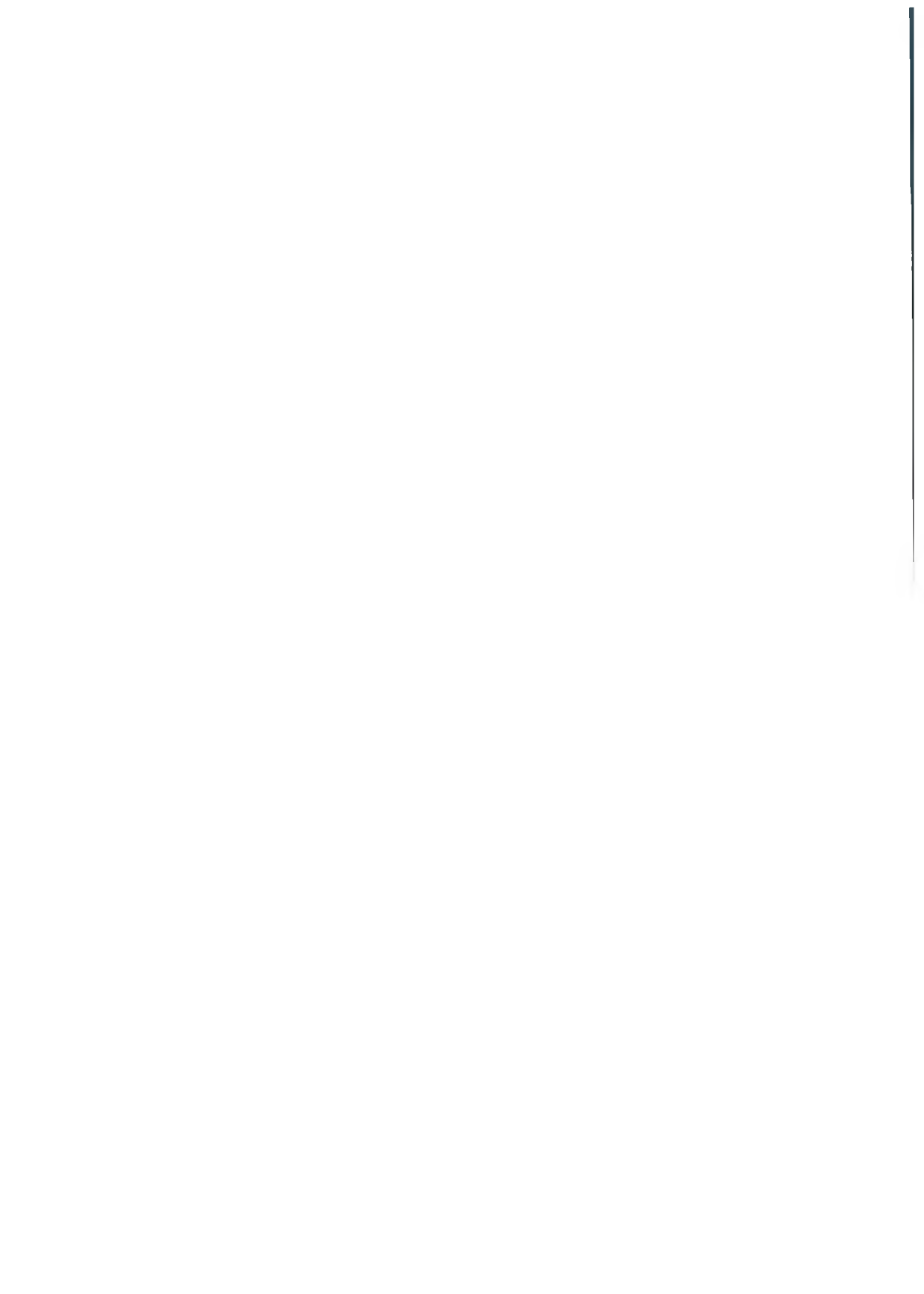
– Página web de la Universidad de Viña del Mar: <http://www.uvm.cl>. Artículo elaborado por Alfonso Riquelme titulado "Mobbing, un tipo de violencia en el lugar de trabajo". Ciencias Sociales On line, julio 2006, Vol. III. N° 2. Universidad de Viña del Mar.



# Análisis Jurisprudencial

Universidad del  
**Desarrollo**

FACULTADES DE DERECHO



# Los derechos adquiridos de nuevo en entredicho: ¿Limitación o expropiación parcial?

COMENTARIO:

**Iván Aróstica Maldonado**

Director del Departamento de Derecho Público

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## I. Texto del fallo del Tribunal Constitucional (Rol N° 505-06)

*“Santiago, seis de marzo de dos mil siete.*

### VISTOS:

*Con fecha 30 de mayo de 2006, Luis Vidal Hamilton-Toovey, en representación de Empresa Eléctrica Puyehue S.A. (sucesora de Empresa Eléctrica Pilmaiquén S.A.; en el fallo se usará indistintamente Puyehue y Pilmaiquén), ha deducido un requerimiento para que se declare la inaplicabilidad del artículo 3° transitorio de la ley N° 19.940 que modificó el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1982, del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos, en los autos arbitrales caratulados “HQI Transelec S.A. con Empresa Eléctrica Puyehue S.A.” de los cuales conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Santiago, en virtud del recurso de casación en la forma interpuesto por su representada en contra de la sentencia arbitral por contravenir el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República.*

*Señala la requirente que el juicio arbitral se inició por demanda deducida por HQI Transelec Chile en contra de Eléctrica Puyehue solicitando que se condenara a ésta a pagar a la demandante determinados peajes por concepto de transmisión de electricidad que se le adeudaban. Ésta tuvo como fundamento que (...) a fines del año 2003, HQI Transelec desconoció, según la requirente, lo pactado en el contrato con el fin de obtener la duplicación del pago por el uso de sus activos. Para ello, sostiene la requirente, alegó el hecho falso que Eléctrica Puyehue no pagaba los peajes por los servicios de transmisión eléctrica, forzándola a un arbitraje obligatorio. La sentencia arbitral declaró que Puyehue había pagado y pagaba el peaje convenido a STS, sucesora de Transelec, pues aquella empresa le había cedido a*

ésta el derecho a cobrarlo. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral resolvió que Eléctrica Puyehue a partir del 13 de marzo de 2004 debía pagar las nuevas sumas que establecía la Ley N° 19.940 o Ley Corta. También la sentencia arbitral declaró, para estos efectos, que si bien Eléctrica Puyehue había pagado y pagaba el peaje, debía prevalecer la nueva ley sobre el contrato válidamente celebrado resolviendo que: “se acoge la demanda en cuanto a que a contar del 3 de marzo de 2004... deberá aplicarse en su integridad dicha ley, sin perjuicio de aplicar para el período que media entre la fecha indicada y la dictación del primer decreto de transmisión troncal las disposiciones del actual D.F.L. N° 1 y su reglamento, de acuerdo a lo razonado en los considerandos 14 al 19 y a lo dispuesto en la propia Ley 19.940”, lo que –alega la requirente– no se había solicitado en la demanda. Por ello el sentenciador tuvo como fundamento que la Ley N° 19.940 era de orden público y regía in actum, afectando, en consecuencia, los contratos celebrados entre las partes, cuyas cláusulas habían quedado sin efecto en todo cuanto se opusieran a lo dispuesto en la nueva ley

(...) Explica la parte requirente que su derecho de propiedad ha sido violado al aplicarse en el juicio en que incide el requerimiento, la norma contenida en el artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940 y resolverse en la sentencia arbitral que dicha ley obliga a las partes desde el momento de su vigencia, modificando y extinguiendo de esa forma derechos patrimoniales válidamente adquiridos en razón de un contrato legalmente celebrado (...). Por otra parte, el derecho de propiedad de la requirente sobre el contrato y sobre todo lo que emana de éste ha sido afectado en su esencia, pues la aplicación de la ley inaplicable constituye una expropiación de su derecho de propiedad sobre ese contrato (...).

Entrando a analizar en lo sustancial el asunto en debate, Transelec S.A. destaca que (...) como consecuencia de las trascendentales modificaciones introducidas por la Ley Corta, se pasó de una relación jurídica con un marcado carácter privado a una relación de carácter público que cabe dentro del derecho público, al establecer dicho cuerpo normativo que la transmisión troncal es un servicio público, y que los peajes se determinan a través de un procedimiento establecido en la ley. De esta forma una empresa no puede invocar su contrato para sustraerse del cumplimiento de una obligación generada por un nuevo texto legal. Más adelante expone Transelec S.A. que el derecho de propiedad tiene como limitaciones los otros derechos y la ley. (...)

#### **CONSIDERANDO:**

(...)

14. Que, para decidir la cuestión de fondo que se ha planteado resulta necesario examinar, en primer lugar, si efectivamente la requirente puede alegar un derecho de propiedad sobre un crédito establecido en un contrato cuya validez no ha sido impugnada; en segundo lugar, determinar cuál es el estatuto jurídico constitucional de amparo de ese derecho, para luego y por último decidir si el artículo 3° transitorio,



*en caso de aplicarse a la relación entre las partes, primando sobre las cláusulas del contrato produce o no un resultado contrario a la Constitución (...).*

*17. Que si bien existen diferencias evidentes en la propiedad que puede ejercerse sobre bienes corporales e incorporeales, la Constitución, en el número 24 de su artículo 19, establece un mismo y único estatuto de protección para ambas especies de propiedad, por lo que sólo cabría hacer, entre ellas, las diferencias que resulten ineludibles en virtud de la naturaleza de una y otra. En lo que importa al caso, el numeral 24 del artículo 19, en su inciso 2°, dispone que sólo la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, la que comprende cuanto exijan, entre otros, los intereses generales de la nación y la utilidad pública. Esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorporeales, sin excluir los que nacen de los contratos, pues el propio constituyente no ha hecho distinción alguna y ha permitido que el legislador regule y limite todas las especies de propiedad. (...).*

*VI. ¿Es la aplicación al caso sub-lite del artículo 3° transitorio una limitación o una regulación del derecho de propiedad de la requirente, o por el contrario, la priva de un derecho o de alguna de las facultades esenciales del dominio?*

*21. Que, en virtud de un contrato cuya validez no ha sido impugnada, la requirente adquirió el derecho a usar, por un determinado precio o peaje, las instalaciones de transmisión eléctrica de la requerida (sin perjuicio de que los contratos fueron originalmente pactados entre otros y luego cedidos y que además contengan una serie de otras convenciones que no son pertinentes a la constitucionalidad de la aplicación del artículo 3° transitorio). En ese contrato se estableció un precio o peaje básico que la requirente (su antecesora) debía pagar a la requerida (su antecesora) por el uso de las redes de transmisión. Asimismo, y por el pago del mismo precio, se acordó que Eléctrica Puyehue tendría los derechos establecidos en el artículo 51 D del DFL 1 de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos. Además la requirente tenía derecho a que los retiros de electricidad de cierta naturaleza no fueran objeto de cobros adicionales. En caso de aplicarse el artículo 3° transitorio, la requirente no se verá privada de su derecho al uso de las instalaciones de transmisión de la requerida, pero el régimen de recaudación y pago por el uso de las mismas no será ya el establecido en las normas contractuales y legales a las que éstas, las cláusulas contractuales, hacían referencia, sino el establecido en la nueva ley.*

*22. Que la distinción entre “privar” de propiedad, por una parte y “regular” o “limitar” la propiedad, por otra, es una de las que mayor debate han suscitado en la doctrina (...). En general, puede decirse que conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse, pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar,*

*sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa (...). Sin embargo, si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo "regulaciones expropiatorias". (...)*

*24. Que, en la especie, lo que procura el artículo 3° transitorio es regular. En efecto, el artículo tercero transitorio es una norma de general aplicación que precisamente regula el régimen de recaudación y pago por el uso de instalaciones de transmisión troncal. Su finalidad no es privar. Aplicada a la relación entre las partes, su exacto impacto es el de alterar el precio o peaje por el uso de instalaciones, sin perjuicio que la empresa generadora pueda seguir usando, gozando y disponiendo de tal uso. No priva a la requirente de usar esas instalaciones, pero, en caso de aplicarse, la obliga a pagar un precio diverso al establecido en el contrato por ese uso (...).*

*Una variación cualquiera en el régimen de pago o peaje por dicho uso naturalmente afecta el patrimonio de la requirente, limita sus facultades y por ende sólo será legítima si se justifica en razón de la función social de la propiedad y se vea exigida por la utilidad pública, los intereses generales de la nación o por algún otro de los fines que taxativamente la Constitución enumera. Pero, en virtud de una variación, cualquiera sea su magnitud, no se priva a una persona de su propiedad, aunque se la afecta en su patrimonio (...).*

*VII. ¿Se encuentra constitucionalmente legitimada la regulación y limitación del derecho de propiedad que podría significar la aplicación del artículo 3° transitorio sobre los bienes incorporales establecidos en el contrato que liga a las partes?*

*27. Para responder la cuestión señalada en el epígrafe, la Constitución, a través del numeral 24 de su artículo 19, dispone que una limitación u obligación a la propiedad sólo se legitima si está establecida por ley y si deriva de su función social, en razón de exigencias de los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.*

*28. Que el primero de los requisitos constitucionales se verifica con claridad en la especie, toda vez que el nuevo régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones fue precisamente establecido por una ley; como lo es el artículo 3° transitorio de la Ley 19.940 (...).*

*30. Que uno de los objetivos de la Ley 19.940 fue la de pasar "de un sistema de acuerdo bilateral regulado de las tarifas por peajes en el uso de las instalaciones de transmisión troncal a uno de tarifa fijado por la autoridad", según puede leerse*

*textualmente del Mensaje de la Ley 19.940. Para justificar ese cambio, el Presidente de la República y los legisladores manifestaron, durante todo el transcurso de la discusión de la ley, que el sistema de acuerdo bilateral regulado presentaba innumerables dificultades en su aplicación, debido a varios problemas que se identificaron (...). Tanto en el Mensaje como en su discusión las autoridades del Ejecutivo, los parlamentarios e incluso varios actores del sistema (como por ejemplo el Presidente del Directorio de Colbún y el Gerente General de Enersis) manifestaron, cada uno con sus matices, estar conscientes que estos problemas derivaban en un serio riesgo de déficit de capacidad y disponibilidad de energía, en disminución relevante de la confiabilidad de los sistemas y en una tendencia al aumento de los costos del suministro. En consecuencia, al producir el cambio en los valores de peaje, el Legislador no obró por capricho ni procuró simplemente producir un cambio en un mercado cualquiera, en razón de equidad entre los privados.*

*31. Que, conforme a lo expuesto, el Legislador estimó que un sistema de tarificación por la autoridad para fijar el valor del peaje por el uso de las instalaciones de transmisión troncal era necesario para favorecer a la población usuaria de los sistemas eléctricos, lo que constituye una razón de utilidad pública. Como puede apreciarse, el Legislador intervino más un mercado, restringiendo la autonomía de la voluntad de las partes para fijar precios, pues estimó que ello era necesario para la seguridad y confiabilidad del suministro de energía eléctrica, así como para evitar alzas innecesarias de ese servicio (...).*

*36. Que lo razonado en este apartado lleva a concluir que en la provisión de un servicio de utilidad pública esencial, como es la electricidad para la población, el legislador puede legítimamente disponer un nuevo sistema tarifario que altera, para lo futuro, el sistema de precios que se pagan entre empresas privadas que participan en el sector para proveer, con afán de lucro, el respectivo servicio, aunque con ello afecte los derechos establecidos en un contrato válidamente celebrado, siempre que, como demuestra en la especie la historia legislativa, el legislador lo haga en razón de exigencias de utilidad pública y que, con tales alteraciones, no prive a los participantes de lucro o beneficio económico o de algún otro atributo o facultad esencial de su propiedad.*

*37. Que, de lo razonado desde el apartado III en adelante, debe concluirse que, de aplicarse el artículo 3° transitorio de la Ley 19.940 para determinar el régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión eléctrica entre las partes de este juicio, no se producirán resultados contrarios a la Constitución y, por ende, debe rechazarse la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad impenetrada en estos autos, lo que se declarará.*

*Y VISTO, lo dispuesto en los artículos 19 N°s 3°, inciso quinto, 21°, 22° y 23°, y 93 N° 6° de la Constitución Política de la República, así como en el artículo 31 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,*

*SE DECLARA que se rechaza la acción intentada en estos autos por la parte de Empresa Eléctrica Puyehue S.A. para que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 3° transitorio de la Ley 19.940, deducida a fojas 1.*

*Déjese sin efecto la suspensión decretada a fojas 151.*

*Acordada con el voto en contra de los ministros señores Bertelsen, Vodanovic y Venegas, quienes estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad en razón de las siguientes consideraciones: (...)*

*UNDÉCIMO: Que, sin perjuicio del mencionado estatuto especial del dominio, el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política desarrolla el principio de la seguridad jurídica, estableciendo que los preceptos legales que regulen, complementen o limiten las garantías constitucionales no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.*

*Como esta Magistratura ha señalado (considerando 21, sentencia rol N° 43), “un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”.*

*DUODÉCIMO: Que, radicando la esencia del dominio en la ventaja patrimonial o utilidad económica de la cosa, forzoso es estimar que, en la especie, aquélla ha sido afectada sustancialmente.*

*DECIMOTERCERO: Que, en mérito de las motivaciones precedentes, se concluirá que el precepto legal objetado resulta, en su aplicación al juicio en que incide el presente requerimiento, contrario a las disposiciones contenidas en los números 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.*

*Notifíquese, regístrese y archívese.*

*Rol N° 506-06.*

*Redactó la sentencia el Ministro señor Correa Sutil y el voto disidente sus autores.*

*Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente (S) Juan Colombo Campbell y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y Francisco Fernández Fredes.*

*Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz”.*



## II. Comentario

El punto no es si la ley puede establecer limitaciones al dominio por razones de bien común y para asegurar la función social de la propiedad. Ahórrense todos los argumentos en ese sentido, que no es tema debatido.

La verdadera pregunta –crucial– es si una nueva ley limitante puede alterar, siquiera parcialmente, los créditos o derechos personales derivados de un contrato vigente válidamente celebrado con anterioridad.

Cuestión que creíamos ya definitivamente zanjada, por el mismísimo Tribunal Constitucional, en favor de los derechos adquiridos, cuando –se recordará– por sentencia de 10.2.1995 (rol 207), a propósito de la famosa “deuda subordinada”, sentó que los efectos de un contrato son regidos por la ley vigente a la época de su perfeccionamiento y se encuentran, por tanto, al abrigo de un cambio de legislación. Porque hacerlos regir por una nueva ley que las partes no han podido tener en cuenta al contratar, implicaría sustituir su voluntad y despojarlos de derechos adquiridos, amén de quebrantar la confianza general depositada en la eficacia de los contratos, indispensable para la seguridad de las transacciones a que están vinculados el progreso económico y la disciplina social.<sup>1</sup>

¡Impecable! Ni por asomo en Chile el peligro de algún imaginado “corralito” o de una sorpresiva “pesificación”, con un Estado metiendo manos sobre las condiciones económicas de los contratos, a pretexto de modificar sólo algunos de sus aspectos secundarios o menores.<sup>2</sup>

1. Pero ahora dice el Tribunal Constitucional que los contratos en curso no son completamente intocables para el Legislador, quien puede introducirles variaciones “de cierta magnitud”; la cuantía del precio convenido, al caso. Que en virtud de una nueva regulación o limitación legal basada en intereses

<sup>1</sup> *Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 16 de julio de 1992 y el 22 de enero de 1996*, edición propia (1996) 283-315.

<sup>2</sup> En Hispanoamérica, donde vivimos en un permanente estado de excepción constitucional, por supuesto este tipo de medidas de “urgencia” suelen reconocerse en “numerosísimas prácticas habituales”. Por esa condición de clientes habituales de la norma extranjera, pero ignorantes de su historia y circunstancias extraordinarias e irrepetibles, acaso una crónica (por hacer) de estas invasiones estatales masivas, pueda comenzar con el aislado caso de la legislación norteamericana que modificó –sin compensación– los derechos adquiridos por los inversionistas en sus tratos con el Gobierno de Estados Unidos. Cuando el 5 de junio de 1933, producto de la crisis por la que atravesaba el sistema monetario, se dispuso la desvalorización de los bonos emitidos por la autoridad y adquiridos por numerosos inversionistas, a pesar de que estaba estipulado el pago de esos bonos en su equivalente en oro (cláusula oro). Eduardo Novoa Monreal, *Fundamentación de la invalidación de pactos y contratos* (1972), ahora en “Nacionalización, derecho y propiedad (textos escogidos)”, Universidad Arcis (2006) 61.

superiores, siempre “alguna ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular”.

1.1) En circunstancias que el texto supremo sostiene un régimen jurídico diverso, en que el Estado debe promover el bien común “*con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*” (art. 1º inciso 4º). “Pleno”: completo, lleno, entero, total, según el Diccionario.

No hay, entonces, tal “poquito tolerable” (en coloquial) de los derechos ya consolidados e ingresados a los patrimonios de las personas que el Estado tenga licencia para hacer desaparecer. No hay allí un margen de maniobra o discrecionalidad de que el Legislador pueda disponer. Porque el bien común no se logra a través de males individuales, ni aun a pretexto de ser éstos “parciales” e “insignificantes”.

1.2) Menos la ley puede cambiar el contenido del “precio” convenido en un contrato preexistente, por ser éste un *elemento de la esencia* del mismo (no meramente accesorio o accidental), siendo –además– de toda evidencia que su “cuantía” constituye el factor determinante en la celebración de cualquier acto de comercio.

Suponer que no se vulnera significativamente la propiedad porque entre las partes sigue existiendo un abstracto precio, con independencia del monto o valor concreto, aparte de introducir un distingo artificial que la ley no hace, significa desconocer la realidad misma de las cosas.

2. Dice ahora el Tribunal que la intangibilidad de los derechos que nacen de los contratos carece de fundamento en la Constitución, y que éstos no son inmunes frente a las leyes posteriores que suelen imponer nuevas cargas a los contrayentes. Y vuelta otra vez sobre lo mismo: porque las limitaciones a los derechos están constitucionalmente autorizadas.

2.1) En circunstancias que el art. 19 N° 24 de la Constitución de 1980 pone singular énfasis en dar prestancia y fuerza al derecho de propiedad, precisamente para defenderlo frente a las injerencias del Legislador, causantes de aquella inseguridad económica de primer orden y generalizada que alguna vez sufrió el país.<sup>3</sup>

Le bastó al constituyente asegurar el derecho de propiedad “en sus diversas especies”, para poner a salvo los créditos con fuente en los contratos, especialmente ante leyes posteriores que –como era de ocurrencia cotidiana

<sup>3</sup> Esta idea matriz, en Informe de la Subcomisión de Reforma Constitucional relativa al Derecho de Propiedad, anexo a las actas de la Comisión Constituyente, sesión 148 (26.8.1975), 26.

en Chile— creíanse facultadas (a excusa recurrente de regular o limitar por intereses superiores) para alterar las regalías o franquicias obtenidas por los particulares merced a cualquier acuerdo de voluntades.<sup>4</sup>

2.2) Las leyes patrias que conforman el corpus jurídico del país apuntan en la misma dirección. Ahí está la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, advirtiendo que “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración” (art. 22 inciso 1º), con el claro e inequívoco objetivo de excluir tanto el efecto retroactivo como el efecto inmediato de las leyes nuevas sobre los contratos perfeccionados con anterioridad.<sup>5</sup>

Ahí están nuestros mejores precedentes legislativos, que no queriendo dar equívocas señales de inseguridad y respetuosos de los derechos surgidos de contratos en desarrollo, en vez de innovar inconstitucionalmente, abren a las partes la opción de acogerse voluntariamente a las nuevas reglas.<sup>6</sup>

2.3) La sentencia en comentario apela a “numerosísimas prácticas habituales”, de leyes que habrían impuesto nuevas cargas o gravámenes sobre alguna de las partes en ciertos contratos.<sup>7</sup>

Convengamos, sin embargo, en el efecto nocivo de tales leyes. En la erosión del derecho de propiedad que esas leyes —no las nombraremos— trajeron consigo, y en su muy negativa repercusión —enseña la historia— para la seguridad jurídica.

Convengamos que dichas normas no son “ejemplo” a incluir dentro de aquellas piezas centrales que orientan y dan sentido a nuestro ordenamiento positivo,

<sup>4</sup> Para los antecedentes del art. 19 N° 24 de la Carta de 1980, como reacción al desconocimiento por el Estado hasta de sus propios “contratos-leyes”, Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago) 1ª ed. (1986) 146-147, y 204-206.

<sup>5</sup> El Mensaje del Presidente de la República que dio origen a esta norma capital de nuestro ordenamiento, revelador de dicho trascendental sentido, se lee en J. López Santa María, obra citada, 206. De otra parte, téngase presente que aun propiciando la aplicación “in actum” de las normas de derecho público, que les permitiría afectar incluso las situaciones pendientes al momento de su publicación, el propio maestro Enrique Silva Cimma, artífice en Chile de esta doctrina, excluía y ponía a salvo los contratos previos: *Sobre inaplicabilidad de los artículos 2º y 3º transitorios de la Ley N° 16.640, de Reforma Agraria*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 65 (1968).

<sup>6</sup> Un caso emblemático de buena factura legislativa, en esta línea de actuación, fue el art. 1º transitorio de la Ley 19.460 (19.7.1996), que modificó el DFL 164 de 1991 (Ley de Concesiones de Obras Públicas) pero sin alterar los contratos celebrados a su amparo y que estaban en ejecución; sin perjuicio del derecho de los concesionarios para elegir regirse por las nuevas normas. De esta señal y otras se explica la confianza de los inversionistas en el sistema de concesiones chileno, cuya ley merece reputación y ser considerada dentro del haber jurídico de nuestro país.

<sup>7</sup> Donde no cabe citar las leyes que han fijado remuneraciones mínimas para los trabajadores del sector privado, aumentado obligatoriamente su monto o alterado las bases que sirven para determinarlas, dado que tal especial situación la permite expresamente la Constitución (art. 65 inc. 4º N° 4). Tampoco viene a cuento el caso en que los propios contratos han contemplado una cláusula de adaptación a la legislación sobreviniente. Ni las leyes que inciden en el cumplimiento los contratos, pero que no tienen por objeto directo e inmediato cambiar alguna específica disposición.

con vocación de asentar sus grandes valores, principios o pilares jurídicos.<sup>8</sup> Que en realidad se relegan al campo de aquellas heterogéneas e incoherentes leyes misceláneas, expresión de la “legislación motorizada” y prototipos de “leyes ómnibus” en continuo cambio, que suelen servir de instrumento parlamentario para resolver –con impulso inmediato y a veces apenas meditadas– coyunturales problemas del día.<sup>9</sup>

Convengamos que, por su misma singularidad, no cabe extraer de ellas una orientación que responda a esquemas generales. Sin omitir que al ser dichas leyes aplicadas y reclamadas, la Corte Suprema las declaró sistemáticamente inconstitucionales.<sup>10</sup>

3. Nos dice ahora el Tribunal Constitucional que de no aceptarse su nueva lectura de la Carta Fundamental, la atribución para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales sería “letra muerta”.

En circunstancias que si se lee la Constitución como un todo coherente y unitario, las conclusiones son precisamente estas otras:

a) Que el Legislador carece de competencia para modificar los actos o contratos en ejecución, desde que existe propiedad sobre los derechos personales nacidos de un acuerdo de voluntades y nadie puede, en caso alguno, ser privado de todo o parte de su dominio sino en virtud de una ley de expropiación que indemnice al afectado.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Sin coincidir con las consecuencias que después extrajo, es aleccionador citar aquí cuanto dijo en 1965 Eduardo Novoa Monreal, en su famosa ponencia sobre *La crisis del sistema legal chileno*, publicada en RDJ 62 (1965) Iª parte sección Derecho, 227-243.

Donde hacía notar la existencia de aquellas leyes que moldean, que le dan carácter y le ponen el sello de los principios básicos e imprimen sus características más relevantes al régimen jurídico chileno (pág. 229), al lado de las “leyes numerosísimas, dictadas sin orden, sin coherencia, sin plan ninguno; que se presentan dispersas, inconexas entre sí; elaboradas casi en su totalidad –y podrían señalarse con los dedos de la mano las excepciones– sin ninguna técnica jurídica; dictadas por el Parlamento con la precipitación con que se legisla en circunstancias de urgencia y para satisfacer necesidades muy apremiantes del orden colectivo”, entre las que ubica “las leyes que conceden intervención al Estado en la actividad económica nacional” (pág. 230).

<sup>9</sup> Ahora son palabras de Eduardo García de Enterría, en *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas (Madrid) 1ª ed. (1999) reimpresión (2000).

<sup>10</sup> En los tantos casos que acopia el profesor López Santa María, obra citada, 205.

<sup>11</sup> El Estado (no los particulares) es el responsable directo del bien común (art. 1º inc. 4º de la Constitución), y es él quien debe atender las necesidades públicas con la recaudación tributaria en general. Por tanto, si una ley traslada esta obligación, que pesa sobre el Estado, a ciertas personas en beneficio de todos, tal carga u obligación es de suyo desproporcionada e infringe la Constitución (art. 19 N°s 20 y 24), lo que hace responsable a dicho Estado de sufragar al afectado la correspondiente indemnización (arts. 6º y 7º). ¡No son los particulares los que deben subsidiar al Estado, sino al revés!

Relacionado, véase la sentencia de la Corte Suprema (18.6.2004) que declaró inconstitucional la Ley de Monumentos Nacionales, en la parte que dispone que la conservación de un inmueble declarado monumento histórico es carga única del propietario, en circunstancias que se trata de una responsabilidad que debe ser asumida por el Estado, precisamente porque su manutención interesa al bien común (considerando 10º). En *La Semana Jurídica* N° 191 (5-11 julio 2004) 5-6, y en *Ius Publicum* (U. Santo Tomás) N° 13 (2004) 289-294.



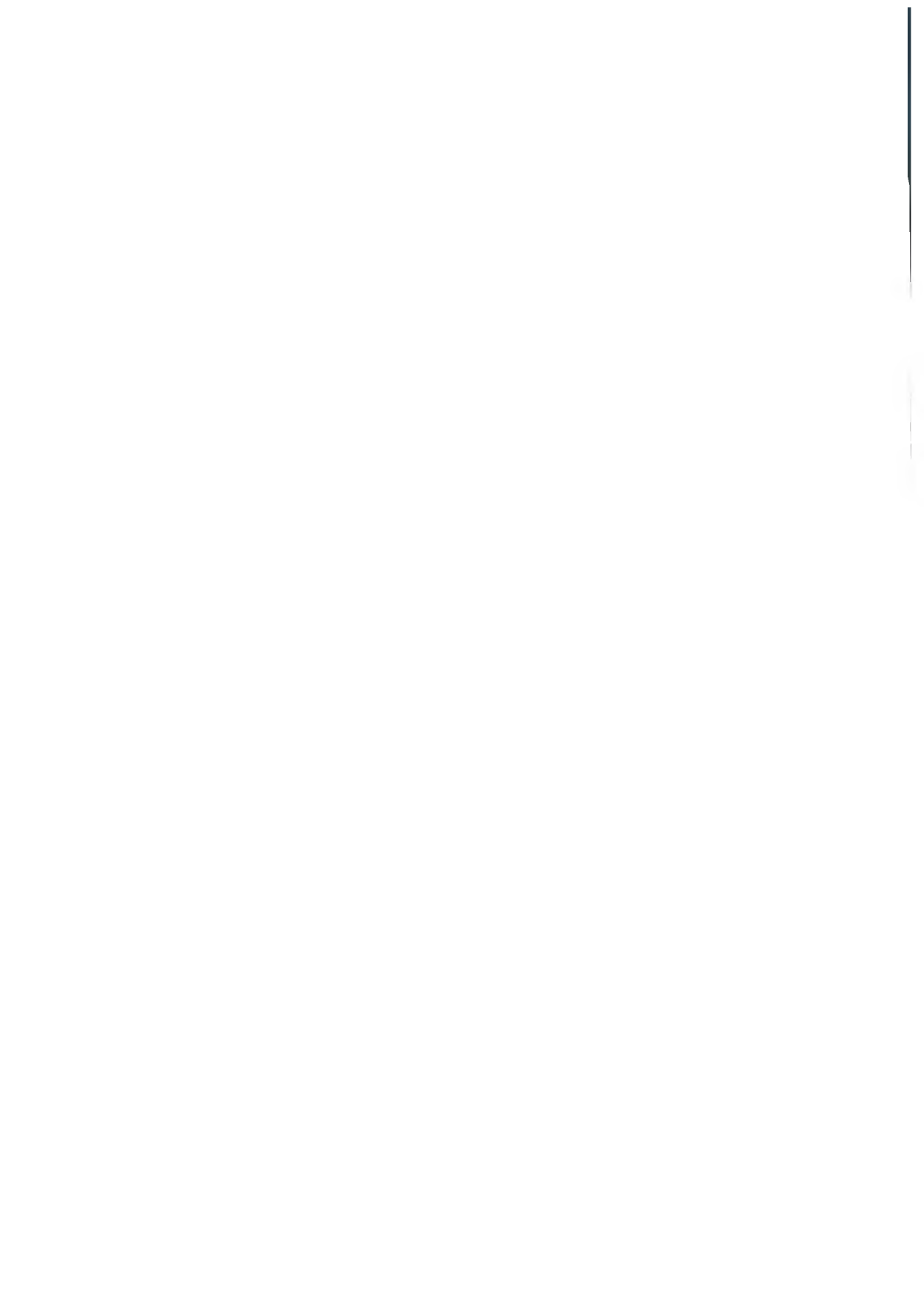
b) Que si la ley resta al acreedor parte del precio convenido en un contrato, para sumarlo o mantenerlo en el patrimonio del deudor, ello no se identifica con una "limitación" respecto de una porción del crédito ya adquirido, que no alcanzaría a afectar significativamente el derecho de propiedad comprometido. A la verdad, porque tal transferencia de riqueza importa una pura "expropiación parcial" del dominio.

c) Que sin tocar los derechos consolidados al amparo de un acto o contrato preexistente, los cuales siguen rigiéndose por la ley anterior, no hay impedimento para que una ley posterior pueda establecer nuevas limitaciones u obligaciones que habrán de incidir en el ejercicio de futuros dominios. Cumplida, por supuesto, la exigencia constitucional de que tales cargas en el porvenir no habrán de afectar esencialmente el derecho de propiedad.

d) Que, en última instancia, si aquellos subsistentes derechos adquiridos devienen incompatibles con estas nuevas normas legales, nada obsta al Estado hacer primar el bien común mediante el instituto expropiatorio, e indemnizando a los afectados.

La confianza en las instituciones pasa por la estabilidad de los contratos, y ello constituye uno de los mayores activos del país. Una historia aciaga nos dice que minar este capital por vía legislativa tuvo su costo para Chile; que no nos salió gratis condescender con la intervención estatal de los contratos y la propiedad, en términos mensurables de desarrollo y prosperidad. Que lesionar los derechos de las personas siempre acaba por perjudicar a todo el bien común.

La Constitución de 1980 puso las piezas claves para que no repitiéramos el mismo error. Y en el Tribunal Constitucional está aplicarlas, plegándose en lo sucesivo –ciframos esperanzas– al voto de minoría de los ministros Bertelsen, Vodanovic y Venergas, de alto valor doctrinario en su sencilla brevedad.



# Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal

COMENTARIO:

**José Manuel Díaz de Valdés Juliá<sup>1</sup>**

Profesor de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA

Abogado, Licenciado y Magister en Derecho Público

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA

Master of Laws

UNIVERSIDAD DE CAMBRIDGE  
UNIVERSIDAD DE HARVARD

## I. Introducción

Con fecha 26 de marzo de 2007, el Tribunal Constitucional (el "TC") dictó sentencia<sup>2</sup> en la causa Rol N° 681-2006 (la "Sentencia"), declarando la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario ("CT"), el cual permitía la delegación de facultades jurisdiccionales por parte del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos ("SII").

Por primera vez en la historia de Chile, un tribunal expulsaba del ordenamiento jurídico, con efectos *erga homnes*, una norma de rango legal, garantizando con ello el pleno respeto del principio de supremacía constitucional.

De esta forma, el TC estrenaba las nuevas competencias que le habían sido otorgadas por la reforma constitucional del año 2005 (Ley N° 20.050, en adelante la "Reforma Constitucional 2005"), entre las que destacaba la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma legal con efectos generales (artículo 93 N° 7 de la Constitución Política, "CP")

La Sentencia, por tanto, presenta diversas características que evidentemente despiertan gran interés. En primer término, su naturaleza en cuanto fallo jurisdiccional derogatorio de un precepto legal, lo que permitió al TC asumir

<sup>1</sup> Quisiera agradecer la acuciosa labor de investigación de Marco Antonio Muñoz y Nicolás Enteiche Rosales, así como la provechosa audiencia conferida por la Ministra del Tribunal Constitucional doña Marisol Peña Torres.

<sup>2</sup> Se reproduce parte del fallo al final de este artículo.

en plenitud el rol de “legislador negativo” que Hans Kelsen visionara para el “guardián de la Constitución”.<sup>3</sup> En segundo lugar, y estrechamente vinculado a lo anterior, sus efectos sobre el equilibrio institucional y las posibles reacciones que ella pudiese provocar en otras instituciones del Estado, particularmente en el legislador y en los tribunales de justicia. En tercer término, su singularidad en cuanto único precedente en la materia, lo cual nos obliga a analizar en detalle sus contenidos en la esperanza de descubrir fundamentos y principios extrapolables a futuras declaraciones de inconstitucionalidad. En cuarto lugar, los efectos que ella tendrá sobre el ordenamiento jurídico, los procesos judiciales en curso y las situaciones jurídicas preexistentes, consolidadas o no. Finalmente, la calidad y contundencia de las razones de fondo que justificaron el ejercicio de una facultad tan radical por parte del TC como es la derogación de un precepto legal.

El presente artículo intentará ofrecer algunas reflexiones acerca de los tópicos antes mencionados. Con este objeto, comenzaremos con una breve explicación del problema constitucional planteado por el artículo 116 del CT, para luego analizar las razones por las que durante largo tiempo se alegó su inconstitucionalidad. A continuación, y luego de una apretada síntesis de la sentencia, expondremos los comentarios a la misma que nos parecen de mayor relevancia.

## II. Normas involucradas y planteamiento del problema

El artículo 116 del CT disponía lo siguiente:

*“El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando “por orden del Director Regional””.*

Las reclamaciones y denuncias a que hacía referencia el artículo 116 antes transcrito son aquellas enunciadas por el artículo 115 del mismo CT, el cual señala:

*“El Director Regional conocerá en primera o en única instancia, según proceda, de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, salvo que expresamente se haya establecido una regla diversa.*

*Será competente para conocer de las reclamaciones el Director Regional de la unidad del Servicio que emitió la liquidación o el giro o que dictó la resolución en contra de la cual se reclame, en el caso de reclamaciones en contra del pago, será*

<sup>3</sup> Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* 2ª. ed., Tecnos, 2002.

*competente el Director Regional de la unidad que emitió el giro al cual corresponda el pago. Si las liquidaciones, giros o resoluciones fueren emitidos por unidades de la Dirección Nacional, o el pago correspondiere a giros efectuados por estas mismas unidades, la reclamación deberá presentarse ante el Director Regional en cuyo territorio tenga su domicilio el contribuyente que reclame al momento de ser notificado de revisión, de citación, de liquidación o de giro.*

*El conocimiento de las infracciones a las normas tributarias y la aplicación de las sanciones pecuniarias por tales infracciones, corresponderá al Director Regional que tenga competencia en el territorio donde tiene su domicilio el infractor.*

*Tratándose de infracciones cometidas en una sucursal del contribuyente, conocerá de ellas el Director Regional que tenga competencia en el territorio dentro del cual se encuentre ubicada dicha sucursal”.*

Complemento de las normas legales anteriores son los artículos 6º letra B N° 6º y 7º del mismo CT, los cuales disponen lo siguiente:

*“Dentro de las facultades que las leyes confieren al Servicio, corresponde:*

*B. A los Directores Regionales en la jurisdicción de su territorio:*

*6º Resolver las reclamaciones que presenten los contribuyentes de conformidad a las normas del Libro Tercero.*

*7º Autorizar a otros funcionarios para resolver determinadas materias, aun las de su exclusiva competencia, o para hacer uso de las facultades que le confiere el Estatuto Orgánico del Servicio, actuando por “orden del Director Regional”, y encargarles, de acuerdo con las leyes y reglamentos, el cumplimiento de otras funciones u obligaciones”.*

Dado el tenor del artículo 116, los Directores Regionales del SII comenzaron a delegar sus funciones jurisdiccionales en cualquier funcionario de ese servicio público, fuera este letrado o no. Si bien la doctrina especializada denunció que esta práctica violaba una serie de preceptos y principios de rango constitucional, el SII mantuvo su actuar amparado en el texto expreso del artículo 116. A mayor abundamiento, dicho artículo parecía ser sólo una aplicación particular de la regla general establecida por el artículo 6º letra B N° 7 antes transcrito, el cual permitía la delegación de virtualmente cualquier potestad pública atribuida por ley a los Directores Regionales en otro funcionario del SII.

Durante la vigencia del antiguo artículo 80 de la CP, el cual entregaba el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad a la Corte

Suprema, la práctica del SII antes descrita fue objeto recurrente de impugnación constitucional. Al respecto, y no obstante ciertas vacilaciones jurisprudenciales, la opinión de la Corte Suprema en los años que precedieron a la Reforma Constitucional 2005 fue la inconstitucionalidad de la delegación jurisdiccional del artículo 116 del CT, lo que aparece con indiscutible claridad en los fallos de ese período.<sup>4</sup>

Luego de la Reforma Constitucional 2005, la cual entregó el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al TC, la discusión adquirió inusitado vigor con la presentación de decenas de tales recursos en contra del precepto legal en cuestión. El TC invariablemente acogió tales acciones, preparando de esa forma la declaración de inconstitucionalidad *erga homines* del artículo 116 en la Sentencia objeto de este artículo.

### III. Por qué el artículo 116 del CT es inconstitucional

Revisaremos a continuación, brevemente, las principales razones que se han venido esgrimiendo durante años para sostener la inconstitucionalidad del artículo 116 del CT.

#### 1. La jurisdicción no es delegable

La indelegabilidad de la función jurisdiccional es incuestionable en nuestro derecho. Tal y como señala el profesor Francisco Hoyos H., una característica esencial de la jurisdicción es su *"Indelegabilidad. Prorrogar la jurisdicción supondría transferir un juez a otro no ya la posibilidad de juzgar, sino su calidad de tal. En realidad, ésta es una característica que, por obvia, nadie ha discutido jamás"*.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Corte Suprema, rol N° 3.661-2004 (11/11/2005); Corte Suprema, rol N° 3.009-2005 (20/10/2005); Corte Suprema, rol N° 3.965-2004 (14/10/2005); Corte Suprema, rol N° 3.874-2003 (29/9/2005); Corte Suprema, rol N° 3.727-2004 (29/9/2005); Corte Suprema, rol N° 2.977-04 (5/8/2005); Corte Suprema, rol N° 882-2004 (5/8/2004). Véanse también, a modo de ejemplo, los siguientes fallos acogiendo la tesis de la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: Corte Suprema, rol N° 4.583-2005 (16/3/2006); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5.190-1999 (21/4/2005); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 697-2000 (18/4/2005); Corte Suprema, rol N° 1.589-2003 (18/3/2005); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5.592-1998 (10/1/2005); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7.172-1997 (18/11/2004); Corte Suprema, rol N° 3.228-2003 (5/11/2004); Corte Suprema, rol N° 2.536-2003 (27/7/2004); Corte Suprema, rol N° 2.000-2003 (4/6/2003); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 1.354-98 (24/10/2002); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5.157-2002 (1/7/2002); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 656-1997 (29/3/2001); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7.311-97 (12/10/2000); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5.294-96 (7/9/2000); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 4.618-96 (30/8/2000); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2.045-97 (1/8/2000); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 6.689-96 (26/7/2000); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5.873-96 (5/6/2000).

<sup>5</sup> Francisco Hoyos Henrichson, *Temas Fundamentales de Derecho Procesal* (Santiago, ConoSur, 2001), pág. 23.

Esta doctrina de la indelegabilidad de la jurisdicción ha sido confirmada insistentemente por los Tribunales de Justicia,<sup>6</sup> la doctrina nacional,<sup>7</sup> e incluso por el TC.<sup>8</sup>

En efecto, aceptar que la jurisdicción es delegable implicaría la violación directa de principios tan fundamentales en nuestro sistema constitucional como lo son el principio de legalidad, el de supremacía constitucional y el de inexcusabilidad.

En relación al principio de legalidad, sabemos que en virtud de los artículos 6<sup>º</sup> y 7<sup>º</sup> de nuestra CP, los órganos del Estado sólo actúan válidamente dentro de su competencia, y que sólo la CP y ley pueden atribuir potestades públicas, nunca los actos administrativos.<sup>9</sup> Siendo la jurisdicción una potestad pública<sup>10</sup> de la mayor importancia, vulnera el principio de legalidad que un órgano del Estado asuma funciones jurisdiccionales en virtud de una mera delegación, la cual constituye un acto administrativo y no legislativo.

Más aún, el principio de legalidad en materia de atribución de funciones jurisdiccionales goza de una consagración expresa adicional a la genérica de los artículos 6<sup>º</sup> y 7<sup>º</sup> antes señalada. En efecto, el artículo 76 de la CP dispone que:

*“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.*

<sup>6</sup> Corte Suprema, rol N° 4.583-2005 (16/3/2006); Corte Suprema, rol N° 3.965-2004 (14/10/2005); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 697-2000 (18/4/2005); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5.592-1998 (10/1/2005); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7.172-1997 (18/10/2004); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 1.354-1998 (24/10/2002), y Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5.157-2002 (1/7/2002); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7.311-97 (12/10/2000); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 6.689-96 (26/7/2000); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5.873-96 (5/6/2000).

<sup>7</sup> José Luis Cea Egaña, *Teoría del Gobierno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000), p. 244; José Quezada Meléndez, *Derecho Procesal Civil Chileno: La Jurisdicción* (Santiago, Ediar Editores, 1984), p. 49; Rodrigo Ugalde Prieto, *La Delegación de Facultades Jurisdiccionales frente a la Constitución*, Cuadernos de Análisis Jurídicos N°31, febrero 1996, 409-426, p. 409; Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial Tomo I*, (Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941), p. 549; Juan Colombo Campbell, *La Competencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959), p. 29, y Manuel Urrutía Salas, *Manual de Derecho Procesal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949), p. 169; Rodrigo Ugalde Prieto, *Reforma a la Justicia Tributaria*. Rev. Actualidad Jurídica N°5, Enero 2002, 129-141, p. 131.

<sup>8</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 346 (8/4/2002), considerando 56º.

<sup>9</sup> Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional Tomo IV* (2a ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), p. 146; José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno Tomo I* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002), p. 250; Enrique Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales Tomo III* (2a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), p. 445; Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales Tomo II*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996) p. 54.

<sup>10</sup> Francisco Hoyos Henrichson, *Temas Fundamentales de Derecho Procesal* (Santiago, ConoSur, 2001), p. 6; y Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial Tomo I*, (Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941), p. 543.

El texto constitucional es claro: sólo los tribunales pueden ejercer la función jurisdiccional, cuya creación, organización y atribuciones son materia de ley orgánica constitucional, según lo dispone en forma explícita e inequívoca el artículo 77 de la CP. Es evidente entonces que la delegación de tales funciones, por medio de un simple acto administrativo, vulnera el principio de legalidad en materia de jurisdicción.

En cuanto al principio de supremacía constitucional, este es directamente afectado por lo señalado previamente. Si la CP ha manifestado en forma genérica (artículos 6º y 7º) y específica (artículos 76 y 77) que la jurisdicción no es delegable por medio de un acto administrativo, dar validez a la delegación de la misma por vía administrativa significa desconocer la superioridad jerárquica y valórica de la CP. No puede haber supremacía constitucional si normas que ella prohíbe son aplicadas por los órganos del Estado, en abierta contravención al mandato del artículo 6º inciso primero de la Carta Fundamental (*"Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella"*).

Finalmente, la delegación de funciones jurisdiccionales contravendría el principio de inexcusabilidad de los jueces, consagrado en el artículo 76 inciso 2º de la CP, así como en los artículos 10 inciso 2º y 112 del Código Orgánico de Tribunales. En efecto, la norma constitucional mencionada dispone que:

*"Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, [los tribunales establecidos por la ley] no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión"*.

El principio de inexcusabilidad exige que el tribunal que la ley ha constituido y al cual ha otorgado jurisdicción sea efectivamente quien conozca y resuelva la contienda correspondiente. Es aquel y no otro el llamado a realizar tal labor jurisdiccional. En consecuencia, ningún tribunal puede eximirse de esta obligación transfiriéndola a otro tribunal, menos aún si este no ha sido siquiera constituido como tal por el legislador.<sup>11</sup>

El principio anterior se vincula al concepto mismo de las potestades públicas, las cuales constituyen un poder-deber para los órganos públicos a quienes les son asignadas. En otras palabras, su ejercicio no es sólo una facultad para tales órganos, sino también una obligación si concurren los supuestos necesarios. Siendo la jurisdicción una potestad pública,<sup>12</sup> es claro que su ejercicio no es optativo o voluntario para los tribunales de justicia competentes. En efecto,

<sup>11</sup> Corte Suprema, rol N° 4.583-2005 (16/3/2006), citando a Quezada Melendez en su obra *La Jurisdicción. Derecho Procesal Civil Chileno*, Ediar Editores Limitada, p. 49.

<sup>12</sup> Ver supra nota 10.



la jurisdicción es un poder-deber, tal y como lo ha reconocido en más de una ocasión el TC.<sup>13</sup> En consecuencia, los tribunales designados por la ley están obligados a ejercer la función jurisdiccional, sin que exista la posibilidad de eximirse por el mero arbitrio de la delegación. De no ser así, el resultado práctico sería que el ejercicio de la potestad correspondiente quedaría a la sola voluntad del órgano en cuestión.

En definitiva, como señala el profesor Mario Cassarino Viterbo *“la jurisdicción, más que una facultad, es un verdadero deber”*,<sup>14</sup> cuestión que excluye de plano su delegación.

Recapitulando lo señalado, nos parece evidente que la delegación jurisdiccional contemplada en el artículo 116 del CT es inconstitucional, por cuanto vulnera principios constitucionales tan relevantes como lo son los de legalidad, supremacía constitucional e inexcusabilidad.

## **2. El Director Regional, así como el funcionario designado por él, son tribunales que ejercen jurisdicción**

Se ha argumentado que los Directores Regionales del SII no ejercen jurisdicción al conocer y fallar causas tributarias, por cuanto no se trataría de un “tribunal”, sino de un órgano público ejerciendo potestades administrativas, el cual no forma parte del Poder Judicial. En consecuencia, la prohibición de delegación de funciones analizada en la sección precedente no sería aplicable a los Directores Regionales del SII.

Nos parece que la afirmación anterior es errónea. El hecho que los Directores Regionales sean funcionarios del SII es irrelevante para los efectos de considerarlos o no como un tribunal que ejerce jurisdicción. Del mismo modo, afirmar que sólo quienes pertenecen al Poder Judicial ejercen jurisdicción es absurdo,<sup>15</sup> particularmente en materia jurisdiccional constitucional, toda vez que el propio TC no pertenece al Poder Judicial.

La definición de jurisdicción otorgada por el TC es la siguiente: *“el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan*

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 386 (7/10/2003), Tribunal Constitucional, rol N° 346 (8/4/2002); Tribunal Constitucional, rol N° 340 (6/11/2001), y Tribunal Constitucional, rol N° 205 (1/2/1995); Tribunal Constitucional, rol N° 165 (19/1/1993).

<sup>14</sup> Mario Cassarino Viterbo, *Manual de Derecho Procesal, Tomo I*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, p. 54.

<sup>15</sup> Enrique Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales Tomo II*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 144; José Luis Cea Egaña, *Teoría del Gobierno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000, pp. 172 y 173.

*en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir”.*<sup>16</sup>

Al analizar la definición precedente es fácil percatarse de que aquella describe exactamente lo que hacen los Directores Regionales del SII en virtud del artículo 116 del CT. En efecto, dichos funcionarios:

i) Conocen conflictos de relevancia jurídica (artículo 115 del CT: *“El Director Regional conocerá en primera o en única instancia, según proceda, de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias”*), y

ii) Dictan sentencia definitiva resolviendo tales conflictos (artículo 130, 136 y siguientes del CT. Cabe también citar como ejemplo el artículo 137: *“En la sentencia que falle el reclamo, el Director Regional deberá establecer si el negocio es o no de cuantía determinada y fijarla, si fuere posible”*).

Adicionalmente, no es correcto postular que un órgano público no puede, por su propia naturaleza, convertirse en un tribunal que ejerce jurisdicción. La verdad es que la situación es exactamente la inversa; es el ejercicio de jurisdicción lo que hace de un órgano un tribunal. Es así como *“la jurisdicción es privativa de los tribunales de justicia, de tal modo que el órgano público que esté investido por la ley de esta facultad tiene por ese sólo hecho el carácter de tribunal. O sea, es la función la que da carácter al órgano y no el órgano a la función”*.<sup>17</sup>

Este mismo criterio es el que adoptó nuestro constituyente. En efecto, podemos encontrar en la historia fidedigna de la CP lo siguiente:

*“El señor Diez señala que, en este evento, habría que aclarar que por órgano que ejerce jurisdicción se entiende a los tribunales administrativos, fiscales, Impuestos Internos, Contraloría General de la República, tribunales arbitrales, etcétera. O sea, todo órgano que tenga facultad para dictar una resolución o fallo, llámese como se llame, que afecte a la situación de una persona”*.<sup>18</sup> Nótese que se enumera específicamente al SII, órgano claramente perteneciente a la Administración Pública, como ejemplo de tribunal que ejerce jurisdicción.

La calidad de tribunal del SII cuando ejerce jurisdicción es evidente para la doctrina y la jurisprudencia, y se lo utiliza como ejemplo de tribunal especial.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 165 (19/1/1993).

<sup>17</sup> Juan Colombo Campbell, *La Competencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959, p. 29, pág. 44.

<sup>18</sup> *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio*, sesión 103, pág. 14.

<sup>19</sup> Iris Vargas Delgado, *La Garantía del Justo y Racional Procedimiento en la Jurisdicción Tributaria*, R. Ch. D., Vol. 25 N° 3, 1998, 549-563, p. 555; Mario Cassarino Viterbo, *Manual de Derecho Procesal Tomo I*,

La propia Corte Suprema ha confirmado el carácter de tribunal de los Directores Regionales del SII. En efecto, existen diversos ejemplos que dan testimonio del ejercicio de facultades disciplinarias por parte de la Corte Suprema sobre los Directores Regionales.<sup>20</sup> De acuerdo a lo establecido en el artículo 82 de la CP, la Corte Suprema sólo puede ejercer tales facultades sobre los “tribunales de la Nación”. En consecuencia, la aplicación de sanciones disciplinarias a los Directores Regionales del SII nos demuestra que la Corte Suprema considera a aquellos como “tribunales”.

A todo lo anterior se suman argumentos de interpretación legal. En efecto, tanto el elemento gramatical como el lógico-sistemático, aplicados a las normas del CT, nos señalan que los Directores Regionales del SII son considerados por dicha norma como un tribunal que ejerce jurisdicción. Es así como el encabezado del Título I del Libro Tercero del CT, el cual comienza con los artículos 115 y 116 antes citados, se denomina “De los tribunales”. No puede ser más evidente entonces que, en la lógica del CT, los Directores Regionales del SII son un tribunal, toda vez que son el primer órgano llamado a conocer y fallar las controversias que se mencionan en el Título del CT especial y exclusivamente destinado a “Los Tribunales”.

Más aún, de la simple lectura del Libro Tercero en su conjunto (“De los tribunales, de los procedimientos y de la prescripción”), aparece claramente que el CT se refiere en ese Libro al ejercicio de la jurisdicción contenciosa en materia tributaria. Refiriéndose en particular a los Directores Regionales del SII, es común encontrar términos tales como “tribunal de primera instancia”, “sentencia”, “tribunal”, etc. De las resoluciones de los Directores Regionales del SII se puede “apelar” a la Corte de Apelaciones que corresponda, así como recurrir “de casación” ante la Corte Suprema.

Mayor similitud entre la posición de un Juzgado de Letras y los Directores Regionales del SII no podría existir, cuestión confirmada con lo dispuesto por el artículo 148 del CT, el que hace supletoriamente aplicable a los procedimientos regulados en el Libro Tercero del CT las “Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento” del Código de Procedimiento Civil.

4<sup>o</sup> ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, p. 54; Rodrigo Ugalde Prieto, *La Delegación de Facultades Jurisdiccionales frente a la Constitución*, Cuadernos de Análisis Jurídicos N° 31, febrero 1996, 409-426, p. 414. Véase también Corte Suprema, rol N° 3.661-2004 (11/11/2005); Corte Suprema, rol N° 3.009-2005 (20/10/2005); Corte Suprema, rol N° 3.965-2004 (14/10/2005); Corte Suprema, rol N° 3.874-2003 (29/9/2005); Corte Suprema, rol N° 1.589-2003 (18/3/2005); Corte Suprema, rol N° 3.228-2003 (5/11/2004); Corte Suprema, rol N° 2.536-2003 (27/7/2004).

<sup>20</sup> Véase por ejemplo: Corte Suprema, rol N° 31.538 (20/3/96); Corte Suprema, rol N° 22.842 (18/5/1994); Corte Suprema, rol N° 22.843 (28/4/1994); Corte Suprema, rol N° 255 (3/5/1993); Corte Suprema, rol N° 3.709 (14/5/1991), y Corte Suprema, rol N° 4.519 (15/12/1988).

Por lo demás, la naturaleza jurisdiccional de las funciones de los Directores Regionales del SII y de sus delegados, en virtud del artículo 116 del CT, ha sido expresamente reconocida como tal por los Tribunales de Justicia.<sup>21</sup>

En definitiva, el conjunto de argumentos antes expuestos nos llevan a una conclusión evidente: los Directores Regionales del SII, al desempeñar las funciones que les otorga el artículo 115 del CT, se convierten en un tribunal que ejerce jurisdicción. Más allá de argumentaciones formalistas, en derecho las cosas son lo que son, y no se puede pretender que un funcionario público que ejerce las facultades jurisdiccionales del artículo 115 quede exento de las limitaciones y características propias de dicha función por el sólo hecho de ser parte de la Administración Pública.<sup>22</sup> Por el contrario, los Directores Regionales del SII, al realizar labores jurisdiccionales, deben someterse a las normas comunes a todo órgano que ejerce jurisdicción, entre ellas, su establecimiento por ley, la imposibilidad de delegar tales funciones y la observación de las reglas del debido proceso.

### 3. Los órganos que ejercen jurisdicción deben ser creados por ley (principio de reserva legal estricto)

La Constitución Política de la República establece un principio claro de reserva legal estricto en relación a los órganos que ejercen jurisdicción. En efecto, el artículo 76 de la Carta Fundamental dispone que:

*“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.*

El principio de que sólo los tribunales establecidos por la ley pueden ejercer jurisdicción es un fundamento indiscutible de nuestro sistema jurídico-político-institucional. La doctrina<sup>23</sup> y la jurisprudencia<sup>24</sup> están contestes en esta materia.

<sup>21</sup> Corte Suprema, rol N° 1.589-2006 (18/3/2005); Corte Suprema, rol N° 2.536-2003 (27/7/2004); Corte Suprema, rol N° 4.329-2001 (31/12/2001); Corte Suprema, rol N° 4.037-2001 (21/11/2001); Corte Suprema, rol N° 3.533-2001 (10/10/2001); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7.892-2000 (25/8/2005); Corte Suprema, rol N° 3.335-2001 (20/9/2001); Corte Suprema, rol N° 3.417-2001 (13/9/2001); Corte Suprema, rol N° 2.942-2001 (23/8/2001); Corte Suprema, rol N° 1.760-1997 (13/7/2001); Corte Suprema, rol N° 1.850-01 (7/6/2001); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7.311-99 (12/10/2000); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5.294-96 (7/9/2000); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 4.618-96 (30/8/2000); Corte Suprema, rol N° 2.402-00 (27/8/2000); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 6.689-96 (26/7/2000); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5.873-96 (5/6/2000).

<sup>22</sup> Por el contrario, la pertenencia de un tribunal a la Administración Pública debiera significar mayores limitaciones y garantías para quienes quedan sujetos a su jurisdicción.

<sup>23</sup> Enrique Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales Tomo II*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 143; Mario Verdugo Marinkovic et al, *Derecho Constitucional Tomo II*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 202; Alejandro Silva Bascañan, *Tratado de Derecho Constitucional Tomo VIII*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 64; Fernando Saenger G., *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: Jurisprudencia 1980 – 2003*, Rev. Estudios Constitucionales N° 1, Año 1, 2003, 401-486, p. 472.

<sup>24</sup> Corte Suprema, rol N° 4.583-2005 (16/3/2006); Corte Suprema, rol N° 3.965-2004 (14/10/2005); Corte Suprema, rol N° 3.874-2003 (19/9/2005); Corte Suprema, rol N° 3.228-2003 (5/11/2004);

Es así como no cabe duda que "nuestro sistema jurídico establece a la ley como única fuente creadora de los tribunales y deja excluido todo otro tipo de origen distinto".<sup>25</sup>

Más aún, se trata de una reserva legal especialmente calificada. En primer término, no cualquier ley puede establecer tribunales, sino sólo leyes orgánicas constitucionales, tal y como lo establece expresamente el artículo 77 de la CP:

*"Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República".*

Como consecuencia de lo anterior, la creación de tribunales jamás puede ser delegada en el Ejecutivo. En efecto, el inciso segundo del artículo 64 de la CP prohíbe expresamente la delegación de facultades legislativas por parte del Congreso Nacional en el Presidente de la República en materias "que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales". Dada la redacción del artículo 77 antes transcrito, la facultad de crear y organizar tribunales vía decretos con fuerza de ley le queda completa y terminantemente prohibida al Presidente de la República.

En segundo lugar, la propia CP introduce un trámite especial en el proceso de formación de las leyes que determinan la organización y atribuciones de tribunales. Es así como el inciso segundo del artículo 77 establece que:

*"La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva."*

En otras palabras, la organización y las atribuciones de tribunales que ejercen jurisdicción requieren no sólo de una ley, sino que aquella debe ser aprobada por una mayoría particularmente importante de las dos Cámaras (4/7 de los miembros en ejercicio en cada una de ellas, según lo dispone el artículo 66 de la CP), y previa intervención de la Corte Suprema. A mayor abundamiento, el proyecto de ley aprobado por el Congreso debe someterse a control de constitucionalidad obligatorio por parte del TC, según lo dispone el artículo 93 N° 1 de la CP. En consecuencia, consideraciones sistemáticas y teleológicas

---

Corte Suprema, rol N° 2.536-2003 (27/7/2004); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 656-1997 (29/3/2001); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5.294-96 (7/9/2000); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 4.618-96 (30/8/2000); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2.045-97 (1/8/2000); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 6.689-96 (26/7/2000); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5.873-96 (5/6/2000).

<sup>25</sup> Corte Suprema, rol N° 3.661-2004 (11/9/2005).

nos llevan a afirmar que este tipo de leyes, las creadoras y organizadoras de tribunales, son particularmente importantes para el constituyente, al punto de exigir para su aprobación la existencia de un consenso político substancial, así como la intervención directa de todos los poderes clásicos del Estado e incluso del TC.

Resulta evidente, por tanto, que el cuidado tratamiento constitucional sobre la creación y organización de órganos que ejercen jurisdicción excluye, en forma categórica, su sustitución por normas de rango administrativo. Ninguna norma administrativa, en circunstancia alguna, puede crear u organizar tribunales que ejerzan jurisdicción.<sup>26</sup>

En contravención a lo anterior, el artículo 116 del CT permitía que el tribunal de primera instancia en causas tributarias no fuera el tribunal establecido por ley (el Director Regional), sino que un funcionario nombrado en virtud de la correspondiente resolución delegatoria emanada del Director Regional. En otras palabras, un simple acto administrativo creaba un tribunal.

Se ha argumentado que no sería el acto administrativo quien crea el tribunal, sino la misma ley (artículo 115 en relación al artículo 116, ambos del CT). Discrepamos. El hecho de que la ley faculte a los Directores Regionales del SII a designar un tribunal es precisamente eso: una autorización para que se nombre un tribunal por medio de un acto administrativo, por lo que a la pregunta: ¿De dónde emana entonces la jurisdicción de ese tribunal?, sólo cabe responder: de un acto administrativo. Es más, en las sentencias dictadas por estas personas se solía invocar a la respectiva resolución delegatoria como la fuente o título habilitante de su actividad jurisdiccional.

A este respecto, cabe recordar que el principio de legalidad estricta en comento exige al legislador más que una mera referencia o creación genérica y vaga de tribunales que ejercen jurisdicción. Por el contrario, la ley debe ser capaz de identificar en forma precisa y autosuficiente el órgano jurisdiccional correspondiente. En palabras de don Alejandro Silva Bascuñán: *"El requisito de legalidad como base de la jurisdicción se cumple cabalmente siempre que de modo explícito la letra de un precepto de rango y jerarquía legal señale, en términos expresos y directos, cuál es el órgano llamado a desempeñar la función de carácter judicial que le encomiende"*.<sup>27</sup> En la situación en estudio la ley no cumple con este mandato

<sup>26</sup> Al respecto, don Alejandro Silva Bascuñán señala: *"la única autoridad que puede crear tribunales con carácter permanente es la ley. Ningún tipo de normas de derecho de jerarquía inferior (reglamentos, decretos, etc.) puede dar origen a tribunales"*, *Tratado de Derecho Constitucional Tomo VIII*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 64.

<sup>27</sup> Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional Tomo VIII*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 64.

constitucional, pues no designa en forma directa, expresa y completa al tribunal tributario, reservando tal labor a la Administración.

Finalmente, cabe destacar que el principio de legalidad estricta en materia de creación de tribunales está especialmente reafirmado por la CP para el caso de reclamaciones contra órganos del Estado. En efecto, el inciso 2° del artículo 38 de la CP dispone que:

*“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley (...)”.*

Las reclamaciones tributarias se insertan plenamente en el ámbito de aplicación de esta norma, ya que se refieren a supuestas lesiones de derechos causadas por un órgano de la Administración del Estado (el SII) mediante un acto administrativo (liquidaciones y giros). En consecuencia, el artículo 116 del CT no sólo viola el principio de legalidad “genérico”, sino también la variante específica del mismo consagrada en el artículo 38 de la CP.

#### **4. Incompatibilidad con normas constitucionales sobre el debido proceso**

La Constitución de 1980 asegura una serie de garantías procesales mínimas en su artículo 19 N° 3. Aquellas se aplican a todo órgano que ejerza jurisdicción<sup>28</sup> (incluyendo el SII<sup>29</sup>) tal y como ha señalado el TC,<sup>30</sup> por lo que también son vinculantes para los tribunales tributarios.

Particular relevancia para nuestro análisis presentan los incisos 4° y 5° del citado precepto constitucional, los cuales disponen:

*“Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”.*

*“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.*

<sup>28</sup> Enrique Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales Tomo II*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p.143; José Luis Cea Egaña, *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 274.

<sup>29</sup> Supra notas 19 y 20.

<sup>30</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 198 (4/1/1995).

La delegación de facultades permitida por el artículo 116 es incompatible con al menos dos de las garantías constitucionales antes transcritas.

i) Prohibición de comisiones especiales

El TC ha definido comisión especial como “*todo órgano que usurpa atribuciones jurisdiccionales y pretende asumirlas sin haber sido atribuido de ellas conforme a derecho*”.<sup>31</sup>

En otras palabras, la garantía constitucional en comento contempla el derecho a ser juzgado por un tribunal establecido por ley. Adicionalmente, ese tribunal debe haber sido creado por la ley antes de los hechos que dan motivo al litigio.<sup>32</sup>

Es claro que el ejercicio de jurisdicción por parte de los delegados del Director Regional viola este derecho fundamental, constituyéndose aquellos en comisiones especiales. Los “jueces tributarios” no fueron establecidos directamente por la ley, sino que sus funciones jurisdiccionales les fueron atribuidas por un acto administrativo, cual es la resolución delegatoria correspondiente. Nos remitimos en esta materia a lo señalado en la sección III c) precedente.

ii) Procedimiento racional y justo.

Si bien el contenido preciso que debemos otorgar a esta expresión es una función del contexto,<sup>33</sup> y por tanto varía según las condiciones particulares en análisis, existen ciertos criterios mínimos aplicables a todo órgano que ejerce jurisdicción. Entre tales garantías esenciales, interesa destacar en este análisis la independencia e imparcialidad del tribunal,<sup>34</sup> las que son completamente ignoradas por la delegación de jurisdicción autorizada por el antiguo artículo 116 del CT.

<sup>31</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 184 (7/3/1994).

<sup>32</sup> Esta cuestión quedó definitivamente zanjada por la Reforma Constitucional 2005 (D.O. 26/8/2005). Véase Francisco Zuñiga Urbina, “Derechos fundamentales y garantías en la reforma constitucional” en: Humberto Nogueira Alcalá et al, *La Constitución Reformada de 2005*, Librotecnia, 2005, pp. 130 y ss., y Emilio Pfeffer Urquiaga, *Reformas Constitucionales 2005*, Editorial Jurídica, 2005, p. 69. Para una visión histórica u originalista, véase Enrique Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales Tomo II*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p.143.

<sup>33</sup> Este punto aparece con claridad en la génesis de la Constitución de 1980. Véase a este respecto Enrique Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales Tomo II*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p.148, citando su propia intervención en las discusiones de la Comisión Ortúzar. Véase también José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno Tomo II*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p. 156.

<sup>34</sup> José Luis Cea Egaña, *Teoría del Gobierno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000, p. 191; Enrique Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales Tomo II*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p.144.



En primer término, un tribunal es imparcial cuando su “actuar es objetivo, dirigido sólo por la justicia y que, para realizarla, vence o rechaza cualquier circunstancia extraña a su oficio”.<sup>35</sup> Lo anterior supone, entre otras cosas, la independencia de ese tribunal, la cual implica “impartir justicia prescindiendo de conductas impropias, derivadas de la subordinación y dependencia (...)”.<sup>36</sup>

Los delegados del Director Regional del SII, sin embargo, constituyen un tribunal que no otorga garantías suficientes de imparcialidad ni independencia. En efecto, ¿qué garantía de imparcialidad puede existir en juicios entre particulares y el SII cuando el juez llamado a conocer y fallar tales litigios es nada menos que un funcionario del mismo SII? Más aún, ¿puede asegurarse la independencia de aquel que fue designado para el cargo frente a su designante, siendo este último un funcionario de mayor jerarquía dentro del mismo servicio público? La situación es injustificable: no sólo una parte de la disputa es a la vez juez de la misma, sino que el juez delegado carece de un estatuto que ofrezca las garantías mínimas de independencia. Estas anomalías son tan evidentes que no resisten mayor análisis, y así han sido denunciadas por la doctrina<sup>37</sup> y la jurisprudencia.<sup>38</sup>

En otras palabras, las garantías procesales mínimas exigen del Estado crear las condiciones necesarias para asegurar la adecuada independencia de los órganos que ejercen jurisdicción. Este deber es un mandato constitucional, el cual se encuentra manifiestamente incumplido en el caso de los jueces tributarios. En efecto, la estructura, organización y funcionamiento de tales tribunales no otorgan las más elementales seguridades a los ciudadanos en materia de imparcialidad e independencia.

Lo anterior no son sólo conjeturas abstractas. La obediencia de los Directores Regionales del SII hacia el Director Nacional de la referida repartición pública tiene

<sup>35</sup> Jose Luis Cea Egaña, *Teoría del Gobierno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000, p. 185.

<sup>36</sup> Jose Luis Cea Egaña, *Teoría del Gobierno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000, p. 185.

<sup>37</sup> Iris Vargas Delgado, *La Garantía del Justo y Racional Procedimiento en la Jurisdicción Tributaria*, R. Ch. D., Vol. 25 N°3, 1998, 549-563, p. 557-559; Javier Tapia C., *Bases Para Un Debido Proceso Tributario: Tres Teorías acerca de la Relación Entre el Estado y los Contribuyentes*, R. Ch. D., vol. 32 N° 2, 2005, 329-362, p. 351; Francisco De la Barra Correa y Eduardo Morales Robles, *Una Alternativa de Tribunales Tributarios*, Rev. Der. Univ. Finis Terrae, Año IV, N° 4, 2000, 141-162, p. 141; Andrés Bordalí Salamanca, *Comentario Sentencia de Inaplicabilidad Sobre la Inconstitucionalidad del Juez Tributario (Corte Suprema)*, Rev. Der. Vol. XVII – diciembre 2004, 227-250, p. 250. Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional Tomo VIII*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 66; Patricio Figueroa Velasco, *El Estado de Derecho y la Justicia Tributaria*, Rev. Actualidad Jurídica N° 5, enero 2002, 123-127, p. 125; Rodrigo Ugalde Prieto, *La Delegación de Facultades Jurisdiccionales frente a la Constitución*, Cuadernos de Análisis Jurídicos N° 31, febrero 1996, 409-426, p. 417.

<sup>38</sup> Corte Suprema, rol N° 1.589-2003 (18/3/2005); Corte Suprema, rol N° 3.228-2003 (5/11/2004); Corte Suprema, rol N° 2.000-2003 (4/6/2003); Corte de Apelaciones de Iquique, rol N° 37.321 (9/1/2001).

una consagración legal expresa (artículo 6° letra B N° 10 del CT: *“los Directores Regionales en el ejercicio de sus funciones deberán ajustarse a las normas e instrucciones impartidas por el Director”*), la cual no distingue entre funciones jurisdiccionales y otras funciones administrativas, por lo que la obediencia se debe siempre.

A mayor abundamiento, la sumisión de los tribunales tributarios a sus superiores jerárquicos dentro del SII se vio fomentada por la normativa interna de ese servicio. Es así como la Circular N° 65 de 1999 del Director Nacional del SII señala que: *“los Tribunales Tributarios, tienen como rol fundamental resolver los conflictos de carácter tributario, en una primera instancia, con justicia, equidad y con independencia plena para apreciar los hechos de la causa que se les propone. En tal sentido los Tribunales Tributarios deben aplicar la ley tributaria otorgándole el sentido y alcance dado en la interpretación oficial, para su aplicación en el análisis de un caso concreto, a fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes en forma justa y equitativa”*. En otras palabras, el Director Nacional del SII instruye a sus subordinados acerca de cómo deben interpretar y aplicar las normas tributarias. Se trata de órdenes que se refieren específicamente para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y no de sus funciones propiamente administrativas.

Si combinamos las disposiciones de la circular antes transcrita con el deber legal de obediencia de los tribunales tributarios hacia el Director Nacional (artículo 6 letra B N° 10 del CT), las consecuencias para la independencia e imparcialidad del juez tributario son devastadoras. A modo de ejemplo, un destacado autor señala lo siguiente: *“si el juez le encuentra la razón al contribuyente, sobre una norma que ya ha sido interpretada por el Director, deberá consultársele si formalmente cambia de criterio. De no ocurrir y aun cuando tenga el convencimiento de la razón que le asiste al contribuyente, el juez indefectiblemente deberá fallar denegando el reclamo del contribuyente”*.<sup>39</sup> En este contexto, es difícil pensar que los jueces tributarios se sientan en la libertad de ignorar, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, las instrucciones que al respecto han recibido de quien tiene en sus manos su destino profesional y a quien deben obedecer por imperativo legal.

En definitiva, todo lo anterior nos conduce a una conclusión evidente: sin perjuicio de la calidad humana y la honorabilidad de las personas concretas que se desempeñan como jueces tributarios, su sistema de nombramiento, de mantenimiento en el cargo y desempeño del mismo, así como su situación funcionaria, no dan garantías suficientes de independencia e imparcialidad en la forma exigida por nuestra CP. La mujer del César no sólo debe serlo, sino parecerlo.

<sup>39</sup> Franco Brzovic González, *Presentación del Seminario sobre Justicia Tributaria*, Rev. Der. Univ. Finis Terrae, Año IV, N° 4, 2000, 129-134, p. 131. Véase también Iris Vargas Delgado, *La Garantía del Justo y Racional Procedimiento en la Jurisdicción Tributaria*, R. Ch. D., Vol. 25 N° 3, 1998, 549-563, p. 558.

## 5. Violación de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos (Pacto de San José)

El inciso segundo del artículo 5° de la CP dispone lo siguiente:

*“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emana de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.*

El texto transcrito establece un verdadero mandato del constituyente a todos los órganos del Estado, cual es el respeto y promoción de los derechos fundamentales. Afirma además que tales derechos no son sólo aquellos comprendidos en el texto constitucional, sino también los que se encuentran en tratados internacionales vigentes en Chile.

El Pacto de San José es precisamente uno de aquellos tratados que contemplan derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, el cual fue ratificado por Chile y que se encuentra plenamente vigente en nuestro país desde el 5 de enero de 1991. En consecuencia, los órganos del Estado, incluyendo por cierto al SII, deben respetar los derechos contenidos en ese tratado.

El artículo 8 del Pacto de San José establece que:

*“Toda persona tienen derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.*

Tal y como hemos señalado previamente, los delegados del Director Regional del SII constituyen un tribunal que no cumple con los estándares mínimos de independencia e imparcialidad y que tampoco ha sido debidamente establecido por la ley (véase la argumentación desarrollada en la sección III 3. precedente).

Dado que el respeto a los derechos consagrados en el Pacto de San José obliga a los órganos del Estado no sólo por su carácter de norma interna vinculante, sino que en virtud del mandato expreso del constituyente (artículo 5° antes transcrito), la vulneración de los mismos es inconstitucional e incompatible con el principio de supremacía constitucional.

#### **IV. Síntesis de la Sentencia**

La sentencia es el resultado de un proceso iniciado de oficio por el TC, en virtud de las atribuciones que le otorga el artículo 93 de la CP. Consideración fundamental para la decisión del TC de llevar a cabo este procedimiento fue la dictación previa, por el mismo TC, de cuatro sentencias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 116 del CT.

Luego de identificar y verificar en la especie la concurrencia de los presupuestos procesales necesarios para el ejercicio de la acción de declaración de inconstitucionalidad (i.e., norma impugnada de rango legal, declarada previamente inaplicable por inconstitucionalidad, iniciación del proceso por acción pública o de oficio por el TC y sustanciación del proceso respectivo), el TC comienza su fallo apelando a la importancia y funciones de esta acción. En primer término, destaca su contribución a la coherencia entre el ordenamiento jurídico (entendido como las normas legales) y la CP. En segundo lugar, relaciona la declaración de inconstitucionalidad con los principios de supremacía constitucional, de concentración de la justicia constitucional, de igualdad ante la ley y de certeza jurídica. En tercer término, afirma que la acción en comento garantiza la presunción de constitucionalidad de la ley, la separación de funciones y el principio de legalidad. Si bien el TC no profundiza en la relación de la declaración de inconstitucionalidad con los principios antes señalados, su simple mención nos demuestra, a lo menos, que el TC concibe a esta acción dentro de un contexto constitucional sistemático y armónico.

Respecto a la cuestión de fondo, señala la Sentencia que la delegación de funciones del Director Regional del SII permitida por el artículo 116 es inconstitucional, por cuanto se trata de una delegación de jurisdicción prohibida por los artículos 5º (soberanía), 76 (jurisdicción como competencia exclusiva de los tribunales establecidos por ley), 6º y 7º (principio de legalidad o juridicidad), 19 Nº 3 y 38 (principio y derecho al juez natural) de la CP. En otras palabras, la Sentencia recoge en su esencia los razonamientos expuestos en las letras a), b), c) y d) de la sección III precedente.

Cabe destacar que el TC hace expresa mención al hecho de que no existe interpretación alguna que permita reconciliar el artículo 116 del CT con las normas constitucionales antes mencionadas. En consecuencia, se declaró la inconstitucionalidad del precepto legal en cuestión, derogándolo a partir de la publicación de la Sentencia en el Diario Oficial.

Existieron dos votos disidentes, quienes consideraron que la facultad delegada por el Director Regional del SII en virtud del artículo 116 del CT es de naturaleza administrativa, no jurisdiccional. En consecuencia, aquella sería legítima y no

adolecería de ninguno de los vicios de inconstitucionalidad que afectarían a una delegación de jurisdicción.

## V. Comentarios críticos a la Sentencia

En términos generales, la Sentencia recoge parte importante de los argumentos presentados por la doctrina y la jurisprudencia en contra del artículo 116 del CT. Si bien se mantiene la línea argumental contenida en los fallos dictados por el TC a propósito de la inaplicabilidad del artículo 116 del CT,<sup>40</sup> se trata de un enfoque más sintético y asertivo, que a su vez utiliza un lenguaje claro y pedagógico, y que agrega ciertas consideraciones propias de la acción de inconstitucionalidad (concentradas particularmente en el capítulo I de la Sentencia).

Tomando como base el enorme e innegable mérito, analizaremos a continuación, brevemente, algunos aspectos que nos parecen particularmente destacables y/o discutibles de la Sentencia.

### 1. Similitud a los fallos de inaplicabilidad del artículo 116 del CT

A primera vista, la similitud entre la argumentación del Tribunal en los casos de inaplicabilidad y en la presente declaración de inconstitucional sería algo natural y esperable. No obstante lo anterior, cabe cuestionar dicha concordancia a la luz de la distinta naturaleza de ambas acciones. En efecto, una de las diferencias fundamentales que justifican la mantención de dos controles diferentes de constitucionalidad *a posteriori* de normas legales por el TC, es que uno de ellos –la inaplicabilidad– sería un control concreto de constitucionalidad, mientras que la segunda acción –la declaración de inconstitucionalidad– correspondería a un control abstracto de constitucionalidad. En el primer caso sería fundamental tomar en debida consideración los hechos y circunstancias del caso real al que se está aplicando la norma legal impugnada, mientras que en el segundo basta la comparación directa y exclusiva de la norma legal cuestionada con la CP.<sup>41</sup>

Tal y como es de público conocimiento,<sup>42</sup> cuando el recurso de inaplicabilidad estaba entregado a la Corte Suprema, aquella nunca demostró en sus sentencias

<sup>40</sup> Tanto las sentencias de inaplicabilidad del artículo 116 como su declaración de inconstitucionalidad fueron redactadas por la señora Ministra Marisol Peña Torres.

<sup>41</sup> Entre la literatura reciente a este respecto destaca Humberto Nogueira Alcalá, "El Control Represivo Concreto y Abstracto de Inconstitucionalidad de Leyes en la Reforma Constitucional 2005 de las Competencias del Tribunal Constitucional y los Efectos de sus Sentencias", en Francisco Zúñiga Urbina et al, *Reforma Constitucional*, LexisNexis, 2005, pp. 593-625, y Gastón Gómez Bernal, "La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional: El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno", en: Francisco Zúñiga Urbina et al, *Reforma Constitucional*, LexisNexis, 2005, pp. 651-684.

<sup>42</sup> Lautaro Ríos Álvarez, "Trascendencia de la Reforma Constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional", en: *Estudios Constitucionales* (Universidad de Talca, Año 3, Nº 1, 2005).

que la consideración a la situación fáctica de los casos fuera un antecedente relevante para fallar el recurso. Por el contrario, tales sentencias demuestran análisis de constitucionalidad completamente desapegados de los hechos y circunscritos al contraste crítico de norma legal y disposición constitucional.

Pues bien, las sentencias del TC en materia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 116 no parecen haber variado la línea jurisprudencial de la Corte Suprema antes mencionada. Aquellos no hacen mayor referencia a los hechos, salvo en cuanto contexto, pero sin que las circunstancias del caso afecten decisivamente el razonamiento del TC. Más aún, quienes hayan alegado tales causas ante el TC sabrán que se les solicita encarecidamente que no se refieran a los hechos del caso –los que serían suficientemente conocidos del TC–, sino sólo al “análisis de constitucionalidad” o análisis de derecho, el que por cierto excluiría las circunstancias de facto del caso en cuestión.

Se revela entonces que no existe completa claridad en cuanto a la aplicación práctica de la diferencia entre una acción concreta y una acción abstracta, ambas de inconstitucionalidad de la ley. Ciertamente el problema no está en la Sentencia, toda vez que la no consideración de hechos concretos es pertinente en esta acción de declaración de inconstitucionalidad. Más aún, la Sentencia contiene un capítulo I que resulta novedoso en relación a los fallos sobre inaplicabilidades del artículo 116 CT, en el que el TC nos otorga su visión acerca de cómo la declaración de inconstitucionalidad cumple un rol particular y fundamental para el ordenamiento institucional. Volveremos sobre este punto en el numeral siguiente.

En definitiva, la muy estrecha cercanía argumental entre los fallos de inaplicabilidad del artículo 116 del CT y la Sentencia debiera impulsar al TC a revisar la forma en que las inaplicabilidades son conocidas o falladas, o al menos cómo tales procesos pudieran ser adecuadamente reflejados en la respectiva sentencia.

## **2. Función fundacional y pedagógica**

Otro aspecto importante a destacar de la Sentencia es que siendo el primer fallo en la historia de Chile que derogaba una norma de carácter legal, era evidente que debía cumplir una función “educativa” y “fundacional” que sirviera de guía para el futuro. En este contexto debe entenderse que el TC haya deslizado en su fallo ciertas consideraciones aclaratorias, tales como la enunciación de los requisitos o presupuestos de la acción de inconstitucionalidad (Considerando Tercero). Del mismo modo, enmarcó la declaración de inconstitucionalidad en un concierto más amplio de normas y fines constitucionales (Considerandos Sexto y Séptimo). Pero tal vez lo más relevante fue la explicación que el TC

otorgó acerca de cómo la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del CT reforzaba la institucionalidad nacional y los principios fundamentales en que aquella se funda.



Es así como el TC señala en su Considerando Séptimo que la declaración de inconstitucionalidad:

*“en nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático. Este principio, reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal, constituye una expresión que concreta la separación de funciones del Estado y su asignación a los órganos competentes, que se encuentra expresamente establecida en el artículo 7°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.*

*Asimismo, el control a posteriori de constitucionalidad de la ley, que puede derivar, como en este caso, en la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6° y 7° de la Constitución”.*

Es claro que el TC intenta de demostrar que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del CT no constituye un ejercicio irresponsable de sus atribuciones, capaz de lesionar el adecuado balance entre los diferentes poderes del Estado. Por el contrario, el TC se preocupa de afirmar que la declaración de inconstitucionalidad es un instrumento al servicio de ese balance institucional, requisito indispensable del Estado de Derecho. Del mismo modo el TC, al reafirmar su compromiso con la doctrina de la presunción de constitucionalidad de la ley, está señalando que en el caso en estudio no le quedó más alternativa que expulsar el artículo 116 del CT, pero que se trata de una excepción que no hace sino confirmar la regla general de deferencia al legislador.<sup>43</sup>

El considerando analizado nos parece razonable, sin embargo, podría no ser suficiente para cumplir a cabalidad con su objetivo “justificador” de la institución. En efecto, una cosa es decir que la declaración de inconstitucionalidad garantiza y no vulnera ciertos principios, y otra cosa es demostrarlo, explicando en detalle y a profundidad el porqué de dicha afirmación. La falta de argumen-

<sup>43</sup> Si bien la doctrina de la presunción de constitucionalidad de la ley o de la deferencia razonada es una creación anglosajona, aquella ha ido ganando espacio en diversas jurisdicciones continentales, cual es el caso de la chilena. Véase a este respecto Patricio Zapata, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Corporación Tiempo 2000, 1994).

tación en esta materia debilita la doctrina que intenta asentar el TC, toda vez que no se demuestra fehacientemente la causalidad de sus dichos (i.e., por qué la declaración de inconstitucionalidad garantiza el respeto debido al legislador).

Siendo ésta una sentencia fundacional en el derecho público chileno, constituía una oportunidad crucial para enraizar sólidamente la declaración de inconstitucionalidad en principios fundamentales de nuestro derecho público, saliendo al paso de las críticas que probablemente seguirían a la dictación de la Sentencia. A mayor abundamiento, la profundización del TC en materias tales como la doctrina de la presunción de constitucionalidad de la ley, o de la visión funcional y evolutiva del principio de separación de funciones, hubiese presentado un enorme valor en sí misma.

A propósito del punto anterior, nos parece pertinente señalar que tampoco quedó constancia expresa en el fallo de los intentos del TC de interpretar la ley de una forma concordante con la CP. El TC afirma en la Sentencia, en diversas ocasiones, su adhesión a la doctrina de la presunción de constitucionalidad de la ley, e incluso señala, en forma inmediatamente anterior a la parte resolutive de su sentencia, lo siguiente:

*“Que las inconstitucionalidades constatadas precedentemente, ligadas, por lo demás, a principios cardinales del derecho público, ya precisados en esta sentencia, no admiten ninguna otra interpretación plausible que no conduzca necesariamente a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario” (Considerando Vigésimo Sexto).*

Nuevamente nos encontramos frente al mismo problema: la Sentencia no refleja en forma suficiente el procedimiento reflexivo y decisorio del TC. Aquella no nos entrega información acerca de las posibilidades de armonización del artículo 116 del CT con la CP que se pudieron haber discutido y descartado. Se trata sin duda de una lástima, por cuanto conocer el ejercicio hermenéutico del TC en esta materia presentaría una gran utilidad formativa y educadora. A mayor abundamiento, permitiría un enriquecedor diálogo entre la doctrina y la jurisprudencia en la definición de criterios y límites a este ejercicio interpretativo.

### **3. Iniciación de oficio del procedimiento de declaración de inconstitucionalidad**

Si bien el TC estaba expresamente autorizado para iniciar de oficio procedimientos de este tipo en virtud de la Reforma Constitucional 2005, no deja de llamar la atención que la primera declaración de inconstitucionalidad de un



precepto legal en la historia de Chile no se haya producido en virtud de una petición ciudadana (recordemos que se trata de una acción pública, por lo que las posibilidades de una demanda ciudadana eran amplias), sino por propia iniciativa del TC. Este hecho puede interpretarse como una clara señal de que el TC no sólo no va a dudar en ejercer sus nuevas atribuciones, por radicales que sean sus consecuencias, sino que pretende hacerlo en forma proactiva, marcando una importante diferencia con la actitud corriente de los tribunales ordinarios en materia de protección de la supremacía constitucional.

El punto anterior no es menor. Por el contrario, demuestra gran coraje de parte del TC en la defensa de la CP en un contexto particularmente difícil. Cabe recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es una institución de gran potencia, pero por ello mismo sujeta a gran atención y eventual crítica. Su ejercicio importa la exposición más evidente de los problemas de la justicia constitucional, y en particular de su eventual “falta de democraticidad”<sup>44</sup> o “dificultad contramayoritaria”.<sup>45</sup> Adicionalmente, se afectaba un área particularmente sensible para el Poder Ejecutivo, cual es la recaudación tributaria y la exigibilidad de los tributos. En este contexto, la actitud del TC no puede sino considerarse valiente, autónoma y decidida en la defensa de la supremacía constitucional.

Ahora bien, debemos también destacar las consecuencias particulares que presenta la iniciación de oficio de un procedimiento de este tipo. En efecto, el sólo hecho de que el TC haya anunciado que revisaría *motu proprio* la constitucionalidad del artículo 116 del CT llevó inmediatamente al foro a asumir la futura derogación de ese artículo como un hecho. Si el procedimiento lo hubiese comenzado un particular, la duda habría sido sustancialmente mayor. Al ser el TC quien proclamó dicha revisión, costaba imaginar que la mayoría que la impulsó no se había asegurado previamente de contar con el quórum suficiente para lograr la declaración de inconstitucionalidad. No sólo nos referimos a sondeos informales previos, sino al simple hecho de que la posición de los miembros del TC sobre el punto en cuestión era conocida a raíz de sus opiniones sobre las inaplicabilidades por inconstitucionalidad presentadas en contra del mismo artículo. Proyectando los antecedentes mencionados a futuro, podemos afirmar que es extremadamente difícil concebir que una revisión de oficio de la inconstitucionalidad de un precepto legal no termine en una sentencia derogatoria del mismo, salvo que se trate de un error estratégico de una mayoría del TC que se sintió más amplia de lo que verdaderamente era.

<sup>44</sup> Mauro Cappelletti, “Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional”, en Luis Favoreu et al, *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

<sup>45</sup> Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, 2ª ed., 1986.

#### 4. Quórum

Un tópico adicional a destacar es el quórum exigido por la declaración de inconstitucionalidad. Ascende este a cuatro quintos de los miembros en ejercicio del TC, es decir, ocho votos de sus diez integrantes. Este quórum es particularmente alto, más aún, es el más alto de todos aquellos contemplados en la CP a excepción de la unanimidad. Como es evidente, las dificultades de alcanzar dicha cota se constituyen en una barrera muy importante para el ejercicio efectivo de la acción de inconstitucionalidad. Es cierto que en el caso en estudio se logró reunir a los cuatro quintos del TC, sin embargo, cabe preguntarse si existe otra situación en actual discusión en que la inconstitucionalidad del precepto legal sea más evidente que aquella del artículo 116 del CT. Es más, en esta ocasión el quórum exigido se cumplió en forma exacta, sin holguras de ningún tipo: ocho votos contra dos. Lo anterior nos parece preocupante, porque si en este caso evidente de inconstitucionalidad del precepto legal apenas se logró el quórum necesario, cuesta pensar que en situaciones más sutiles se podría lograr la mayoría calificada requerida.

Es cierto que el quórum de cuatro quintos funciona a su vez como una “garantía de seriedad”, cuyo fin es la protección del debido balance de poderes, así como evitar el abuso de la declaración de inconstitucionalidad, el que podría resultar en su derogación fáctica o jurídica. El constituyente derivado sabía que la potencia indiscutible de esta facultad del TC lo obligaba a establecer restricciones que impidieran su ejercicio demasiado liberal. Adicionalmente, el quórum señalado se haya en consonancia con la concepción “integradora” de la justicia constitucional, la que exige sentencias constitucionales adoptadas por mayorías categóricas y ojalá unánimes, de modo de reflejar un amplio y transversal consenso sobre la materia en cuestión. En términos simples, el quórum de cuatro quintos asegura que decisiones tan relevantes como la expulsión de una norma legal del ordenamiento constitucional, se adopten con el debido sustento técnico-jurídico, político y social.

No obstante estar plenamente de acuerdo con las consideraciones precedentes, nos parece que la verdadera y definitiva apreciación de los quórum debe hacerse en la realidad: lo que en el papel puede aparecer como muy permisivo o muy exigente puede, en la práctica, demostrar un carácter diverso. Es por ello que si bien el quórum de cuatro quintos de los miembros en ejercicio del TC puede haber parecido para el constituyente derivado como un sistema eficiente de regulación de la frecuencia y efectos sobre el sistema jurídico de la acción de inconstitucionalidad, el hecho de que en la práctica apenas se haya logrado una vez, y que no se vislumbre aún un posible segundo caso, aconsejan someter el quórum señalado a revisión, y eventual disminución. Ello es particularmente necesario si consideramos que la mayor cantidad de declaraciones de inconsti-

tucionalidad debieran producirse en los primeros años de la acción en cuestión, durante los cuales se ventilarán ante el TC conflictos largamente subsistentes en nuestra sociedad a la espera de una solución efectiva y concluyente. Es de esperar que en unos años la mayoría de estos tópicos hayan sido resueltos por el TC, y que entonces sólo se deduzca la acción de inconstitucionalidad ocasionalmente, en particular en razón de nuevas normas jurídicas que hayan escapado al control de constitucionalidad preventivo del TC.

A mayor abundamiento, la función integradora debe armonizarse con las demás funciones y cometidos de la justicia constitucional, siendo el primero de ellos velar por la supremacía de la CP. El quórum, por tanto, no sólo debe incentivar el consenso, sino también ser lo suficientemente asequible como para no constituirse en una barrera a la primacía práctica de la Constitución sobre la ley.

En definitiva, quedamos atentos a lo que pase en los próximos años en esta materia, con el fin de contar con los antecedentes empíricos necesarios para evaluar la posible modificación del quórum en cuestión.

## 5. La Postura del SII y de las instituciones públicas involucradas

Es también necesario referirse a la actitud de los demás actores o instituciones relacionados a esta declaración de inconstitucionalidad. En primer término, sorprende enormemente el silencio de los órganos públicos a quienes el TC puso en conocimiento del procedimiento en cuestión. Con la sola excepción del SII, todos los demás notificados (Presidenta de la República, Senado, Cámara de Diputados y Consejo de Defensa del Estado) no formularon observaciones. Si bien se puede especular largamente sobre las causas de este silencio (sensación de "causa perdida", desinterés, etc.), no parece razonable que tales instituciones se restaran de un debate trascendental para el ordenamiento jurídico nacional, más aún cuando su participación fue expresamente defendida en el proceso de reforma constitucional que estableció la facultad de declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal.<sup>46</sup> Sorprende que ni el propio legislador haya intentado defender su creación, o al menos ilustrar al TC acerca de su entendimiento de la misma. Es de esperar que esta situación no se repita a futuro, y que las instituciones del Estado mencionadas, en cuanto órganos sujetos a los mandatos del artículo 6º de la CP, colaboren en la labor de depuración de nuestro sistema jurídico de normas legales inconstitucionales.

<sup>46</sup> El veto N° 18 del Ejecutivo al proyecto de reforma constitucional (Ley 20.050 D.O. 26/8/2005) evitó que la declaración de inconstitucionalidad se hiciera en el mismo fallo que declaraba la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal. El Ejecutivo justificó su veto señalando que "Esta última solución [la declaración "conjunta" de inaplicabilidad e inconstitucionalidad] impediría la alternativa de una vista de la causa con el objeto de solicitar opinión a los órganos democráticos del Estado que generaron la ley", en Emilio Pfeffer Urquiaga, *Reformas Constitucionales 2005*, Editorial Jurídica, 2005, p. 409.

Decíamos que el SII fue la excepción a la desidia antes denunciada. En cuanto a su postura, llama poderosamente la atención el hecho de que no se haya opuesto frontalmente a la declaración de inconstitucionalidad, situación que facilitó la tarea del TC. Al margen del convencimiento jurídico que haya alcanzado el SII en esta materia, nos parece que nos encontramos frente a una decisión estratégica. En efecto, el SII sabía que los fallos invariables del TC en las causas de inaplicabilidad del artículo 116 del CT no sólo constituían un mal augurio para la presente acción, sino que aparecía claramente de ellos que todas las defensas imaginables del artículo 116 del CT esgrimidas por el SII y por el Consejo de Defensa del Estado no habían sido capaces de convencer al TC.

Ante la muy probable derrota que se avecindaba, nos parece que el SII opta por no presentar una lucha frontal, sino aceptar lo inevitable focalizándose en minimizar las consecuencias de la eventual declaración de inconstitucionalidad. Es así como, en primer término, el SII intenta una interpretación amplia de la no retroactividad de las declaraciones de inaplicabilidad, afirmando que aquello implicaría mantener "intactos los efectos de las sentencias anteriormente dictadas" (Vistos). Como veremos en la sección siguiente, esta es una de las posibles interpretaciones que puede otorgarse al artículo 94 de la CP, y claramente tiene por objeto impedir impugnaciones a decisiones de jueces tributarios que se encuentren en apelación en las respectivas Cortes de Apelaciones, o en casación ante la Corte Suprema.

En segundo lugar, el SII intenta diferenciar claramente la jurisdicción del Director Regional de aquella de su delegado (Vistos). En otras palabras, es de vital importancia para el SII que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del CT no signifique poner en tela de juicio la jurisdicción del Director Regional. Se trata esta de una actitud previsor y razonable, toda vez que algunos (ciertamente no todos) de los argumentos esgrimidos en contra del artículo 116 del CT son plenamente aplicables al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte del Director Regional (e.g., violación de normas del debido proceso).

## **6. El silencio de la Sentencia en cuanto a sus efectos**

La Sentencia no se refirió expresamente a sus efectos sobre la diversidad de situaciones jurídicas que sin duda afectará, cuestión que levanta una serie de interrogantes acerca de la acertada aplicación de la misma.

Como punto de partida, debemos recordar que el artículo 94 de la CP establece lo siguiente:

*“el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4, ó 7 [declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal] del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”.*

Agrega el artículo 94 que dicha publicación deberá hacerse en el Diario Oficial dentro de tres días contados desde la dictación de la sentencia.

A primera vista, los efectos de la Sentencia parecieran estar claros: derogación del artículo 116 del CT desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial y negación de su eventual retroactividad.

El problema se presenta al atribuirle un contenido concreto a la no retroactividad. En definitiva, ¿afecta la Sentencia a juicios pendientes?, ¿qué sucede con los derechos adquiridos en virtud de la norma derogada?, preguntas que a su vez nos obligan a distinguir diversas situaciones.

#### *a) Acciones de inconstitucionalidad*

Recordemos que el artículo 93 N° 7 de la CP autoriza a cualquier interesado a solicitar la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal ya declarado inaplicable por el TC, sin perjuicio de que este último comience el procedimiento de oficio, como en el caso de la Sentencia.

Ahora bien, resulta evidente que la presentación de tales acciones no tiene sentido alguno una vez que el precepto legal en cuestión ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico en virtud de una sentencia de inconstitucionalidad *erga homnes* del TC. Del mismo modo, aquellas acciones ya presentadas a la fecha de la declaración de inconstitucionalidad carecen de objeto por la misma razón señalada. En consecuencia, nos parece de toda lógica que tales procedimientos sean dejados inmediatamente sin efecto.

Entendemos que esta será la doctrina que sobre el particular habría confirmado el propio TC, quien no dio lugar a la acción de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 116 del CT por don Eduardo Urbina Muñoz, causa rol N° 665-2006. En ese fallo, el TC señala que faltaría a la acción uno de sus presupuestos procesales fundamentales, a saber, la impugnación de un precepto legal vigente.

Es claro, por tanto, que un efecto indubitable de una sentencia que acoge una acción de inconstitucionalidad es la enervación de toda otra acción deducida o por deducirse contra el mismo precepto legal derogado.

### *b) Inaplicabilidades por inconstitucionalidad*

Cabe preguntarse ahora cuáles son los efectos de una derogación general del artículo 116 del CT sobre el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Al respecto, podemos distinguir dos situaciones: i) recursos de inaplicabilidad presentados ante el TC con anterioridad a la fecha de la Sentencia; ii) recursos de inaplicabilidad presentados con posterioridad a la fecha de la Sentencia.

En relación a los primeros, la situación es bastante anómala. Por una parte, pareciera evidente que tales recursos deberían desestimarse, por cuanto no tendría sentido solicitar la no aplicación de un precepto legal que ya no se encuentra vigente. Se invocarían entonces las mismas razones que aquellas señaladas a propósito de las acciones de inconstitucionalidad: faltaría un presupuesto procesal esencial.

El problema se produce por cuanto el artículo 116 no es una norma que eventualmente pudiera ser aplicada en la gestión judicial correspondiente, sino que el artículo 116 del CT ya fue aplicado a la misma. En consecuencia, la desestimación del recurso de inaplicabilidad podría dejar al recurrente en una suerte de indefensión (recordemos que la declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos por expresa disposición constitucional), a menos que los tribunales ordinarios tomen cartas en el asunto, cuestión que analizaremos en la sección siguiente. Más aún, se podría argumentar una vulneración fundamental de la igualdad, dado que el artículo 116 no regiría para quienes hubiesen obtenido un fallo favorable en sus recursos de inaplicabilidad con anterioridad a la Sentencia, y tampoco para todo el resto de la población después de esa fecha. En cambio, el artículo 116 sí regiría, no obstante su inconstitucionalidad, para quienes sufrieron su aplicación pero no obtuvieron una sentencia favorable del TC en sus recursos de inaplicabilidad antes de la Sentencia.

Cabe destacar a este respecto que la igualdad en cuanto a los efectos de las normas legales inconstitucionales fue una de las preocupaciones recurrentes dentro del proceso de reforma constitucional que dio origen a la declaración de inconstitucionalidad.<sup>47</sup>

La situación de quienes presentaron recursos de inaplicabilidad con posterioridad a la fecha de la Sentencia presenta ciertas diferencias. En efecto, si bien se le hace plenamente aplicable la "objección de igualdad" antes explicada, también es cierto que se puede plantear en este caso a los recurrentes un cierto reproche en virtud de su inactividad. Sabemos que en derecho el paso del tiempo no es inocuo, y que los derechos procesales precluyen. En consecuencia, la no

<sup>47</sup> Véase Emilio Pfeffer Urquiaga, *Reformas Constitucionales 2005*, Editorial Jurídica, 2005, pp. 375 y ss.

deducción del recurso de inaplicabilidad mientras el precepto legal en cuestión estuvo vigente podría perfectamente traducirse en la pérdida del derecho a presentar tal recurso.

Concluimos entonces señalando que si bien consideramos que la solución procesalmente correcta sería el rechazo de todas las inaplicabilidades pendientes en contra del artículo 116 del CT, existen consideraciones razonables de igualdad que plantean dudas relevantes al respecto. La dificultad se resolvería, sin embargo, si los Tribunales de Justicia aplicaran la Sentencia en la forma que nos parece correcta, vale decir, aquella que más responde al espíritu de las instituciones de la inconstitucionalidad y de la inaplicabilidad de un precepto legal. Veremos este punto a continuación.

c) *Causas pendientes ante los tribunales ordinarios*

Existen dos posibilidades a este respecto: i) causas con ocasión de las cuales se ha planteado un recurso de inaplicabilidad ante el TC y, ii) causas en las que no obstante se ha aplicado el artículo 116, no han sido aún sujetas a la revisión del TC con ocasión de un recurso de inaplicabilidad.

En relación al primer grupo, veámos en la letra anterior que existen dos posibilidades: o el TC hace primar consideraciones fundamentales de igualdad y acoge tales recursos de inaplicabilidad, o los rechaza por falta de norma legal vigente impugnada por vía del recurso. En el primer caso, el problema habría sido zanjado por el TC, por lo que no será parte del presente análisis. En el segundo caso, por el contrario, la situación se hace exactamente similar a aquellas que en el párrafo precedente hemos denominado del segundo tipo (ii), vale decir, causas en que se aplicó el artículo 116 pero en las que nunca se dedujo un recurso de inaplicabilidad. En ambos casos la decisión final acerca de los efectos de la Sentencia termina recayendo en los tribunales ordinarios. Es por ello que a continuación analizaremos conjuntamente la situación de aquellas causas en que no se dedujo, o se rechazó, un recurso de inaplicabilidad.

El gran problema que se plantea a los tribunales ordinarios en esta materia es la naturaleza del artículo 116 en cuanto norma *ordenatorio litis*, i.e, normas para la adecuada sustanciación del procedimiento judicial. Cabe recordar a este respecto que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue concebido como una acción dirigida a expulsar del universo jurídico a disposición del juez al resolver un caso, una norma jurídica cuya aplicación a ese caso sería inconstitucional. En otras palabras, el efecto del recurso de inaplicabilidad es connatural a normas *decisorio litis*, i.e, normas que sirven para decidir el asunto controvertido.

La Corte Suprema, y luego el TC, ampliaron la aplicación del recurso a normas *ordenatorio litis*. Se trató, a nuestro juicio, de un avance fundamental en la defensa de la supremacía constitucional, ya que lo realmente relevante no es en qué momento de un procedimiento judicial se aplique o haya aplicado una norma inconstitucional, sino el hecho de que dicha norma sea inconstitucional. La supremacía constitucional exige que tal norma no sea aplicada nunca, pues lo contrario significaría otorgarle validez a un precepto jurídico incompatible con la norma fundamental.

El avance antes nombrado, sin embargo, presenta algunos costos en materia de claridad y pureza de la institución, cuestión que se refleja con toda su fuerza en la situación en estudio. En efecto, si el artículo 116 del CT hubiese sido una norma *decisorio litis*, su declaración de inconstitucionalidad por parte del TC habría tenido un efecto previsible sobre las causas pendientes ante los tribunales ordinarios: dicho precepto legal no se habría aplicado a aquellos pleitos, ya que cuando los jueces las fallaran, no existiría dentro de las normas a considerar el artículo 116 del CT. En otras palabras, la supremacía constitucional y la igualdad se habrían visto fácil y cuasi automáticamente satisfechas, sin necesidad de disquisiciones de ningún tipo.

Sin embargo, la naturaleza del artículo 116 del CT en cuanto norma *ordenatorio litis* altera irremediablemente el panorama anterior, ya que aquella ya ha sido aplicada por los "jueces tributarios" en los procedimientos que se encuentran, vía apelación o casación, ante los tribunales ordinarios de justicia. De esta forma, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del CT deja a los jueces ante una disyuntiva incómoda: o encuentran algún mecanismo dentro del ordenamiento procesal que les permita resguardar plenamente los valores de supremacía constitucional e igualdad, dejando para ello sin efecto la aplicación ya efectuada del artículo 116 (e.g., declarando la nulidad de todo lo obrado), o se atienen a la letra estricta de la Constitución y entienden que la irretroactividad de la declaración de inconstitucionalidad les impide, precisamente, revisar su aplicación previa a la Sentencia, dando valor a las sentencias de primera instancia dictadas por los delegados del Director Regional del SII (cual sería la postura del SII).

En otras palabras, el juez se debe optar entre una interpretación literal y una finalista de las normas acerca de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad establecidos en el artículo 94 de la CP.

A este respecto, nos parece que lo acertado es interpretar el texto constitucional desde una visión finalista y axiológica. Tal y como el propio TC ha señalado, la interpretación constitucional posee criterios y valoraciones pro-



pios, dentro de los cuales la armonía entre sus disposiciones y los criterios teleológicos son esenciales.<sup>48</sup>

En consecuencia, opinamos que la labor de los tribunales ordinarios en la materia en estudio debe partir de la premisa del resguardo a la supremacía constitucional, para lo cual se debe dar pleno efecto a las sentencias del TC, particularmente aquellas que expulsan normas legislativas del ordenamiento jurídico. Es por ello que nos parece que los jueces ordinarios que están conociendo de causas falladas en primera instancia por un delegado del Director Regional del SII, deben recurrir a los instrumentos procesales que les permitan asegurar que el afectado no será víctima de la aplicación de una norma inconstitucional. Es nuestro entendimiento que las Cortes de Apelaciones han optado por aplicar el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, el cual permite declarar de oficio la nulidad procesal "en todos aquellos casos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad". Se ha discutido también la posibilidad de aplicar las normas de la casación para anular lo obrado por el tribunal de primera instancia. Otras alternativas similares pueden plantearse. Lo importante desde el punto de vista constitucional no es el medio concreto escogido (siempre y cuando sea legítimo a la luz del ordenamiento jurídico), sino la idoneidad de la solución adoptada por el tribunal ordinario para contribuir efectivamente al pleno restablecimiento de la supremacía constitucional y la adecuada protección de la víctima.

#### *d) Causas terminadas ante los tribunales ordinarios*

Nos referimos en esta sección a aquellas causas que fueron falladas en primera instancia por el delegado del Director Regional del SII, pero que a la fecha de la Sentencia habían terminado en razón de una sentencia judicial que produce cosa juzgada.

Si bien las consideraciones igualitarias antes mencionadas podrían sembrar alguna duda, nos parece que lo constitucionalmente correcto es dar tales situaciones por definitivamente cerradas, más allá del alcance de las sentencias de inconstitucionalidad. Lo contrario no sólo significaría forzar implausiblemente el texto constitucional (la sentencia de inconstitucionalidad "no producirá efecto retroactivo"), sino que podría producir consecuencias desastrosas sobre la certeza jurídica general, la autoridad de la cosa juzgada y el balance de poderes entre las instituciones del Estado.

<sup>48</sup> Esta antigua doctrina del TC ha sido uniforme y específicamente reafirmada en sus fallos sobre inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 116 del CT.

e) *Derechos adquiridos*

Tal vez uno de los aspectos más complejos de las sentencias derogatorias de preceptos legales es su aplicación a situaciones jurídicas preexistentes, consolidadas o no. En otras palabras, el hecho de que la CP disponga que tales fallos no tengan efectos retroactivos no importa sólo a los procesos judiciales pendientes, sino también a realidades jurídicas diversas, tales como contratos, relaciones de familia, obligaciones impuestas directamente por la ley, entre otros. Así, por ejemplo, si el día de mañana el TC declara inconstitucional las disposiciones del Código Civil que establecen el derecho de alimentos, ¿qué sucedería con las miles de pensiones alimenticias que actualmente se cobran en virtud de tales normas?, ¿quedarían ellas a salvo en virtud de la no retroactividad de la sentencia de inconstitucionalidad?

En principio, podríamos sostener que el texto de la Constitución y su énfasis en la no retroactividad, unido a principios fundamentales del derecho, aseguran el respeto de los derechos adquiridos.

En esta misma línea se encontraría el proyecto de reforma a la Ley Orgánica Constitucional del TC en actual discusión. Es así como la Presidencia de la República presentó una indicación aclaratoria del efecto no retroactivo de las declaraciones de inconstitucionalidad. Esta indicación complementaba el texto debatido en cuanto a la no retroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad, agregando que “tampoco se alterarán las relaciones jurídicas preestablecidas, ni se afectarán los derechos previos ni se originarán acciones de ningún tipo”.<sup>49</sup> Dicha aclaración, sin embargo, fue rechazada “por redundante”,<sup>50</sup> por lo que debemos suponer que el legislador, a la fecha, entiende que la no retroactividad consagrada en el texto constitucional ahora vigente supone el respeto a las situaciones jurídicas previas.

No obstante lo anterior, es necesario destacar que aun cuando podamos afirmar con cierta tranquilidad que las sentencias de inconstitucionalidad no afectan derechos adquiridos, surge el problema evidente de definir qué son aquellos y cómo diferenciarlos de las meras expectativas u otras categorías similares. Se trata esta de una cuestión intrínsecamente debatible, y por lo mismo sumamente incierta, particularmente cuando no existe un reconocimiento expreso por una sentencia judicial pasada por cosa juzgada. Si bien

<sup>49</sup> Indicación N° 125 al Proyecto de Ley que Modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, segundo trámite constitucional. Véase <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (4/6/07).

<sup>50</sup> Indicación N° 125 al Proyecto de Ley que Modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, segundo trámite constitucional. Véase <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (4/6/07).

resulta imposible extenderse en este tema en el presente artículo, concluimos esta sección señalando que sólo se logrará mayor claridad en la relación sentencias de inconstitucionalidad-derechos adquiridos, en la medida que los tribunales ordinarios –y el propio TC– vayan sentando jurisprudencia en esta materia.

*f) Otras consideraciones*

Resulta evidente que muchas de las dudas antes señaladas serían más fáciles de resolver si el TC hubiese consagrado en la Sentencia los efectos de la misma, o al menos algunas reglas generales que permitieran su identificación.

En defensa de la actitud del TC puede invocarse la prudencia, particularmente en relación a no interferir, o al menos aparecer interfiriendo, con las facultades propias de los tribunales ordinarios de justicia. De esta forma, el TC opta por una división rígida de funciones: a él corresponde la declaración de inconstitucionalidad de una norma, nada más ni nada menos. Es el Poder Judicial, por tanto, el encargado de determinar, caso a caso, cómo se aplica la decisión del TC a situaciones particulares que se ventilan ante él.

No obstante lo señalado precedentemente, nos parece que hubiese sido más fácil para todos los actores involucrados, y en particular para los tribunales ordinarios de justicia, si el TC hubiese elaborado algo más en relación a los efectos de la Sentencia. Como no lo hizo, nos hallamos enfrentados a diversas eventualidades, tales como tribunales ordinarios aplicando la Sentencia en forma diversa, con el consecuente daño para la certeza jurídica; posibilidad de no aplicación cabal del fallo en comento, con sus graves implicancias para la soberanía constitucional; posibles desigualdades entre sujetos que fueron similarmente afectados por la norma declarada inconstitucional, y en general incertidumbre respecto de los efectos de la Sentencia sobre situaciones jurídicas vigentes.

En razón de lo anterior, planteamos nuestra esperanza de que a futuro el TC pueda ofrecer más antecedentes acerca de los efectos de sus fallos declaratorios de inconstitucionalidad general, circunstancia que contribuiría notoriamente a ir despejando las dudas que necesariamente surgirán en torno a los límites de la no retroactividad de tales sentencias.

## VI. Conclusiones

1. La Sentencia es un fallo de importancia trascendental para el ordenamiento jurídico chileno y constituye un gran avance hacia la plena aplicación del principio de supremacía constitucional. En efecto, la inconstitucionalidad del artículo 116 del CT era evidente y había sido repetidamente constatada por la Corte Suprema y por el mismo TC con motivo de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. La sobrevivencia del artículo 116 del CT, por tanto, importaba un manifiesto daño al ordenamiento jurídico-institucional.
2. La Sentencia recogió, en su esencia, los principales argumentos desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad del artículo 116 del CT. Es así como junto con confirmar el carácter jurisdiccional de la labor del delegado del Director Regional del SII, recuerda que la jurisdicción no es delegable y que sólo puede ser ejercida por los tribunales creados directamente por la ley. Reafirma también la vigencia de la garantía constitucional al juez natural.
3. Existe gran similitud argumental entre la Sentencia y los fallos del TC recaídos sobre recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mismo artículo 116 del CT. Ello hace necesario revisar, e idealmente redefinir, la forma cómo se resuelven los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, haciendo hincapié en la importancia fundamental que las circunstancias concretas del caso deben ostentar en tales recursos. Los fallos del TC debieran ilustrar esta importancia y su influencia sobre el proceso de decisión del asunto controvertido.
4. El TC se preocupó especialmente de reafirmar la vigencia del principio de constitucionalidad de la ley o de deferencia razonada, emitiendo una señal tranquilizadora para el legislador en cuanto a la excepcionalidad de la declaración de inconstitucionalidad de sus obras. Convendría poner especial atención al tratamiento que el TC otorgue a este principio en sus próximas sentencias, ya que todo hace suponer que será fortalecido y posiblemente extendido a otras áreas (e.g., deferencia razonada hacia los actos del Poder Judicial).
5. El principio de constitucionalidad de la ley ya mencionado, unido al altísimo quórum requerido para la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, sugieren gran escepticismo en cuanto a la posible repetición, al menos en el corto plazo, de una derogación de una norma legal por esta vía.
6. No obstante la supuesta claridad del texto constitucional, existen diversas e importantes dudas acerca del abanico e intensidad de los efectos de

la Sentencia (particular dificultad presenta la naturaleza del artículo 116 del CT en cuanto norma *ordenatorio litis*). Los problemas que surjan al respecto tendrán que solucionarse, al menos por el momento, principalmente por los tribunales de justicia, quienes deberán tener especialmente en cuenta las finalidades buscadas por el constituyente derivado al instaurar la declaración de inconstitucionalidad (fundamentalmente vigencia plena de la supremacía constitucional, igualdad en la aplicación de la ley, y control o balance interorgánico).

7. Finalmente, nos parece crucial destacar la importancia de que el TC vaya adaptando sus sentencias de forma de plasmar en ellas, de manera más evidente, el proceso de decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento: cómo se aprecian los hechos en los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; cómo se descartan otras interpretaciones posibles en conformidad al principio de constitucionalidad de la ley; qué alternativas han sido analizadas por el TC y cómo se valora su respectivo mérito, etc. En otras palabras, consideramos que el TC debiera ir evolucionando hacia fallos más ilustrativos para la comunidad nacional, al estilo de los tribunales supremos anglosajones, o de ciertos Tribunales Constitucionales europeos.

## **Anexo con el texto del fallo del Tribunal Constitucional** (Rol 681-2006)

*"Santiago, veintiséis de marzo de dos mil siete. (...)*

CONSIDERANDO:

***I. Presupuestos constitucionales y procesales necesarios para la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal.***

*PRIMERO: Que el artículo 93, numeral 7°, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional: "Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior".*

*SEGUNDO: Que el inciso duodécimo del mismo artículo agrega: "Una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6° de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio".*

*TERCERO: Que de los preceptos constitucionales transcritos se desprende que los presupuestos necesarios para que esta Magistratura pueda declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma legal, con los efectos previstos en el artículo 94, incisos tercero y cuarto, de la Carta Fundamental, son los siguientes: a) Debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal; b) La referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia de este Tribunal pronunciada en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, numeral 6°, e inciso undécimo, de la*

Constitución; c) El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por este Tribunal o por una resolución del mismo actuando de oficio; y d) Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia.

CUARTO: Que, en la especie, esta Magistratura ha abierto proceso de oficio para declarar la inconstitucionalidad del precepto legal contenido en el artículo 116 del Código Tributario, como consta de la resolución de 6 de diciembre de 2006, aludida en la parte expositiva de esta sentencia. En la misma se hace referencia a las decisiones previas al acuerdo del Tribunal de entrar de propia iniciativa a la apertura del proceso y que corresponden a los Roles N°s 472, 499, 502 y 515, todos del año 2006, que declararon la inaplicabilidad del artículo 116 del Código Tributario en las diversas gestiones en que incidían dichos procesos, por los fundamentos que se expresan en las sentencias aludidas.

En consecuencia, en esta materia, este Tribunal ha procedido en estricta concordancia con lo que dispone la Constitución Política, de acuerdo a la normativa contenida en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal.

Se han cumplido así todos y cada uno de los presupuestos exigidos por la Carta Fundamental para proceder a pronunciarse sobre la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, destacándose, además, la conveniencia de formular tal declaración en función de la adecuada coherencia que debe guardar el ordenamiento jurídico con lo prescrito en la Constitución Política y, consecuentemente, atendiendo al interés general que ella envuelve.

QUINTO: Que, con posterioridad a la resolución que ordenó abrir de oficio el proceso para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la norma aludida, este Tribunal ha declarado, asimismo, su inaplicabilidad en las demás sentencias que han sido mencionadas en la parte expositiva de este fallo, por las mismas razones de inconstitucionalidad constatadas y declaradas en los procesos considerados e invocados en la resolución de 6 de diciembre de 2006.

SEXTO: Que, tal como consta en los antecedentes de la tramitación de la reforma constitucional de agosto de 2005, materializada a través de la Ley N° 20.050, el sentido de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, como nueva atribución conferida al Tribunal Constitucional, tiene directa relación con los principios de supremacía constitucional, de concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley.

A juicio de esta Magistratura, la situación sub lite afecta, al mismo tiempo, el principio de certeza jurídica que, tal y como ha sido precisado en su jurisprudencia, constituye un elemento fundamental del Estado de Derecho cuya custodia la Carta encomienda a este órgano de control constitucional.

SÉPTIMO: Que, por otra parte, debe considerarse que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable en casos particulares, en nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático. Este principio, reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal, constituye una expresión que concreta la separación de funciones del Estado y su asignación a los órganos competentes, que se encuentra expresamente establecida en el artículo 7°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Asimismo, el control a posteriori de constitucionalidad de la ley, que puede derivar, como

en este caso, en la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6° y 7° de la Constitución.

OCTAVO: Que, tal y como lo han reconocido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia comparadas, el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad.

NOVENO: Que sólo en el contexto explicado deben entenderse los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal según se lee en el artículo 94, incisos tercero y cuarto, de la Constitución Política, que expresan: "El precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo". "Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación".

## **II. Alcances constitucionales de la autorización contenida en el artículo 116 del Código Tributario.**

DÉCIMO: Que, sobre la base de las consideraciones que preceden, resulta necesario examinar si el artículo 116 del Código Tributario puede, de alguna manera, ser conciliado con la Carta Fundamental o si, por el contrario, la inconstitucionalidad constatada y declarada en los procesos previos de inaplicabilidad decididos por este Tribunal, puede tener aplicación general y dar lugar, por ende, a una declaración que produzca los efectos previstos en los incisos tercero y cuarto del artículo 94 de la Constitución.

DÉCIMO PRIMERO: Que, con tal finalidad y en este contexto, resulta pertinente recordar que el referido precepto legal dispone: "El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando "por orden del Director Regional".

En relación y concordancia con dicha norma, el artículo 6°, letra B, N° 7, del Código Tributario señala que corresponde a los Directores Regionales en la jurisdicción de su territorio: "Autorizar a otros funcionarios para resolver determinadas materias, aun las de su exclusiva competencia, o para hacer uso de las facultades que le confiere el Estatuto Orgánico del Servicio, actuando por "orden del Director Regional", y encargarles, de acuerdo con las leyes y reglamentos, el cumplimiento de otras funciones y obligaciones".

Por otra parte, el artículo 20 del D.F.L. N° 7, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, precisa, a su turno, que: "Los Directores Regionales podrán, de acuerdo con las normas impartidas por el Director, autorizar a funcionarios de su dependencia para resolver determinadas materias o para hacer uso de alguna de sus atribuciones, actuando "por orden del Director Regional".

*DÉCIMO SEGUNDO: Que en el ámbito de la competencia absoluta, el legislador orgánico estableció como tribunal tributario de única o primera instancia al Director Regional de Impuestos Internos. En este contexto, la autorización que confiere dicho órgano, en virtud del cuestionado artículo 116 del Código Tributario, en su calidad de juez tributario, a funcionarios de su dependencia implica una delegación de la referida competencia jurisdiccional, toda vez que dice relación con el conocimiento y fallo de reclamaciones y denuncias tributarias que, en forma privativa, le ha otorgado la ley a dicha autoridad a través del artículo 115 del mismo cuerpo legal, en los siguientes términos: "El Director Regional conocerá en primera o en única instancia, según proceda, de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, salvo que expresamente se haya establecido una regla diversa".*

*Aplicando las reglas de competencia relativa, el sistema establece que: "Será competente para conocer de las reclamaciones el Director Regional de la unidad del Servicio que emitió la liquidación o el giro o que dictó la resolución en contra de la cual se reclame; en el caso de reclamaciones en contra del pago, será competente el Director Regional de la unidad que emitió el giro al cual corresponda el pago. Si las liquidaciones, giros o resoluciones fueren emitidos por unidades de la Dirección Nacional, o el pago correspondiere a giros efectuados por estas mismas unidades, la reclamación deberá presentarse ante el Director Regional en cuyo territorio tenga su domicilio el contribuyente que reclame al momento de ser notificado de revisión, de citación, de liquidación o de giro.*

*El conocimiento de las infracciones a las normas tributarias y la aplicación de las sanciones pecuniarias por tales infracciones, corresponderá al Director Regional que tenga competencia en el territorio donde tiene su domicilio el infractor.*

*Tratándose de infracciones cometidas en una sucursal del contribuyente, conocerá de ellas el Director Regional que tenga competencia en el territorio dentro del cual se encuentre ubicada dicha sucursal".*

*La norma transcrita se reitera en el artículo 6°, letra B, N° 6, del Código Tributario, que señala que corresponde a los Directores Regionales, en la jurisdicción de su territorio: "Resolver las reclamaciones que presenten los contribuyentes de conformidad a las normas del Libro Tercero".*

*Por su parte, el artículo 19 del D.F.L. N° 7, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, indica, en su letra b), que: "Les corresponde a los Directores Regionales dentro de sus respectivas jurisdicciones: b) 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".*

*DÉCIMO TERCERO: Que, precisado que la facultad de conocer y fallar reclamaciones y denuncias tributarias, que le otorgan las normas de competencia antes señaladas, corresponde al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, este Tribunal ha afirmado la naturaleza jurisdiccional de tal facultad, en cada uno de los pronunciamientos de inaplicabilidad que sirven de antecedente y fundamento a esta sentencia, teniendo presente, para ello, los preceptos constitucionales que regulan el ejercicio de la jurisdicción y su distribución entre los tribunales establecidos por la ley; la historia fidedigna del establecimiento de las respectivas disposiciones legales; las precisiones conceptuales efectuadas por el propio Servicio de Impuestos Internos; los antecedentes del proyecto de ley sobre tribunales tributarios, en actual trámite legislativo; la jurisprudencia previa tanto de este Tribunal como de la Excm. Corte Suprema y la correlación armónica de diversos preceptos contenidos en el mismo Código Tributario.*



*DÉCIMO CUARTO: Que cabe recordar, en efecto, que en el debate abierto, en el año 1960, cuando se otorgó originalmente la potestad de conocer y fallar las reclamaciones tributarias al Director General del Servicio de Impuestos Internos, este órgano del Estado defendió el carácter jurisdiccional de aquella atribución frente a los argumentos de la Contraloría General de la República, vertidos en Dictamen N° 18.359, de 5 de abril de 1957, que afirmaban el carácter administrativo de la señalada facultad.*

*Dicha naturaleza ha sido también reiterada por el Servicio de Impuestos Internos en recientes documentos oficiales, como es el caso del estudio "La Justicia Tributaria en Chile", de abril de 2001, publicado en la página web del aludido Servicio.*

*DÉCIMO QUINTO: Que otros órganos del Estado distintos del Servicio de Impuestos Internos han afirmado también el carácter jurisdiccional de la facultad que se confiere a los Directores Regionales de ese Servicio por el artículo 115 del Código Tributario.*

*Es así como en el Mensaje de S. E. el Presidente de la República que inicia el proyecto de ley que fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria, de 19 de noviembre de 2002, y en actual tramitación legislativa (Boletín N° 3139-05), se señala que: "la facultad jurisdiccional de primera instancia, en materia tributaria, corresponde en la actualidad a los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos. Por la vía de la delegación de facultades, se ha radicado en los Jefes de Departamento Tribunal Tributario de cada Dirección Regional".*

*En el mismo sentido se ha pronunciado la Excm. Corte Suprema al emitir su opinión respecto del referido proyecto de ley (Oficio N° 3643, de 30 de diciembre de 2002) y al fallar diversos recursos de inaplicabilidad, como, por ejemplo, en la sentencia Rol N° 17.167, de 4 de septiembre de 1992. En estos últimos procesos, la misma Corte ha afirmado que los tribunales tributarios constituidos por los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos forman parte de los tribunales especiales a que alude el artículo 5°, inciso cuarto, del Código Orgánico de Tribunales.*

*DÉCIMO SEXTO: Que, por su parte, como se recordó, esta Magistratura Constitucional también ha afirmado reiteradamente, en los diversos pronunciamientos de inaplicabilidad que han antecedido a esta sentencia, que los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos –cuya función principal es administrativa–, al conocer y resolver, en primera o única instancia, conflictos jurídicos derivados de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, son tribunales que actúan en ejercicio de la jurisdicción que la ley les ha confiado, como lo autoriza expresamente el sistema constitucional y orgánico nacional. Ello, por cuanto la jurisdicción supone el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir.*

*DÉCIMO SÉPTIMO: Que debe recordarse que el artículo 77 de la Constitución delegó en el legislador orgánico la determinación de la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarias para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.*

*Debe destacarse que la misma disposición facultó expresamente al legislador para señalar las calidades que deben tener los jueces y es en este contexto donde el Código Tributario contempla las reglas contenidas en su Libro Tercero, titulado "De los Tribunales, de los procedimientos y de la prescripción", que confirman la naturaleza jurisdiccional de la atribución confiada a los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos por el artículo 115 del Código Tributario como tribunales especiales de carácter contencioso-administrativo.*

*Entre dichas disposiciones pueden mencionarse los artículos 130, 132, 134, 135, 136, 137 y 138, referidos todos al procedimiento general de reclamaciones tributarias. Asimismo no debe perderse de vista que, de conformidad con el artículo 120 del citado Código, las Cortes de Apelaciones son los tribunales señalados por la ley para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación que se deduzcan contra las resoluciones de los Directores Regionales y que, en diversas ocasiones, han constituido la gestión pendiente que ha fundado las acciones de inaplicabilidad decididas previamente por este Tribunal.*

*DÉCIMO OCTAVO: Que claramente la autorización que puede otorgar el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos a determinados funcionarios del mismo, para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden suya, contemplada en el artículo 116 del Código Tributario, constituye una delegación de facultades propias del tribunal tributario, en la medida que es el Director Regional como juez tributario quien confía a un funcionario del mismo Servicio el ejercicio de parte de la competencia que la ley le ha confiado originalmente. La referida delegación de facultades, que se materializa a través de la dictación de una resolución exenta, como aquéllas que ha examinado este Tribunal, ya en numerosas ocasiones, permite que el funcionario delegado conozca y resuelva reclamaciones tributarias, actuando "por orden del Director Regional".*

*DÉCIMO NOVENO: Que, aclarado que el contenido del artículo 116 del Código Tributario importa una delegación de facultades del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos en funcionarios dependientes del mismo, resulta necesario precisar la naturaleza de las funciones que se delegan en virtud de la disposición citada.*

*Al respecto, este Tribunal ha afirmado, consistentemente, en los pronunciamientos de inaplicabilidad que preceden a esta sentencia, que la delegación prevista en el artículo 116 del Código Tributario consiste en la facultad de conocer y de resolver, en primera o única instancia, según proceda, las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, facultad otorgada originalmente al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos por el artículo 115 del mismo Código. Tal y como se afirmó en el considerando décimo quinto, se trata de una facultad de naturaleza eminentemente jurisdiccional.*

*Debe descartarse, consecuentemente, la hipótesis de que se trate de una delegación administrativa de aquellas previstas en el artículo 41 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, pues no concurre el supuesto fundamental para que ésta opere y que consiste en que quien delega ejerza una función administrativa. En efecto, cuando el Director Regional conoce y falla reclamaciones tributarias actúa como el tribunal señalado por la ley, constituyendo así el juez competente para decidir estos conflictos. Es en esa calidad –juez del tribunal– que efectúa la delegación a un funcionario público que no reviste tal atributo, puesto que no ha sido investido por la ley como juez del tribunal.*

*A su turno, la delegación administrativa es siempre parcial, en la medida que sólo puede referirse a materias específicas. En el caso del artículo 116 del Código Tributario, es evidente que con la dictación de la resolución exenta respectiva se delega íntegramente la facultad de conocer y fallar reclamaciones tributarias en un funcionario público que, como se dijo, no está investido de la calidad de juez. Así, tal delegación no se refiere a aspectos específicos de la función jurisdiccional como podría ser la realización de los actos de mera sustanciación del proceso.*

*La autorización prevista en el artículo 116 del Código Tributario tampoco importa una "delegación de firma" como aquella que prevé el inciso final del artículo 41 de la Ley N°*

18.575, *Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, pues la doctrina ha señalado y esta Magistratura ha resuelto que aquella no es sino una especie de delegación administrativa procedente sólo en casos muy excepcionales que no coinciden con la situación que se analiza.

### **III. Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario.**

**VIGÉSIMO:** Que, sobre la base de que el artículo 116 del Código Tributario importa una delegación de facultades jurisdiccionales realizada por el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, en su carácter de juez del tribunal tributario, en funcionarios de su dependencia, es preciso analizar su conformidad con la Constitución siguiendo la línea argumental desplegada por esta Magistratura en los pronunciamientos previos de inaplicabilidad recaídos en el mismo precepto legal.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, tal y como este Tribunal ha recordado, la jurisdicción, entendida en la forma explicada en el considerando décimo sexto, constituye un atributo de la soberanía y, en tal calidad, es indelegable por parte de las autoridades a quienes la Constitución o la ley la han confiado. Tal conclusión se desprende inequívocamente del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental que establece, en su inciso primero: "La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece...". En el mismo sentido, el artículo 76, inciso primero, de la Constitución indica que: "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley". Cabe advertir que este Tribunal ha precisado que dentro del concepto de causas civiles se deben incluir todas aquellas controversias jurídico-administrativas que, como las reclamaciones tributarias, se susciten y sean resueltas por autoridades que estén ejerciendo jurisdicción afectando los derechos de las personas (Sentencia de 22 de noviembre de 1993, Rol N° 176, considerando 6°).

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, desde el punto de vista explicado, el artículo 116 del Código Tributario vulnera el artículo 5° de la Constitución Política, al facultar al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos para delegar la facultad jurisdiccional que le ha confiado el legislador, en el artículo 115 del mismo Código, y que se traduce en el ejercicio de la potestad de conocer y fallar las reclamaciones tributarias que deduzcan los contribuyentes. Ello importa, indudablemente, un conflicto de intereses de relevancia jurídica y que sólo puede ser resuelto por los tribunales establecidos por la ley y por los jueces designados por ella.

Al mismo tiempo, el precepto cuestionado infringe el deber de inexcusabilidad que pesa sobre todo tribunal y que se encuentra consagrado en el artículo 76, inciso segundo, del Código Político, en los siguientes términos: "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión".

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que, en el mismo sentido, el aludido artículo 116 del Código Tributario, al posibilitar una delegación de facultades jurisdiccionales abiertamente inconstitucional, transgrede asimismo el artículo 6° de la Carta Fundamental, que ordena en forma perentoria, en su inciso primero, que: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República". La consagración del principio de supremacía de la Constitución en la norma transcrita encuentra su adecuado complemento en la norma contenida en el inciso segundo del mismo artículo, que expresando el principio de vinculación directa de la Carta Fundamental señala que: "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo".

*Esta disposición, en concordancia con el artículo 7º, excluye la delegación de funciones por parte de funcionarios públicos tratándose de órganos jurisdiccionales.*

*VIGÉSIMO CUARTO: Que, en este mismo orden de consideraciones, el artículo 116 del Código Tributario vulnera, asimismo, en su esencia, el artículo 7º de la Constitución, que precisa los requisitos indispensables para la validez y sujeción a derecho en la actuación de todo órgano del Estado, esto es, de todo ente unipersonal o colegiado cuya voluntad se imputa o atribuye a éste. Así, de conformidad con el inciso primero de esa norma, los órganos del Estado actúan válidamente "previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley". De allí que el inciso segundo de esa norma sea categórico en señalar que "ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes".*

*La prohibición recordada, que configura el más cardinal de los principios del derecho público chileno, resulta confirmada con la prohibición que se impone al propio legislador, en el artículo 64 de la Carta Fundamental, en orden a autorizar al Presidente de la República para dictar legislación delegada en materias que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales, como es el caso de aquellas que se refieren a la organización y atribuciones de los tribunales, tal y como ordena el artículo 77, inciso primero, de la misma Constitución.*

*En la situación que se analiza, la forma de constituir un tribunal que resuelva conflictos tributarios es a través de un mandato conferido por la propia ley y no puede ser sustituida por un mero acto administrativo, tal como se explicará en el considerando siguiente. Así, la dictación de una resolución exenta a través de la cual el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos materializa la delegación de sus facultades jurisdiccionales en un funcionario público que no tiene el carácter de juez, no se ajusta a la forma prescrita por la propia Constitución para designar a sus jueces.*

*VIGÉSIMO QUINTO: Que, por otra parte, la delegación prevista en el artículo 116 del Código Tributario resulta contraria al principio del juez natural que exige que toda persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que le señale la ley y por el juez que lo represente.*

*El referido principio se desprende, en primer término, del artículo 19 N° 3, inciso cuarto, de la Constitución, que precisa que: "Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho".*

*Asimismo, la Carta Fundamental alude al referido presupuesto en su artículo 38, inciso segundo, al señalar: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".*

*En el mismo sentido, el artículo 76, inciso primero, de la Constitución, indica: "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos". Como se ha indicado precedentemente, dentro del concepto de causas civiles se incluyen las causas contencioso-administrativas como aquellas que resuelven los conflictos tributarios.*

*Al mismo tiempo, el artículo 77, en su inciso segundo, prescribe que: "Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren*

*necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”.*

*El hecho de que una persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que le señale previamente la ley y por el juez que lo representa, al tenor de las normas citadas, constituye, por un lado, un derecho esencial que se asegura a toda persona y que los órganos del Estado están obligados a respetar y promover, tal y como ordenan los artículos 1º, inciso cuarto, y 5º, inciso segundo, de la Constitución. A la vez, representa un elemento fundamental para la seguridad jurídica, pues impide que el juzgamiento destinado a afectar los derechos y bienes se realice por un tribunal o por un juez distinto del órgano permanente, imparcial e independiente a quien el legislador ha confiado tal responsabilidad y que se cumple por las personas naturales que actúan en él. Como puede observarse, el Estado de Derecho mismo, en cuanto adecuado equilibrio entre el orden y la libertad, es el que resulta afianzado con el debido respeto al principio de legalidad del tribunal.*

*Consecuentemente, el juez al ser generado por una resolución exenta infringe, en su esencia, el mencionado principio. En efecto, el funcionario del Servicio de Impuestos Internos en quien el Director Regional respectivo efectúa la delegación de sus facultades jurisdiccionales de conocer y fallar reclamaciones tributarias, no es un juez ni menos puede constituir un tribunal al solo amparo del artículo 116 del Código Tributario. Por el contrario, es necesario que se concrete la delegación de facultades, a través de la resolución exenta, para que pueda asumir tal calidad. Expresado en otros términos, la ley, a través del artículo 115 del Código Tributario, creó un sistema jurisdiccional en materia tributaria —el Director Regional—. De esta forma, el principio de legalidad del tribunal sólo se cumple en la disposición contenida en el artículo 115 del Código Tributario. En la medida que el artículo 116 del mismo cuerpo legal faculta al referido juez para delegar sus atribuciones, en esencia indelegables, infringe la preceptiva constitucional antes señalada.*

*De la misma forma, toda persona que pretenda desempeñarse como juez ejerciendo una jurisdicción que no le ha sido conferida por la ley sino por un acto administrativo, se constituye en una comisión especial expresamente prohibida por el artículo 19 N° 3, inciso cuarto, de la Ley Fundamental.*

*VIGÉSIMO SEXTO: Que las inconstitucionalidades constatadas precedentemente, ligadas, por lo demás, a principios cardinales del derecho público, ya precisados en esta sentencia, no admiten ninguna otra interpretación plausible que no conduzca necesariamente a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario.*

*Y VISTO lo prescrito en los artículos 5º, 6º, 7º, 19 N° 3, inciso cuarto, 38, inciso segundo, 64, 76, 77 y 93, inciso primero, numeral 7º, e inciso duodécimo, de la Constitución Política, así como en los artículos 30 y 31 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,*

**SE RESUELVE QUE EL ARTÍCULO 116 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO ES INCONSTITUCIONAL, CONSIDERÁNDOSE DEROGADO, COMO EFECTO DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 94, INCISO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN, DESDE LA PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL, DENTRO DE TERCERO DÍA, DE LA PRESENTE SENTENCIA.**

*Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Correa y Fernández Fredes, quienes estuvieron por declarar que el artículo 116 del Código Tributario no es inconstitucional.*

*(...)*

*Redactó la sentencia la Ministra señora Marisol Peña Torres, la disidencia el Ministro señor Jorge Correa Sutil y la prevención el Ministro Mario Fernández Baeza.*

*Notifíquese, regístrese y publíquese en el Diario Oficial dentro de tercero día. Cumplido lo anterior, archívese.*

*Rol N° 681-2006.*

*Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don José Luis Cea Egaña y los Ministros señores Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz."*

# **Una nueva atribución de la Dirección del Trabajo: la calificación de las garantías que deben constituir las empresas de servicios transitorios**

COMENTARIO:

**José Alonso Ugolini Tello**

Profesor Auxiliar de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## **I. Del marco legal que permite a la Dirección del Trabajo calificar la idoneidad de las garantías que deben constituir las empresas de servicios transitorios**

La Ley 20.123, que entre otras materias regula el funcionamiento de empresas de servicios transitorios (EST), ha incorporado una nueva atribución a las ya desempeñadas por la Dirección del Trabajo.

El establecimiento de esta nueva atribución de dicho Servicio guarda perfecta armonía con el artículo 1° del D.F.L. N° 2, de 1967, Ley Orgánica del mismo, que contempla la posibilidad de que otras leyes generales o especiales le asignen funciones adicionales a las contempladas en dicho artículo.

Es así como el nuevo artículo 183-J del Código del Trabajo, incorporado por la referida Ley 20.123, establece para las EST la obligación de constituir una garantía a favor de la Dirección del Trabajo, que *“estará destinada preferentemente a responder, en lo sucesivo, por las obligaciones legales y contractuales de la empresa con sus trabajadores transitorios, devengadas con motivo de los servicios prestados a las empresas usuarias, y luego las multas que se le apliquen con infracción a las normas”* del Código del Trabajo (inciso 3°).

Que dicha garantía deba constituirse a favor de la Dirección del Trabajo implica necesariamente que dicho Servicio deberá hacerla efectiva en el evento que se dé alguno de los supuestos para los cuales fue constituida, y posteriormente

administrar los fondos correspondientes, conforme a lo establecido en los incisos 6° y 7° del mismo artículo 183-J.<sup>1</sup>

Esta situación constituye una gran novedad, ya que se confiere a la Dirección del Trabajo la facultad de administrar fondos de los privados a los que fiscaliza; de hacer pagos a terceros con dichos fondos; e incluso de hacerse pago de multas aplicadas por la propia Dirección.

Como la garantía se debe constituir a nombre de la Dirección del Trabajo, ésta tiene una facultad adicional, cual es calificar si el instrumento con el que se constituye cumple con los requisitos exigidos por el legislador. Esta facultad arranca de la ambigüedad del legislador al momento de establecer dichos requisitos. En efecto, el inciso 4° del artículo 183-J que comentamos dispone que *"La garantía deberá constituirse a través de una boleta de garantía, u otro instrumento de similar liquidez"*. El problema será, entonces, determinar qué otros instrumentos financieros tienen una liquidez similar a la boleta bancaria.

El Mensaje del Ejecutivo sólo contemplaba la posibilidad de constituir esta garantía precisamente a través de una boleta bancaria.<sup>2</sup> Entre sus argumentos para tal exigencia, el Ejecutivo sostiene que ha tenido en consideración *"que en el suministro de personal a terceras empresas está involucrada la persona del trabajador y su dignidad"*, por lo que su Proyecto *"impone garantías que aseguren el fiel cumplimiento de las obligaciones laborales involucradas, mecanismo, por lo demás, que ha sido adoptado por la mayoría de las legislaciones que admiten el funcionamiento de estas empresas en el mercado de trabajo, a fin de garantizar la seriedad y solvencia de estas últimas"*.

Rápidamente, ya en el Primer Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, se da cuenta de indicaciones tendientes a modificar dicho inciso. Es así como don Edgardo Boeninger, senador a esa fecha, propuso que se admitiera como instrumentos de garantía, además de la boleta bancaria, *"un depósito u otro instrumento similar de los disponibles al efecto en el mercado financiero"*. Por su parte, el Ejecutivo propuso, en lo que nos interesa, la siguiente

<sup>1</sup> Los mencionados incisos disponen: *"La sentencia ejecutoriada que ordene el pago de remuneraciones y/o cotizaciones previsionales adeudadas, el acta suscrita ante el Inspector del Trabajo en que se reconozca la deuda de dichas remuneraciones, así como la resolución administrativa ejecutoriada que ordene el pago de una multa, se podrá hacer efectiva sobre la garantía, previa resolución del Director del Trabajo, que ordene los pagos a quien corresponda. Contra dicha resolución no procederá recurso alguno."*

*"En caso de término de la empresa de servicios transitorios, el Director del Trabajo, una vez que se le acredite el cumplimiento de las obligaciones laborales de origen legal o contractual y de seguridad social pertinentes, deberá proceder a la devolución de la garantía dentro del plazo de seis meses, contados desde el término de la empresa"*.

<sup>2</sup> El inciso 5° del artículo 152 J del Proyecto dispone: *"La garantía deberá constituirse a través de una boleta de garantía, a nombre de la Dirección del Trabajo, y tener un plazo de vencimiento no inferior a 120 días, y deberá ser devuelta dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la nueva boleta"*.



redacción: *“La garantía deberá constituirse a través de una boleta de garantía, depósito u otro instrumento similar. En este último caso, la garantía deberá ser aprobada por la Dirección del Trabajo”.*

Previendo la problemática futura, el senador Boeninger argumentaba que *“si bien la indicación del Ejecutivo se refiere a ‘otro instrumento similar’, lo sujeta –para acoger la garantía– a la aprobación de la Dirección del Trabajo, que no es experta en instrumentos financieros. Si éstos son otorgados por bancos o instituciones financieras, este sólo hecho basta para garantizar su calidad”.*

Como contraargumento, el Ministro del Trabajo de la época, don Ricardo Solari, señaló que *“hablar de instrumentos del mercado financiero resulta bastante general, ya que se encuentran disponibles en el mismo una infinidad de ellos. Subrayó que una característica que debe tener la garantía –sea cual sea la forma de constituirse– es que pueda operar efectivamente en caso de insolvencia de la empresa de servicios temporarios, lo que hace necesario que la terminología que se utilice en esta materia sea lo más precisa posible”.*

Producto de dicho comentario, la Comisión acordó introducir el concepto de *“liquidez inmediata”*, que en definitiva quedó incorporado en el texto del artículo, exigiendo que el instrumento alternativo a la boleta bancaria de garantía tenga una *“liquidez similar”* a ella.

En atención a que la garantía se debe constituir a favor de la Dirección del Trabajo, se consideró ocioso explicitar que dicha institución deberá aprobar el instrumento a través del cual ésta se constituya, ya que siempre tendrá la facultad de rechazar el instrumento de garantía, cuando no le satisfaga.

De este modo, aun cuando la ley no señala expresamente que la Dirección del Trabajo tendrá la facultad de calificar la idoneidad de las garantías que se le ofrezcan, en la práctica cuenta con dicha prerrogativa, al encontrarse facultada para aceptar o rechazar los instrumentos que se le ofrezcan en garantía, cuando estos no sean una boleta bancaria, único caso en que el Servicio estará obligado a aceptarla sin más.

## **II. De un caso jurisprudencial: dificultades para la aprobación de la póliza de garantía de ejecución inmediata como un instrumento idóneo para constituir la garantía de las EST**

Es del caso que, anticipándose a la entrada en vigencia de la ley, una compañía de seguros generales, con el objetivo de ampliar sus mercados y ofrecer una alternativa a las EST que no copara su capacidad de crédito en el sistema ban-

cario, consultó a la Dirección del Trabajo sobre la posibilidad de considerar las pólizas de seguro de garantía de ejecución inmediata, como un instrumento de similar liquidez a la boleta bancaria de garantía.

Cabe señalar que la práctica nacional contempla principalmente dos tipos de pólizas de seguro de garantía que son de general utilización en la vida jurídica.

La primera es aquella sujeta a liquidación, en virtud de la cual, en el caso de siniestrarse, se iniciará un procedimiento de liquidación, como en cualquier seguro ordinario, tendiente a establecer si se dieron los incumplimientos contractuales del tomador o asegurado por la póliza, que permiten a su beneficiario siniestrarla, y establecer cuál es el perjuicio efectivo sufrido por dicho beneficiario, para indemnizarlo por ese monto, si es inferior a la cobertura del seguro, o por dicho tope, si los perjuicios son superiores a ésta.

La segunda, que es de mucho mayor aplicación, es la póliza de seguro de garantía de ejecución inmediata, que como su nombre lo indica, no se encuentra sujeta a liquidación, y por lo tanto permite al beneficiario, en el evento de siniestrarla, percibir el total del monto asegurado, una vez vencido un plazo contado desde la fecha de la denuncia del siniestro, que se establece en la misma póliza. Así, este tipo de pólizas de garantía opera de manera similar a una boleta bancaria.

Frente a la referida consulta, el Jefe del Departamento de Inspección de la Dirección del Trabajo, pidió a su Directora pronunciarse sobre la materia. Dicho pronunciamiento consta del Dictamen Ord. N° 4786/090, de fecha 2 de noviembre de 2006.

Para estructurar su respuesta, la Directora del Trabajo en primer lugar estableció las características esenciales de la boleta bancaria de garantía, para luego intentar aplicarlas a la póliza de garantía. A su juicio, dichas características esenciales son las siguientes:

*"1) que debe ser pagada por el banco a solo requerimiento del beneficiario, y*

*"2) que esta obligación de pago para la institución bancaria no está sujeta a condición alguna".*

Para llegar a esta conclusión, la Directora del Trabajo recurrió a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), de la que obtuvo el concepto de boleta bancaria, y la forma como opera.

Sin embargo, al momento de analizar el seguro de garantía, no recurrió a la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) como fuente de información. Para

estos efectos, la Directora del Trabajo se limitó a analizar las disposiciones que regulan la materia en el Código de Comercio; en el D.F.L. N° 251, de 1931, Ley de Seguros; y en el D.S. N° 863, de 1989, Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros. Cabe señalar que en dichos cuerpos legales la regulación específica sobre el seguro de garantía es bastante escasa. Así, llegó a la conclusión de que todo siniestro de una póliza de seguros necesariamente debe pasar por el procedimiento de liquidación, y que por lo tanto, las pólizas de garantía no son un instrumento de similar liquidez a las boletas bancarias, ya que el pago no se efectuaría por la compañía de seguros a solo requerimiento del beneficiario, y la obligación de pago estaría sujeta a una condición: que el procedimiento de liquidación del siniestro arroje la obligación de indemnizar al beneficiario.

Con esta resolución, la Dirección del Trabajo estaba privando a las EST de la posibilidad legítima de acceder a un instrumento de garantía generalmente más económico que la boleta bancaria, y que no le obliga a utilizar, o incluso copar, su capacidad de crédito en el sistema bancario.

Se dio así la aprensión del senador Boeninger, quien previó las dificultades que podría acarrear la inexperiencia de la Dirección del Trabajo en el análisis de instrumentos financieros, al momento de aprobar o rechazar esos otros instrumentos de similar liquidez.

Cabe señalar que, si bien el pronunciamiento fue solicitado a la Dirección del Trabajo por una compañía de seguros generales, quien en definitiva aparece formulando la consulta es el Jefe del Departamento de Inspección de la propia Dirección. Por esta razón, el dictamen que nos ocupa nunca fue notificado a la compañía de seguros interesada en su pronunciamiento, la que sólo se enteró de su existencia una vez publicado en la página web de dicha institución.

A pesar del pronunciamiento adverso de la Dirección del Trabajo, la compañía de seguros procedió a registrar en la SVS el condicionado general de una póliza de seguro de garantía, destinada específicamente a garantizar las obligaciones a que se refiere el artículo 183 J del Código del Trabajo. Dicha póliza lleva el código POL107004.

En paralelo, la Asociación Gremial de Empresas de Administración y Externalización de Recursos Humanos (AGEST), que agrupa a las EST, solicitó a la Dirección del Trabajo reconsiderar su pronunciamiento, y aceptar las pólizas de garantía de ejecución inmediata como un instrumento idóneo para constituir la garantía a que se refiere el artículo 183-J.

Sobre la base del dictamen anterior, la Dirección del Trabajo aceptó este tipo de pólizas como idóneas para constituir la garantía que nos ocupa, por considerar

que, al no encontrarse sujeta a liquidación, cumple con los mismos elementos que la propia Dirección consideró esenciales a las boletas bancarias. En efecto, el Dictamen Ord. N° 0265/008, del 17 de enero de 2007, dispuso que *“si la póliza de seguro que se pretenda incorporar para estos fines al Depósito de Pólizas, que al efecto mantiene la Superintendencia de Valores y Seguros, en conformidad a lo dispuesto en la letra e) del artículo 3° del D. F. L. N° 251, de 1931, es de aquellas de ejecución inmediata, vale decir, no tenga un procedimiento de liquidación y se pague contra el sólo requerimiento del asegurado o beneficiario de la misma, que en este caso sería la Dirección del Trabajo, este Servicio es de opinión que no existiría inconveniente en considerarla como instrumento idóneo para los efectos que se han indicado”*.

Posteriormente, y para reafirmar esta decisión, la compañía de seguros generales que motivó el primer dictamen solicitó a la Dirección del Trabajo un nuevo pronunciamiento, esta vez sobre la base de la póliza inscrita.

En esta oportunidad, la Directora del Trabajo sí consideró prudente solicitar el pronunciamiento de la SVS, para que *“informara a este Servicio acerca de si ésta reunía los requisitos o condiciones generales que debe contener este tipo de instrumento”*.

También requirió la opinión del Departamento Jurídico de la propia Dirección. Con esos apoyos, la Directora del Trabajo, tomando en consideración los pronunciamientos anteriores sobre la materia, concluyó que la póliza de seguro de garantía que se le presentó *“puede ser considerada de similar liquidez a una boleta de garantía bancaria, conforme lo establece el artículo 183-J del Código del Trabajo”*. Así lo concluye en el Dictamen Ord. N° 465/011, del 1 de febrero de 2007.

### **III. Conclusión**

El análisis anterior constituye un vivo ejemplo de las dificultades a las que se ven enfrentados los privados cuando requieren de un pronunciamiento de la Administración para el adecuado desarrollo de su actividad empresarial.

En la mayoría de los casos, dichas dificultades no obedecen a una mala disposición de quienes ejercen la autoridad. Sin embargo, la ignorancia sobre ciertas materias que no son propias del Servicio llamado por el legislador a efectuar el pronunciamiento, impiden que los privados cuenten oportunamente con las herramientas necesarias para desarrollar su actividad empresarial, o para hacerlo de manera menos gravosa.

Es más, como en el caso comentado, en muchas oportunidades es necesario que los privados requieran una y otra vez el pronunciamiento de los órganos estatales, para así lograr su objetivo, con el consecuente desgaste de tiempo y recursos.

Es de lege ferenda que nuestros legisladores, al momento de crear nuevas instituciones como la que nos ocupa, tengan presente que sus decisiones pueden afectar de una u otra forma la competitividad del empresariado. En el caso analizado, llama la atención que uno de los senadores advirtió las dificultades que podría significar el mecanismo propuesto, y que la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado no haya reparado mayormente en ello. Es probable que esta situación se dé frecuentemente en la discusión legislativa.

Los últimos estudios internacionales sobre competitividad destacan que nuestro país ha venido constantemente perdiendo posiciones en dicha materia. Por ello, considero imprescindible que tanto el Poder Legislativo como la Administración del Estado pongan especial cuidado al momento de pronunciarse sobre materias que, de una u otra manera, pueden afectar la capacidad de emprender de nuestro empresariado.

## **Anexo con los dictámenes de la Dirección del Trabajo aludidos en este comentario**

### **A. Dictamen 4786/090 de la Dirección del Trabajo**

*"Santiago, 02.11.2006*

*DE : Directora del Trabajo*

*A : Sr. Jefe Departamento Inspección*

*Mediante memorándum del antecedente se ha solicitado un pronunciamiento en orden a determinar el alcance de la expresión "instrumento de similar liquidez" empleado en el artículo 183-J del Código del Trabajo, agregado por la Ley N° 20.123, publicada en el Diario Oficial del día 16 de octubre del año en curso, que Regula Trabajo en Régimen de Subcontratación, el Funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios, especialmente en el sentido de establecer si una póliza de seguro constituiría un instrumento de similares características.*

*Al respecto, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:*

*El referido artículo 183-J del Código del Trabajo, en sus incisos 1° al 4°, dispone:*

*"Toda empresa de servicios transitorios deberá constituir una garantía permanente a nombre de la Dirección del Trabajo, cuyo monto será de 250 unidades de fomento, aumentada en una unidad de fomento por cada trabajador transitorio adicional contratado por sobre 100 trabajadores; 0,7 unidad de fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 150 trabajadores, y 0,3 unidad de fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 200.*

*El monto de la garantía se ajustará cada doce meses, considerando el número de trabajadores transitorios que se encuentren contratados en dicho momento.*

*La garantía estará destinada preferentemente a responder, en lo sucesivo, por las obligaciones legales y contractuales de la empresa con sus trabajadores transitorios, devengadas con motivo de los servicios prestados por éstos en las empresas usuarias, y luego las multas que se le apliquen por infracción a las normas de este Código.*

*La garantía deberá constituirse a través de una boleta de garantía, u otro instrumento de similar liquidez, a nombre de la Dirección del Trabajo y tener un plazo de vencimiento no inferior a 120 días, y será devuelta dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la nueva boleta".*

*De la norma legal precedentemente transcrita es posible inferir que toda empresa de servicios transitorios se encontrará obligada a constituir una garantía de carácter permanente a nombre de la Dirección del Trabajo, cuyo monto básico deberá ser de 250 unidades de fomento, cantidad que aumentará en la forma que establece el inciso 1° de la disposición en comento, dependiendo del número de trabajadores transitorios contratados.*

*De la misma se colige que la garantía estará destinada en forma preferente a responder por las obligaciones legales y contractuales de la empresa con sus trabajadores transitorios, que se devenguen con motivo de los servicios prestados por estos en las empresas usuarias y para responder, igualmente por las multas que pudieren aplicárseles por infracción a las normas del Código del Trabajo.*

*De ella se infiere, además, que la caución en referencia se deberá constituir a través de una boleta de garantía u otro instrumento de similar liquidez, a nombre de la Dirección del Trabajo, tener un plazo de vencimiento no menor a 120 días, la que será restituida dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la nueva boleta.*

*Ahora bien, para los efectos de absolver la consulta planteada, se hace necesario, en primer término, precisar qué se debe entender por “**boleta de garantía**” y cuáles son sus características. Para ello, cabe recurrir a la Recopilación de Normas de Bancos y Financieras de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, contenidas en la Circular N° 3.195, de 04-10-02, conforme a las cuales “La boleta de garantía es una caución que constituye un banco a petición de su cliente llamado el “Tomador” a favor de otra persona llamada “Beneficiario” que tiene por objeto garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída por el tomador o un tercero a favor del beneficiario”.*

*La misma Recopilación de Normas agrega: “Existen dos maneras de obtener que un banco emita una boleta de garantía para caucionar una obligación de una persona a favor de otra. La primera es que se obtenga la emisión de una boleta con la constitución de un depósito de dinero en el banco por parte del tomador. La otra es que el banco la emita con cargo a un crédito otorgado al tomador, quien suscribe un pagaré u otro título de crédito a favor del banco”.*

*“Aun cuando en el primer caso se llamaría propiamente depósito de garantía, en realidad, en ambos casos, el banco emite un documento llamado “Boleta de garantía”, en el que se compromete incondicionalmente a su pago a solo requerimiento del beneficiario. La existencia de un depósito o de un crédito sólo mira a las relaciones entre el banco y el tomador y no interesa al beneficiario, por cuanto la obligación de pagar la boleta será siempre incondicional para el banco” (Capítulo 8-11 (Bancos) N° 1-1.1).*

*De la normativa precedentemente transcrita es posible colegir que la boleta que nos ocupa es una caución que garantiza el fiel cumplimiento de una obligación contraída ya sea por el tomador de la misma o por un tercero, a favor del beneficiario. Este instrumento se constituye por un banco, a petición de su cliente o tomador, previo depósito de la suma de dinero correspondiente o con cargo a un crédito otorgado al tomador.*

*De la misma se infiere que las características esenciales de este documento, son:*

- 1) que debe ser pagado por el banco a solo requerimiento del beneficiario, y*
- 2) que esta obligación de pago para la institución bancaria no está sujeta a condición alguna.*

*En otros términos, podemos aseverar que esta caución es un activo transformable, fácilmente y sin mayor trámite, en dinero efectivo.*

*Ahora bien, teniendo en consideración lo expuesto en los párrafos que anteceden, posible resulta sostener que por la expresión “**instrumento de similar liquidez**”, empleada en el inciso 4° de la norma en estudio, debe entenderse todo aquel documento que, al igual que la boleta de garantía, sea de análoga facilidad de ser transformable de inmediato en dinero efectivo.*

*Lo expresado anteriormente se corrobora si se tiene en consideración la historia fidedigna del establecimiento de la norma en análisis, ya que de acuerdo a ella, las modificaciones que se introducen al Código buscan, entre otros objetivos, “precaer que se encuentren disponibles los recursos necesarios que permitan asegurar debidamente el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que les asisten a las empresas de que se trata*

respecto de sus trabajadores" (Observaciones formuladas por S.E. la Presidenta de la República al proyecto de ley, Boletín N° 2.943-13)

Asimismo, el honorable senador señor Boeninger "estimó importante que la garantía pueda constituirse no sólo mediante una boleta de garantía, sino también por medio de un depósito u otro instrumento similar de los disponibles al efecto en el mercado financiero" (Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, Boletín N° 2.943-13).

A la vez, el mismo honorable senador en la 1ª sesión del martes 7 de octubre de 2003 al referirse a los resguardos especiales que debieran requerirse para cautelar debidamente los derechos de los trabajadores y la fe pública señaló: "la constitución de una adecuada garantía, de liquidez inmediata, al inicio del funcionamiento de una compañía de esta índole es, a mi modo de ver, un ejemplo correcto, apropiado, de tales resguardos especiales".

Resuelto lo anterior, cabe referirse a la consulta relativa a si una póliza de seguro podría ser considerada como un instrumento de similar liquidez a la de la boleta de garantía.

Con tal objetivo, es necesario tener presente, en primer término, el concepto de contrato de seguro que el legislador contempla en el artículo 512 del Código de Comercio, que al efecto estipula:

"El seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio por el cual una persona natural o jurídica toma sobre sí por un determinado tiempo todos o alguno de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida o cualquier otro daño estimable que sufran los objetos asegurados".

Por su parte, el inciso 2º del artículo 514 del mismo cuerpo legal establece:

"El documento justificativo del seguro se llama póliza".

Del análisis de ambas normas legales puede inferirse que el seguro es un contrato por medio del cual la compañía de seguros toma sobre sí por un lapso de tiempo determinado, todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro a que están expuestos ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, que son las primas, a indemnizarla por la pérdida o daño que sufran las especies aseguradas.

Asimismo, se colige de ellas que la contratación de un seguro se formaliza mediante la emisión de una póliza de seguro, la cual es el documento justificativo del contrato que establece los derechos y obligaciones del asegurado y del asegurador.

En otros términos, mediante este contrato el asegurador se obliga, en el caso que se produzca un siniestro cubierto por la póliza, a indemnizar al asegurado o a sus beneficiarios de acuerdo a las condiciones del seguro. Por su parte, el asegurado se obliga al pago de una prima estipulada en la póliza.

Ahora bien, de conformidad con las normas generales contenidas en el DFL N° 251, de 1931, Ley de Seguros, y el D.S. N° 863, de 1989, Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros, se puede establecer que denunciado un siniestro y cuantificada la pérdida, la compañía dispondrá el pago de la indemnización en los términos convenidos en la póliza y, en caso de requerirse mayores antecedentes sobre su procedencia y monto, dispondrá su liquidación.

Cabe manifestar, asimismo, que de acuerdo con los señalados textos legales, la liquidación de los siniestros tiene por fin básicamente determinar la ocurrencia del siniestro, si el riesgo está bajo cobertura de una compañía determinada, y el monto de la indemnización a pagar.



*Conforme a las mismas normas, la liquidación de los siniestros amparados por un seguro pueden practicarla las compañías directamente o encomendarla a un liquidador registrado en la Superintendencia. Sin embargo, el asegurado o beneficiario del seguro puede exigir que la liquidación la realice un liquidador registrado.*

*De las disposiciones contenidas en los cuerpos legales citados, es posible deducir, a la vez, que para determinar la ocurrencia de un siniestro, es necesario que exista una liquidación del mismo, ya sea, según se ha manifestado, directamente por la compañía o por un liquidador, procedimiento que incluso puede llegar a ser conocido por un árbitro, en caso de diferencias entre el contratante, asegurado o beneficiario y el asegurador, sin perjuicio del eventual arbitraje de la Superintendencia de Valores y Seguros de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° letra i) del D. F. L. N° 251.*

*Todo lo expuesto precedentemente en relación a la póliza por la cual se consulta, permite concluir, en opinión de la suscrita, que este es un documento que requiere de todo un procedimiento previo –determinación de: la ocurrencia del siniestro; si el riesgo está bajo cobertura de una compañía; de la liquidación respectiva; del monto a indemnizar, etc.– para que se establezca finalmente por parte de la Compañía Aseguradora respectiva la procedencia del pago y la cantidad de la indemnización.*

*Ello permite sustentar, por consiguiente, que la póliza de seguro por la cual se consulta no puede ser estimada como un instrumento de similar liquidez a la boleta de garantía, en los términos previstos en el inciso 4° del artículo 183-J del Código del Trabajo, en análisis, toda vez que dicho instrumento carece del requisito esencial para ser considerado como tal, cual es su liquidez inmediata.*

*En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cumpla con informar a Ud. lo siguiente:*

*1) Por “instrumento de similar liquidez”, expresión utilizada en el inciso 4° del artículo 183-J del Código del Trabajo, debe entenderse todo aquel que, al igual que la boleta de garantía, sea de análoga facilidad de ser transformable de inmediato en dinero efectivo.*

*2) La póliza de seguro por la cual se consulta no puede ser considerada como un instrumento de similar liquidez a la boleta de garantía, en los términos previstos en la citada disposición legal, toda vez que carece del requisito esencial que caracteriza a ésta, cual es su liquidez inmediata.*

*Saluda a Ud.,*

**PATRICIA SILVA MELÉNDEZ**

*Abogada*

*Directora del Trabajo”*

## B. Dictamen 0265/008 de la Dirección del Trabajo

"SANTIAGO, 17.01.2007

DE : Directora del Trabajo

A : Sres. Asociación Gremial de Empresas de Administración y Externalización de Recursos Humanos – AGEST.

Mediante presentación del antecedente se ha solicitado un pronunciamiento de esta Dirección tendiente a determinar la factibilidad de incorporar las pólizas de seguro y depósitos en unidades de fomento como "instrumentos de similar liquidez" para la constitución de garantías para Empresas de Servicios Transitorios.

Al respecto, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

Previamente es necesario recordar que en conformidad a lo previsto en los incisos 1° al 4° del artículo 183-J del Código del Trabajo (agregado por la Ley N° 20.123, publicada en el Diario Oficial del día 16-10-2006), toda empresa de servicios transitorios se encontrará obligada a constituir una garantía de carácter permanente a nombre de la Dirección del Trabajo, cuyo monto básico deberá ser de 250 unidades de fomento, cantidad que aumentará en la forma que establece el inciso 1° de la señalada disposición, dependiendo del número de trabajadores transitorios contratados.

La misma norma establece que la garantía estará destinada en forma preferente a responder por las obligaciones legales y contractuales de la empresa con sus trabajadores transitorios, que se devenguen con motivo de los servicios prestados por estos en las empresas usuarias y para responder, igualmente, por las multas que pudieren aplicárseles por infracción a las normas del Código del Trabajo.

En ella se dispone, además, que la caución en referencia se deberá constituir a través de una **boleta de garantía u otro instrumento de similar liquidez**, a nombre de la Dirección del Trabajo, tener un plazo de vencimiento no menor a 120 días, la que será restituida dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la nueva boleta.

Ahora bien, este Servicio, estudiando la referida disposición legal, a través del Ordinario N° 4786/090, de 02-11-2006, y sobre la base de los fundamentos en él analizados, ha precisado que "**boleta de garantía**" es una caución que garantiza el fiel cumplimiento de una obligación contraída ya sea por el tomador de la misma o por un tercero, a favor del beneficiario. Este instrumento se constituye por un banco, a petición de su cliente o tomador, previo depósito de la suma de dinero correspondiente o con cargo a un crédito otorgado al tomador.

Se señaló, a la vez, cuáles eran, a juicio de esta Dirección, las características esenciales de este documento, mencionando como tales: 1) que esta boleta debe ser pagada por el banco a solo requerimiento del beneficiario, y 2) que esta obligación de pago para la institución bancaria no está sujeta a condición alguna.

De esta suerte, se concluyó en definitiva que esta caución es un activo transformable, fácilmente y sin mayor trámite, en dinero efectivo y, por ende, se ha sostenido que por la expresión "**instrumento de similar liquidez**", empleada en el inciso 4° del artículo 183-J del Código del Trabajo, debe entenderse todo aquel documento que, al igual que la boleta de garantía, sea de análoga facilidad de ser transformable de inmediato en dinero efectivo.

Teniendo como fundamento lo expuesto anteriormente y luego de analizar, respecto de una póliza de seguro de las existentes en la actualidad, las normas legales que rigen esta materia, contenidas en el Código de Comercio, en el DFL. N° 251, de 1931, Ley de Seguros, y en el D.S. N° 863, de 1989, Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros, se concluyó que aquella no podía ser estimada como un instrumento de similar liquidez a la boleta de

garantía, en los términos previstos en la citada disposición legal, toda vez que dicha póliza carece del requisito esencial que caracteriza a ésta, cual es su liquidez inmediata.

A través de la presentación del antecedente, según se ha señalado, se ha solicitado a este Servicio se estudie la factibilidad de considerar la póliza de seguro como un instrumento "idóneo" dentro del concepto de la Ley N° 20.123 como "otro instrumento de similar liquidez", a través del cual se cumpla con la obligatoriedad de constituir garantías permanentes a nombre de la Dirección del Trabajo, si ella cumple con el requisito de liquidez inmediata.

Para ello, se señala en la presentación, que la forma de liquidar una póliza es una materia que puede ser estudiada y ser resuelta financieramente por las propias compañías de seguros, a través de una póliza especialmente diseñada para cumplir con este objetivo, en atención a las obligaciones que ésta busca resguardar o asegurar.

Ahora bien, si la póliza de seguro que se pretenda incorporar para estos fines al Depósito de Pólizas, que al efecto mantiene la Superintendencia de Valores y Seguros, en conformidad a lo dispuesto en la letra e) del artículo 3° del D. F. L. N° 251, de 1931, es de aquellas de ejecución inmediata, vale decir, no tenga un procedimiento de liquidación y se pague contra el sólo requerimiento del asegurado o beneficiario de la misma, que en este caso sería la Dirección del Trabajo, este Servicio es de opinión que no existiría inconveniente en considerarla como instrumento idóneo para los efectos que se han indicado.

En relación a esta materia, no se puede dejar de tener en consideración que el hacer efectiva la garantía implica necesariamente el transcurso de cierto lapso de tiempo, toda vez que en conformidad al inciso 6° del artículo 183-J en comento, es necesario una sentencia ejecutoriada que ordene el pago de remuneraciones y/o cotizaciones previsionales adeudadas, o una acta suscrita ante el Inspector del Trabajo en que se reconozca la deuda de dichas remuneraciones, o una resolución administrativa ejecutoriada que ordene el pago de una multa, requiriéndose, en cualesquiera de estos casos, una resolución del Director del Trabajo que ordene los pagos a quien corresponda.

De esta suerte, prolongar aun más el pago pertinente con una garantía que no sea de liquidez inmediata, desvirtuaría el objetivo tenido en vista por el legislador al dictar la norma en análisis.

Con respecto a la factibilidad de considerar dentro de los instrumentos idóneos para los efectos que nos ocupan los depósitos bancarios, específicamente, según lo señala el recurrente, el depósito a plazo tomado en unidades de fomento, cabe señalar que en conformidad con la normativa que regula la materia, entre otras, la Recopilación de Normas sobre Captaciones e Intermediación emanada del Banco Central de Chile y Recopilación de Normas de Bancos y Financieras, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, los citados depósitos, ya sea a plazo fijo, a plazo renovable o a plazo indefinido, no presentan inconvenientes para su liquidez.

Finalmente, en cuanto a lo solicitado en la presentación del antecedente, respecto a la glosa y/o título que debería tener la boleta bancaria, cabe manifestar que esta Dirección estima innecesario preestablecerlo.

En consecuencia, sobre la base de la disposición legal citada, jurisprudencia administrativa indicada y consideraciones expuestas, cúmpleme informar a Uds. que se complementa el Ordinario N° 4786/090, de 02-11-2006, de este Servicio, que interpreta los incisos 1° al 4° del artículo 183-J del Código del Trabajo, en la forma señalada en el cuerpo del presente informe.

Saluda a Uds.,

PATRICIA SILVA MELÉNDEZ  
Abogada. Directora del Trabajo"

## C. Dictamen 465/011 de la Dirección del Trabajo

"SANTIAGO, 01.02.2007

DE : Directora del Trabajo

A : Sra. María de La Luz Berg Rojas  
Subgerente División Garantías  
Aseguradora Magallanes S. A.  
Alonso de Cordova N° 5101, Of. 1801, Las Condes.

Mediante presentación del antecedente 3) se ha solicitado a esta Dirección un pronunciamiento tendiente a determinar si la póliza de seguro que la misma acompaña, denominada "**Póliza de Garantía de Ejecución Inmediata para Empresa de Servicios Transitorios**", inscrita en los registros de la Superintendencia de Valores y Seguros bajo el código Pol 1 07 004, puede ser considerada de similar liquidez a una boleta de garantía bancaria, conforme lo establece el artículo 183-J del Código del Trabajo.

Al respecto, cumpro con informar a Ud. lo siguiente:

En primer término se hace necesario tener presente que en los pronunciamientos señalados en la Concordancia, este Servicio, interpretando los incisos 1° al 4° del artículo 183-J del Código del Trabajo, en el primero de ellos fijó el sentido y alcance de las expresiones "**boleta de garantía**" e "**instrumento de similar liquidez**", ambas contenidas en las disposiciones legales citadas.

Así es, que por "**boleta de garantía**" se precisó que es una caución que garantiza el fiel cumplimiento de una obligación contraída ya sea por el tomador de la misma o por un tercero, a favor del beneficiario. Este instrumento se constituye por un banco, a petición de su cliente o tomador, previo depósito de la suma de dinero correspondiente o con cargo a un crédito otorgado al tomador.

Dadas las características de dicha boleta, se concluyó que esta caución es un activo transformable, fácilmente y sin mayor trámite, en dinero efectivo y, por ende, se ha sostenido que por la expresión "**instrumento de similar liquidez**", empleada en el inciso 4° del artículo 183-J del Código del Trabajo, debe entenderse todo aquel documento que, al igual que la boleta de garantía, sea de análoga facilidad de ser transformable de inmediato en dinero efectivo.

Sobre la base de lo expuesto precedentemente y luego de analizar, respecto de una póliza de seguro de las existentes hasta ese momento, las normas legales que rigen esta materia, se concluyó que aquella no podía ser estimada como un instrumento de similar liquidez a la boleta de garantía, en los términos previstos en la citada disposición legal, toda vez que dicha póliza carece del requisito esencial que caracteriza a ésta, **cual es su liquidez inmediata**.

En el segundo de los citados pronunciamientos, esto es, el Ordinario N° 265/08, de 17.01.2007, este Servicio complementando el Oficio comentado anteriormente, analizó nuevamente la posibilidad de considerar la póliza de seguro como un instrumento "idóneo" dentro del concepto de la Ley N° 20.123 como "otro instrumento de similar liquidez", a

través del cual se cumpla con la obligatoriedad de constituir garantías permanentes a nombre de la Dirección del Trabajo, en el evento que la misma cumpliera con el requisito de liquidez inmediata.

En este orden de ideas, se estableció que si la póliza de seguro que se incorporara para estos fines al Depósito de Pólizas, que al efecto mantiene la Superintendencia de Valores y Seguros, en conformidad a lo dispuesto en la letra e) del artículo 3° del D. F. L. N° 251, de 1931, es de aquellas de ejecución inmediata, vale decir, no tenga un procedimiento de liquidación y se pague contra el sólo requerimiento del asegurado o beneficiario de la misma, que en este caso sería la Dirección del Trabajo, este Servicio opinó que no existiría inconveniente en considerarla como instrumento idóneo para los efectos que se han indicado.

Ahora bien, en relación al documento que se acompaña en la presentación, denominado **“Póliza de Garantía de Ejecución Inmediata para Empresas de Servicios Transitorios”**, cabe hacer presente que a fin de emitir una opinión fundada acerca de la misma, se solicitó a la Superintendencia de Valores y Seguros, que en virtud de las facultades que le son propias, informara a este Servicio acerca de si ésta reunía los requisitos o condiciones generales que debe contener este tipo de instrumento.

Al respecto, dicho Organismo, mediante Ordinario N° 1141, de 24-01-2007, informó a éste que *“el modelo de póliza depositada en el depósito de Pólizas bajo el código POL 1 07 004, y denominado “Póliza de Garantía de Ejecución Inmediata para Empresas de Servicios Transitorios”, puede ser utilizado por las compañías de seguros en la contratación de seguros que cubran los riesgos en ella comprendidos, de acuerdo a lo dispuesto en la letra e) del artículo 3° del D. F. L. N° 251, de 1931. El depósito del modelo lo efectúan las compañías de seguros u otros actores del mercado de seguros, y corresponde a este Servicio velar para que estos textos cumplan con los requisitos de legalidad, claridad en su redacción y normas sobre contenido mínimo”*.

*“Acerca si el modelo cumple con los requisitos de liquidez contemplados en el artículo 183J del Código del Trabajo, en opinión de este Servicio en términos pactados la póliza en comento y la boleta de garantía presentan características similares, en cuanto en ambos hay un compromiso incondicional a su pago a solo requerimiento del beneficiario. Con ese objeto el modelo de póliza prevé el pago al beneficiario previa formalización del siniestro, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 6°; lo cual conlleva una renuncia a la liquidación a través del procedimiento contemplado en la Ley y el Reglamento de Auxiliares del Comercio de Seguros”*.

Por su parte, esta Dirección, en lo que respecta al artículo 6° de la póliza de que se trata, sobre determinación, configuración y pago del siniestro, es de opinión que se ajusta a la doctrina contenida tanto en el Ordinario N° 4786/090, de 02-11-2006, como en el Ordinario N° 265/ 08, de 17-01-2007, que fijan el sentido y alcance de la expresión *“instrumento de similar liquidez”* a que se refiere el inciso 4° del citado artículo 183-J del Código del Trabajo.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa señalada y consideraciones expuestas, cumpro con informar a Ud. que la **“Póliza de Garantía de Ejecución Inmediata para Empresas de Servicios Transitorios”** inscrita en los registros de la Superintendencia de Valores y Seguros bajo el código Pol 1 07 004,

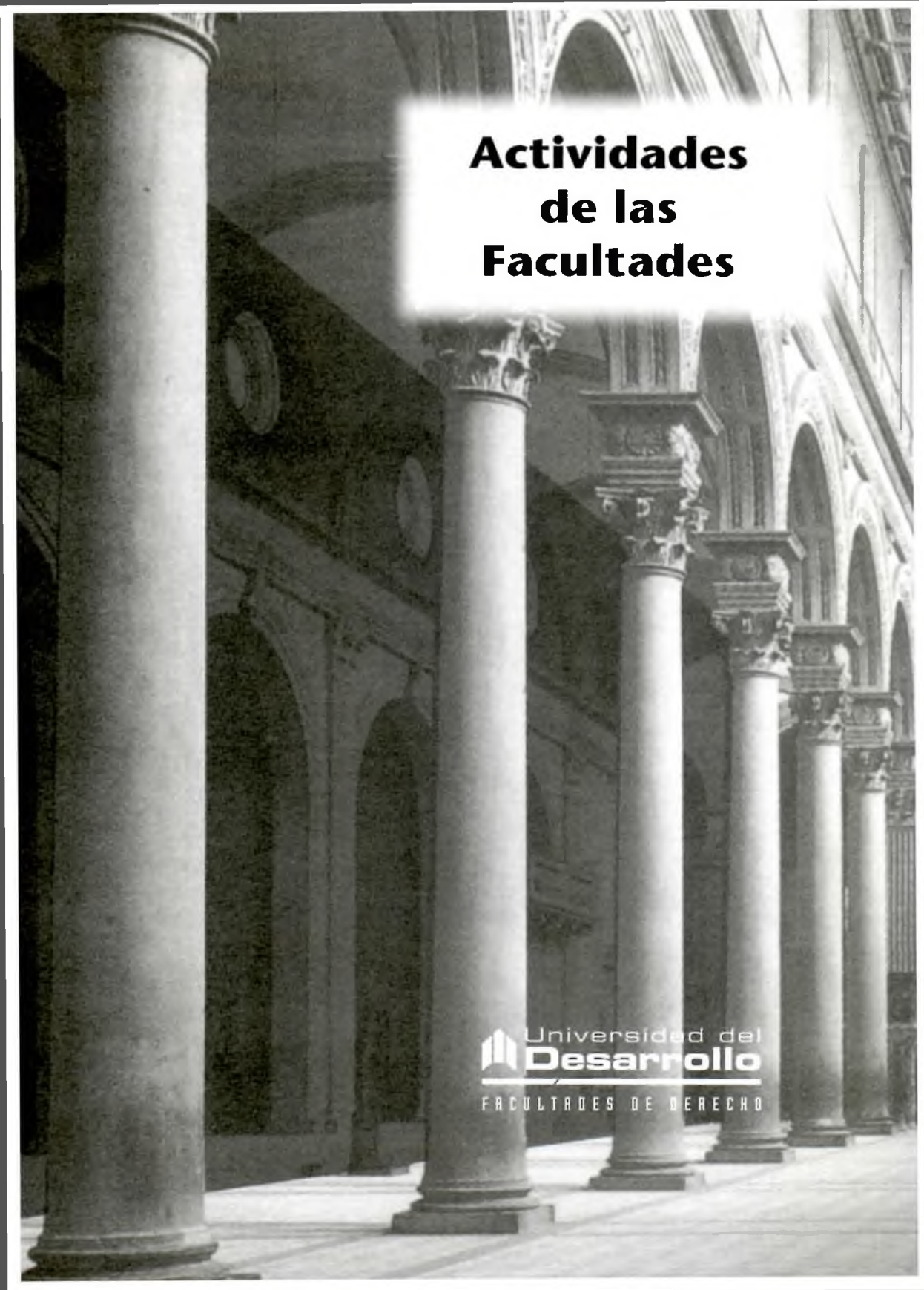
*puede ser considerada de similar liquidez a una boleta de garantía bancaria, conforme lo establece el artículo 183-J del Código del Trabajo.*

*Saluda a Ud.,*

*PATRICIA SILVA MELÉNDEZ*

*Abogada*

*Directora del Trabajo”*



# Actividades de las Facultades

 Universidad del  
**Desarrollo**

FACULTADES DE DERECHO





# **Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)**

Primer semestre 2007

**Trinidad Siles Del Valle**

Coordinadora

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

En este espacio daremos cuenta brevemente de las actividades académicas más destacadas del primer semestre de 2007.

## **I. Actividades de la Facultad**

### **• Inauguración del año académico**

El 25 de abril recién pasado inauguramos el año académico de la Facultad. Como ya es tradición, la solemne ceremonia se inició con las palabras de nuestro decano, don Pablo Rodríguez Grez, quien invitó a los presentes a celebrar el comienzo del año académico 2007. La clase magistral estuvo a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional, profesor José Luis Cea Egaña, quien expuso sobre el tema: "El Tribunal Constitucional. Un año después de la Reforma". Junto a los mencionados académicos, presidieron el acto el Presidente de la Corte Suprema, señor Enrique Tapia Witting, del rector de la Universidad del Desarrollo, señor Ernesto Silva Bafalluy, y la Directora de la Carrera, señora Cecily Halpern Montecino.

Una vez terminada la notable exposición del profesor señor José Luis Cea, se hizo entrega a los alumnos egresados de la carrera de sus correspondientes diplomas que los acreditan como egresados de la carrera de Derecho de la UDD. Posteriormente, se premió a los mejores alumnos de cada curso y finalmente se distinguió a la señorita Alejandra Lazo Ribalta como la mejor alumna egresada, con las mejores calificaciones durante los cinco años de estudio. En su discurso expresó palabras de reconocimiento a la UDD y a todos sus profesores por su profesionalismo y dedicación. En un gesto de cariño y admiración, su promoción quiso homenajear, en esta oportunidad, al profesor Manuel Montt Dubornais con un galvano.

- **Reunión de profesores de la Facultad**

El 27 de marzo del año en curso tuvo lugar la primera reunión con todos los profesores de la Facultad. El Decano, señor Pablo Rodríguez Grez, informó sobre las noticias más importantes de la Universidad y comprometió a su cuerpo docente a participar activamente en las tareas que tenemos por delante, a mantener alto el nivel de exigencia con los alumnos y a respetar y exigir el cumplimiento del Reglamento Académico para los alumnos regulares del pregrado.

- **Ayudantías 2007**

Concurso para ayudantes – Primer semestre 2007.

Este año, durante los meses de abril y mayo, se realizó nuevamente el “Concurso para ayudantes” con el fin de conservar o promover a los postulantes más idóneos. Los postulantes preseleccionados expusieron un tema frente a una comisión integrada por el Director del Departamento respectivo, el profesor de la asignatura y la Coordinadora de la Carrera. El objetivo de este concurso es contar con el mejor equipo de ayudantes y, al mismo tiempo, motivar a nuestros alumnos y egresados a formarse en la carrera docente. El listado completo de los ayudantes seleccionados junto con su respectivo profesor en cada asignatura, se publica a continuación:

- **Cuerpo Académico Facultad de Derecho  
(al primer semestre de 2007)**

<b>Asignatura</b>	<b>Profesor</b>	<b>Ayudante</b>
Derecho Político	Carlos Cruz-Coke Ossa	Sergio Verdugo Ramírez
Derecho Político	Jaime Silva Mac-Iver	Augusto Sepúlveda Ponce
Derecho Romano	Angela Cattan Atala	Alejandra Carrasco Morales
Derecho Romano	Ximena Pulgar Núñez	Tomás Garcés Barros
Historia del Derecho	Antonio Dougnac Rodríguez	Felipe Vicencio Eyzaguirre
Historia del Derecho	Oscar Dávila Campusano	Patricio Valdés Fuentealba
Introducción al Derecho	Julio Alvear Téllez	Benjamín García Mekis
Introducción al Derecho	Julio Alvear Téllez	Hugo Fábrega Vega
Noc. Estado de Derecho	Pablo Rodríguez Grez	Paulina Lobos Herrera/ Natalia García Swanek
Derecho Procesal	Enrique Tapia Witting	Nadia Mondiglio Navarrete
Derecho Procesal	Carlos Pecchi Croce	Hugo Álvarez Cárcamo
Derecho Constitucional	Salvador Mohor Abuaud	Gabriel Cuevas Gatica
Derecho Constitucional	Jaime Silva Mac-Iver	

Dº, Economía y Mercado	Joaquín Morales Godoy	Anggie Flies Añón
Dº, Economía y Mercado	Francisco Pfeffer Urquiaga	Mª Fernanda Juppet Ewing
Etica Sello	Jaime Williams Benavente	Rodrigo Contreras Cordero
Etica Sello	Matías Provoste Vargas	Carlos Barría Román
Nociones de Contabilidad	Luis Marchant Núñez	Enrique Elias Majluf
Derecho Procesal	Patricio Valdés Aldunate	Ilse Rojas Vega
Derecho Procesal	Jorge Ugarte Abrego	Daniela Geller Valenzuela
Derecho Administrativo	Iván Aróstica Maldonado	Nicolás Enteiche Rosales
Derecho Administrativo	Iván Aróstica Maldonado	Cecilia Muñoz Echeverría
D. Internacional Público	Fernando Gamboa Serazzi	Abby Flies Añón
D. Internacional Público	Raúl Campusano Droguett	Daniel Mancini Esquivel
Derecho del Trabajo	Cecily Halpern Montecino	Valentina Gundelach Lizarraga
Derecho del Trabajo	Juan González Zúñiga	Anderson Weldt Umaña
Derecho Civil	Angel Cruchaga Gandarillas	Irmgard Rodler Dobmeier
Derecho Civil	Felipe Amenabar Atria	Patricio Serrano Siña
Derecho Procesal	Juan Arab Nessrallah	José Ignacio Urrutia Aray
Derecho Procesal	Carolina Coppo Diez	Felipe Recabarren Pozo
Derecho Penal	Eduardo Novoa Aldunate	Cristián Montenegro Vargas
Derecho Administrativo	Jorge Reyes Riveros	Luisa Galarza Ossa
Derecho Administrativo	Sergio Cea Cienfuegos	Camila Rodríguez Stehn
Derecho Laboral	Héctor Humeres Noguer	José Alonso Ugolini Tello
Derecho Tributario	Jaime García Escobar	Gabriel Jiménez Celsi
Derecho Comercial	Manuel Montt Dubornais	Andrés Cood Vergara
Derecho Comercial	Fernando Pino Villegas	Cristina Vega Sanz
Filosofía del Derecho	Jaime Williams Benavente	Michelle Barrington Kishinevsky
Derecho Tributario	Gonzalo Torres Zúñiga	Andrea Riquelme Saavedra
Derecho Tributario	Jaime García Escobar	Alberto Alamos Valenzuela
Derecho Comercial	Rafael Gómez Balmaceda	Rafael Gómez Pinto
Derecho Penal	Rodrigo Medina Jara	M. Olaya García-Huidobro C.
Derecho Penal	Hugo Rivera Villalobos	Rodrigo Ávila Oliver
Derecho Civil	Helga Marchant Bustamante	Patricio Oyaneder Davies
Derecho Civil	Pedro Pablo Vergara Varas	Ana María Espínola Flores
Derecho Civil	Rubén Celis Rodríguez	Francisca Reyes Prudencio
Derecho Civil	Fernando Rabat Celis	Juan Pablo Morales Barros
Derecho Civil	Ambrosio Rodríguez Quirós	Rafael Cox Montt
Derecho Civil	Gustavo Cuevas Manríquez	Alfonso Kutz Bustos
Clínicas Jurídicas	Marcela González Moraga	Vanessa Duchens Nieto
Derecho y Sociedad	José M. Díaz de Valdés Juliá	Mª Javiera Hernández Puschel

- **Primera reunión de ayudantes**

El pasado 25 de junio se celebró la primera reunión oficial de ayudantes. En esa oportunidad, junto con notificar formalmente la designación en la categoría académica correspondiente (Profesor Auxiliar o Ayudante), correspondiente a los años 2007-2008, se revisaron los objetivos académicos y administrativos que nos proponemos como facultad a futuro y el rol que toca cumplir a los ayudantes en la consecución de dichos objetivos.

- **Reunión con los egresados**

En el marco de las nuevas disposiciones del "Reglamento para obtener el Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas", el Decano de la Facultad, señor Pablo Rodríguez, acompañado por la Directora, señora Cecily Halpern, y el Director de Investigación, señor José Manuel Díaz de Valdés, se reunieron con los alumnos egresados para explicarles las nuevas modalidades del reglamento para obtener dicho grado académico en nuestra Facultad.

## **II. Actividades de admisión**

- **Taller vocacional**

La Universidad del Desarrollo realizó una Jornada Vocacional para los Terceros y Cuartos medios de 90 colegios de Santiago; esta actividad tuvo lugar el 5 de mayo pasado en la Sede de San Carlos de Apoquindo. Después de una amena charla con Christian Warnker, los alumnos interesados en Derecho se reunieron con el Decano, señor Pablo Rodríguez, con quien conversaron acerca de la verdadera vocación del abogado. También estuvieron presentes el encargado de Admisión en la Facultad, señor Hugo Álvarez, y algunos alumnos de la Carrera.

- **Blog de la Facultad**

Nuestra Facultad cuenta con un blog, como medio de promoción de Admisión proceso 2008.

Se trata de un nuevo espacio de información para los postulantes 2008, allí podrán encontrar palabras del Decano refiriéndose al tema de la vocación, recomendaciones para ayudarlos a tomar una decisión correcta. El encargado del blog es Hugo C. Álvarez Cárcamo, Coordinador de Admisión.

La dirección es: <http://portadaderechoudd.blogspot.com/>

### **III. Actividades de profesores**

- **Nuevo libro del profesor Héctor Humeres N.**

“Competitividad y adaptación Laboral... ¿Cómo está Chile ? Una aproximación inicial” es el título del libro presentado en la UDD el 10 de enero por el profesor Héctor Humeres N. La presentación del libro estuvo a cargo del Director de la Organización Internacional del Trabajo, señor Guillermo Miranda Rojas, de la Investigadora del Instituto Libertad y Desarrollo, señora Rossana, y del profesor de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, señor Francisco Walker Errázuriz.

- **Seminario “Innovación Docente en la Educación Superior”**

El 4 de enero comenzamos el año participando como Facultad en el Seminario “Innovación Docente en la Educación Superior” de la UDD. El seminario se planteó como finalidad exponer trabajos que suscitara renovaciones significativas en la enseñanza de las distintas disciplinas. Los profesores señores Luis Bates Hidalgo y Sergio Huidobro Martínez presentaron una experiencia metodológica distinta en una clase de Derecho Penal II.

- **Asamblea General de la OIT**

El profesor Héctor Humeres integró la delegación oficial de Chile, representando el sector empleador, en la 96ª Asamblea de la OIT, la que se desarrolló en Ginebra, entre el 29 de mayo y el 15 de junio pasado. Don Héctor intervino en las distintas Comisiones y asumió el rol de Titular en la comisión denominada: “La empresa sostenible”. Este año la Asamblea de la OIT fue especialmente relevante para nuestro país, atendido que el lunes 4 de junio, la Presidenta de la República, señora Michelle Bachelet, intervino ante dicha asamblea, circunstancia histórica para Chile, ya que sólo se invita a dos Presidentes por año a hacer uso de la palabra.

- **Exposición en capacitación para trabajadores**

Nuevamente, y con el propósito de proporcionar un servicio a la comunidad, el día martes 15 de Mayo pasado el profesor Sr. Hugo Fábrega Vega expuso sobre temas laborales y de seguridad social en una capacitación dirigida a trabajadores, en la Fundación Miguel Kast de Buin.

#### **IV. Actividades de los alumnos**

- **Seminario “Caminos de Liderazgo”**

El seminario de emprendimiento y liderazgo se realizó, como todos los años, en el parque nacional Radal 7 Tazas durante los días 19, 20 y 21 de abril. En este evento participaron 5 alumnos destacados de segundo año en adelante. El Seminario “Caminos de Liderazgo” cubrió sus expectativas y se cerró con una ceremonia el día lunes 14 de mayo. En ella se premió a los alumnos que tuvieron una participación activa durante esos días y se mostró un video con imágenes de éste.

- **Visita al Congreso Nacional y los Tribunales de Justicia**

Contribuyendo con la necesidad de reformar la metodología de la enseñanza del Derecho, hemos implementado actividades prácticas en los distintos niveles de la carrera con el objeto de entregarles a los alumnos mayores estrategias y destrezas frente los problemas y desafíos jurídicos de nuestro tiempo. En este contexto, los alumnos de primer año viajaron a Valparaíso junto con la profesora Ximena Pulgar a conocer el Congreso Nacional el día jueves 28 de mayo pasado; esta visita, supervisada por la oficina del senador Hernán Larraín, les permitió comprender en mejor forma la organización y el funcionamiento del poder legislativo y enriquecer su formación personal como estudiantes de Derecho.

- **Visita al 4° Juzgado Civil**

Los alumnos que están cursando “Clínicas Jurídicas” visitarán el 5 y 7 de junio próximos el 4º Juzgado Civil de Santiago, acompañados por su profesora titular Marcela González.

- **Talleres teórico-prácticos**

Durante el mes de abril recién pasado se iniciaron los talleres teórico-prácticos destinados a entregar a los alumnos de primer año herramientas que les permitan desarrollar habilidades y destrezas para el aprendizaje y el estudio de las diferentes asignaturas de la carrera. Los talleres se dividieron en cuatro módulos, denominados “Administrar el tiempo”; “Expresión Oral”; “Expresión Escrita” y “Aprendizaje y Técnicas de Estudio”.

- **Charlas complementarias**

Complementando la materia de su clase de Derecho Penal II, el día 9 de mayo, el profesor Hugo Rivera invitó al doctor Héctor Croxato, ginecólogo y Director

del Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, a exponer sobre "La píldora del día después, el uso del anticonceptivo de emergencia". El tema fue enfocado desde una perspectiva médica, pero necesaria para argumentar el debate en el curso.

## **V. Actividades de la Escuela de Postgrado**

Consciente de la necesidad de profundizar el estudio y el perfeccionamiento de los abogados, así como de actualizar sus conocimientos en nuevas materias jurídicas, la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho ha organizado e impartirá este año 2007 los siguientes programas de Postgrado:

- **LL.M. Executive**

Es un programa de Postgrado que conduce al grado de Master en Derecho al cabo de tres semestres de clases. Es una alternativa académica que busca innovar en un competitivo ámbito en que existen muy buenas opciones de perfeccionamiento para abogados.

Las clases están a cargo de académicos connotados y de gran experiencia docente. Asimismo, realizarán clases muchos de los mejores abogados de los más prestigiosos e influyentes estudios de Santiago, así como de los principales organismos reguladores y de grandes empresas nacionales, quienes discutirán con los alumnos aspectos específicos y documentos reales de las áreas de práctica en que ellos trabajan y por las que son reconocidos como los mejores en el mercado. La idea es que quienes egresen del Postgrado puedan dar un salto en su carrera profesional que los sitúe muy a la cabeza de los demás abogados de su generación, permitiéndoles hacerse cargo de trabajos de mayor complejidad y sofisticación.

- **Postítulo en Derecho Tributario**

El Postítulo en Derecho Tributario que imparte la Escuela de Postgrado (junio 2007) de nuestra Facultad está dirigido a profesionales que tengan interés en completar su formación a través de la especialización en el área tributaria.

El objetivo general del programa es que el alumno conozca en detalle el sistema de tributos en Chile y sea capaz de enfrentar la cuestión tributaria con un alto grado de preparación, de forma tal que pueda resolver los diversos problemas que el ejercicio de la profesión demanda. El cuerpo académico es de excelencia, destacando abogados y contadores auditores especialistas en cada uno de los temas que enseñarán.

- **Postítulo en Derecho del Trabajo**

Este programa de Postítulo (julio 2007) está dirigido a abogados y otros profesionales relacionados con el área laboral. Nuestra idea es que los participantes profundicen y actualicen sus conocimientos en materias de derecho del trabajo, a través del debate y análisis de los temas del Programa. En la actualidad, las relaciones de trabajo son complejas y dinámicas, razón por la cual los abogados y otros profesionales del área requieren estudiar y estar al día en temas tan relevantes como los nuevos equilibrios al interior de la empresa, la descentralización productiva y la regulación de los procedimientos laborales, la estructura sindical y la seguridad social, entre otros.

- **Postítulo en Derecho Penal**

Los cambios experimentados en las últimas décadas por las ciencias penales en sus normas, principios, instituciones jurídicas y órganos de aplicación nacionales e internacionales, exigen de la comunidad jurídica especial atención por los temas nuevos, los de mayor connotación pública y otros de importantes alcances futuros.

Esta segunda versión del Postítulo en Derecho Penal que imparte la Facultad de Derecho pretende servir las necesidades de profesionales, legisladores, jueces, docentes y funcionarios que participen directa o indirectamente en el sistema de justicia penal del país.

## **VI. Discurso de inauguración del año académico**

A continuación, transcribimos el discurso de inauguración del año académico 2007, pronunciado por el Decano, don Pablo Rodríguez Grez

*"La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo ha programado anualmente un acto oficial destinado a inaugurar sus actividades académicas, formular algunas reflexiones sobre aquellas materias que mayor trascendencia tienen en el quehacer jurídico nacional, premiar a quienes se han destacado en su tareas universitarias, y recordar a aquellos maestros que con su esfuerzo y dedicación han hecho posible nuestro proyecto de enseñanza superior.*

*Creemos indispensable hacer un alto en el camino para celebrar y reconocer el trabajo de profesores y alumnos y, por encima de todo, estimular la labor responsable y el anhelo compartido de dar a la enseñanza del derecho un impulso renovador. Nuestra Facultad se ha impuesto como meta, contribuir a mejorar los estudios jurídicos, por medio de la investigación, la renovación de los programas*



*de estudio y el mejoramiento y modernización de la metodología docente. Es necesario, más que nunca, elevar las exigencias y abrir nuevos cauces a los estudiantes para que se sientan comprometidos con las grandes transformaciones que vivimos en esta etapa de nuestra historia.*

*Comencemos por reconocer que la cultura jurídica está experimentando innovaciones hasta hace muy poco tiempo inimaginables. Todas las reformas introducidas en los últimos decenios procuran dejar atrás viejas rémoras que hacían del derecho una ciencia desconocida para la mayoría de la población, entregada a una escasa elite de profesionales que se desempeñaban en los más variados sectores y que, en el campo de la actividad cívica, dominaban de manera incontrarrestable. Los abogados han perdido influencia, porque han debido abocarse a lo que les es propio, pero seguirán participando de modo determinante en el quehacer nacional en la medida que sean capaces de aportar el marco normativo en que debe desarrollarse la actividad de la comunidad y no entraben con ello la capacidad creativa y el emprendimiento individual. Si ambas cosas –emprendimiento y creatividad– no cuentan con un estatuto jurídico que los estimule, ampare y resguarde, se clausurará toda posibilidad de fundar en ellos el crecimiento, el desarrollo y el bienestar de la sociedad.*

*Creo, sinceramente, que no se ha puesto acento en esta realidad y que el derecho no ha sido reconocido como uno de los presupuestos esenciales para consolidar los avances logrados y programar el futuro. Todas las actividades sociales están regladas por el derecho, tanto en el ámbito público como privado. En el primero –ámbito público– regulando la acción del Estado, en el segundo –ámbito privado– regulando la actividad de los particulares. Una excesiva regulación estatal aplasta la iniciativa privada, y la abolición de controles administrativos indispensables cercena la libertad de los más débiles en desmedro de la paz y la justicia social. El derecho es el único instrumento que permite adecuar esta relación fundamental y crear el marco en que la libertad no sea aplastada por la autoridad, ya sea en nombre de los intereses superiores del pueblo, de una determinada ideología política o del interés colectivo. El derecho constituye una garantía efectiva para erradicar el abuso, la discrecionalidad y la arbitrariedad. No puede tampoco preterirse el hecho de que el continuo y revolucionario avance tecnológico tiende a deshumanizar al hombre, aislarlo en medio de una realidad virtual, limitando su capacidad de relación y su imaginación. Cabe a este respecto un papel de vital importancia al derecho, porque éste es el conducto a través del cual prevalecen los valores por sobre la eficiencia tecnológica y se encauza a esta última –la tecnología– hacia la conquista de la justicia, el orden, la seguridad y la paz social. Quienes creen posible prescindir o minimizar el rol que corresponde al derecho, incurren en un error imperdonable, puesto que ello supone que los seres humanos nos transformemos en autómatas, dirigidos desde un control de mando, ajenos al espíritu, la sensibilidad y la emoción.*

*Parte sustancial del orden jurídico son sus tribunales de justicia. De nada sirve una norma, por perfecta que ella sea, si no es aplicada por una potestad independiente, que vele efectivamente por su recta interpretación y haga realidad los valores en que se encuentra fundada sin distorsionarlos ni eludirlos. Felizmente, en los últimos años, la tarea judicial ha sido objeto de sucesivas modernizaciones, tanto en el campo penal, laboral, de la familia, y esperamos lo sea, en un futuro no lejano, en el campo civil y tributario. Todas estas reformas están amparadas por una normativa constitucional de cuya solidez depende la estabilidad y el prestigio del derecho. Es por ello que hemos querido, en esta oportunidad, ofrecer esta tribuna universitaria al Presidente del Tribunal Constitucional, profesor José Luis Cea Egaña, convencidos, como estamos, de que está en sus manos y en las de los demás miembros de este organismo la custodia superior del sistema jurídico y la tuición de las disposiciones constitucionales, aquellas de más alto rango en el ordenamiento normativo. Agradecemos, muy especialmente, su presencia y nos adelantamos a reconocer que luego de la reforma de la Ley N° 20.050, no obstante los obstáculos que ha encontrado en el desempeño de sus tareas, el Tribunal Constitucional ha velado con eficiencia por el "principio de supremacía constitucional", fortaleciendo con ello toda la estructura jurídica de nuestro país.*

*Este acto tiene por objeto, además, destacar a los mejores alumnos. Ellos han cumplido, en lo que les concierne, con nuestra meta: darles una formación que les permita participar en el mercado laboral con éxito y hacer una contribución efectiva al recto cumplimiento de la ley. Creemos que les aguarda una competencia cada día más intensa y que en ella se impone siempre el mejor preparado, el más esforzado y respetuoso de los principios éticos que informan nuestra profesión. El mercado, como lo hemos dicho constantemente, es frío e inclemente y opta, sin excepción, por el más capaz, cualquiera que sean sus ancestros, influencias sociales o simpatías personales. De allí el objetivo que nos hemos impuesto: darles a nuestros alumnos todas las armas –teóricas y prácticas– que se requieren para intervenir con ventajas legítimas en esta competencia. Queda en vuestras manos poner la dosis de empeño y la tenacidad necesarias para lograr el triunfo. Vayan, pues, mis felicitaciones más efusivas a quienes han conseguido destacarse como los mejores alumnos y no desfallezcan en este noble empeño.*

*Finalmente, queremos evocar la memoria de uno de nuestros más destacados profesores: don Roberto Dávila Díaz. Él entregó a esta Facultad sus mayores desvelos, en el entendido de que si es valioso hacer justicia en el desempeño de la magistratura, igual o más valioso es sembrar en la juventud, que se incorpora a nuestra profesión, aquellos valores y principios que subyacen en toda norma jurídica y que, por lo mismo, la hacen el instrumento más valioso para una sana y segura convivencia. Conocí a Roberto Dávila cuando se desempeñaba como relator de la Corte Suprema. En lo humano: abierto, afectuoso, comprensivo y*

*sensible. En lo jurídico: riguroso, sabio, integérrimo e independiente. Era la mezcla perfecta de un gran juez y de un gran profesor. Curiosamente, en un país ingrato como el nuestro, su figura se ha ido acrecentando con los años y nadie que lo conoció ha dejado de exaltar sus grandes virtudes cívicas y humanas. Es por ello que otorgamos, anualmente, el premio "Roberto Dávila" al mejor egresado de su generación. Queremos dejar testimonio con este galardón de nuestro imborrable recuerdo y admiración por quien escaló los más altos cargos en la judicatura, sin dejar de lado sus tareas académicas, a las cuales se entregó con tesón e idealismo. Su espíritu sigue gravitando poderosamente entre nosotros y se personifica hoy en el premio que entregamos.*

*Al dar por inaugurado oficialmente este año académico, en que se une la fe en nuestros alumnos y la gratitud por todos quienes contribuyen con su esfuerzo a la noble tarea de hacer universidad, quiero instarlos a seguir adelante, con renovados bríos y la plena convicción de que nuestra tarea tendrá éxito y entregaremos a Chile mejores profesionales y, por sobre todo, hombres y mujeres íntegros, conscientes de su responsabilidad y de la importancia de su misión: luchar por el derecho, porque, como dijo Ihering, él forma parte de nuestra personalidad moral y es deber del abogado respetarlo y hacerlo respetar".*



# **Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)**

Primer semestre 2007

**Claudia Hurtado Espinoza**

Profesora de Introducción al Derecho

Facultad de Derecho Concepción

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

## **I. Bienvenida a alumnos de primer año**

El 1 de marzo las autoridades y algunos profesores de la Facultad de Derecho de Concepción recibieron a los alumnos de primer año, en un acto de bienvenida en el cual las autoridades universitarias expusieron aspectos reglamentarios y explicaron la malla curricular.

Posteriormente, y en el contexto de destacar la importancia de las asignaturas sello de la Universidad, los alumnos participaron de un taller en el que abordaron algunos aspectos del curso de "Responsabilidad Pública".

Finalmente, los nuevos alumnos realizaron un recorrido por las instalaciones universitarias, conocieron las dependencias de Biblioteca y Registro Académico, para concluir con una actividad recreativa organizada por la Dirección de Asuntos Estudiantiles, donde pudieron compartir con alumnos de otras carreras de nuestra Universidad.

## **II. Clase inaugural del año académico y entrega de diplomas a los alumnos destacados y a los ganadores del concurso de ensayos jurídicos**

Con una exposición sobre el "El Derecho y la Globalización" el destacado abogado Jorge Schaulsohn Brodsk inauguró el año académico de nuestra Facultad el 19 de abril de 2007.

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 distinguieron dos áreas: la de Derecho Penal, con el trabajo presentado por la alumna Carolina Silva Bustos, titulado "Unisex", y la de Derecho Laboral, Económico y Tributario, con el trabajo de la alumna Paulina Sandoval Montecinos, titulado "Incidencia del libro FUT en el Impuesto a la Renta Primera Categoría y Global Complementario".

En el mismo acto y como es ya tradición en la Facultad, se procedió a entregar el reconocimiento Eduardo Fernández Flores al mejor egresado de la Facultad; en ésta oportunidad la distinción recayó en el alumno José Martín Cánovas Fuentes.

A la actividad asistieron más de 120 personas; entre las autoridades presentes se encontraba el Seremi de Justicia y el Director Judicial de la Corporación de Asistencia Judicial.

## **II. Cursos de la Academia Judicial**

Consciente de la importancia de la formación que imparte la Academia Judicial a los miembros de ese poder del Estado, la Facultad de Derecho participó en la licitación y se adjudicó la dictación del curso "Ley de Matrimonio Civil. Academia Judicial", que fue impartido entre el 15 y 17 de mayo por los profesores Hugo Larraín Prat, Eduardo Tapia Elorza, Andrés Kuncar Oneto y Patricio Gómez Eriz.

## **III. Actividades para alumnos**

Como una manera de fomentar el interés en nuestros alumnos por conocer e interiorizarse sobre diversos temas jurídicos, dimos inicio a un ciclo de charlas dictadas por profesores de nuestra Facultad, las que contribuyen a la formación de los estudiantes de Derecho.

Comenzamos este año con la charla del profesor de Derecho Político e Historia del Derecho, Sr. Eduardo Andrades Rivas, quien abordó el tema "Vigencia y utilidad de los estudios clásicos y humanistas en la formación del abogado". Por su parte, el profesor de Legislación Constitucional Sr. Ricardo Yáñez Ramírez expuso sobre la "Responsabilidad del Estado por falta de servicio".

Para el resto del año tenemos comprometida la participación de varios profesores, quienes abordarán diferentes temas que complementan los estudios de nuestros alumnos.

#### **IV. Despedida y bienvenida a Directora de Carrera**

Como una manera de agradecer la labor de quien fuera nuestra Directora de Carrera, Sra. Ana María Díaz Muñoz, el cuerpo docente de la Facultad participó de una comida de despedida que se llevó a cabo en el Club Concepción, el día 19 de abril.

En la ocasión, el Decano de la Facultad, Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, destacó la colaboración y aporte de nuestra ex Directora y agradeció la buena disposición de la Sra. Bárbara Ivanschitz Boudeguer para asumir el cargo.

La profesora de Derecho del Trabajo, Sra. Ana María Díaz, ejerció el cargo entre los años 2004 y 2006. Actualmente, se desempeña como Directora de Docencia de la Universidad del Desarrollo en Santiago, lugar al que, por razones personales, tuvo que trasladar su residencia.

#### **V. Cena de egresados**

Como ya es tradicional en nuestra Facultad, el 26 de abril se realizó en el Club Concepción la comida de despedida a los alumnos que finalizaron sus estudios el año 2006. En la oportunidad, los 39 egresados compartieron con autoridades y profesores de la Facultad en un grato ambiente de camaradería.

Las palabras de despedida estuvieron a cargo del profesor Sr. Bruno Caprile Biermann, quien los instó a concluir pronto con sus actividades de licenciatura y les recordó la importancia de cumplir fielmente los mandamientos del abogado del destacado procesalista uruguayo Eduardo Couture.

#### **VI. Seminario sobre subcontratación**

No cabe duda que con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123, se hizo necesario conocer la regulación del trabajo en subcontratación y de las empresas de servicios transitorios, como también conocer las nuevas figuras contractuales que son: el contrato de puesta a disposición de trabajadores y el contrato de trabajo de servicios transitorios.

En este sentido, la Facultad de Derecho, preocupada por la formación en temas de relevancia jurídica, impartió en cuatro sesiones, entre el 28 de abril y el 5 de mayo, el curso "Reformas Laborales: Ley de Subcontratación y Nuevo Procedimiento Laboral".

El curso estuvo a cargo de un distinguido cuerpo de expositores, conformado por los abogados Sr. Luis Lizama Portal, Sr. José Luis Ugarte Cataldo y Sr. Cristian Pumarino Romo.

La vasta experiencia de los relatores permitió que una de las reformas laborales más importantes y emblemáticas de las últimas décadas fuera conocida por más de 50 asistentes.

## **VII. Programas de Postgrado de la Facultad**

El 13 de abril de 2007 se dio inicio al undécimo año académico de los Programas de Postgrado de la Facultad de Derecho de Concepción.

Con gran éxito inauguramos la primera versión del Postítulo en Derecho Penal, el cual cuenta con 18 alumnos matriculados, dando una respuesta de calidad a la necesidad de perfeccionamiento y especialización en esta área del derecho.

Por su parte, el Magíster en Derecho de la Empresa tuvo una excelente convocatoria, con 37 alumnos inscritos en Primer y Segundo año.

Entre las novedades de este año, aumentamos el número de Diplomados presentando los siguientes: el "Diplomado en Derecho Penal Adolescente", "Diplomado en Derecho Penal Económico", "Diplomado en Proceso Penal", "Diplomado en Obligaciones y Responsabilidad Civil" y "Diplomado en Derecho Contractual".


Además, y en atención a los constantes cambios en el ámbito legal, este año se han ofrecido 22 cursos de perfeccionamiento, 6 más que el año anterior, en diferentes áreas del derecho, todos a cargo de destacados docentes, lo que ha permitido ampliar la gama de profesionales interesados en profundizar y actualizar sus conocimientos jurídicos en nuestra Facultad de Derecho.

Los invitamos a informarse de los programas de postgrados para este año en la página web de la Universidad del Desarrollo o consultándonos al correo [postgradosderechoccp@udd.cl](mailto:postgradosderechoccp@udd.cl).





**LIBROS**  
**Resúmenes**  
**y Recensiones**

 Universidad del  
**Desarrollo**  
FACULTADES DE DERECHO



## “China, el imperio de las mentiras”

De **Guy Sorman**

Editorial Sudamericana S.A.  
Buenos Aires, 2006, 287 páginas.

COMENTARIO:

**Jaime Williams Benavente**

Profesor Titular de Filosofía del Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

**UNIVERSIDAD DE CHILE**

El autor es un destacado pensador francés que, luego de graduarse en el Instituto de Estudios Políticos de París, en 1969, ha desarrollado la docencia no sólo en universidades francesas, sino también en Rusia, China, Argentina y Estados Unidos. En la actualidad alterna París y Nueva York. También ha visitado Santiago dando conferencias sobre el pensamiento político-económico liberal. Sus obras, todas punzantes y amenamente escritas, han confirmado su prestigio internacional. Entre ellas destacan: “*La Revolución conservadora*” (1983), “*Made in USA*” (2005) y la que hoy comentamos “*China, el imperio de las mentiras*” (2006).

El libro que ha sido impreso en Buenos Aires con ese título tan llamativo se llama simplemente “*L’année du Coq. Chinois et rebelles*”, es una investigación personal, que gracias a gestiones del gobierno francés, Sorman llevó a cabo en China desde enero de 2005 a enero del 2006, año del gallo según el calendario chino. Dicha investigación ha sido precedida de numerosos viajes de estudio a partir de 1977, los que se han traducido en obras sobre el gigante asiático. Así “*La nouvelle richesse des nations*”, publicado en París (1987) y en Pekín (1988); otro sobre las reformas político-económicas tanto en China Continental como en Taiwán, que tituló “*Le capital, suite et fins*” (1991) y un tercero en donde aborda las relaciones entre China y sus vecinos, que tituló “*Le monde est ma tribu*” (1997).

El libro que comentamos no es de impresiones, sino de reflexiones. Por eso hay que leerlo con sosiego y en actitud pensativa, pese a la agilidad periodística con que ha sido escrito.

Sorman postula que Occidente ha conocido una China “imaginaria” y no la realidad de China. Gran parte –si no toda– es de responsabilidad francesa. En efecto, en “*Les lettres edifiantes et curieuses*” –verdadero *best-seller* de 1702– los

misioneros jesuitas que visitaron China la describen como una masa popular informe y supersticiosa gobernada por hombres sabios y de modales exquisitos: los mandarines, verdaderos “sacerdotes laicos” de Confucio. Los racionalistas franceses y muy particularmente Voltaire estuvieron fascinados con la moral de ese pueblo: no necesitaba de Dios. Por eso el mismo Voltaire colgó un retrato de Confucio en su propio escritorio y debajo de él escribió: “al maestro Kong que fue profeta en su tierra”. Pero esta “idealización” de China no sólo fue cultivada en aquel siglo XVIII, sino que ha llegado muy avanzado el siglo XX. En efecto, los llamados “nuevos filósofos”, como Guy Lardreau y Christian Jambet, han visto en Mao un nuevo Mesías y en su Libro Rojo un nuevo evangelio. Sartre –que jamás puso un pie en China– admiraba en Mao su “estética de la violencia”. Se ha cumplido así el sarcasmo de Molière: “un tonto sabio es más tonto que un tonto ignorante”.

Y la visión de estadistas, políticos y simples turistas ¿es acaso hoy distinta? No. Ven lo que los gobernantes chinos “quieren” mostrar y analizan las estadísticas que les fabrican y exhiben. En suma, la China “fantástica” se las ingenia para ocultar a la China “real”.

Pero ¿qué piensa y cómo es y cómo vive el 95% de los chinos, o sea, la abrumadora mayoría que no está afiliada al partido comunista?

El autor, en el año completo que vivió en China, logró viajar a los puntos más remotos y hablar no sólo con el *establishment*, sino con el pueblo llano. Así conoció de las permanentes revueltas de agricultores, obreros, estudiantes y de la represión de la religión y de sus cultos, de la alarmante epidemia del sida, de los millones de jóvenes campesinas que son condenadas a la prostitución –entre otros motivos– para atender a los miles de turistas e inversionistas extranjeros. También conoció la emigración clandestina a Occidente, que se calcula en millones; lo mismo que la cuantiosísima cantidad de divisas que los dirigentes del Partido invierten a su propio nombre en Europa y Estados Unidos y en otras economías solventes. ¿Preparan su huida?, ¿temen el desplome del sistema?

No se puede ignorar la realidad china; su destino depende exclusivamente de Occidente. No es una economía autárquica. Sin las inversiones extranjeras en dicho país y sin las importaciones de sus productos, su desarrollo económico se interrumpiría. En suma, su supervivencia se decide desde Occidente. Ahora que nadie amenaza a China ¿para qué su desarrollo misilístico con cohetes de largo alcance que llegan hasta la misma Norteamérica? Es que el partido quiere mostrar una China poderosa al mundo que estará pendiente de ella el 2008 con motivo de los Juegos Olímpicos. El autor asocia este evento mundial a la conducta distinta de dos anfitriones: la Alemania de 1936 y la Corea de 1988. Aquélla robusteció su prepotencia, ésta consolidó su democracia y su economía desarrollada.

Es el momento de ejercer presión sobre el Partido: no puede desaprovecharse. Para ello Sorman ha escrito este libro. **Hu Ping** –demócrata chino exiliado en USA– dice: “no le pedimos al Partido que haga esto o aquello, le pedimos que deje de hacer cosas”.

Pero los chinos ¿quieren su libertad? El libro recopila datos recogidos de los mismos chinos que se jugaban sus propias vidas en los relatos. Uno de ellos es el obrero electricista **Wei Jingsheng**, entonces de 29 años, quien el 5-12-1978, inspirándose en las cuatro modernizaciones anunciadas por Deng Xiaoping, solicitó una quinta: la de la libertad. Así lo escribió en un letrero artesanal que colgó en una pared junto a otros de propaganda del Partido. Nadie dijo nada, y cada día era mayor el tumulto de gente leyéndolo. Luego fue arrestado, y acusado de contrarrevolucionario fue sentenciado a 15 años en un “laogai” (Gulag chino): campo de trabajo forzado. Logró sobrevivir por la fuerza de sus convicciones que le advertían que era más libre que sus propios carceleros. Fue reingresado a prisión por intentar organizar un sindicato. Organizaciones occidentales pro derechos humanos lograron que fuese expulsado a USA en 1997. **Wei** piensa que el cambio es posible dado que hay una fractura en el Partido entre dogmáticos y pragmáticos. Es que la globalización también se ha hecho presente en China y los medios de difusión son difíciles de abortar.

En Taipei el autor conoció a **Wuer Kaixi**, quien en el marco de la libertad de expresión garantizada por la Constitución Política china convocó en mayo de 1989 a más de 500.000 estudiantes en la plaza Tiananmen, a dialogar con el Primer Ministro en presencia de periodistas de todo el mundo. Era la época de la “perestroika” y de los cambios liberales en la Europa del Este; el propio Secretario General del Partido, **Zhao Ziyang** simpatizaba con dichas tendencias. La oportunidad era favorable. Pero Deng Xiaoping no lo entendió y ordenó la masacre. Por otra parte el Partido ha presionado a los estadistas occidentales para que no reciban ni asistan económicamente a los disidentes exiliados y paralelamente ha comprado medios de prensa en Occidente, como ha ocurrido en Nueva York, centro financiero mundial.

En Beijing el autor conoció a **Feng Lanrui**, una veterana desencantada del Partido. Cuando joven –dice– era “chic” ser revolucionario y luchar contra la corrupción, la colonización extranjera y la interminable burocracia. La retórica de Mao la electrizó. Hoy es una escritora liberal cuyos libros circulan libremente. Postula una “democratización por las cumbres” a lo Gorbachev y Yeltsin. Por eso no coincidió con la estrategia de los estudiantes en Tiananmen.

Sorman también se entrevistó con **Yu Jie**, un chino no mayor de 30 años, admirador de Tocqueville y del cristianismo protestante que ha llegado a China de la mano de los profesores de inglés provenientes de USA. Hoy se calcula en 50 millones los chinos protestantes. **Yu** piensa que “esta masa crítica” dará

sus frutos. Sus libros circulan en Occidente, pero son censurados en China. A juicio de Yu la "revolución democrática" en que piensan otros disidentes mayores no llegará nunca, ya que el Partido, su policía y su ejército siguen tan crueles aunque menos brutales, y más sutiles. Al desaparecer Mao y su culto podría florecer la espiritualidad taoista y budista de los ancestros, pero ello no traerá un cambio político. Eso ocurrirá sólo con la fuerza universal del cristianismo protestante –opina– quien por otra parte rechaza el catolicismo por ser extranjero, por su jerarquía y su burocracia. Los jefes chinos también miran con recelo al catolicismo por aquellas mismas razones. Sin embargo, la Constitución Política garantiza una libertad religiosa y a los turistas se les muestran templos y ceremonias litúrgicas, lo que se oculta es la injerencia del Partido y la persecución solapada.

¿Sabe usted cómo entró el marxismo en la lejana China? Por medio de un pastor protestante norteamericano: Timothy Richard, quien en 1899 fundó una revista periódica en Shangai "The Global Magazine". Todavía el Partido está agradecido de este extraño misionero.

En suma, en China se toleran las religiones bajo tres principios: 1. Ninguna misión extranjera; 2. Ningún subsidio extranjero; y 3. Ninguna autoridad religiosa designada desde el extranjero. Y el protestantismo, que es individualista, le es funcional.

Pero el chino ¿es un pueblo ateo? Jamás lo ha sido según Sorman. Cuando el jesuita francés Louis Lecomte visitó China y residió allí desde 1686 a 1691 vio los miles de templos taoistas y budistas atestados de fieles, pero no los consideró religión, sino superstición y así lo dice en su libro "*Nuevas memorias sobre el estado presente de China*". Es que los mandarines chinos que ejercían el poder junto al emperador despreciaban las religiones del pueblo y adherían a Confucio, que postulaba un orden racional del mundo dirigido por un ser superior que exige respeto por el orden establecido y un culto por los ancestros. Pero este pensamiento no es religioso, porque no hay trascendencia, ni tampoco filosófico, porque no hay un esfuerzo racional por averiguar las causas últimas de las cosas. Es más bien una moral ciudadana. El propio Voltaire en su "*Historia Universal*" presenta a China como un estado de moral intachable pero sin religión. Los viajeros holandeses que comerciaban con el pueblo chino captaron su religiosidad popular y así lo atestiguan en sus crónicas.

El comunismo actual tampoco es confucianista; es que hay textos de Confucio en que se reconoce que el gobernante tiene un poder limitado por los derechos de los súbditos, que son de carácter imprescriptible (lo que en Occidente se llaman derechos humanos).

El autor se entrevistó también con **Li Hongzhi**, un militante del Partido, que en la década de 1970-1980 promovió el *qigong*, una terapia corporal alternativa como la acupuntura, sólo que trabaja la concentración mental en armonía con movimientos gimnásticos suaves y parsimoniosos mientras se recitan en voz alta pensamientos que favorezcan la concentración mental; este ejercicio es tan potente que el individuo podría desplazar objetos a distancia con su solo pensamiento. **Li Hongzhi** tenía trastornada a China: llenaba estadios y parques públicos. Los adeptos al *qigong* fueron constituyendo grupos masivos de entusiastas que dieron lugar a un movimiento social: el *Falungong*. Entre sus adherentes se fue produciendo una socialización que rompía la desconfianza y el aislamiento individual impuestos por el Partido. Resultado: su promotor fue encarcelado, sus cultivadores perseguidos y sus prácticas prohibidas. Hoy vive exiliado en Nueva York gracias a la presión de organizaciones de derechos humanos norteamericanas. Pero los campos de trabajos forzados y los centros de reeducación están atestados de sus seguidores.

China del Este, donde destacan Pekín, Shangai, Xian, etc., está compuesta de ciudades con grandes autopistas, grandes edificios, grandes aeropuertos, lo que contrasta con la China del Centro y del Oeste, donde se palpa el atraso, la humillación y la pobreza. El campesinado chino se calcula en 800.000.000 de individuos paupérrimos y explotados: la tierra dividida en parcelas de una hectárea es dada en concesión a cada familia, no hay crédito agrícola, no hay distribución de abonos, emplean como tal sus propias fecas mezcladas con la hojarasca de la cosecha anterior en un proceso de degradación creciente de las tierras. El campesino tiene restricción para emigrar a las ciudades. En sus aldeas no hay asistencia hospitalaria, el agua potable escasea, sólo la electricidad ha llegado junto con la radio y televisión, que en canales únicos transmiten programas del Partido.

La discriminación en China se practica por instrucción de Mao desde que subió al poder. En efecto, dispuso que cada individuo tuviese una "libreta", la "Hukou", que recibe el día de su nacimiento y en ella se estampa un rótulo: "agrícola" o "no agrícola", que marcará al individuo para siempre. Esa calidad se "transmite" por la madre, y otorga derechos y prohibiciones. Así los "rurales" si logran desplazarse a la ciudad no tienen acceso a la vivienda social, a los cuidados médicos, a la enseñanza primaria, y a integrarse con la población ciudadana. En Shanghai, por ejemplo, de sus 17 millones de habitantes, un tercio son inmigrantes rurales que viven marginados de sus habitantes originarios. Se desempeñan en labores despreciables: basureros, cargadores, camareros, obreros de trabajos pesados, etc. Se puede decir que el desarrollo económico de China se basa en la explotación de los "rurales" por los "urbanos".

Pero en octubre de 2005 se anunció en nuevo plan quinquenal 2006-2011, que promete terminar con la desigualdad entre campesinos y habitantes de

las ciudades, todo ello en pos de la armonía social. Paralelamente se publicó –en inglés y chino– un Libro Blanco sobre la democracia china desde 1949 al presente, exaltando su verdadera democracia: el pueblo eligió al Partido en 1949, el Partido admite en su seno la libre discusión de las ideas y él mismo sólo quiere el bien del pueblo. Siendo así las cosas, ¿hay alguna posibilidad de cambio político? Ninguna. Sería un suicidio.

Si el crecimiento económico chino se basa en la explotación de la mano de obra barata ofrecida por “los rurales” a las grandes ciudades industriales: Cantón, Shanghai, etc. ¿Podrá sobrepasar China a Occidente? Los productos baratos y cada vez de mejor calidad provenientes de China benefician a Occidente por dos razones: aumenta su poder adquisitivo y puede atender a productos más sofisticados producidos por él mismo, pero “China es todavía un enano económico con un ingreso per capita veinte veces inferior al de los europeos y un producto global equivalente al de Italia. Antes que este enano se convierta en un gigante que les haga sombra a los europeos, a los japoneses o a los norteamericanos, deberá primero resolver mil contradicciones internas: instituciones políticas imprevisibles, ausencia de un estado de derecho, pobreza de las masas, falta de energía, bancos en quiebra, huida de capitales nacionales, riesgos de epidemias... China sería una amenaza real sólo si nos quedáramos inmóviles”, dice el autor (pág. 129).

Es una economía que imita mucho e innova poco. Como objeción podría decirse que Japón y Corea pasaron por etapas semejantes. Pero la coincidencia no es exacta. La economía de estos países es abierta y la capacitación de los productores es incesante. La economía centralizada en China y la rigidez burocrática del Partido frenan, no estimulan.

Seducir a los inversionistas extranjeros es vital para China, sin ellos no se desarrollaría. Pero ¿obtienen ganancias? Difícil respuesta: es que si idean en Occidente o Japón, se ensamblan en China, se empaquetan en otro lugar y se distribuyen y luego venden en tantos otros. ¿Cómo aislar la etapa china?

Se invierte en China no porque se gane, sino por la esperanza de lograrlo, porque será un gran mercado cuando las condiciones político-sociales se occidentalicen. ¿Acaso no sabe usted que allí la honestidad no cuenta, que las contabilidades se falsean, que los contratos no generan compromisos y que la corrupción está generalizada?

**Mao Yushi** es el más lúcido de los economistas chinos. Es un hombre mayor que vive en un departamento chico junto a su esposa. Tórrido en verano y gélido en invierno. Los grandes inversionistas extranjeros lo conocen. No goza de la confianza del Partido, pero su reputación lo defiende. Sabe que las estadísticas oficiales son falsas. Que el crecimiento económico no supera



el 8%, pero que ese ritmo no es sostenible por la falta de energía, de materias primas y de agua. Aquellas se pueden comprar –pasa en Japón–, pero el agua no. Es escasa, se derrocha, está contaminada y no es tratada. A su juicio, China tiene sobre 100 mil empresas públicas que vegetan desde la época de Mao, su producción es de mala calidad, sus productos no se colocan en el mercado, pero absorben una mano de obra que, de lo contrario, elevaría aun más la alta tasa de desempleo, la que bordea el 20%.

El mismo **Mao Yushi** advierte que los bancos chinos están bien provistos de fondos: los del Estado y de los bancos extranjeros que invierten capital en ellos a cambio de entrar a China a colocar sus productos. Pero los bancos chinos hacen negocios ruinosos, porque son dependientes políticamente y sostienen empresas públicas improductivas, otorgándoles créditos imposibles de recuperar. En suma, el sistema bancario es una bomba de tiempo con efecto retardado.

¿Y la clase media? Es un disfraz. Son los “miembros-masa” del Partido, a juicio de **Mao Yushi**.

La China no es un Estado como cualquier otro en Occidente. Tiene un Presidente, un Primer Ministro, una Asamblea Legislativa, unos Tribunales, una Constitución Política que desde el 2004 garantiza los derechos humanos, etc. Pero eso es la fachada. El único que manda es el Comité Central del Partido Comunista, cuyos nombres nadie conoce y cuyas deliberaciones son secretas.

Se practica la pena de muerte, pero con dos variables sobre los Estados occidentales que aún la admiten: la decreta un tribunal –ninguno es imparcial, sino dependiente del Partido– arbitrariamente, y luego es fuente de ganancias, ya que se transan los órganos vitales y se los extrae antes de fusilar al condenado.

¿Es todavía comunista el régimen chino? ¿A pesar de su despegue económico? Sí. El Partido lo ha decidido. Sus dirigentes son periódicamente entrenados en las escuelas del Partido. En Shanghai fue inaugurada en marzo del 2005 una “Asamblea sobre liderazgo y administración” que pretende su éxito tras un mejor conocimiento del marxismo. Allí se piensa que se está avanzando en su democracia y que concebida a lo occidental “sería una regresión”.

¿Qué se espera de China? ¿Qué se vuelque a la democracia occidental? Hay norteamericanos, entre ellos Jimmy Carter y la Ford Foundation, que ayudan elecciones locales en China otorgando financiamiento, computadores y adiestramiento para convocatorias electorales como para conteo de votos. Pero son experiencias muy acotadas e irrelevantes. Otros piensan que la evolución

de Corea del Sur y de Taiwán desde regímenes autoritarios a regímenes democráticos es otra posibilidad replicable en China. Pero no es parangonable ninguna de las dos situaciones. Eran autoritarios, pero no totalitarios. Tchang Kai-chek no es Mao, ni el Kuomintang, el Partido Comunista chino. Siempre se respetaron la propiedad privada y las libertades económicas y comerciales, tampoco se aplastó a sus artistas e intelectuales bajo modelos únicos. Desde que EEUU reconoció a la China, Taiwán pensó que sólo podría sobrevivir transformándose en democracia y presentándose como modelo de honestidad moral frente a su adversario preñado de corrupción y totalitarismo. Algo similar ocurrió en Corea en contraste con la del Norte.

Taiwán fue ocupada por los chinos continentales desde el siglo XV, pero la perdieron a manos de Japón en 1895, el que la devolvió a Pekín en 1945. Pero mientras fue anexada a China siempre gozó de autonomía frente a Pekín. Se sabe que China puede aniquilar a Taiwán, destruirlo, pero jamás conquistarlo. China sabe que si cometiera locuras sobre la isla, Occidente la aislaría y ella necesita a Occidente: se sirve de él.

Pero ¿hacia dónde va China? Sorman baraja cuatro hipótesis:

### **1) De las rebeliones a la revolución**

Las constantes rebeliones de obreros, campesinos y estudiantes generarían una revolución violenta contra el régimen. Si tales antecedentes son ciertos, las consecuencias no lo son. Es que los levantamientos son aislados, son focos que no prenden: no hay intercomunicación entre ellos. La China profunda –la interior y no la costera– es de caminos de tierra y de comunicación local. Y en aquellos sectores la pobreza de recursos anticipa un final frustrante.

Los movimientos religiosos ¿podrían generar un levantamiento generalizado? Tampoco. Lo acaecido con el Falungong es decisivo. Recuérdese que nació con el beneplácito del Partido y desde uno de sus militantes, pero la mera sospecha de constituirse en movimiento religioso llevó a abortarlo con violencia, acusado de ser “un antipartido”.

Y el autor concluye: los chinos odian más la violencia de una guerra civil que al Partido.

### **2) La bancarrota económica**

Bastaría que el mercado norteamericano no se abasteciera del chino y que los ahorrantes occidentales no colocaran sus ahorros en China para desencadenar una catarata de quiebras en cadena. Por otra parte, el crecimiento chino no podrá seguir creciendo al ritmo actual. Razones: falta de energía, de agua,

de mano de obra calificada, polución, pandemias provocadas por falta de higiene –entre ellas el SIDA–. Un desastre económico así traería la democracia. La duda es razonable. El ejército suplantaría al Partido y evitaría la segregación territorial; un Tibet independiente, lo mismo que el Turkestán, Fujian, o la poderosa Cantón tentada de unirse a Hong-Kong y a Taiwán. Además, Occidente necesita los productos chinos, si no sus economías se resentirían por el alza de los precios. En suma, la globalización “salvaría a la China en su mismo statu quo”.

### **3) La transición a la democracia será lenta pero progresiva**

Al interior del partido hay ya fracciones reformistas y liberales y otras dogmático-comunistas. Parece ser una alternativa razonable. Carter y otros norteamericanos así lo piensan y por eso “bombardean” con ayudas para elecciones libres. Sí, pero los chinos admiten esas asistencias a niveles locales y restringidos, porque las saben irrelevantes. Y ¿quién asegura, además, que esas platas se invierten todas en tales fines? A este escenario –acariciado por una minoría intelectual– le falta el calendario. Y el Partido no está apurado en fijarlo. Además, ya ha dicho en su Libro Blanco que su democracia es superior a la occidental.

### **4) El statu quo del Partido**

Las dictaduras mueren con los dictadores, pero el Partido es “una dinastía”, y éstas son hereditarias; además evidencia una decisión irrevocable: el enriquecimiento de sus miembros.

### **5) La quinta hipótesis**

Hay un quinto escenario que el autor no señala, sino que sugiere entre líneas: la suerte de China se decide fuera de China. ¿Con un boicot? No, porque se castigaría a su pueblo. En tiempos de la URSS se apoyaba a sus disidentes y se condicionaba ayuda con medidas concretas que el gobierno soviético había de conceder. ¿Qué pasa en la disidencia china? La empresa norteamericana **Yahoo** denunció a uno de ellos –Shi Tao– que envió un mail a favor de la libertad y la democracia a través suyo. China exigió su identidad y la empresa se la dio. Resultado: 13 años de cárcel. Empresas como Yahoo deberían ser boicoteadas en aras de los valores humanistas que son patrimonio de la humanidad entera.

En suma, el autor se juega por los valores de la dignidad humana. Es un camino lento, pero dará sus frutos. Y este comentarista agrega: es compatible con otras formas de presión que aceleren los tiempos. La geopolítica tiene la palabra.



## **“Competitividad y adaptación laboral. ¿Cómo está Chile? (Una aproximación inicial)”**

De **Héctor Humeres Noguera**

Ediciones Universidad del Desarrollo  
Santiago, enero de 2007, 211 páginas.

COMENTARIO:

**Hugo Fábrega Vega**

Departamento de Derecho de la Empresa

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Cuando se intente buscar una explicación para determinar las causas del dinamismo imperante en las regulaciones del Derecho Laboral, a lo que primero hay que mirar es hacia sus fuentes materiales. Esto es fundamental.

Si tomado lo anterior se suma el trabajo responsable y serio de quienes son creadores del derecho, estaremos frente a aquella concreción normativa que contiene los elementos fundamentales para la paz social y el desarrollo pleno de la justicia, aquella guía inagotable que anima a todos los sujetos involucrados, puesto que el derecho espera que el contenido prescriptivo de la norma se refleje en la conducta esperada por esta.

En síntesis, hoy en día es inútil pensar que una norma laboral posee una generación espontánea, sino que es fruto del resultado de variables o hechos generadores que, bajo la rapidez y mutación propia de esta rama del derecho, se adaptan a una realidad dinámica del mayor interés no solo para el derecho interno, sino que también para el derecho que reclama la globalización.

El trabajo del profesor Héctor Humeres Noguera constituye toda una innovación en la materia. No nos cansamos en reiterar el estricto rigor científico que su autor ha puesto en todos sus trabajos, por lo que siempre es de toda justicia reconocer su importancia como referente ineludible en materias vinculadas al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La publicación nace de un encargo que la Organización Internacional del Trabajo hace al autor con el único objeto de ponderar la situación de competitividad de la empresa chilena en el exterior. Para tales efectos, el análisis tiene como fuente el ranking de competitividad preparado por el Institute for Management Development (IMD), prestigiosa Escuela de Negocios suiza, quienes lo preparan hace más de quince años teniendo como criterios de evaluación indicadores sectoriales cuyo principal propósito es comparar la competitividad entre países, examinar su evolución en el tiempo, observar y comprender las fortalezas y debilidades de estos y plantear sus principales desafíos.

Dicho indicador ubicó a Chile en el lugar decimonoveno para el año 2005 (fecha de los análisis que sirvieron de referencia para el estudio), el cual, dentro de la actividad gubernamental, situó a las "regulaciones laborales" como una de las deficiencias más notorias que entraban a la competitividad.

Dado el carácter de este estudio, se decidió entonces establecer la variante comparativa entre instituciones comunes de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en aquellas economías que estaban situadas por sobre Chile en el indicador y, además, responder a los factores de localización geográfica, similitud poblacional con Chile y con igual o parecido acceso a la información.

Con esas variantes resueltas para el análisis, se decidió escoger a Singapur, Canadá, Dinamarca, Irlanda, Holanda, Suecia, Nueva Zelanda, República Checa y Hungría. Asimismo, como la mayoría de los países seleccionados forman parte de la Unión Europea, se decidió agregarla como fuente de estudio independiente de los países individualmente considerados, por lo que, en definitiva, el estudio abarcaría diez Estados de comparación.

Respecto a cuales serían las instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a examinar, el profesor Humeres decide incluir a aquellas más importantes derivadas del contrato individual de trabajo, debido fundamentalmente a su tratamiento transversal y a la importancia que a aquella se le otorga frente a las disyuntivas que apuntan a su flexibilización o rigidez para responder a un mundo globalizado. De esta manera, las áreas analizadas son el inicio de la relación laboral, la jornada de trabajo, los descansos, el feriado anual, los permisos y licencias, las remuneraciones, el término de la relación laboral, las normas sobre protección a la familia, y los costos básicos de la seguridad social.

A lo anterior, agrega un interesante inicio con generalidades sobre la Unión Europea y un apartado con los principios orientadores y fuentes del Derecho del Trabajo en cada uno de los países a los cuales abarca el estudio.

Asimismo, el estudio consta de dos partes siguientes, en las cuales se concluyen cada una de las reflexiones producto del cotejo de instituciones jurídicas involucradas en el análisis, junto a cinco recomendaciones que el autor formula y que se podrían resumir en: 1) la legislación laboral chilena se podría catalogar como enmarcada dentro de las legislaciones competitivas; 2) a pesar de lo anterior, se distinguen puntos deficientes en torno a situaciones puntuales que dificultan el dinamismo competitivo, pero que, no obstante la advertencia, el autor prefiere no dar pie a la regulación, por el alcance negativo que acarrearía a la pequeña y mediana empresa; 3) existencia de puntos fuertes que distinguen a la situación laboral chilena por encima de otras legislaciones; 4) propuestas de regulación con énfasis en el despojo de factores ajenos a la justicia social y, en la medida de lo posible, desprovistas de la tutela del Estado; y 5) modificaciones laborales que corregirían la excesiva protección que exceden los promedios observados y que afectan el empleo, tales como la flexibilización de la jornada de trabajo, el reforzamiento del seguro de desempleo en reemplazo de la indemnización por años de servicio, revisión de los parámetros vinculados al descanso maternal y existencia de un ingreso mínimo diferenciado.

Estas últimas medidas, advierte el autor, están consideradas en las legislaciones estudiadas y no parecerían atentar contra los fundamentos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, lo que además facilitaría a que Chile “continúe en la senda del progreso económico y social en el que todos los actores deberían estar empeñados”; sin embargo, la realidad política chilena, vista sobre todo en esta última década en que ha animado cada uno de los cambios legislativos en la materia, ha desperfilado todas las buenas intenciones que merece una verdadera razón que anime la justicia social imperante en este tipo de regulación.

¿Se responde de alguna manera a la interrogante acerca de si es posible conciliar regulación competitiva versus justicia social? Nada, como nos demuestra el autor en esta aproximación inicial, nos hace pensar hoy en día que no es posible, con una pequeña cuota de buena voluntad, aquella misma buena voluntad que en derecho denominamos buena fe.

No nos queda sino agradecer, sinceramente, el esfuerzo del autor, quien, fruto de su experiencia y criterio, nos permite reflexionar y contar con instrumentos de análisis que nutren de exquisita fundamentación material la correcta interpretación y armonía de los fines que el derecho reclama.

# Indice Revista Ius Publicum N° 17 / 2006

## Escuela de Derecho

### Universidad de Santo Tomás

#### ESTUDIOS

- Joaquín García-Huidobro. *Los arquetipos humanos en Antígona*  
 Patricia Astorquiza Fierro. *Pasión, virtud y amor al bien. Acerca de la esencia de la virtud y de su relación con el amor rectamente ordenado*  
 Rafael Alvira. *La fe, ¿asunto público o privado?*  
 Isidro Solís Palma. *Reformas a la justicia: desafíos y tareas pendientes*  
 Eduardo Meins Olivares. *Competencia de las Cortes de Apelaciones en el nuevo proceso penal*  
 Alberto M. Sánchez. *La cuestión del Obispado Castrense*  
 Eduardo Soto Kloss. *Del derecho como arte de lo justo al derecho como arte de magia (a propósito de la llamada "falta de servicio")*

#### CRONICA

- Joaquín García-Huidobro Correa. *Un problema gratuito*  
 Max Silva Abbott. *Sobre la subversión de los principios*  
 Jesús Ginés Ortega. *Dudas y píldoras*  
 Max Silva Abbott. *La píldora y los derechos humanos*  
 Lucila Sendic De Santiago. *Píldora del día después*  
 Gustavo Cuevas Farren. *Discriminación positiva a favor de la mujer*  
 Crispulo Marmolejo González. *La fe y lo público. Breves comentarios a una declaración del Presidente del Gobierno Español*  
 Crispulo Marmolejo González. *Tasaciones e impuestos*  
 Eugenio Evans E. *Legislación y "vías administrativas"*  
 Gonzalo Rojas Sánchez. *Débiles de pensamiento*  
 Antonio Barnés Vázquez. *V Congreso Nacional [Español] de Bioética. La Ciencia acredita a la Bioética*

#### DOCUMENTOS

- S.S. Benedicto XVI. *Discurso a los participantes en la asamblea plenaria del Consejo Pontificio para la Familia (sábado 13 de mayo de 2006)*  
 S.S. Benedicto XVI. *Discurso durante la vigilia del V Encuentro Mundial de las Familias (Valencia/España, sábado 8.7.2006) y Homilía en la Santa Misa (Valencia/España, domingo 9.7.2006)*  
 Cardenal Ángelo Sodano. *Promover la familia, tarea esencial para el desarrollo de la sociedad*  
 S.S. Benedicto XVI. *Los principios que no son negociables para la Iglesia en la vida pública. Discurso a los participantes en un congreso promovido por el Partido Popular Europeo sobre el viejo continente*  
 Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile. *¿Hacia dónde camina Chile?*  
 Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile. *Educación, familia y pluralismo*  
 Mons. Giovanni Lajolo. *La dignidad del hombre es el fundamento último de todo el sistema jurídico internacional*  
 Jürgen Liminski. *Persecuciones religiosas en países islámicos*  
 Sergio Illanes Laso. *Principio de legalidad y contribuciones*  
 Instituto Libertad y Desarrollo. *Índice de Libertad Económica 2006*  
 Jovino Novoa. *Una sociedad enferma*  
 Gonzalo Vial. *El totalitarismo, la píldora y la Presidenta*  
 Marcela Cubillos Sigall y Cristián Monckeberg Bruner. *Reforma constitucional en educación*

#### JURISPRUDENCIA – RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS



# Indice Revista Ius Publicum N° 18 / 2007

## Escuela de Derecho

## Universidad de Santo Tomás

### ESTUDIOS

**Carlos Felipe Amunátegui Perelló.** *La enseñanza del Derecho Romano a través de Gayo. Una experiencia docente*

**Javier Francisco Herrera Valverde.** *El control jurisdiccional de los actos gubernativos en Indias, en los siglos XVI y XVII*

**Javier Rodríguez Torres.** *Catedráticos de la Real Universidad de San Felipe: Miguel de Eyzaguirre y Arechavala (1770-1821)*

**Max Silva Abbott.** *Los derechos humanos y la píldora del día después*

**Eduardo Soto Kloss.** *La responsabilidad de las municipalidades por los daños que produzca su inactividad/falta de servicio: principios básicos*

**Domingo Valdés Prieto.** *Independencia de la Fiscalía Nacional Económica. Una proposición para garantizarla*

**Eduardo Meins Olivares.** *El recurso de nulidad y la sentencia dictada en el procedimiento simplificado cuando el imputado ha admitido responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento del ministerio público*

**Patricio Muñoz Díaz.** *Los principios constitucionales de necesidad y proporcionalidad de las penas*

**Camilo I. Cobo De La Maza.** *Originalidad rapanui*

### CRONICA

**Jesús Ginés Ortega.** *Reflexiones éticas*

**Marco Antonio González I.** *La muerte del ex Presidente Pinochet*

**Gonzalo Rojas Sánchez.** *Testimonios fuertes*

**Gonzalo Rojas Sánchez.** *Hungría ejemplar*

**Marcelo Elissalde Martel.** *Joseph Mindszenty, mártir*

**Críspulo Marmolejo González.** *Píldora del día después: aspectos de Derecho, Economía y Políticas Públicas*

**Eduardo Meins Olivares.** *Problemas de constitucionalidad de unas indicaciones legislativas*

### DOCUMENTOS

**S.S. Benedicto XVI.** *La persona humana, corazón de la paz. Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz (1 de enero de 2007)*

**S.S. Benedicto XVI.** *Fe, razón y universidad. Recuerdos y reflexiones. Discurso en la Universidad de Ratisbona (Martes 12 de septiembre de 2006)*

**S.S. Benedicto XVI.** *Homilía en la explanada de Isling (Ratisbona, martes 12 de septiembre de 2006)*

**S.S. Benedicto XVI.** *La ciencia al servicio del ser humano. Discurso en la Universidad Pontificia Lateranense (21 de octubre de 2006)*

**S.S. Benedicto XVI.** *Discurso a la asamblea plenaria de la Academia Pontificia de Ciencias (Lunes 6 de noviembre de 2006)*

**Dr. Patricio Ventura-Juncá, Dr. Manuel Santos, Dr. Claudio Barros, Dr. Mauricio Besio.** *La píldora y el respeto por la autonomía*

**Juan Ignacio González Errázuriz.** *Moral y píldora del día después*

**Departamento Comunicaciones Obispado de San Bernardo.** *Un ejemplo de doble estándar: La píldora del día después y el uso de las armas*

**Gonzalo Vial Correa.** *¿Qué le dije?*

**S.S. Benedicto XVI.** *La familia, célula viva de la sociedad y de la Iglesia. Ángelus en la festividad de la Sagrada Familia de Nazaret (Plaza de San Pedro, 31 de diciembre de 2006)*

**S.S. Benedicto XVI.** *El Papa recuerda a Chile que el derecho a la vida, la familia y la educación de los hijos son un derecho inalienable de todo ser humano*

**Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile.** *Acoger y promover la vida. Declaración del Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile*

**Conferencia Episcopal de Chile.** *A despertar la conciencia moral y social. Declaración de la Conferencia Episcopal de Chile*

**Pontificio Consejo para la Familia.** *Justicia y bien social de la familia*

**Acción Familia.** *A 17 años del eslogan: "La alegría que viene"*

**Acción Familia.** *Anteproyecto de la OEA pretende imponer el matrimonio homosexual, los derechos sexuales y la doctrina de género*

**Gonzalo Vial Correa.** *Pinochetismo y antipinochetismo después de Pinochet*

**Colegio de Abogados de Chile.** *Reclamación ante la OIT por trabajo forzoso*

**Francisco Orrego Vicuña.** *¿Qué dice el Derecho Internacional?*

## **JURISPRUDENCIA – RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS**



## **Indices Revista**

*Actualidad Jurídica*

**N<sup>os</sup> 1 a 15, 2000-2007**

 **Universidad del  
Desarrollo**

FACULTADES DE DERECHO



# **Indices de la Revista *Actualidad Jurídica*, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. Números 1 (2000) a 15 (2007)**



**Eduardo Andrades Rivas**

Profesor Titular de Historia del Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, SEDE CONCEPCIÓN

## **Presentación**

*“Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Intervienen en ella tanto la Facultad de Santiago como la de Concepción, ciudad esta última en que nació nuestra casa de estudios” (Profesor Pablo Rodríguez Grez, Decano Facultad de Derecho, Sede Santiago).*

La revista tiene carácter misceláneo, pero cada uno de sus números dedica un dossier a un tema central predefinido por su Consejo Editorial.

## **Periodicidad**

*Actualidad Jurídica* es una publicación semestral que se edita en enero y julio de cada año, caracterizada por la rigurosidad en las fechas de su cierre editorial y publicación.

## **Autoridades responsables**

**DIRECTOR:** Profesor **Pablo Rodríguez Grez**, Decano de la Facultad de Derecho, sede Santiago.

**EDITOR:** Profesor **Hugo Fábrega Vega**.

**REPRESENTANTE LEGAL:** Sr. **Ernesto Silva Bafalluy**, Rector de la Universidad del Desarrollo.

## **Consejo Editorial**

Éste órgano científico tiene a su cargo el estudio, evaluación y selección de las colaboraciones destinadas a publicarse, como, asimismo, la determinación del tema central de cada número de la Revista.

Sus integrantes son:

**PRESIDENTE:** Profesor **Gonzalo Rioseco Martínez**, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Casa Central Concepción.

**INTEGRANTES:**

Profesora Cecily Halpern Montecino.

Profesor Hugo Rosende Álvarez.

Profesor Mario Rojas Sepúlveda.

Profesor Bruno Caprile Biermann.

### **Índice de la Revista**

En formatos por materias y por autor, se encuentra a disposición del público interesado en la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad, Casa Central Concepción:

[http://www.udd.cl/facultades/derecho\\_concep/investigacion.php](http://www.udd.cl/facultades/derecho_concep/investigacion.php)

Haciendo click en "Consultar índice Revista Actualidad Jurídica".

### **Recepción de colaboraciones académicas**

*Actualidad Jurídica* está abierta a recibir colaboraciones académicas de los profesores y especialistas en las distintas áreas del estudio jurídico. Dichos aportes pueden ser dirigidos a:

CONCEPCIÓN: Profesor Bruno Caprile Biermann

SANTIAGO: Profesor Hugo Fábrega Vega.

Una vez que el estudio o artículo sea publicado en la Revista, el autor recibirá un ejemplar del número correspondiente en forma gratuita.

Los originales de las colaboraciones remitidas a la Revista no serán devueltos a los autores.

**ISSN** N° 0717-5914

### **Ventas y suscripciones**

Informaciones sobre venta de ejemplares atrasados puede obtenerse mandando un correo, fax o email a **EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO:**

CONCEPCIÓN: Ainavillo N° 456, Fono 56-41-268670, Fax 56-41-268669, Email: cferrando@udd.cl

SANTIAGO: Av. La Plaza N° 700, Fono 56-2-2999271, Fax 56-2-2999271, Email: bsepulveda@udd.cl

Las solicitudes de suscripción pueden dirigirse remitiendo el formulario pertinente a **Ediciones Universidad del Desarrollo** a las direcciones indicadas.

## ÍNDICE GENERAL

### I. ÍNDICE POR MATERIAS

#### A. ESTUDIOS

##### 1. Historia y Filosofía del Derecho

- 1) Derecho Romano Antiguo
- 2) Historia del Derecho Europeo
- 3) Historia del Derecho Indiano
- 4) Historia de los Derechos Indígenas
- 5) Historia de los Derechos Patrios Hispanoamericanos
- 6) Historia del Derecho Patrio y Constitucional de Chile
- 7) Historia del Pensamiento Jurídico
- 8) Introducción al Derecho
- 9) Filosofía del Derecho
- 10) Pensamiento Jurídico
- 11) Enseñanza del Derecho

##### 2. Derecho Público

- 1) Derecho Político
- 2) Derecho Constitucional
- 3) Derecho Administrativo
- 4) Derecho Internacional Público
- 5) Derecho del Medio Ambiente
- 6) Derecho Penal

##### 3. Derecho Privado

- 1) Derecho Civil
- 2) Derecho Comercial
- 3) Derecho Minero
- 4) Derecho de Aguas
- 5) Derecho Urbano
- 6) Derecho Informático
- 7) Derecho Internacional Privado

##### 4. Derecho Procesal

- 1) Derecho Procesal Orgánico
- 2) Derecho Procesal Civil
- 3) Derecho Procesal Penal

##### 5. Derecho Económico y Tributario

##### 6. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

- 1) Derecho del Trabajo General
- 2) Derecho del Trabajo Individual
- 3) Derecho Colectivo del Trabajo
- 4) Derecho Procesal Laboral
- 5) Seguridad Social

#### B. VIDA ACADÉMICA

#### C. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

#### D. RECENSIONES E ÍNDICES

#### E. SEPARATAS

#### F. SEMBLANZAS Y HOMENAJES

### II. INDICE ALFABETICO DE AUTORES

#### SIGLAS:

- (CJ) Comentario de Jurisprudencia
- (R) Recensión
- (S) Separata
- (VA) Vida Académica





# I. Índice por Materias de la Revista *Actualidad Jurídica*

## A. ESTUDIOS

### 1. Historia y Filosofía del Derecho

#### 1) DERECHO ROMANO ANTIGUO

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones*, N° 3, 2001, 123.

MORGADO M., Claudia, *La responsabilidad del pater por los delitos cometidos por sus dependientes*, N° 7, 2003, 83.

SAMITH VEGA, Gina, *El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana*, N° 9, 2004, 71.

#### 2) HISTORIA DEL DERECHO EUROPEO

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas*, N° 13, 2006, 371.

#### 3) HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

CATTAN ATALA, Ángela, *El protector de naturales y el derecho a la defensa*, N° 3, 2001, 309.

CATTAN ATALA, Ángela, y MERINO ÁLVAREZ, Christian, *La Avería: pervivencia del Derecho Romano en el sistema del transporte marítimo indiano*, N° 2, 2000, 151.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano*, N° 3, 2001, 95.

#### 4) HISTORIA DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

#### 5) HISTORIA DE LOS DERECHOS PATRIOS HISPANOAMERICANOS

#### 6) HISTORIA DEL DERECHO PATRIO Y CONSTITUCIONAL DE CHILE

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Las relaciones internacionales de Chile durante el periodo pseudoparlamentario (1891-1924)*, N° 11, 2005, 181.

DÁVILA CAMPUSANO, Óscar, *Recopilaciones de leyes castrenses en el derecho patrio chileno del siglo XIX y principios del siglo XX*, N° 14, 2006, 255.

GAZMURI, Cristián, *Notas sobre las causas de la crisis de la democracia chilena en 1970-1973*, N° 6, 2002, 340.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil)*, N° 8, 2003, 165.

#### 7) HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Salvador Allende: el asedio a la libertad y al Estado de Derecho en sus discursos presidenciales*, N° 9, 2004, 143.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *Carl Schmitt. La agonía del *Ius Publicum Europaeum**, N° 13, 2006, 343.

#### 8) INTRODUCCIÓN AL DERECHO

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 9, 2004, 273.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estructura funcional del Derecho (prólogo del autor)*, N° 6, 2002, 367.

**9) FILOSOFÍA DEL DERECHO**

- ACCORSI OPAZO, Enrique, *Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica*, N° 3, 2001, 159.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El derecho al honor y la sed de mentira*, N° 10, 2004, 69.
- BARCELÓ, Joaquín, *La subversión de valores y la historia*, N° 10, 2004, 79.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *El principio de la responsabilidad ante el derecho: una breve perspectiva filosófica en la enseñanza de la ética profesional del abogado*, N° 7, 2003, 211.
- GREBE BARROS, Gonzalo, *Responsabilidad Médica*, N° 3, 2001, 149.
- MORENO VALENCIA, Fernando, *Subversión de los valores*, N° 10, 2004, 27.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis moral o subversión de los valores?*, N° 10, 2004, 13.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Ética y Responsabilidad Profesional)*, N° 6, 2002, 7.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento*, N° 9, 2004, 175.
- ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Derechos y deberes en el acto médico*, N° 6, 2002, 45.
- SILVA ABBOTT, Max, *Derecho, política y valores en Norberto Bobbio*, N° 12, 2005, 177.
- SILVA ABBOTT, Max, *Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación*, N° 10, 2004, 83.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *¿Hay una ética de los abogados?*, N° 6, 2002, 13.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El negocio jurídico como acto de lenguaje*, N° 7, 2003, 263.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El juez y el juicio en Tomás de Aquino*, N° 3, 2001, 135.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Libre empresa, derecho, humanismo*, N° 1, 2000, 95.

**10) PENSAMIENTO JURÍDICO**

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El desafuero del senador Pinochet a la luz de los principios del debido proceso*, N° 3, 2001, 21.
- BATES HIDALGO, Luis, *La justicia y la formación de abogados*, N° 8, 2003, 327.
- CLARO VALDÉS, Ricardo, *Rol del empresario en las encíclicas sociales*, N° 4, 2001, 257.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho*, N° 3, 2001, 233.
- DÍAZ URIBE, Hugo Antonio, *Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados*, N° 14, 2006, 55
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Actualidad Jurídica cumple 5 años*, N° 10, 2004.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Derecho y Justicia*, N° 5, 2002, 345.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Estructura funcional del derecho, de Pablo Rodríguez Grez, discurso de presentación*, N° 5, 2002, 329.

**11) ENSEÑANZA DEL DERECHO**

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Algunas anotaciones sobre la enseñanza de la Ética Jurídica*, N° 6, 2002, 27.
- ÁLVEZ MARÍN, Amaya, *Una experiencia práctica en la enseñanza de la Ética*, N° 6, 2002, 63.
- CAMPUSANO, Raúl F., *La enseñanza del derecho informático en Chile. Apuntes para una propuesta*, N° 5, 2002, 305.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La enseñanza del derecho: ¿clase magistral o método activo?*, N° 2, 2000, 127.
- CATTAN ATALA, Ángela, *Algunas notas sobre una nueva metodología para la enseñanza del Derecho Romano*, N° 5, 2002, 317.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Renovación de los estudios de Derecho*, N° 2, 2000, 117.

## 2. Derecho Público

### 1) DERECHO POLÍTICO

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Democracia moribunda y el banquillo de los acusados: apuntes sobre Ortega y Gasset*, N° 11, 2005, 273.
- DÍAZ NIEVA, José, *Breve aproximación a los sistemas electorales*, N° 4, 2001, 317.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Función judicial y Estado de Derecho*, N° 11, 2005, 47.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Ley, interpretación y exceso judicial*, N° 11, 2005, 39.
- TAGLE MARTÍNEZ, Hugo, *La verdadera tercera vía*: N° 1, 2000, 161.

### 2) DERECHO CONSTITUCIONAL

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Persona humana, autonomía privada y orden público económico*, N° 4, 2001, 77.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los supuestos derechos animales y medioambientales ante la Constitución de 1980: una contradicción vital*, N° 4, 2001, 189.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, y FÁBREGA VEGA, Hugo, *Análisis crítico del proyecto de ley sobre eutanasia y sus antecedentes legislativos*, N° 14, 2006, 261.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Evolución (o involución) de la Constitución Política de la República a 20 años de su promulgación, notas sobre las reformas a la Carta del 80*, N° 4, 2001, 173.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La reforma constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto*, N° 13, 2006, 11.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 131.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional*, N° 12, 2005, 29.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Forma de gobierno en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 223.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional*, N° 13, 2006, 97.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia*, N° 10, 2004, 117.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005*, N° 13, 2006, 25.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Estado Constitucional de Derecho y transformación del ordenamiento jurídico*, N° 10, 2004, 43.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Fortalecimiento constitucional de nuestra independencia judicial*, N° 11, 2005, 25.
- CEA EGAÑA, José Luis, *La Constitución de 1980: experiencia y horizonte 20 años después*, N° 4, 2001, 241.
- CRUZ FABRES, Rafael, *La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos frente a la Constitución y la soberanía, la discusión doctrinaria y el fallo del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito el año 1998*, N° 6, 2002, 75.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Bases de la Institucionalidad chilena*, N° 4, 2001, 211.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional*, N° 6, 2002, 137.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Ley 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional*, N° 13, 2006, 43.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Perfil jurídico del nuevo Ministerio Público*, N° 2, 2000, 165.

- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Solución jurisprudencial para conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos*, N° 1, 2000, 117.
- DÍAZ NIEVA, José, y ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980*, N° 4, 2001, 57.
- FELIU SEGOVIA, Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios*, N° 1, 2000, 71.
- HUMERES NOGUER, Héctor, *La seguridad social en la Constitución Política chilena*, N° 4, 2001, 107.
- MATURANA TOLEDO, Carlos, *Comentarios acerca del origen y competencia de los Tribunales Electorales Regionales*, N° 4, 2001, 149.
- PÉREZ DE ARCE IBIETA, Hermógenes, *Garantes de la institucionalidad*, N° 4, 2001, 233.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El "debido proceso" a la luz de la ley chilena*, N° 3, 2001, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estudios Pendientes (Presentación)*, N° 4, 2001, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La Constitución de 1980, hija de su tiempo*, N° 4, 2001, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Independencia del Poder Judicial)*, N° 11, 2005, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Reformas Constitucionales Ley N° 20.050)*, N° 13, 2006, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Subordinación del Poder Judicial*, N° 11, 2005, 11.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *¿Igualdad jurídica en Chile?*, N° 4, 2001, 199.
- SALAS VIVALDI, Julio, *El debido proceso: tres instituciones procesales y una ausente. El ámbito constitucional*, N° 3, 2001, 51.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *"Acto u omisión ilegal" en el artículo 20, inciso 2°, de la Constitución: ¿una reforma inútil?*, N° 15, 2007, 161.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La dignidad de la persona humana en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 31.

### 3) DERECHO ADMINISTRATIVO

- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Audiencia pública y ejercicio de la potestad reglamentaria*, N° 12, 2005, 113.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *De la adjudicación en los contratos administrativos*, N° 15, 2007, 171.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La estabilidad de los contratos administrativos*, N° 6, 2002, 191.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Licitación pública: concepto, principios y tramitación*, N° 13, 2006, 291.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, N° 14, 2006, 149.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Informe en Derecho*, N° 4, 2001, 379.
- CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos Patricio, *Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública*, N° 7, 2003, 437.
- CARTES MONTORY, Armando, *Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes*, N° 7, 2003, 425.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Tributos a la importación*, N° 6, 2002, 217.
- DONOSO R., Sebastián, *Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas*, N° 14, 2006, 233.
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones)*, N° 8, 2003, 273.

- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., y ODDÓ BEAS, Blanca, *Del transcurso de un plazo y el nacimiento de un acto administrativo presunto de aprobación*, N° 14, 2006, 161.
- MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Algunos aspectos de los recursos administrativos en la Ley N° 19.880, que establece bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado*, N° 9, 2004, 187.
- REYES RIVEROS, Jorge, *Comentarios respecto de la norma consagrada en el art. 8° bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, N° 3, 2001, 319.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial*, N° 3, 2001, 303.
- SOTO LARREÁTEGUI, Josefina, *La responsabilidad del Estado-Municipalidad*, N° 7, 2003, 183.

#### 4) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- ARAB NESSRALLAH, Julio, *Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena*, N° 2, 2000, 33.
- ASTROZA SUÁREZ, Paulina, *Doctrina Bush: ¿tercera excepción a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza?*, N° 8, 2003, 31.
- BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Chile y Argentina. A cien años del primer arbitraje británico*, N° 3, 2001, 275.
- BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Perspectivas de diálogo chileno-boliviano en las proximidades del Bicentenario*, N° 15, 2007, 203.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis*, N° 8, 2003, 15.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile*, N° 2, 2000, 55.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Controversias Jurídicas, La inmunidad de jurisdicción ante el Derecho Internacional, Puntos de Vista*, N° 1, 2000, 7.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Derecho Internacional y Derecho Interno*, N° 2, 2000, 23.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional*, N° 6, 2002, 155.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El límite marítimo entre Chile y Perú*, N° 10, 2004, 199.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *La guerra angloamericana contra Irak y el derecho internacional*, N° 8, 2003, 49.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *El justo y debido proceso en el derecho internacional*, N° 3, 2001, 87.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales*, N° 6, 2002, 147.
- PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves, contra ellas o con ellas: estado de la cuestión*, N° 4, 2001, 351.
- PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *España y el Segundo Conflicto del Golfo*, N° 8, 2003, 57.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, FUENTES TORRIJO, Ximena, VALENZUELA V., Luis, *Controversia sobre los alcances del Fallo de los Lorea*, N° 1, 2000, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tema central*, N° 2, 2000, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley*, N° 1, 2000, 47.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Existe el derecho internacional?*, N° 8, 2003, 9.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación* (del tema *La crisis del derecho internacional*), Nº 8, 2003, 7.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Corte Penal Internacional y Soberanía Universal*, Nº 2, 2000, 9.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdiccionalidad*, Nº 1, 2000, 55.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La mujer ante el derecho internacional público*, Nº 11, 2005, 281.

### 5) DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

- CAMPUSANO, Raúl F., *Aspectos jurídicos y políticos de la relación entre desarrollo sustentable y actividad minera*, Nº 4, 2001, 277.
- CAMPUSANO, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabčíkovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay*, Nº 14, 2006, 179.

### 6) DERECHO PENAL

- BATES HIDALGO, Luis, *Corrupción: concepto y aspectos penales*, Nº 6, 2002, 35.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno*, Nº 7, 2003, 359.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *¿Cabén la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguro?*, Nº 14, 2006, 219.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Proyecto de ley chileno que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN*, Nº 11, 2005, 139.
- MEDINA JARA, Rodrigo, *Dos aspectos del delito de negociación incompatible*, Nº 10, 2004, 223.
- NOVOA ALDUNATE, Eduardo, *Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del ius puniendi estatal y la expansión del derecho penal*, Nº 15, 2007, 191.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuridicidad*, Nº 8, 2003, 309.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, y TORRES DUFFAU, Marcelo, *Delito permanente, amnistía y prescripción*, Nº 11, 2005, 87.

## 3. Derecho Privado

### 1) DERECHO CIVIL

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido*, Nº 8, 2003, 69.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La Personalidad Jurídica el poder sancionador de la Administración*, Nº 1, 2000, 183.
- ALVARADO MARAMBIO, José Tomás, *Divorcio y concepciones de la naturaleza humana*, Nº 9, 2004, 65.
- AMENÁBAR ATRIA, Felipe, *Los derechos del paciente frente a la responsabilidad*, Nº 7, 2003, 105.
- BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho*, Nº 7, 2003, 293.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada*, Nº 7, 2003, 339.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria (Incidencias de las modificaciones recientes a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución)*, Nº 8, 2003, 95.

- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La imprevisión*, N° 15, 2007, 141.
- CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos, *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos*, N° 5, 2002, 255.
- CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *Algunos temas de la nueva Ley de Matrimonio Civil*, N° 15, 2007, 125.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *La filiación matrimonial*, N° 7, 2003, 241.
- CUEVAS MANRÍQUEZ, Gustavo, *Responsabilidad civil de los establecimientos de salud*, N° 3, 2001, 169.
- DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, sede Santiago, *El Código Civil y sus principales cambios*, N° 12, 2005, 65.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil*, N° 2, 2000, 327.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, N° 15, 2007, 83.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Las reformas al derecho sucesoral de la Ley N° 19.585*, N° 1, 2000, 233.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?*, N° 2, 2000, 347.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *¿Para qué sirve el matrimonio?*, N° 9, 2004, 31.
- GRIMALDI, Michel, *La reforma del derecho francés del divorcio*, N° 14, 2006, 201.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *La cesión del contrato en el derecho colombiano*, N° 13, 2006, 209.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual*, N° 11, 2005, 213.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo, *Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, N° 10, 2004, 151.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena*, N° 9, 2004, 111.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual*, N° 6, 2002, 163.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas*, N° 9, 2004, 371.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Comportamiento contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?*, N° 10, 2004, 287.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Daños por violencia intrafamiliar*, N° 14, 2006, 215.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una aparente antinomia*, N° 11, 2005, 267.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Tendencias actuales en el Derecho de Contratos, 150 años del Código de Bello*, N° 12, 2005, 99.
- PALACIOS MENA, Patricio, *Alcances sobre la responsabilidad objetiva*, N° 7, 2003, 385.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios, un intento de precisar su fundamento y extensión*, N° 13, 2006, 245.
- PARADA GUZMÁN, César, *La imputabilidad: objetivación de la responsabilidad, nuevos factores de atribución y ampliación del campo de legitimación activa y pasiva*, N° 2, 2000, 299.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *¿Qué divorcio?*, N° 9, 2004, 25.
- PIZARRO WILSON, Carlos, *El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: "El derecho de retracto"*, N° 11, 2005, 255.
- RABAT CELIS, Fernando José, *Procedimiento aplicable a los juicios que versen sobre el cuidado personal de los hijos*, N° 6, 2002, 305.

- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 10, 2004, 295.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *A propósito de la excepción del contrato no cumplido*, N° 10, 2004, 299.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Acerca del artículo 1679 del Código Civil*, N° 12, 2005, 189.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Hacia un nuevo derecho de familia*, N° 13, 2006, 117.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Innovaciones en materia de regímenes patrimoniales*, N° 1, 2000, 193.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999*, N° 7, 2003, 219.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Matrimonio y divorcio vincular*, N° 9, 2004, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema El divorcio vincular)*, N° 9, 2004, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 9, 2004, 121.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Nuevo régimen de adopción*, N° 1, 2000, 283.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Responsabilidad civil individual del médico*, N° 3, 2001, 181.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Alcances del legítimo contradictor en las acciones de filiación*, N° 13, 2006, 137.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado*, N° 5, 2002, 163.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca del Estatuto de la Filiación*, N° 1, 2000, 259.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual*, N° 2, 2000, 277.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La naturaleza de las obligaciones de los médicos*, N° 9, 2004, 131.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La simulación y la jurisprudencia*, N° 11, 2005, 53.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevas normas reguladoras de los arrendamientos de predios urbanos*, N° 8, 2003, 171.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Persona, Familia y Sociedad*, N° 1, 2000, 133.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello?*, N° 10, 2004, 55.
- SILVA ABBOTT, Max, *Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público?*, N° 9, 2004, 83.
- TAPIA ELORZA, Eduardo, *Las cláusulas abusivas en el derecho del consumo y el crédito al consumo*, N° 4, 2001, 299.
- UGARTE GODOY, José Joaquín, *El matrimonio es por su naturaleza indisoluble*, N° 9, 2004, 37.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil*, N° 9, 2004, 197.
- VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales*, N° 9, 2004, 321.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Algunas reflexiones sobre la compensación económica*, N° 13, 2006, 171.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el Derecho Civil chileno*, N° 13, 2006, 189.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento*, N° 15, 2007, 93.
- VERGARA BEZANILLA, José Pablo, *La mercantilización del daño moral*, N° 2, 2000, 177.



VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconversión*, N° 6, 2002, 327.

## 2) DERECHO COMERCIAL

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la Sociedad Anónima*, N° 2, 2000, 233.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado*, N° 14, 2006, 117.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los grupos empresariales*, N° 6, 2002, 203.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima*, N° 5, 2002, 243.

CARREÑO NIGRO, Héctor, *La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile*, N° 3, 2001, 243.

CARREÑO NIGRO, Héctor, *Responsabilidad de los Administradores en una Sociedad Colectiva*, N° 2, 2000, 253.

CASTRO GONZÁLEZ, Fernando, *Adecuación de la legislación marcaría chilena a tratados internacionales*, N° 2, 2000, 81.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Sergio, *Empresas individuales de responsabilidad limitada, Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003*, N° 8, 2003, 113.

GÓMEZ PINTO, Rafael, *El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado*, N° 7, 2003, 129.

BERG YÁÑEZ, Héctor, *La involución del procedimiento de calificación de quiebra*, N° 9, 2004, 225.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho*, N° 7, 2003, 325.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Regulación versus autorregulación. Un dilema crítico a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink*, N° 8, 2003, 249.

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónimas*, N° 12, 2005, 145.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Gabriel, *Ley 19.983 regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura*, N° 12, 2005, 123.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, y ROJAS SEPÚLVEDA, Eduardo, *Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas*, N° 5, 2002, 275.

SAHLI CRUZ, Juan Carlos, *La empresa individual de responsabilidad limitada*, N° 8, 2003, 123.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Comentarios a la Ley N° 19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, N° 8, 2003, 143.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Marcas comerciales y nombres de dominio*, N° 9, 2004, 235.

## 3) DERECHO MINERO

### 4) DERECHO DE AGUAS

MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo, *El sistema jurídico chileno de organización de los usuarios de aguas*, N° 3, 2001, 285.

MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas*, N° 11, 2005, 231.

**5) DERECHO URBANO**

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Las cesiones gratuitas de terrenos en la normativa urbanística chilena*, N° 4, 2001, 393.

**6) DERECHO INFORMÁTICO**

PAIVA HANTKE, Gabriela, *Propiedad intelectual, marcas y conflictos sobre nombres de dominio en Internet*, N° 2, 2000, 265.

SÁNCHEZ ANDRADE, ANDRÉS, *La responsabilidad en los contratos de compraventa internacionales celebrados por Internet*, N° 7, 2003, 201.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Contrato de outsourcing informático*, N° 10, 2004, 175.

**7) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena*, N° 9, 2004, 111.

**4. Derecho Procesal****1) DERECHO PROCESAL ORGÁNICO**

BATES HIDALGO, Luis, *Reflexiones sobre la justicia*, N° 14, 2006, 43.

CARROZA ESPINOZA, Mario, *En búsqueda del consenso*, N° 15, 2007, 19.

DÁVILA DÍAZ, Roberto, *Bases del ejercicio de la jurisdicción*, N° 1, 2000, 99.

MUÑOZ, JUAN ÁNGEL, *Modernización y cambio en el Poder Judicial*, N° 15, 2007, 21.

BERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Mejorar la justicia?*, N° 12, 2005, 25.

BERG YÁÑEZ, Héctor, *Tras la paletada, nadie dijo nada... (art. 5° inc. 1° COT)*, N° 7, 2003, 317.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis de la Justicia?*, N° 12, 2005, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Hacia el gobierno de los jueces?*, N° 14, 2006, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Crisis de la Justicia)*, N° 12, 2005, 7.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Modernización o estancamiento del Poder Judicial)*, N° 14, 2006, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Pugna Generacional)*, N° 15, 2007, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pugna Generacional*, N° 15, 2007, 9.

**2) DERECHO PROCESAL CIVIL**

ARAB NESSRALLAH, Julio, *Proposiciones de reforma al juicio ejecutivo*, N° 5, 2002, 91.

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Algunos aspectos procesales de la reforma introducida por la Ley 19.866, que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos*, N° 8, 2003, 195.

KOKISCH MOURGUES, Domingo, *El proceso monitorio*, N° 5, 2002, 79.

BERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia*, N° 13, 2006, 233.

BERG YÁÑEZ, Héctor, *Máximas de experiencia*, N° 10, 2004, 167.

BERG YÁÑEZ, Héctor, *Popurrí procesal*, N° 5, 2002, 99.

ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil*, N° 5, 2002, 47.

OTERO LATHROP, Miguel, *Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia*, N° 14, 2006, 25.

PECCHI CROCE, Carlos, y MATORANA MIQUEL, Cristian, *Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil*, N° 5, 2002, 25.

- RABAT CELIS, Fernando José, *Procedencia del abandono del procedimiento en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión?*, N° 5, 2002, 109.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil*, N° 5, 2002, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Una reforma necesaria (presentación del tema: Reforma procesal civil)*, N° 5, 2002, 7.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La nulidad formal de la sentencia civil, estudio en homenaje a la memoria de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 41
- TAPIA WITTING, Enrique, *Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación*, N° 5, 2002, 53.
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez*, N° 5, 2002, 349.

### 3) DERECHO PROCESAL PENAL

- CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Consideraciones generales de la justicia militar en Chile*, N° 3, 2001, 225.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El proceso penal oral y el debido proceso*, N° 3, 2001, 69.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre Reforma Procesal Penal*, N° 2, 2000, 131.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ley de responsabilidad penal juvenil*, N° 15, 2007, 181.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Privaciones y restricciones de libertad*, N° 11, 2005, 245.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Son necesarias las reformas procesales?*, N° 6, 2002, 295.
- PECCHI CROCE, Carlos, *El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal*, N° 11, 2005, 119.
- PECCHI CROCE, Carlos, y ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal*, N° 7, 2003, 47.
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La Reforma Procesal Penal: historia, estado actual y temas pendientes*, N° 2, 2000, 401.
- POBLETE ITURRATE, Orlando, *Consideraciones en torno a la vigencia del Código Procesal Penal*, N° 7, 2003, 61.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema La reforma procesal penal)*, N° 7, 2003, 7.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Algunas de las claves del nuevo proceso penal*, N° 7, 2003, 13.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Desigualdad de trato jurídico en la reforma procesal penal*, N° 12, 2005, 47.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El poder de acusar y la preparación del juicio oral*, N° 9, 2004, 207.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal*, N° 6, 2002, 265.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal*, N° 6, 2002, 227.
- SALAS VIVALDI, Julio, *La nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal*, N° 10, 2004, 133.

### 5. Derecho Económico y Tributario

- BLANCHE REYES, Cristián, *Dos temas tributarios: la crisis del sistema procesal tributario y la derogación del artículo 57 bis*, N° 13, 2006, 267.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Aplicación extraterritorial de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos*, N° 12, 2005, 161.

- CAMPUSANO, Raúl F., *Hacia el libre comercio con Estados Unidos: el caso de las exportaciones de cobre*, N° 3, 2001, 207.
- CAMPUSANO, Raúl F., y CARVAJAL, Francisco, *El tratado de Libre Comercio Chile-Corea*, N° 10, 2005, 155.
- CAMPUSANO, Raúl F., y SILVA BESA, Eduardo, *El ascenso económico de China y sus actuales desafíos*, N° 9, 2004, 355.
- CAMPUSANO, Raúl F., y SILVA BESA, Eduardo, *El ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio*, N° 10, 2004, 267.
- CAMPUSANO, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *Innovación científica y tecnológica: rol del derecho, del Estado y del sector privado*, N° 15, 2007, 219.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Principio de legalidad tributaria y gravámenes al comercio exterior chileno*, N° 10, 2004, 209.
- CRUZ FABRES, Rafael, *Derecho y libre competencia en los mercados ampliados*, N° 1, 2000, 89.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Mitos de la jurisprudencia tributaria*, N° 2, 2000, 189.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones*, N° 8, 2003, 241.
- FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, *Los organismos de la defensa de la competencia*, N° 5, 2002, 187.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio, *El Estado de Derecho y la justicia tributaria*, N° 5, 2002, 123.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Análisis de la Ley N° 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento de mérito ejecutivo a la copia de una factura*, N° 13, 2006, 275.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *¿Es aplicable el impuesto al lujo?*, N° 9, 2004, 349.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Estudio jurisprudencial del Tribunal Tributario*, N° 5, 2002, 143.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La infracción tributaria*, N° 2, 2000, 211.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La titularidad de la acción penal tributaria*, N° 9, 2004.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Proyecto de ley de tribunales tributarios*, N° 14, 2006, 285.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?*, N° 11, 2005, 175.
- JUPPET EWING, Fernanda, *La función social del mercado de valores*, N° 13, 2006, 393.
- MORALES GODOY, Misael, *La responsabilidad ante el Código Tributario*, N° 7, 2003, 173.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de los delitos e infracciones a la legislación tributaria*, N° 8, 2003, 227.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Reforma a la justicia tributaria*, N° 5, 2002, 129.

## 6. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

### 1) DERECHO DEL TRABAJO GENERAL

- CORTÁZAR SANZ, René, *Rol del Estado como garante de los derechos fundamentales del hombre en el trabajo*, N° 4, 2001, 271.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El derecho internacional del trabajo y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica*, N° 13, 2006, 315.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho laboral y de la seguridad social en Chile*, N° 2, 2000, 103.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Tutela laboral y transformaciones en el mercado del trabajo*, N° 1, 2000, 177.
- THAYER ARTEAGA, William, *Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena*, N° 4, 2001, 261.

**2) DERECHO DEL TRABAJO INDIVIDUAL**

HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel, y ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, *La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España*, N° 10, 2004, 229.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Despido abusivo y daño moral*, N° 8, 2003, 293.

**3) DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO**

DÍAZ MUÑOZ, Ana María, *Nueva institucionalidad sindical (Modificaciones introducidas por la Ley N° 19.759)*, N° 5, 2002, 211.

GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *La responsabilidad del empleador por despido antisindical de trabajadores sin fuero*, N° 7, 2003, 147.

GONZÁLEZ ZÚÑIGA, Juan, *Reforma laboral; Ley N° 19.759, libro de don Héctor Humeres Noguera, discurso de presentación*, N° 5, 2002, 333.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Principales alcances de la nueva ley laboral, Ley N° 19.759 (D.O. 05.10.2001)*, N° 5, 2002, 203.

**4) DERECHO PROCESAL LABORAL**

AUBERT, Gabriel, *La jurisdicción del trabajo: la experiencia de Ginebra*, N° 14, 2006, 67.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Presentación (del tema La Reforma Procesal Laboral)*, N° 14, 2006, 65.

HUMERES NOGUER, HÉCTOR, *La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo (Referencia a las Leyes N° 20.022, 20.023 y 20.087)*, N° 14, 2006, 73.

OBERG YÁNEZ, Héctor, *Apelación laboral*, N° 14, 2006, 91.

**5) SEGURIDAD SOCIAL****B. VIDA ACADÉMICA**

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 2, 2000, 387.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 3, 2001, 347.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 455.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer (SIC)<sup>1</sup> Semestre 2001*, N° 5, 2002, 337.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 359.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 459.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 339.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 397.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 359.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 331.

<sup>1</sup> Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001

- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 241.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 435.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2006*,<sup>2</sup> N° 14, 2006, 307.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 341.
- CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, N° 3, 2001, 337.
- CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 393.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Vida estudiantil en la Facultad*, N° 1, 2000, 317.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho*, N° 7, 2003, 77.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 351.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 325.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 231.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 419.
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2006*, N° 14, 2006, 301.
- GARCÍA ASPILLAGA, Pedro, *Sobre la judicialización de la medicina*, N° 9, 2004, 389.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 337.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Participación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en la XLI Conferencia de la FIA (Federación Interamericana de Abogados). Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI*, N° 13, 2006, 425.
- RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso año académico 2000 (Sede Concepción)*, N° 2, 2000, 395.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2004, Facultad de Derecho*, N° 10, 2004, 355.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2005, Facultad de Derecho*, N° 12, 2005, 237.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso Inaugural del año académico 2002*, N° 6, 2002, 334.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago). Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 441.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago). Segundo Semestre 2001*, N° 5, 2002, 325.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago). Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 333.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago). Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 455.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago). Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 333.

<sup>2</sup> Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, N° 2, 2000, 371.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del jurista*, N° 1, 2000, 307.

### C. ANALISIS JURISPRUDENCIAL

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Estado actual de la jurisprudencia en materia de cortes generalizados de suministro eléctrico: una visión crítica*, N° 12, 2005, 197.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Comentario de Jurisprudencia Constitucional: un esclarecedor pronunciamiento sobre la intimidad*, Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 2 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 409.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los 19 comerciantes, Excepción Preliminar*, 12 de junio de 2002, N° 7, 2003, 467.

CORTE SUPREMA, *Fisco de Chile con Sociedad Fabril y Maderera de la Patagonia*, 29 de junio de 2000, N° 2, 2000, 415.

CORTE SUPREMA, *Rivas con Castillo*, 24 de mayo de 2000, N° 2, 2000, 419.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Corte Suprema, Comentario de jurisprudencia acerca del efecto declarativo de una sentencia en materia laboral*, 28 de septiembre de 2006, N° 15, 2007, 325.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Comentario de jurisprudencia relacionado a la prescripción de la acción del Fisco (Servicio de Impuestos Internos) para el caso de aplicación de sanciones pecuniarias por presunto delito tributario*, Corte Suprema, 9 de mayo de 2006, N° 15, 2007, 297.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Compañía Pesquera San Pedro con Servicio de Impuestos Internos*, 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 299.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Concepto de obligaciones laborales y previsionales según la jurisprudencia: límites a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra*, "De Miguel Alarcón con Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada y Codelco Chile, División Radomiro Tomic", 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 307.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Espinoza Cortés y otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda.*, 13 de agosto de 2001, N° 6, 2002, 319.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Retamal Parra con N.P.H. Inversiones*, 22 de enero de 2001, N° 4, 2001, 405.

HALPERN MONTECINO, Cecily, y HUMERES NOGUER, Héctor, *Corte Suprema, Adrian con Comditex Ltda., Servitex Ltda. y Bordatex Ltda.*, 13 de agosto de 2003, N° 9, 2004, 403.

MUÑOZ ECHEVERRÍA, Cecilia, *Tribunal Constitucional y restricción vehicular*, N° 4, 2001, 423.

OTERO, Jorge Miguel, y POHL I., Emilio, *Comentario sobre el impuesto al lujo*, N° 9, 2004, 425.

PACHECO QUEZADA, Jaime, *Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable*, Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de enero de 2006, N° 15, 2007, 313.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *A propósito de una sentencia sobre uso de información privilegiada*, Corte Suprema, 27 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 255

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre sobreseimiento del senador A. Pinochet*, N° 4, 2001, 429.

RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Ltda. y Banco Internacional*, 11 de junio de 2003, N° 10, 2004, 305.

- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El ejercicio de la servidumbre de tránsito: acción y excepción procedentes, Casación en el fondo*, 29 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 401.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La acción de precario respecto a un predio reservado de la mujer casada, Casación en el fondo*, 16 de marzo de 2000, N° 9, 2004, 413.
- RIVERA VILLALOBOS, Hugo, *Corte Suprema, Contradicción en sentencias sobre legítima defensa*, 28 de diciembre de 2000 y 3 de junio de 2002, N° 10, 2004, 317.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Corte Suprema, Uso de información privilegiada*, 25 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 239.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Corte Suprema, Sentencia que constituye una sanción a la creación de hechos gravados por la vía administrativa*, 29 de junio de 2000, N° 9, 2004, 417.

#### D. RECENSIONES E ÍNDICES

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y Ontología Jurídica, de Francisco Carpintero*, N° 1, 2000, 335.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Estructura funcional del Derecho, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 6, 2002, 373.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Historia del Derecho Natural, un Ensayo, de Francisco Carpintero Benítez*, N° 2, 2000, 441.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente*, N° 2, 2000, 449.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización, de Miguel Ayuso T.*, N° 15, 2007, 353.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 15, 2007, 347.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Esquema del Derecho de Familia Indiano, de Antonio Dougnac Rodríguez*, N° 9, 2004, 435.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *El Gobierno de las Indias, de Javier Barrientos Grandón*, N° 11, 2005, 337.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación, I. Ius Commune- Ius Propium en las Indias Occidentales, de Javier Barrientos Grandón*, N° 4, 2001, 473.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índices de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 11 (2005)*, N° 12, 2005, 259.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias, de José Ramón de Verda y Beamonde*, N° 13, 2006, 441.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Europa e Iberoamérica, de Eduardo Cuenca*, N° 12, 2005, 247.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *El derecho como creación colectiva, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 2, 2000, 455.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez*, N° 8, 2003, 351.
- CRUZ FABRES, Rafael, *La Solución de Controversias Comerciales en un Mundo Globalizado, de Gabriela Paiva Hantke y Carlos Cortés Simón*, N° 10, 2004, 403.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Artículos y autores publicados en la revista Actualidad Jurídica, enero de 2000 a julio de 2004*, N° 10, 2004, 415.





- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, de Héctor Humeres Noguera, N° 12, 2005, 251.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado*, de Aldo Monsálvez Müller, N° 6, 2002, 379.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado*, de Aldo Monsálvez Müller, N° 15, 2007, 357.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras*, de Aldo Monsálvez Müller, N° 3, 2001, 365.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, 30 años de la Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, N° 5, 2002, 359.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 3, 1999, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 3, 2001, 357.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 5, 2000, y N° 6, 2001, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 4, 2001, 476.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 7 (septiembre 2001) de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 5, 2002, 357.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 8 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 7, 2003, 481.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 10 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 8, 2003, 355.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 11 y N° 12 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 10, 2004, 411.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 14-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 12, 2005, 256.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 15-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 13, 2006, 447.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 16-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 14, 2006, 319.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Recuerdos de la Mediación Pontificia*, de Santiago Benadava Cattán, N° 1, 2000, 333.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, de Héctor Humeres Noguera, N° 11, 2005, 341.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral*, de Julio Salas Vivaldi, N° 3, 2001, 369.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad contractual*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 10, 2004, 393.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, de Enrique Alcalde Rodríguez, N° 8, 2003, 345.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho como creación colectiva*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 1, 2000, 321.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Responsabilidad Contractual*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 10, 2004, 365.
- VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *I signori della pace (Los señores de la Paz), una crítica del globalismo giuridico*, de Danilo Zolo, N° 1, 2000, 341.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Introducción al Derecho*, de Agustín Squella Narducci, N° 2, 2000, 437.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Teoría del Gobierno, derecho chileno y comparado*, de José Luis Cea Egaña, N° 3, 2001, 359.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Verdad, valores, poder, piedras de toque de la sociedad pluralista*, de Joseph Ratzinger, N° 14, 2006, 313.

## **E. SEPARATAS**

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aspectos fundamentales de la realidad nacional*, N° 4, noviembre de 2003.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aumento y control de la delincuencia*, N° 6, julio de 2005.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Cultura Cívica de la ciudadanía*, N° 3, mayo de 2003.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Independencia del Poder Judicial*, N° 5, julio de 2004.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, La opinión de los abogados*, N° 7, julio de 2006.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Sobre la Profesión de Abogado*, N° 2, diciembre de 2002.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudio de opinión pública, Tribunales de Justicia: Radiografía a los prejuicios*, N° 1, octubre de 2002.

## **E. SEMBLANZAS Y HOMENAJES**

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Semblanza de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 35.

PECCHI CROCE, Carlos, *¡Adiós a un gran jurista y mejor amigo!*, N° 15, 2007, 39.

## II. Índice alfabético de autores de la Revista *Actualidad Jurídica*

- ACCORSI OPAZO, Enrique, *Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica*, N° 3, 2001, 159.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido*, N° 8, 2003, 69.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado*, N° 14, 2006, 117.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Estado actual de la jurisprudencia en materia de cortes generalizados de suministro eléctrico: una visión crítica*, N° 12, 2005, 197. (CJ).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La Personalidad Jurídica el poder sancionador de la Administración*, N° 1, 2000, 183.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la Sociedad Anónima*, N° 2, 2000, 233.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los grupos empresariales*, N° 6, 2002, 203.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Persona humana, autonomía privada y orden público económico*, N° 4, 2001, 77.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima*, N° 5, 2002, 243.
- ALVARADO MARAMBIO, José Tomás, *Divorcio y concepciones de la naturaleza humana*, N° 9, 2004, 65.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Algunas anotaciones sobre la enseñanza de la Ética Jurídica*, N° 6, 2002, 27.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Comentario de Jurisprudencia Constitucional: un esclarecedor pronunciamiento sobre la intimidación*, Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 2 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 409. (CJ).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los 19 comerciantes, Excepción Preliminar*, 12 de junio de 2002, N° 7, 2003, 467. (CJ).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Democracia morbosa y el banquillo de los acusados: apuntes sobre Ortega y Gasset*, N° 11, 2005, 273.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y Ontología Jurídica*, de Francisco Carpintero, N° 1, 2000, 335. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El derecho al honor y la sed de mentira*, N° 10, 2004, 69.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El desafuero del senador Pinochet a la luz de los principios del debido proceso*, N° 3, 2001, 21.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Estructura funcional del Derecho*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 6, 2002, 373. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Historia del Derecho Natural, un Ensayo*, de Francisco Carpintero Benitez, N° 2, 2000, 441. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Lecciones de Introducción al Derecho*, de Jaime Williams Benavente, N° 2, 2000, 449. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los supuestos derechos animales y medioambientales ante la Constitución de 1980: una contradicción vital*, N° 4, 2001, 189.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, de Miguel Ayuso T., N° 15, 2007, 353. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Salvador Allende: el asedio a la libertad y al Estado de Derecho en sus discursos presidenciales*, N° 9, 2004, 143.

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 15, 2007, 347. (R).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, y FÁBREGA VEGA, Hugo, *Análisis crítico del proyecto de ley sobre eutanasia y sus antecedentes legislativos*, N° 15, 2006, 261.
- ÁLVEZ MARÍN, Amaya, *Una experiencia práctica en la enseñanza de la Ética*, N° 6, 2002, 63.
- AMENÁBAR ATRIA, Felipe, *Los derechos del paciente frente a la responsabilidad*, N° 7, 2003, 105.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Esquema del Derecho de Familia Indiano*, de Antonio Dougnac Rodríguez, N° 9, 2004, 435. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Evolución (o involución) de la Constitución Política de la república a 20 años de su promulgación, notas sobre las reformas a la Carta del 80*, N° 4, 2001, 173.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *El Gobierno de las Indias*, de Javier Barrientos Grandón, N° 11, 2005, (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación, I. Ius Commune- Ius Propium en las Indias Occidentales*, de Javier Barrientos Grandón, N° 4, 2001, 473. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índices de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 11 (2005)*, N° 12, 2005, 259. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La reforma constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto*, N° 13, 2006, 11.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Las relaciones internacionales de Chile durante el periodo pseudoparlamentario (1891-1924)*, N° 11, 2005, 181.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas*, N° 13, 2006, 371.
- ARAB NESSRALLAH, Julio, *Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena*, N° 2, 2000, 33.
- ARAB NESSRALLAH, Julio, *Proposiciones de reforma al juicio ejecutivo*, N° 5, 2002, 91.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Audiencia pública y ejercicio de la potestad reglamentaria*, N° 12, 2005, 113.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *De la adjudicación en los contratos administrativos*, N° 15, 2007, 171.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La estabilidad de los contratos administrativos*, N° 6, 2002, 191.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Licitación pública: concepto, principios y tramitación*, N° 13, 2006, 291.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, N° 14, 2006, 149.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Informe en Derecho*, N° 4, 2001, 379.
- ASTROZA SUÁREZ, Paulina, *Doctrina Bush: ¿tercera excepción a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza?*, N° 8, 2003, 31.
- AUBERT, Gabriel, *La jurisdicción del trabajo: la experiencia de Ginebra*, N° 14, 2006, 67.
- BARCELÓ, Joaquín, *La subversión de valores y la historia*, N° 10, 2004, 79.
- BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho*, N° 7, 2003, 293.
- BATES HIDALGO, Luis, *Corrupción: concepto y aspectos penales*, N° 6, 2002, 35.
- BATES HIDALGO, Luis, *La justicia y la formación de abogados*, N° 8, 2003, 327.

- BATES HIDALGO, Luis, *Reflexiones sobre la justicia*, N° 14, 2006, 43.
- BLANCHE REYES, Cristián, *Dos temas tributarios: la crisis del sistema procesal tributario y la derogación del artículo 57 bis*, N° 13, 2006, 267.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 131.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional*, N° 12, 2005, 29.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Forma de gobierno en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 223.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional*, N° 13, 2006, 97.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia*, N° 10, 2004, 117.
- BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Chile y Argentina. A cien años del primer arbitraje británico*, N° 3, 2001, 275.
- BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Perspectivas de diálogo chileno-boliviano en las proximidades del Bicentenario*, N° 15, 2007, 203.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Aplicación extraterritorial de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos*, N° 12, 2005, 161.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Aspectos jurídicos y políticos de la relación entre desarrollo sustentable y actividad minera*, N° 4, 2001, 277.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis*, N° 8, 2003, 15.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Europa e Iberoamérica, de Eduardo Cuenca*, N° 12, 2005, 247. (R).
- CAMPUSANO, Raúl F., *Hacia el libre comercio con Estados Unidos: el caso de las exportaciones de cobre*, N° 3, 2001, 207.
- CAMPUSANO, Raúl F., *La enseñanza del derecho informático en Chile. Apuntes para una propuesta*, N° 5, 2002, 305.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile*, N° 2, 2000, 55.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada*, N° 7, 2003, 339.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005*, N° 13, 2006, 25.
- CAMPUSANO, Raúl F., y CARVAJAL, Francisco, *El tratado de Libre Comercio Chile-Corea*, N° 10, 2005, 155.
- CAMPUSANO, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabčíkovo-Nagyymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay*, N° 14, 2006, 179.
- CAMPUSANO, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *Innovación científica y tecnológica: rol del derecho, del Estado y del sector privado*, N° 15, 2007, 219.
- CAMPUSANO, Raúl F., y SILVA BESA, Eduardo, *El ascenso económico de China y sus actuales desafíos*, N° 9, 2004, 355.
- CAMPUSANO, Raúl F., y SILVA BESA, Eduardo, *El ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio*, N° 10, 2004, 267.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La enseñanza del derecho: ¿clase magistral o método activo?*, N° 2, 2000, 127.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 2, 2000, 387. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 3, 2001, 347. (VA).

- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 455. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer (SIC)<sup>3</sup> Semestre 2001*, N° 5, 2002, 337. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 359. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 459. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 339. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 397. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 359. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 331. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 241. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 435. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2006*,<sup>4</sup> N° 14, 2006, 307. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 341. (VA).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria (Incidencias de las modificaciones recientes a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución)*, N° 8, 2003, 95.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La imprevisión*, N° 15, 2007, 141.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias, de José Ramón de Verda y Beamonde*, N° 13, 2006, 441. (R).
- CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos, *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos*, N° 5, 2002, 255.
- CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos Patricio, *Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública*, N° 7, 2003, 437.
- CARREÑO NIGRO, Héctor, *La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile*, N° 3, 2001, 243.
- CARREÑO NIGRO, Héctor, *Responsabilidad de los Administradores en una Sociedad Colectiva*, N° 2, 2000, 253.
- CARROZA ESPINOZA, Mario, *En búsqueda del consenso*, N° 15, 2007, 19.
- CARTES MONTORY, Armando, *Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes*, N° 7, 2003, 425.
- CASTRO GONZÁLEZ, Fernando, *Adecuación de la legislación marcaría chilena a tratados internacionales*, N° 2, 2000, 81.
- CATTAN ATALA, Ángela, *Algunas notas sobre una nueva metodología para la enseñanza del Derecho Romano*, N° 5, 2002, 317.
- CATTAN ATALA, Ángela, *El protector de naturales y el derecho a la defensa*, N° 3, 2001, 309.

<sup>3</sup> Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.

<sup>4</sup> Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

- CATTAN ATALA, Ángela, y MERINO ÁLVAREZ, Christian, *La Avería: pervivencia del Derecho Romano en el sistema del transporte marítimo indiano*, N° 2, 2000, 151.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Consideraciones generales de la justicia militar en Chile*, N° 3, 2001, 225.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Estado Constitucional de Derecho y transformación del ordenamiento jurídico*, N° 10, 2004, 43.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Fortalecimiento constitucional de nuestra independencia judicial*, N° 11, 2005, 25.
- CEA EGAÑA, José Luis, *La Constitución de 1980: experiencia y horizonte 20 años después*, N° 4, 2001, 241.
- CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *Algunos temas de la nueva Ley de Matrimonio Civil*, N° 15, 2007, 125.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 9, 2004, 273.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Principio de legalidad tributaria y gravámenes al comercio exterior chileno*, N° 10, 2004, 209.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Tributos a la importación*, N° 6, 2002, 217.
- CLARO VALDÉS, Ricardo, *Rol del empresario en las encíclicas sociales*, N° 4, 2001, 257.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *El derecho como creación colectiva, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 2, 2000, 455. (R).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *La filiación matrimonial*, N° 7, 2003, 241.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez*, N° 8, 2003, 351. (R).
- CORTÁZAR SANZ, René, *Rol del Estado como garante de los derechos fundamentales del hombre en el trabajo*, N° 4, 2001, 271.
- CORTE SUPREMA, *Fisco de Chile con Sociedad Fabril y Maderera de la Patagonia*, 29 de junio de 2000, N° 2, 2000, 415. (CJ)
- CORTE SUPREMA, *Rivas con Castillo*, 24 de mayo de 2000, N° 2, 2000, 419. (CJ)
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Algunos aspectos procesales de la reforma introducida por la Ley 19.866, que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos*, N° 8, 2003, 195.
- CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, N° 3, 2001, 337. (VA).
- CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 393. (VA).
- CRUZ FABRES, Rafael, *Derecho y libre competencia en los mercados ampliados*, N° 1, 2000, 89.
- CRUZ FABRES, Rafael, *La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos frente a la Constitución y la soberanía, la discusión doctrinaria y el fallo del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito el año 1998*, N° 6, 2002, 75.
- CRUZ FABRES, Rafael, *La Solución de Controversias Comerciales en un Mundo Globalizado, de Gabriela Paiva Hantke y Carlos Cortés Simón*, N° 10, 2004, 403. (R).
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Bases de la Institucionalidad chilena*, N° 4, 2001, 211.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional*, N° 6, 2002, 137.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Ley 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional*, N° 13, 2006, 43.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Controversias Jurídicas, La inmunidad de jurisdicción ante el Derecho Internacional, Puntos de Vista: N° 1*, 2000, 7.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho*, N° 3, 2001, 233.

- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Perfil jurídico del nuevo Ministerio Público*, N° 2, 2000, 165.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Solución jurisprudencial para conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos*, N° 1, 2000, 117.
- CUEVAS MANRÍQUEZ, Gustavo, *Responsabilidad civil de los establecimientos de salud*, N° 3, 2001, 169.
- DÁVILA CAMPUSANO, Óscar, *Recopilaciones de leyes castrenses en el derecho patrio chileno del siglo XIX y principios del siglo XX*, N° 14, 2006, 255.
- DÁVILA DÍAZ, Roberto, *Bases del ejercicio de la Jurisdicción*, N° 1, 2000, 99.
- DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, sede Santiago, *El Código Civil y sus principales cambios*, N° 12, 2005, 65.
- DÍAZ MUÑOZ, Ana María, *Nueva institucionalidad sindical (Modificaciones introducidas por la ley N° 19.759)*, N° 5, 2002, 211.
- DÍAZ NIEVA, José, *Breve aproximación a los sistemas electorales*, N° 4, 2001, 317.
- DÍAZ NIEVA, José, y ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980*, N° 4, 2001, 57.
- DÍAZ URIBE, Hugo Antonio, *Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados*, N° 14, 2006, 55.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil*, N° 2, 2000, 327.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, N° 15, 2007, 83.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Las reformas al derecho sucesoral de la Ley N° 19.585*, N° 1, 2000, 233.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?*, N° 2, 2000, 347.
- DONOSO R., Sebastián, *Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas*, N° 14, 2006, 233.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano*, N° 3, 2001, 95.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Mitos de la jurisprudencia tributaria*, N° 2, 2000, 189.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones*, N° 8, 2003, 241.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Artículos y autores publicados en la revista Actualidad Jurídica, enero de 2000 a julio de 2004*, N° 10, 2004, 415.
- FÁBREGA VEGA, HUGO, *Corte Suprema, Comentario de jurisprudencia acerca del efecto declarativo de una sentencia en materia laboral*, 28 de septiembre de 2006, N° 15, 2007, 325. (CJ).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, de Héctor Humeres Noguez, N° 12, 2005, 251. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado*, de Aldo Monsálvez Müller, N° 6, 2002, 479. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado*, de Aldo Monsálvez Müller, N° 15, 2007, 357. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *El principio de la responsabilidad ante el derecho: una breve perspectiva filosófica en la enseñanza de la ética profesional del abogado*, N° 7, 2003, 211.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras*, de Aldo Monsálvez Müller, N° 3, 2001, 365. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Vida estudiantil en la Facultad*, N° 1, 2000, 317. (VA)
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho*, N° 7, 2003, 77. (VA).



- FÁBREGA VEGA, Hugo, y OSSANDÓN BRAVO, Pelayo, *Vida estudiantil en la Facultad*, N° 2, 2000, 383. (VA).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aspectos fundamentales de la realidad nacional*, N° 4, noviembre de 2003. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aumento y control de la delincuencia*, N° 6, julio de 2005. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Cultura Cívica de la ciudadanía*, N° 3, mayo de 2003. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Independencia del Poder Judicial*, N° 5, julio de 2004. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, La opinión de los abogados*, N° 7, julio de 2006. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Sobre la Profesión de Abogado*, N° 2, diciembre de 2002. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudio de opinión pública, Tribunales de Justicia: Radiografía a los prejuicios*, N° 1, octubre de 2002. (S).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *30 años de la Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso*, N° 5, 2002, 359. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 3, 1999, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 3, 2001, 357. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 5, 2000 y N° 6, 2001, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 4, 2001, 476. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 7 (septiembre 2001) de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 5, 2002, 357. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 8 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 7, 2003, 481. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 10 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 8, 2003, 355. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 11 y N° 12 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 10, 2004, 411. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 14-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 12, 2005, 256. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 15-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 13, 2006, 447. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 16-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 14, 2006, 319. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Semblanza de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 35.
- FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, *Los organismos de la defensa de la competencia*, N° 5, 2002, 187.
- FELIU SEGOVIA, Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios*, N° 1, 2000, 71.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 7, 2003, 359.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Sergio, *Empresas individuales de responsabilidad limitada, Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003*, N° 8, 2003, 113.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio, *El Estado de Derecho y la Justicia Tributaria*, N° 5, 2002, 123.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Las cesiones gratuitas de terrenos en la normativa urbanística chilena*, N° 4, 2001, 393.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *¿Para qué sirve el matrimonio?*, N° 9, 2004, 31.

- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 351. (VA).
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 325. (VA).
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 231. (VA).
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 419. (VA).
- FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2006*, N° 14, 2006, 301. (VA).
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Derecho Internacional y Derecho Interno*, N° 2, 2000, 23.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional*, N° 6, 2002, 155.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El límite marítimo entre Chile y Perú*, N° 10, 2004, 199.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *La guerra angloamericana contra Irak y el derecho internacional*, N° 8, 2003, 49.
- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Recuerdos de la Mediación Pontificia, de Santiago Benadava Cattán*, N° 1, 2000, 333. (R).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El derecho internacional del trabajo y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica*, N° 13, 2006, 315.
- GARCÍA ASPILLAGA, Pedro, *Sobre la judicialización de la medicina*, N° 9, 2004, 389. (VA).
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Análisis de la Ley N° 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento de mérito ejecutivo a la copia de una factura*, N° 13, 2006, 275.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Comentario de jurisprudencia relacionado a la prescripción de la acción del Fisco (Servicio de Impuestos Internos) para el caso de aplicación de sanciones pecuniarias por presunto delito tributario*, Corte Suprema, 9 de mayo de 2006, N° 15, 2007, 297. (CJ).
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Compañía Pesquera San Pedro con Servicio de Impuestos Internos*, 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 299. (CJ).
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *¿Es aplicable el impuesto al lujo?*, N° 9, 2004, 349.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Estudio jurisprudencial del Tribunal Tributario*, N° 5, 2002, 143.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La infracción tributaria*, N° 2, 2000, 211.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La titularidad de la acción penal tributaria*, N° 9, 2004.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Proyecto de ley de tribunales tributarios*, N° 14, 2006, 285.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?*, N° 11, 2005, 175.
- GAZMURI, Cristián, *Notas sobre las causas de la crisis de la democracia chilena en 1970-1973*, N° 6, 2002, 340.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado*, N° 7, 2003, 129.
- GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *La responsabilidad del empleador por despido antisindical de trabajadores sin fuero*, N° 7, 2003, 147.
- GONZÁLEZ ZUÑIGA, Juan, *Reforma laboral; Ley N° 19.759, libro de don Héctor Humeres Nogueira, discurso de presentación*, N° 5, 2002, 333.
- GREBE BARROS, Gonzalo, *Responsabilidad Médica*, N° 3, 2001, 149.
- GRIMALDI, Michel, *La reforma del derecho francés del divorcio*, N° 14, 2006, 201.

- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones*, N° 3, 2001, 123.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 337. (VA).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho laboral y de la seguridad social en Chile*, N° 2, 2000, 103.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Concepto de obligaciones laborales y previsionales según la jurisprudencia: límites a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, "De Miguel Alarcón con Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada y Codelco Chile, División Radomiro Tomic"*, 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 307. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Espinoza Cortés y otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda.*, 13 de agosto de 2001, N° 6, 2002, 319. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Retamal Parra con N.P.H. inversiones*, 22 de enero de 2001, N° 4, 2001, 405. (CJ).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguier*, N° 11, 2005, 341. (R).
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Presentación (del tema la Reforma Procesal Laboral)*, N° 14, 2006, 65.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Principales alcances de la nueva ley laboral, Ley N° 19.759 (D.O. 05.10.2001)*, N° 5, 2002, 203.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Tutela laboral y transformaciones en el mercado del trabajo*, N° 1, 2000, 177.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, y HUMERES NOGUER, Héctor, *Corte Suprema Adrian con Comdítex Ltda., Servitex Ltda. y Bordatex Ltda.*, 13 de agosto de 2003, N° 9, 2004, 403. (CJ).
- HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel, y ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, *La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España*, N° 10, 2004, 229.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Participación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en la XLI Conferencia de la FIA (Federación Interamericana de Abogados). Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI*, N° 13, 2006, 425. (VA).
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *¿Caben la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguro?*, N° 14, 2006, 219.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Proyecto de ley chileno que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN*, N° 11, 2005, 139.
- HUMERES NOGUER, HÉCTOR, *La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo (Referencia a las Leyes N° 20.022, 20.023 y 20.087)*, N° 14, 2006, 73.
- HUMERES NOGUER, Héctor, *La seguridad social en la Constitución Política chilena*, N° 4, 2001, 107.
- JUPPET EWING, Fernanda, *La función social del mercado de valores*, N° 13, 2006, 393.
- KOKISCH MOURGUES, Domingo, *El proceso monitorio*, N° 5, 2002, 79.
- MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo, *El sistema jurídico chileno de organización de los usuarios de aguas*, N° 3, 2001, 285.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *La cesión del contrato en el derecho colombiano*, N° 13, 2006, 209.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual*, N° 11, 2005, 213.
- MATURANA TOLEDO, Carlos, *Comentarios acerca del origen y competencia de los Tribunales Electorales Regionales*, N° 4, 2001, 149.
- MEDINA JARA, Rodrigo, *Dos aspectos del delito de negociación incompatible*, N° 10, 2004, 223.

- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones)*, N° 8, 2003, 273.
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., y ODDÓ BEAS, Blanca, *Del transcurso de un plazo y el nacimiento de un acto administrativo presunto de aprobación*, N° 14, 2006, 161.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo, *Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, N° 10, 2004, 151.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena*, N° 9, 2004, 111.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *El justo y debido proceso en el derecho internacional*, N° 3, 2001, 87.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales*, N° 6, 2002, 147.
- MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Algunos aspectos de los recursos administrativos en la Ley N° 19.880, que establece bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado*, N° 9, 2004, 187.
- MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas*, N° 11, 2005, 231.
- MORALES GODOY, Misael, *La responsabilidad ante el Código Tributario*, N° 7, 2003, 173.
- MORENO VALENCIA, Fernando, *Subversión de los valores*, N° 10, 2004, 27.
- MORGADO M., Claudia, *La responsabilidad del pater por los delitos cometidos por sus dependientes*, N° 7, 2003, 83.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual*, N° 6, 2002, 163.
- MUÑOZ, JUAN ÁNGEL, *Modernización y cambio en el Poder Judicial*, N° 15, 2007, 21.
- MUÑOZ ECHEVERRÍA, Cecilia, *Tribunal Constitucional y restricción vehicular*, N° 4, 2001, 423. (CJ).
- NOVOA ALDUNATE, Eduardo, *Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del ius puniendi estatal y la expansión del derecho penal*, N° 15, 2007, 191.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Apelación laboral*, N° 14, 2006, 91.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia*, N° 13, 2006, 233.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *El proceso penal oral y el debido proceso*, N° 3, 2001, 69.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre Reforma Procesal Penal*, N° 2, 2000, 131.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil)*, N° 8, 2003, 165.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *La involución del procedimiento de calificación de quiebra*, N° 9, 2004, 225.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ley de responsabilidad penal juvenil*, N° 15, 2007, 181.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral, de Julio Salas Vivaldi*, N° 3, 2001, 369. (R).
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Máximas de experiencia*, N° 10, 2004, 167.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Mejorar la justicia?*, N° 12, 2005, 25.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Popurrí procesal*, N° 5, 2002, 99.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Privaciones y restricciones de libertad*, N° 11, 2005, 245.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Son necesarias las reformas procesales?*, N° 6, 2002, 295.
- OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Tras la paletada, nadie dijo nada... (art. 5° inc. 1° COT)*, N° 7, 2003, 317.

- ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil*, N° 5, 2002, 47.
- OTERO, Jorge Miguel, y POHL I, Emilio, *Comentario sobre el impuesto al lujo*, N° 9, 2004, 425. (CJ).
- OTERO LATHROP, Miguel, *Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia*, N° 14, 2006, 25.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas*, N° 9, 2004, 371.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Comportamiento Contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?*, N° 10, 2004, 287.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Daños por violencia intrafamiliar*, N° 14, 2006, 215.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Función judicial y Estado de Derecho*, N° 11, 2005, 47.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una aparente antinomia*, N° 11, 2005, 267.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuricidad*, N° 8, 2003, 309.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad contractual*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 10, 2004, 393. (R).
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho*, N° 7, 2003, 325.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Tendencias actuales en el Derecho de Contratos, 150 años del Código de Bello*, N° 12, 2005, 99.
- PACHECO QUEZADA, Jaime, *Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable*, Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de enero de 2006, N° 15, 2007, 313. (CJ).
- PAIVA HANTKE, Gabriela, *Propiedad intelectual, marcas y conflictos sobre nombres de dominio en Internet*, N° 2, 2000, 265.
- PALACIOS MENA, Patricio, *Alcances sobre la responsabilidad objetiva*, N° 7, 2003, 385.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios, un intento de precisar su fundamento y extensión*, N° 13, 2006, 245.
- PARADA GUZMÁN, César, *La imputabilidad: la objetivación de la responsabilidad, nuevos factores de atribución y ampliación del campo de legitimación activa y pasiva*, N° 2, 2000, 299.
- PECCHI CROCE, Carlos, *¡Adiós a un gran jurista y mejor amigo!*, N° 15, 2007, 39.
- PECCHI CROCE, Carlos, *El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal*, N° 11, 2005, 119.
- PECCHI CROCE, Carlos, y MATURANA MIQUEL, Cristian, *Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil*, N° 5, 2002, 25.
- PECCHI CROCE, Carlos, y ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal*, N° 7, 2003, 47.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *¿Qué divorcio?*, N° 9, 2004, 25.
- PÉREZ DE ARCE IBIETA, Hermógenes, *Garantes de la institucionalidad*, N° 4, 2001, 233.
- PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves, contra ellas o con ellas: estado de la cuestión*, N° 4, 2001, 351.
- PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *España y el Segundo Conflicto del Golfo*, N° 8, 2003, 57.
- PEFFER URQUIAGA, Emilio, *A propósito de una sentencia sobre uso de información privilegiada*, Corte Suprema, 27 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 255. (CJ).

- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre sobreseimiento del senador A. Pinochet*, N° 4, 2001, 429. (CJ).
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Regulación versus autorregulación. Un dilema crítico a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink*, N° 8, 2003, 249.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónimas*, N° 12, 2005, 145.
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La Reforma Procesal Penal: historia, estado actual y temas pendientes*, N° 2, 2000, 401.
- PIZARRO WILSON, Carlos, *El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: "El derecho de retracto"*, N° 11, 2005, 255.
- POBLETE ITURRATE, Orlando, *Consideraciones en torno a la vigencia del Código Procesal Penal*, N° 7, 2003, 61.
- RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Ltda. y Banco Internacional*, 11 de junio de 2003, N° 10, 2004, 305. (CJ).
- RABAT CELIS, Fernando José, *Procedencia del abandono del procedimiento en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión?*, N° 5, 2002, 109.
- RABAT CELIS, Fernando José, *Procedimiento aplicable a los juicios que versen sobre el cuidado personal de los hijos*, N° 6, 2002, 305.
- REYES RIVEROS, Jorge, *Comentarios respecto de la norma consagrada en el art. 8° bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, N° 3, 2001, 319.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El ejercicio de la servidumbre de tránsito: acción y excepción procedentes, Casación en el fondo*, 29 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 401. (CJ).
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La acción de precario respecto a un predio reservado de la mujer casada, Casación en el fondo*, 16 de marzo de 2000, N° 9, 2004, 413. (CJ).
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 10, 2004, 295.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Gabriel, *Ley 19.983 regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura*, N° 12, 2005, 123.
- RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso año académico 2000 (Sede Concepción)*, N° 2, 2000, 395. (VA).
- RIVERA VILLALOBOS, Hugo, *Corte Suprema, Contradicción en sentencias sobre legítima defensa*, 28 de diciembre de 2000 y 3 de junio de 2002, N° 10, 2004, 317. (CJ).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *A propósito de la excepción del contrato no cumplido*, N° 10, 2004, 299.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Acerca del artículo 1679 del Código Civil*, N° 12, 2005, 189.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Actualidad Jurídica cumple 5 años*, N° 10, 2004.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Corte Suprema, Uso de información privilegiada*, 25 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 239. (CJ).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis de la Justicia?*, N° 12, 2005, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis moral o subversión de los valores?*, N° 10, 2004, 13.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Derecho y Justicia*, N° 5, 2002, 345.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2004, Facultad de Derecho*, N° 10, 2004, 355. (VA).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2005, Facultad de Derecho*, N° 12, 2005, 237. (VA).

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso Inaugural del año académico 2002*, N° 6, 2002, 334. (VA).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El "debido proceso" a la luz de la ley chilena*, N° 3, 2001, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tema central*, N° 2, 2000, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley*, N° 1, 2000, 47.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estructura funcional del Derecho (prólogo del autor)*, N° 6, 2002, 367.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estudios Pendientes (Presentación)*, N° 4, 2001, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Existe el derecho internacional?*, N° 8, 2003, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Hacia el gobierno de los jueces?*, N° 14, 2006, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Hacia un nuevo derecho de familia*, N° 13, 2006, 117.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Innovaciones en materia de Regímenes Patrimoniales*, N° 1, 2000, 193.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La Constitución de 1980, hija de su tiempo*, N° 4, 2001, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999*, N° 7, 2003, 219.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez*, N° 8, 2003, 345. (R).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Matrimonio y divorcio vincular*, N° 9, 2004, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Crisis de la Justicia)*, N° 12, 2005, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema El divorcio vincular)*, N° 9, 2004, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Ética y Responsabilidad Profesional)*, N° 6, 2002, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Independencia del Poder Judicial)*, N° 11, 2005, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema La crisis del derecho internacional)*, N° 8, 2003, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema La reforma procesal penal)*, N° 7, 2003, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Modernización o estancamiento del Poder Judicial)*, N° 14, 2006, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Pugna Generacional)*, N° 15, 2007, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Reformas Constitucionales Ley N° 20.050)*, N° 13, 2006, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pugna Generacional*, N° 15, 2007, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil*, N° 5, 2002, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Renovación de los estudios de Derecho*, N° 2, 2000, 117.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 9, 2004, 121.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Subordinación del Poder Judicial*, N° 11, 2005, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Una reforma necesaria (presentación del tema: reforma Procesal Civil)*, N° 5, 2002, 7.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, FUENTES TORRIJO, Ximena, VALENZUELA V., Luis, *Controversia sobre los alcances del Fallo de los Lores*, N° 1, 2000, 11.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Nuevo régimen de adopción*, N° 1, 2000, 283.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Responsabilidad civil individual del médico*, N° 3, 2001, 181.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Ley, interpretación y exceso judicial*, N° 11, 2005, 39.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento*, N° 9, 2004, 175.

- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Algunas de las claves del nuevo proceso penal*, N° 7, 2003, 13.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Corte Penal Internacional y Soberanía Universal*, N° 2, 2000, 9.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Desigualdad de trato jurídico en la reforma procesal penal*, N° 12, 2005, 47.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El poder de acusar y la preparación del juicio oral*, N° 9, 2004, 207.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdiccionalidad*, N° 1, 2000, 55.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal*, N° 6, 2002, 265.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *¿Igualdad jurídica en Chile?*, N° 4, 2001, 199.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La nulidad formal de la sentencia civil, estudio en homenaje a la memoria de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 41.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal*, N° 6, 2002, 227.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, y ROJAS SEPÚLVEDA, Eduardo, *Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas*, N° 5, 2002, 275.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, y TORRES DUFFAU, Marcelo, *Delito permanente, amnistía y prescripción*, N° 11, 2005, 87.
- ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Derechos y deberes en el acto médico*, N° 6, 2002, 45.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Alcances del legítimo contradictor en las acciones de filiación*, N° 13, 2006, 137.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado*, N° 5, 2002, 163.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca del Estatuto de la Filiación*, N° 1, 2000, 259.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual*, N° 2, 2000, 277.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho como creación colectiva*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 1, 2000, 321. (R).
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Estructura funcional del derecho*, de Pablo Rodríguez Grez, *discurso de presentación*, N° 5, 2002, 329. (R).
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La naturaleza de las obligaciones de los médicos*, N° 9, 2004, 131.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La simulación y la jurisprudencia*, N° 11, 2005, 53.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevas normas reguladoras de los arrendamientos de predios urbanos*, N° 8, 2003, 171.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Persona, Familia y Sociedad*, N° 1, 2000, 133.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Responsabilidad Contractual*, de Pablo Rodríguez Grez, N° 10, 2004, 365. (R).
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello?*, N° 10, 2004, 55.
- SALAS VIVALDI, Julio, *El debido proceso: tres instituciones procesales y una ausente. El ámbito constitucional*, N° 3, 2001, 51.
- SALAS VIVALDI, Julio, *La nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal*, N° 10, 2004, 133.
- SAHLI CRUZ, Juan Carlos, *La empresa individual de responsabilidad limitada*, N° 8, 2003, 123.
- SAMITH VEGA, Gina, *El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana*, N° 9, 2004, 71.



- SÁNCHEZ ANDRADE, ANDRÉS, *La responsabilidad en los contratos de compraventa internacionales celebrados por Internet*, N° 7, 2003, 201.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Comentarios a la Ley N° 19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, N° 8, 2003, 143.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Contrato de outsourcing informático*, N° 10, 2004, 175.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Marcas comerciales y nombres de dominio*, N° 9, 2004, 235.
- SILVA ABBOTT, Max, *Derecho, política y valores en Norberto Bobbio*, N° 12, 2005, 177.
- SILVA ABBOTT, Max, *Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público?*, N° 9, 2004, 83.
- SILVA ABBOTT, Max, *Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación*, N° 10, 2004, 83.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *"Acto u omisión ilegal" en el artículo 20, inciso 2°, de la Constitución: ¿una reforma inútil?*, N° 15, 2007, 161.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial*, N° 3, 2001, 303.
- SOTO LARREÁTEGUI, Josefina, *La responsabilidad del Estado-Municipalidad*, N° 7, 2003, 183.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *¿Hay una ética de los abogados?*, N° 6, 2002, 13.
- TAGLE MARTÍNEZ, Hugo, *La verdadera tercera vía*: N° 1, 2000, 161.
- TAPIA ELORZA, Eduardo, *Las cláusulas abusivas en el derecho del consumo y el crédito al consumo*, N° 4, 2001, 299.
- TAPIA WITTING, Enrique, *Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación*, N° 5, 2002, 53.
- THAYER ARTEAGA, William, *Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena*, N° 4, 2001, 261.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de los delitos e infracciones a la legislación tributaria*, N° 8, 2003, 227.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Reforma a la justicia tributaria*, N° 5, 2002, 129.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Corte Suprema, Sentencia que constituye una sanción a la creación de hechos gravados por la vía administrativa*, 29 de junio de 2000, N° 9, 2004, 417. (CJ).
- UGARTE GODOY, José Joaquín, *El matrimonio es por su naturaleza indisoluble*, N° 9, 2004, 37.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil*, N° 9, 2004, 197.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El negocio jurídico como acto de lenguaje*, N° 7, 2003, 263.
- VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *Carl Schmitt. La agonía del Ius Publicum Europaeum*, N° 13, 2006, 343.
- VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *I signori della pace (Los señores de la Paz), una crítica del globalismo giuridico, de Danilo Zolo*, N° 1, 2000, 341. (R).
- VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales*, N° 9, 2004, 321.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Algunas reflexiones sobre la compensación económica*, N° 13, 2006, 171.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento*, N° 15, 2007, 93.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el Derecho Civil chileno*, N° 13, 2006, 189.

- VERGARA BEZANILLA, José Pablo, *La mercantilización del daño moral*, N° 2, 2000, 177.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 441. (VA).
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2001*, N° 5, 2002, 325. (VA).
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 333. (VA).
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 455. (VA)
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 333. (VA)
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Despido abusivo y daño moral*, N° 8, 2003, 293.
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez*, N° 5, 2002, 349.
- VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconvencción*, N° 6, 2002, 327.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, N° 2, 2000, 371. (VA)
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El juez y el juicio en Tomás de Aquino*, N° 3, 2001, 135.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Introducción al Derecho, de Agustín Squella Narducci*, N° 2, 2000, 437. (R).
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del Jurista*, N° 1, 2000, 307. (VA).
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La dignidad de la persona humana en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 31.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La mujer ante el derecho internacional público*, N° 11, 2005, 281.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Libre empresa, derecho, humanismo*, N° 1, 2000, 95.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Teoría del Gobierno, derecho chileno y comparado, de José Luis Cea Egaña*, N° 3, 2001, 359. (R).
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Verdad, valores, poder, piedras de toque de la sociedad pluralista, de Joseph Ratzinger*, N° 14, 2006, 313. (R).





ACTUALIDAD  
**JURIDICA**

**Formulario de Suscripción**

---

Nombre \_\_\_\_\_

---

Dirección \_\_\_\_\_

---

Dirección de despacho \_\_\_\_\_

---

Comuna \_\_\_\_\_

---

Ciudad \_\_\_\_\_ País \_\_\_\_\_

---

Teléfono \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_

---

Profesión/Carrera \_\_\_\_\_

---

Universidad/Instituto \_\_\_\_\_

---

Empresa/Institución \_\_\_\_\_

---

Giro \_\_\_\_\_

---

R.U.T. \_\_\_\_\_ E-mail \_\_\_\_\_

**Tipo de Suscripción**

Nueva     Renovación     1 Año     2 Años

Emitir cheque cruzado a nombre de

**"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."**

por la suma de \$ \_\_\_\_\_ por suscripción (es)

**Tipo de Documento**

Boleta     Factura

<b>SUSCRIPCION*</b>	<b>1 AÑO (2 Revistas)</b>	<b>2 AÑOS (4 Revistas)</b>
<b>Nacional</b>	\$ 22.000	\$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:

**EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Avda. La Plaza 700  
Santiago / Chile.  
Fono 56-2-299 92 71  
Fax: 56-2-299 92 71  
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456  
Concepción / Chile.  
Fono 56-41-268690  
Fax: 56-41-268669  
E-mail: cferrando@udd.cl

**ACTUALIDAD JURIDICA** 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.



R004202

 Universidad del  
**Desarrollo**

SANTIAGO - CONCEPCION