

ACTUALIDAD JURIDICA



Año IX

N° 17

Enero 2008

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Debilidades estructurales
del Poder Judicial

•
Sobre la Interpretación
Judicial de la Ley

•
Acerca de la
Discriminación Positiva

Universidad del
Desarrollo

SANTIAGO - CONCEPCION

ACTUALIDAD JURIDICA



La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año IX, N° 17 - Enero 2008

305144

305244 C.1

Consejo Editorial

Gonzalo Rioseco M. *Presidente*

Cecily Halpern M.

Hugo Rosende A.

Mario Rojas S.

Bruno Caprile B.

Director

Pablo Rodríguez G.

Editor

Hugo Fábrega V.

Representante Legal

Ernesto Silva B.

ISSN N° 0717-5914 - Santiago de Chile

Ediciones Universidad del Desarrollo

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

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

Impresión: OGRAMA

Índice de Contenidos

- **Presentación** 5

Tema Central: *Debilidades estructurales del Poder Judicial*

- **Dependencia estructural.** P. Rodríguez G. 9
- **Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo.** R. Núñez O. 29
- **El procedimiento monitorio civil.** H. Oberg Y. 49
- **Importancia de las técnicas de negociación en el nuevo proceso penal.** B. Fiegelist V. 59
- **Reformas judiciales. Algunas claves para su entendimiento.** R. García O. 75
- **La interpretación judicial de la ley.** H. Rosende A. 89

Seminario: *Sentencias de Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad y sus Efectos*

- **Presentación.** J. M. Díaz de Valdés J. 163
- **Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos.** J. L. Cea E. 165
- **Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley.** A. Fermandois V. ... 175

Ensayos y Estudios

- **Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (*affirmative action*).** J. M. Díaz de Valdés J. 195
- **La cláusula de “declaraciones y garantías” en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos.** E. Alcalde R. 243
- **Tratamiento tributario de la compensación económica.** J. García E. - V. Velásquez G. 257
- **La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente como ley penal más favorable a contar de su plena vigencia.** J. Pacheco Q. 273
- **La responsabilidad del Estado en la Ley 19.966 sobre régimen de garantías en salud. Historia de su establecimiento.** N. Enteihe R. 293
- **Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2. Segunda Parte.** F. Pfeffer U. 315
- **El contrato de opción.** J. M. Sarroca P. 351
- **Ley de sociedades y cooperativas de garantía recíproca.** M. F. Juppet E. ... 371
- **Las denominaciones de origen en México.** I. Orozco A. 385
- **La prenda sin desplazamiento de la Ley 20.190.** J. M. Lecaros S. 403
- **Justicia distributiva: una aproximación a Rawls y otras doctrinas económico-filosóficas.** A. Rodríguez C. 433
- **Energía nuclear en Chile: elementos para el debate.** R. F. Campusano D. - D. Gutiérrez 453

Análisis Jurisprudencial

- **Prescripción de sanciones administrativas: un pronunciamiento relevante.** I. Aróstica M. 467
- **El efecto declarativo de la partición y los patrimonios de la sociedad conyugal.** E. Rioseco E. 477
- **Correcta interpretación de los artículos 152, 430, 432, 469 y 687 del Código de Procedimiento Civil.** F. Rabat C. 489
- **Facultades de la Dirección General de Aguas en la aprobación de obras en cauces naturales: comentario a sentencias de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago.** C. Boettiger P. 497
- **La cosa juzgada en materia procesal laboral.** H. Fábrega V. 517

Actividades de las Facultades

- **Facultad de Derecho, sede Santiago.** T. Siles D. 529
- **Facultad de Derecho, sede Concepción.** C. Hurtado E. 537

Publicaciones de la Facultad de Derecho

- **Presentación.** H. Fábrega V. 543
- **Libro "Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Láneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre"** 544
 - **Discurso de presentación.** P. Rodríguez G. 545
- **Libro Seminario Internacional: "Reformas en el Derecho Civil Francés y perspectivas para el Derecho Chileno"** 549
- **Libro "Nuevo Derecho de Familia. Diversas Tendencias", de Hugo Rosende Alvarez.** 550
 - **Comentario.** H. Corral T. 551
- **Libro "Jorge Iván Hübner Gallo. Estudios en su Homenaje".** 560
 - **Discurso de presentación.** P. Rodríguez G. 562
 - **Comentario.** A. M. Hübner G. 565
- **8ª Separata Serie Estudios de Opinión Pública: Delincuencia, Tribunales y Corrupción (Septiembre de 2007)** 583
- **1ª Separata Serie Mundo Laboral: La Realidad del Trabajo Hoy (Diciembre de 2007)** 584

Libros, Resúmenes y Recensiones

- **Derecho procesal penal chileno, de María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle.** R. Núñez O. 587
- **Derecho Internacional Privado, de A. Monsálvez M.** J. M. Sarroca P. 601
- **Índice *Ius Publicum* N° 19/2007** 607

Índices Revista *Actualidad Jurídica*

- **Índices Revista *Actualidad Jurídica* N°s 1 al 16.** E. Andrades R. 611

Presentación

El número 17 de *Actualidad Jurídica* tiene como tema principal el estudio de las debilidades estructurales del Poder Judicial en nuestro país. Se trata, por lo tanto, de un tema que presenta aristas históricas, legales y constitucionales de muy larga evolución. La cuestión que nos convoca, en lo fundamental, consiste en constatar si el Poder Judicial en Chile ha estado permanentemente subordinado a los demás Poderes del Estado o, bien, si existen hoy día condiciones mínimas para que éste pueda ser considerado autónomo. Interesa, por lo mismo, promover una voluntad política capaz de dotar a Chile de una magistratura independiente, que permita el ejercicio de las tareas jurisdiccionales sin ataduras ni compromisos de ninguna especie, evitando que persista la intención –claramente manifestada en nuestra historia institucional– de mantener una cierta tuición política sobre los Tribunales de Justicia.

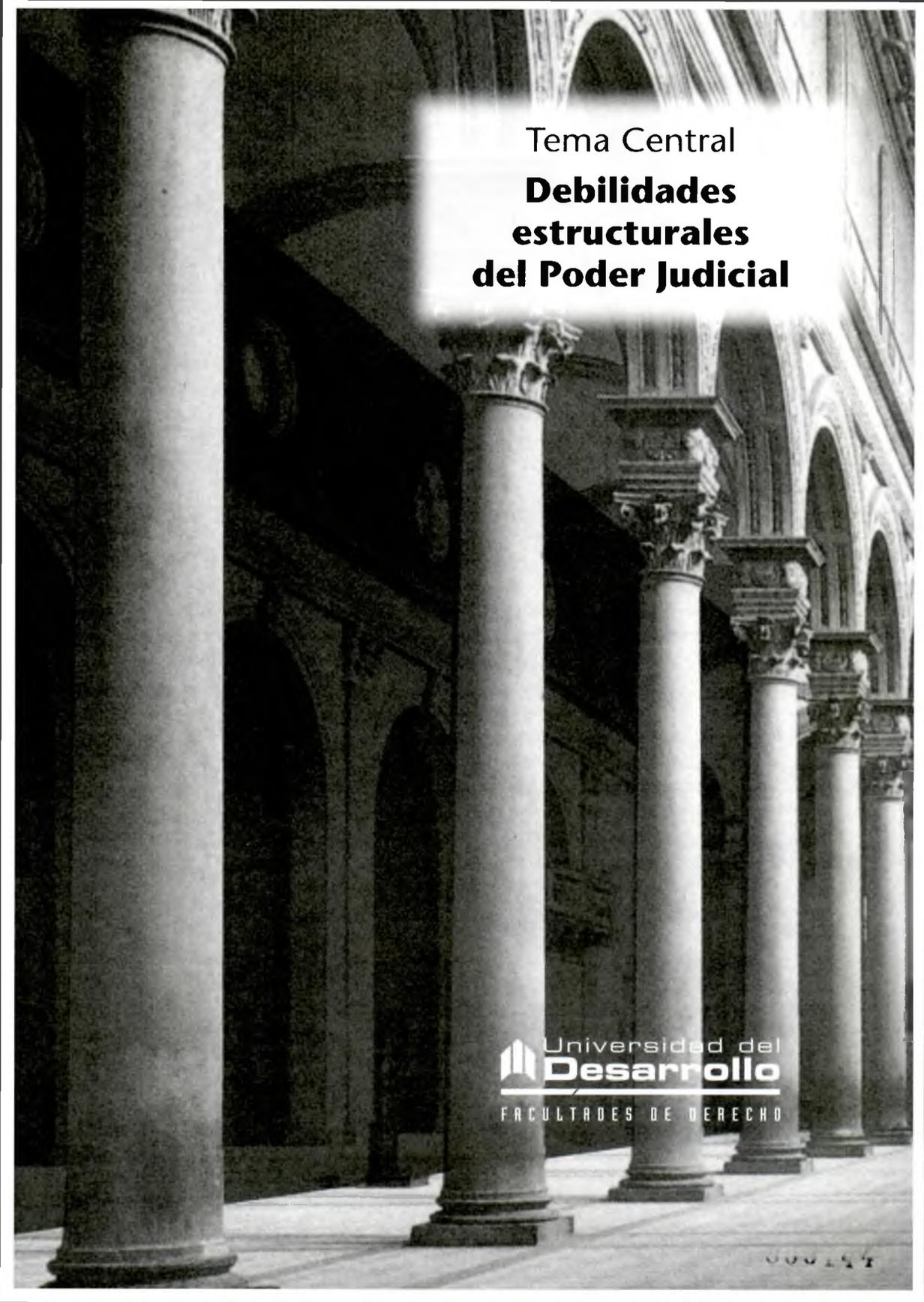
Como es obvio, se advierte una marcada diferencia entre un servicio público dependiente de la Administración y un poder del Estado propiamente tal. Nuestra judicatura ha sido tradicionalmente considerada un servicio público más y no un poder del Estado, a pesar del reconocimiento que todas las Constituciones le han brindado. Pero en la realidad se ha ido tejiendo una red de condicionamientos que hacen ilusoria una concepción autonómica de su estructura, lo cual queda de manifiesto en todo orden de cosas. La situación que denunciamos se ha hecho más ostensible y grave, como consecuencia de la nueva institucionalidad generada a partir de la Constitución de 1980, ya que la intervención del Poder Judicial en el juzgamiento de conflictos de carácter político y administrativo demanda la urgente necesidad de reforzar la independencia de los jueces a la hora de asignar responsabilidades y calificar la legalidad de las decisiones de la Administración. No es exagerado sostener que la actual estructura del poder jurisdiccional impide el funcionamiento efectivo de un real Estado de Derecho, al someter a los jueces a un estatuto en que impera la dependencia y la subordinación.

En forma periódica, desde hace varios años, se reclama la necesidad de reconocer una plena independencia a nuestros jueces, tanto en el plano interno como externo. Paradójicamente, la independencia interna se esgrime como recurso

para impedir la independencia externa, a pretexto de que una autonomía total sólo puede estar fundada en el reconocimiento de una estructura jerárquica que inhibe a los tribunales inferiores frente a los tribunales superiores. No puede dejarse de considerar que tras este problema subyace una cuestión de origen y proyección estrictamente políticos. ¿Están Chile y sus instituciones fundamentales preparados y dispuestos a someterse a un Poder Judicial realmente independiente? ¿Los poderes de raíz política electoral aceptarán desprenderse de facultades tan importantes como las de decidir sobre la “carrera judicial”? ¿Podrán los jueces administrar sus recursos y aquellas instituciones que dicen relación directamente con el desempeño de sus tareas? ¿Es necesario transferir a la judicatura una supuesta legitimidad política indispensable en el ejercicio de la función que le corresponde? No cabe duda de que todas estas interrogantes nos colocan en un plano difícil de encarar. De aquí que el tema sea desafiante y que merezca nuestra atención.

Por cierto, esta temática queda abierta. Ella no se agotará sino en la medida que surjan nuevos y originales planteamientos. Las páginas de nuestra Revista, por consiguiente, no son más que una invitación a seguir debatiendo y estudiando este problema, que, sin excedernos, creemos primordial en la modernización y perfeccionamiento del orden institucional imperante.

La revista *Actualidad Jurídica* contiene, además, varios otros estudios referidos a una diversidad de temas. Entre ellos nos parece de especial relevancia un análisis sobre la “interpretación judicial de la ley” apuntando a la disposición interior del juez a la hora de adoptar sus decisiones. Esta cuestión ha interesado a la doctrina jurídica desde hace muchos años y, no obstante el tiempo transcurrido, no se ha arribado a una conclusión definitiva, muy probablemente porque es imposible uniformar la forma de proceder de los jueces bajo un mismo referente. Son varias las investigaciones y los estudios realizados para descubrir pautas empíricas que permitan la formulación de una teoría capaz de explicar esta materia. Otros trabajos que interesa destacar son el relativo al análisis jurídico de la “discriminación positiva”, y sobre las “cláusulas de garantía” en la venta de una empresa. Por último, y sin perjuicio del valioso material reunido en esta publicación, debemos celebrar la trasccripción de un Seminario sobre “Sentencias de inaplicabilidad e inconstitucionalidad y sus efectos”, realizado en nuestra Facultad. Se trata de un tema que, sin duda, suscitará en el futuro controversias y debates, ya que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional deberá llenar vacíos y esclarecer algunas inconsistencias que derivan de las reformas introducidas en la Constitución de 1980 por la Ley N° 20.050, del año 2005.



Tema Central
**Debilidades
estructurales
del Poder Judicial**

 Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

Dependencia estructural

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. ¿Servicio público o poder del Estado?

Durante mucho tiempo se consideró al Poder Judicial un mero servicio público, sin autonomía ni independencia. Fue necesario un gran esfuerzo para hacer conciencia de que la misión de la judicatura no estaba subordinada a los demás poderes del Estado, y costará todavía mucho más conseguir que ésta logre la plena independencia que exige el desempeño de sus funciones.

Hasta hace medio siglo el ejercicio de la jurisdicción no alcanzaba a la Administración, ya que el contencioso administrativo estaba reservado en la Constitución de 1925 a tribunales especiales que nunca fueron instalados, quedando reducidos a sólo una consigna política, más utópica que real (jamás se dictó la ley que previó la Constitución para su existencia y funcionamiento).¹

La carrera judicial estaba absolutamente sometida a las decisiones del Ejecutivo, sin perjuicio de las proposiciones colectivas (ternas o quinas) que hacían los Tribunales Superiores de Justicia para la provisión de los cargos más importantes.

El presupuesto judicial, así como las remuneraciones de los jueces, era de competencia privativa del Gobierno, sin que aquéllos tuvieran injerencia alguna en su determinación. La totalidad de los Ministerios y los servicios públicos más importantes –aun cuando esto parezca un detalle– contaban con vehículos y chofer para sus principales funcionarios y con remuneraciones acordes con su responsabilidad, no así los ministros de la Corte Suprema, ni de las Cortes de Apelaciones, ni los jueces, ni los empleados judiciales. Esto último revela hasta qué grado eran menospreciados quienes integraban la judicatura.

¹ El artículo 87 de la Constitución de 1925 establecía que “Habrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de la autoridad políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”.

El 29 de noviembre de 1969 se declaró en el país la primera huelga judicial. Este movimiento, que se gestó en la Corte de Apelaciones de Talca y fue encabezado por el Ministro Sergio Dunlop Rudolffi, estaba motivado por el abandono que sufrían los jueces en lo relativo a locales, elementos de trabajo, personal subalterno, remuneraciones, etcétera. Cabe recordar que el 19 de agosto del mismo año, el Pleno de aquella Corte adoptó un acuerdo que decía: *"...por unanimidad y en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 10 N° 6 de la Constitución Política del Estado, se dirige al Excmo. Señor Presidente de la República y a la Excmo. Corte Suprema, haciéndole presente el gravísimo problema planteado y que requiere urgente y radical solución"*. Sólo el día 4 de diciembre los funcionarios se reintegraron a sus cargos por intermediación del Colegio de Abogados, sancionándose, posteriormente, el 31 de diciembre del mismo año, una ley que resolvía, al menos parcialmente, las aspiraciones de los funcionarios judiciales (Ley N° 17.272). El día 1 de marzo de 1970, al inaugurarse el Año Judicial, el Presidente de la Corte Suprema, don Ramiro Méndez Braña, manifestaba que *"...los antiguos magistrados tenían un concepto diferente de su función y se sentían inhibidos para apremiar en apoyo de sus demandas económicas, y aunque es fuerza reconocer que los emolumentos que recibe el personal de otros organismos de reciente creación, considerando sus gratificaciones y demás regalías, y que otros proyectos que significan un alto costo para el Erario Nacional, hacen cada vez necesario otorgar a los jueces y funcionarios la posición respetable que les corresponde en la jerarquía ciudadana y darles la situación económica que requiere la misión trascendente que deben cumplir en la vida colectiva"*. Hay que admitir que el conflicto que recordamos se resolvió con un tácito reconocimiento de la autoridad gubernativa de que la situación por la cual atravesaba la judicatura era insostenible, lo que queda en evidencia por el hecho de que antes de un mes de haber estallado el conflicto se había tramitado y promulgado una ley que, al menos, mejoraba las rentas judiciales. Si por algo se ha caracterizado la labor legislativa en Chile, es por la lentitud y parsimonia con que el Congreso Nacional desarrolla sus tareas. Existen leyes que esperan decenas de años para ser aprobadas. La sola circunstancia de haberse legislado con esta premura revela la magnitud de la crisis que recordamos.

La situación del Poder Judicial empeoró considerablemente en los años siguientes. Lo anterior como consecuencia de que el Gobierno de la época (1970-1973) se arrogó la facultad de formular un juicio de mérito respecto de las resoluciones y sentencias judiciales, denegando el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir lo resuelto por los jueces, lo cual desató una serie de protestas formales de la Corte Suprema, algunas de las cuales tuvieron gran efecto en la opinión pública.² Estos hechos, unidos a una campaña sostenida contra el Poder Judi-

² Cabe recordar que entonces, por disposición constitucional, la fuerza pública era concedida por la autoridad administrativa, quedando a merced de ella concederla o denegarla. Ello implicó que miles de sentencias, de la más diversa naturaleza, quedarán sin cumplir. Lo señalado llevó a la Corte Suprema a denunciar repetidamente el quebrantamiento del "estado de derecho".

cial y, en especial, en contra de los Ministros de la Corte Suprema, a través del poderoso aparataje publicitario del Gobierno de entonces, deterioró, todavía muchísimo más, la función y respetabilidad de la judicatura. Es incuestionable que los Tribunales no escaparon a las tensiones y rivalidades políticas que se desencadenaron en aquella época, lo cual se extremó cuando autoridades políticas promovieron la “toma” de algunos recintos judiciales para estimular el proceso revolucionario, cuando en el seno de la judicatura se formaron grupos de apoyo al régimen de la época, infringiendo categóricas instrucciones de la Corte Suprema, en tanto los medios de comunicación social controlados por el Gobierno escogieron como blanco predilecto a jueces y ministros de los Tribunales Superiores de Justicia, denostándolos y ridiculizándolos.

No es difícil deducir que en este entorno, el principio de “separación de los poderes del Estado”, que constituye una base esencial para la existencia de un sistema jurídico democrático, no pasaba de ser un enunciado, sin contenido real ninguno.

Durante el régimen militar –1973 a 1990– se elaboró y aprobó la Constitución de 1980. En ella se consagran cuatro grandes principios del más alto rango jurídico, que aseguran, a nuestro juicio, la posibilidad de establecer un Poder Judicial que efectivamente tenga el carácter de tal. A saber, el **principio de independencia** (“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos en la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”); el **principio de inexcusabilidad** (“Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse (los tribunales) de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”); el **principio de imperio** (“Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”); y el **principio de legalidad del tribunal** (“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”).

No es difícil descubrir que estas disposiciones, especialmente aquellas que resguardan la independencia del Poder Judicial, poniendo acento en el acata-

miento de las sentencias por parte de las autoridades de la Administración y sancionando la posibilidad de que éstas se arroguen un juicio de mérito para cumplir las resoluciones judiciales, son fruto de la amarga experiencia sufrida entre los años 1970 y 1973. Estas normas constitucionales y varias otras se cimientan en lo que ha sido nuestra historia política y, por lo mismo, tienen un antecedente empírico irrefutable.

En consecuencia, no es exagerado decir que contamos con un marco constitucional que hace posible perfeccionar nuestra institucionalidad con miras a consagrar un Poder Judicial que responda a las exigencias mínimas que supone la existencia de tal. De aquí que resulte útil abocarse al análisis de aquellos escollos que aún subsisten y de cuya remoción dependerá dar a la judicatura en el futuro la dimensión y la jerarquía que le corresponden.

II. Los tres escollos esenciales para que pueda establecerse en Chile un Poder Judicial independiente

Sostenemos que para consagrar en nuestro país un Poder Judicial efectivamente independiente y que responda a dicha condición, es necesario remover, por lo menos, tres obstáculos, tarea que, atendida su naturaleza, no parece fácil, porque, en gran medida, comprometen los intereses de los otros poderes del Estado, cuya composición política enturbia los fines que reclamamos. No creemos, por otra parte, que exista en el país conciencia de lo que señalamos, atendida la escasa cultura cívica que exhibe la población.³

Comencemos por señalar que en virtud de una “ley de hierro”, los partidos políticos (a través de los cuales se canalizan las tendencias ciudadanas que se disputan el poder en un sistema democrático liberal) tienden a aumentar indefinidamente sus prerrogativas e influencias. Este fenómeno mundial se evidencia en todas las democracias, en mayor o menor medida, sin que ninguna nación escape a sus funestas consecuencias. Por lo tanto, las limitaciones que afectan hoy la independencia del Poder Judicial constituyen, correlativamente, atribuciones que se asignan a los otros poderes del Estado (Ejecutivo y Legislativo) y a las que éstos no abdicarán en forma generosa y voluntaria. Dicho de otro modo, nos hallamos ante una situación en que los escollos de que es víctima el Poder Judicial constituyen, simultáneamente, prerrogativas y ventajas en favor de los otros poderes del Estado. Se habla frecuentemente del “fino equilibrio

³ En el mes de mayo de 2003 la Facultad de Derecho de esta Universidad realizó una encuesta (Serie Estudios de Opinión Pública. Separata N° 3. revista *Actualidad Jurídica*). Sus resultados arrojan un muy reducido conocimiento de las principales instituciones de nuestro país y una pobre información de la ciudadanía a este respecto.

institucional entre los diversos poderes” (cuestión que en Chile no resiste el menor análisis), pero muy poco se avanza en este tema, porque se da por descontado que la dependencia del Poder Judicial se mantendrá intocada a través del tiempo, como si ello constituyera un designio difícil de superar.

La subordinación que comentamos se expresa concretamente en hechos objetivos. Para sistematizar esta materia nos referiremos a la **carrera judicial**, a la **injerencia de organismos ajenos a la judicatura que intervienen de manera determinante en ella**, y a la **política presupuestaria** del poder jurisdiccional. Estos tres aspectos se nos aparecen como los factores más relevantes –no los únicos– a la hora de calificar la calidad de la judicatura como poder del Estado con todo lo que ello representa.

A. La carrera judicial

En toda organización, así sea pública o privada, la forma en que se promueve a su personal y se realizan los ascensos es determinante. Si no existe un sistema de designación y promoción objetivo, adecuado a la función y que evalúe los méritos de quienes intervienen en la institución, ella está predestinada al fracaso y la ineficiencia. Por lo tanto, es un factor preponderante hallar la fórmula más efectiva para adoptar este tipo de decisiones. Sólo es dable hablar de una “carrera judicial” en la medida que existan normas claras, transparentes, no discriminatorias ni condicionadas por factores ajenos al mérito de quienes ingresan y forman parte de la judicatura

Como es natural, el sistema de promoción y ascenso está condicionado por la naturaleza del ente de que se trata. No es lo mismo designar un empleado en una empresa privada que designar a un funcionario público, ni un ejecutivo de alto nivel que un asistente secundario. Tratándose de dependientes del Estado, en general, la exigencia es siempre la misma: un sistema dotado de cuatro calidades esenciales: objetividad, transparencia, no discriminación y exención de todo tipo de influjos ajenos a los méritos, la capacidad y vocación de los interesados. En relación a la Administración, la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, contiene normas especiales sobre la carrera funcionaria (Párrafo 2° denominado “*De la carrera funcionaria*”). El artículo 46 del estatuto señalado dispone que “*El ingreso en calidad de titular se hará por concurso público y la selección de los postulantes se efectuará mediante procedimientos técnicos, imparciales e idóneos que aseguren una apreciación objetiva de sus aptitudes y méritos*”.

En el Poder Judicial no existe una norma equivalente, sin embargo de lo cual cabe señalar que el artículo 263 del Código Orgánico de Tribunales establece que “*Los jueces de letras, los Ministros de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones y los demás funcionarios judiciales serán nombrados por el Presi-*

dente de la República con sujeción a las normas que se indicarán en los artículos siguientes". Esta disposición debe entenderse complementada por el artículo 78 de la Constitución Política de la República, según el cual, tratándose de la designación de los Ministros de la Corte Suprema y del Fiscal del mismo tribunal, la designación hecha por el Presidente de la República debe hacerse "con acuerdo del Senado" y por una mayoría de dos tercios de sus miembros en ejercicio. Por su parte, el Título X, párrafo 4) de la ley orgánica del Poder Judicial, se refiere en detalle al procedimiento que debe seguirse para las designaciones mencionadas.

En síntesis, respecto del personal del Poder Judicial no existe una norma programática equivalente al artículo 46 de la Ley N° 18.575 relativa a los funcionarios de la Administración, y las designaciones son realizadas por el Presidente de la República, a proposición de las Cortes de Apelaciones o de la Corte Suprema, según el caso, sin otra limitación que la referida en el artículo 78 de la Carta Política Fundamental.

Sin embargo, las proposiciones que el Poder Judicial hace al Ejecutivo para los diversos nombramientos deben ceñirse a un "sistema de calificaciones" (duramente resistido por los funcionarios judiciales). El artículo 277 bis del Código Orgánico de Tribunales establece que "La calificación deberá fundarse en antecedentes objetivos y considerar, además de las anotaciones practicadas en la respectiva hoja de vida y el informe de calificación, lo siguiente: responsabilidad, capacidad, conocimientos, iniciativa, eficiencia, afán de superación, relaciones humanas y atención al público, en consideración a la función o labor que corresponda realizar y magnitud de la misma". Ahora bien, una regulación minuciosa está contenida, especialmente, en el Párrafo 4° del Título X del Código Orgánico de Tribunales, denominado "Los nombramientos" (artículos 279 y siguientes), pero para el efecto de formular al Ejecutivo la respectiva propuesta. De lo examinado puede inferirse que la "carrera judicial" está regulada en un sistema de calificaciones estricto, el cual sólo opera en función de las proposiciones que deben cursarse al Ejecutivo, poder del cual dependen, en definitiva, las designaciones y ascensos.

No puede omitirse el hecho de que tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo tienen una raíz y una génesis política electoral. Por consiguiente, son los intereses políticos los que predominan frente a cada decisión que se adopte en este ámbito. **De lo anterior se sigue que el Poder Judicial, en lo relativo a su composición, está condicionado por el ejercicio de las potestades políticas, lo cual, como es obvio, afecta la pureza de su composición.** Probablemente a este fenómeno se deba el hecho de que, ante el país, casi invariablemente, con muy escasas excepciones, se le perciba comprometido o sometido al Gobierno en ejercicio.

Desde esta perspectiva, el Poder Judicial no es independiente, porque existen lazos poderosos con los poderes políticos. Se ha sostenido, para justificar esta situación y mantenerla, que los funcionarios que ejercen la soberanía (artículo 5° de la Constitución) sólo pueden legitimarse a través de un apoyo o respaldo político electoral. Sin perjuicio de que lo señalado contraviene terminantemente el texto del citado artículo 5° de la Carta Política, que distingue “los plebiscitos y las elecciones periódicas” (clara alusión a los titulares del Poder Ejecutivo y Legislativo) de “las autoridades que esta Constitución establece”, el argumento sirve para perpetuar la sujeción de la judicatura al poder político. Se genera, de este modo, un obstáculo insuperable para la conquista de una real independencia judicial. Son muy numerosos los casos de insignes magistrados que por prejuicios políticos o falta de contactos con los personeros de este ámbito, han sido postergados o han visto frustrada su carrera. Lo que señalo consta a todos quienes hemos ejercido la profesión en el área forense y ha ocurrido en todos los gobiernos, sin excepción, lo cual demuestra que se trata de una cuestión institucional y no meramente circunstancial.

¿Cuál es, entonces, la solución o de qué modo podría evitarse esta forma descarada de sujeción institucional?

La única solución, si se quiere contar con jueces y tribunales independientes, es consagrar un sistema de **autogeneración** que permita una carrera exenta de toda presión política o de influencias ajenas a lo propiamente judicial. Lo que señalo es resistido porfiadamente por quienes consideran que la judicatura sólo puede legitimarse por el respaldo y decisión de las autoridades políticas, lo cual es absolutamente errado y carece de toda consistencia en nuestro ordenamiento constitucional. El Poder Judicial es de naturaleza técnica y no política, de suerte que factores de esta naturaleza distorsionan gravemente el cumplimiento de su misión. Mientras este carácter no se reconozca y se respete, Chile no tendrá una justicia verdadera. A lo anterior agregan, además, que un sistema de autogeneración tiende a la formación de “castas” corporativas que termina dominado por el nepotismo, el abuso y la arbitrariedad.

La verdad es muy distinta. Desde luego, es posible adoptar toda suerte de resguardos para regular las designaciones y los ascensos, a fin de prevenir irregularidades que, lamentablemente, como lo enseña la experiencia, no se hallan ausentes en ninguna institución. Pero nadie puede discutir que, en la medida en que se instituyan estos resguardos, aquellos abusos pueden controlarse y en gran medida evitarse. Por lo tanto, esta objeción no tiene, a nuestro juicio, mérito suficiente para desechar nuestra proposición. A lo señalado, habría que añadir el hecho de que en todos los organismos, incluso en la mayor parte de las profesiones, los padres, conscientes o inconscientemente, inducen o influyen en sus hijos y descendientes, los que terminan abrazando la misma actividad.

Hay, a este respecto, muchas generaciones que durante largos años se han dedicado a un mismo oficio, profesión, industria o actividad, con excelentes resultados, gracias a la fuerza y el poder de la tradición. Esta realidad alcanza, incluso, a la vida política, en la cual se aplaude con admiración el influjo de los ascendientes sobre sus descendientes. ¿Por qué no podría ocurrir lo mismo en relación a la vocación judicial? ¿Por qué se discrimina a los jueces? En consecuencia, como quiera que se mire, esta tradición no es mala, sino, por el contrario, conveniente y provechosa.

No faltan los que abogan por el establecimiento de un organismo extraño a la judicatura, integrado por personas de alto nivel en el área jurídica, ajenas al Poder Judicial, que se encarguen de las tareas relacionadas con el control disciplinario, las calificaciones, promociones y ascensos (Consejo Superior de la Magistratura). La experiencia demuestra que es esta, muy probablemente, la peor de las opciones. En efecto, todos los países que han optado por este camino sufren, indefectiblemente, la politización extrema de la jurisdicción, ya que el organismo llamado a controlar disciplinariamente a los jueces, calificarlos, designarlos y promoverlos –al margen de sus autoridades superiores– es siempre presa fácil de la “**ley de hierro**” antes invocada, según la cual los partidos políticos extienden su área de influencia indefinidamente y en forma progresiva, abarcando, por último, todas las actividades de la sociedad.

Podría sostenerse que para alcanzar una plena independencia judicial no hay una fórmula capaz de blindarnos de todas las presiones que vienen desde el exterior. Pero nos parece innegable que un sistema de **autogeneración, con los resguardos institucionales adecuados**, es el que más se aproxima a la meta que procuramos alcanzar: una independencia real. Tampoco puede negarse que cada país debe hallar la receta que mejor cuadre a su realidad, sus tradiciones y particularidades. En esta materia, trasplantar una institucionalidad ajena a nuestra idiosincrasia puede resultar nefasto, porque el éxito o fracaso está condicionado por las experiencias que cada pueblo ha experimentado. No olvidemos lo que sucedió en Chile cuando se introdujo la “comuna autónoma” o se pretendió implantar el “federalismo”. La realidad y carácter de cada pueblo es la que determina la legitimidad y el éxito de sus instituciones.

No es posible, desgraciadamente, abrigar muchas esperanzas sobre la factibilidad de la innovación que alentamos. Ello contraviene la naturaleza misma de la actividad política y su sed inagotable de aumentar las cuotas de poder que detentan. Creo que este fenómeno quedó claramente demostrado después del estudio de Gonzalo Fernández de la Mora en su obra *La Partitocracia*. Por lo mismo, nuestra proposición difícilmente se hará realidad en un futuro próximo. Lo más probable es que se procure estrechar los lazos que amarran la jurisdicción a las potestades políticas, invocando para ello el perfeccionamiento del sistema democrático.

En consecuencia, el Poder Judicial, mientras subsista su actual regulación orgánica en lo tocante a las designaciones y promociones, no será un poder independiente y seguirá subordinado a los otros poderes del Estado (Ejecutivo y Legislativo).

B. Organismos ajenos a la judicatura que intervienen de manera determinante en ella

La independencia judicial está afectada, además, por la injerencia de una serie de organismos que participan, a veces de manera determinante, en su gestión. Este aspecto suele no considerarse con la significación y la proyección que nosotros le asignamos.

Desde luego, el ejercicio de la acción penal pública está a cargo del **Ministerio Público**, organismo autónomo, jerarquizado y llamado a dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito y la participación punible o inocencia de los imputados (artículo 83 de la Constitución Política de la República). Siguiendo el mismo esquema antes examinado, el Fiscal Nacional es designado por el Presidente de la República, a propuesta en quina de la Corte Suprema, debiendo aprobarse su designación por el Senado con el quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio. Nada nuevo bajo el sol... Ahora bien, los fiscales están obligados a realizar su trabajo por medio de la **policía uniformada** (Carabineros) y la **policía civil** (Investigaciones). Ambos servicios dependen del Ejecutivo y están absolutamente y en todo sentido sometidos a su autoridad (artículo 101 de la Carta Política).

Pero eso no es todo. Para los efectos de realizar las pesquisas de rigor y los actos de instrucción, es necesario, generalmente, recurrir a centros especializados, lo cual es imperativo ante los avances científicos y tecnológicos (peritajes, estudios de auditoría, recopilación de antecedentes técnicos, informes científicos, etcétera). Pues bien, el **Servicio Médico Legal** depende del Ejecutivo, y lo propio ocurre con diversas brigadas especializadas, organizadas y dependientes de **Investigaciones de Chile**, del **Cuerpo de Carabineros** y de otros servicios públicos que prestan apoyo a los Tribunales. Incluso, las cárceles están controladas y dirigidas por la Dirección de Gendarmería de Chile, dependiente del Ministerio de Justicia. Lo mismo ocurre con el Servicio Nacional de Menores (Sename) y el Servicio Nacional de la Mujer (Sernam). Durante mucho tiempo se ha hablado de la necesidad de crear una policía judicial o de traspasar a este poder del Estado parte de la actual infraestructura de los servicios de orden y seguridad pública. Como es obvio, ello ha sido descartado de plano por parte del Ejecutivo y el Legislativo.

Como puede comprobarse, en cierta medida, los tribunales de justicia no sólo no son independientes del Ejecutivo en razón de las designaciones y promociones. También dependen del Ejecutivo en el desarrollo de las actividades pro-

piamente jurisdiccionales. En otras palabras, están, en cierta medida, cautivos del Gobierno y del Congreso y no se vislumbra una solución inmediata. Hay que reconocer, con todo, que a pesar de este “cerco institucional”, hay jueces capaces de sobreponerse a las influencias externas y mantener en el ejercicio de la jurisdicción una posición de inquebrantable independencia.

A lo anterior es necesario agregar, aún, la institución de los denominados “**abogados integrantes**”, llamados a reemplazar a los Ministros de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema cuando los titulares se hallan impedidos de desempeñar sus funciones por cualquier motivo (feriados, permisos administrativos, comisiones de servicio, licencias médicas, etcétera). Dichos “**abogados integrantes**” son designados anualmente en las Cortes de Apelaciones y cada tres años en la Corte Suprema y no les afecta inhabilidad para el ejercicio profesional. Conviene dejar sentado que, por lo general, se trata de personas idóneas, estudiosas, con vocación judicial y que realizan un aporte muy positivo a la función jurisdiccional. Pero no es posible someterlos al actual estatuto que, como quiera que se mire, compromete su independencia y subordina la continuidad de sus servicios a la aprobación o desaprobación de las autoridades de Gobierno. Se ha reclamado continuamente la necesidad de eliminarlos o, bien, reglamentar esta institución, ampliando los plazos de su designación (cinco años en las Cortes de Apelaciones y ocho años en la Corte Suprema), incorporándolos al escalafón judicial, y permitiéndoles aspirar al cargo en igualdad de condiciones con los demás miembros de la misma categoría. Lo que no puede permitirse es obligarlos a conocer las causas en que está en juego el interés de la Administración, porque, como es obvio, se les estaría colocando, como de hecho sucede, en una difícil situación que afecta sus legítimos intereses y, por ende, su independencia. Resulta difícil explicarse cómo puede calificarse de “debido proceso legal” (garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Carta Política) aquel en que el Tribunal está integrado –en el caso propuesto– por un funcionario de confianza de una de las partes (la Administración). Esta materia ha sido objeto de varios proyectos legislativos que, por desgracia, como es ya habitual, duermen en el Congreso, no obstante la urgencia de su aprobación y puesta en vigencia.

Unido a este hecho es bueno destacar la incorporación a la Corte Suprema de cinco miembros “extraños a la administración de justicia”, como reza el artículo 78 inciso 4° de la Carta Política Fundamental. La referida norma dispone que ellos deben “haberse destacado en la actividad profesional o universitaria y cumplir los demás requisitos que señale la ley orgánica constitucional respectiva” (Código Orgánico de Tribunales). La aplicación de esta norma revela con claridad que todos quienes han sido designados en esta elevada función (Ministros de la Corte Suprema) provienen del ejercicio de la función de “abogado integrante”, salvo un caso excepcionalísimo. Ha habido una sola designación recaída en un abogado ajeno a la Administración de Justicia. ¿Qué

indica este hecho? A nuestro juicio, por lo menos, dos cosas: primero, que falta dar a los “abogados integrantes” un estatuto adecuado, porque pueden ellos ser la fuente de un efectivo enriquecimiento de las categorías superiores de la judicatura; y segundo, que la Corte Suprema, en medida nada despreciable, ha salido en defensa de la carrera judicial, haciendo realidad aquella consigna según la cual “los jueces se forman, no se improvisan”. La sola circunstancia de que los ministros “extraños a la administración de justicia” no sean tales porque se han formado en el ejercicio del cargo de “abogado integrante”, es un índice valiosísimo que no hemos sabido aquilatar y medir en toda su significación

Réstanos, aun, recordar que los juicios tributarios en Chile, en primera instancia, se resuelven por el Servicio de Impuestos Internos, correspondiendo a las Cortes de Apelaciones la segunda instancia y a la Corte Suprema el recurso de casación. O sea, la Administración es juez y parte en el estadio procesal en que la cuestión controvertida queda definitivamente fijada, en que se reciben las pruebas y en que se recopilan los antecedentes. Algo semejante acontece con las reclamaciones de los particulares por el ejercicio del llamado “*ius puniendi*”, por medio del cual la Administración aplica sanciones por infracciones teóricamente menores, pero que en la práctica superan largamente las que imponen los Tribunales de Justicia. Si bien es cierto que estas sanciones son reclamables ante la judicatura, no es menos cierto que la Administración lleva una ventaja considerable al investigar, acumular y producir las pruebas, ponderar los antecedentes y dictar la resolución sancionatoria. Son numerosos y cada vez más frecuentes los conflictos que se suscitan con ocasión del funcionamiento de las sociedades anónimas, los bancos, las administradoras de fondos de pensiones, las isapres, las empresas eléctricas, sanitarias, etcétera. Prácticamente todas las actividades relacionadas con los servicios públicos están entregadas a instituciones de la Administración, las cuales se encargan de supervigilar su funcionamiento y sancionar las eventuales infracciones en que aquéllas incurran. Los Tribunales de Justicia sólo revisan, por medio de recursos especiales, las decisiones que se adopten en esta materia.

Como puede apreciarse, el Poder Judicial está sometido a una serie numerosa de limitaciones en lo que dice relación con su independencia. No existe en Chile un ambiente descontaminado de presiones e influencias. Por el contrario, nuestra legislación contribuye a generar una atmósfera que enturbia la tarea de los jueces, lo cual hace presumir, muchas veces injustamente, que en la dictación de una sentencia gravitan fuerzas poderosas, capaces de inclinar la balanza de la justicia en uno u otro sentido. En este caso es aplicable aquella máxima conforme a la cual “la mujer del César no sólo debe ser honesta, sino parecerlo”. Tratándose de una materia tan sensible como es la facultad de administrar justicia, no puede sino exigirse tribunales imparciales, que den a las partes plena confianza, y que no ofrezcan ni sombra de duda respecto de la libertad moral de los jueces.

C. Política presupuestaria

El tercer aspecto que nos interesa destacar es la política presupuestaria del Poder Judicial. También aquí ha habido una sostenida intención de amarrar a la judicatura a las decisiones que adopta el Ejecutivo. Los recursos económicos asignados a la judicatura son administrados por el Poder Ejecutivo. De esa manera, las remuneraciones, asignaciones, bonos por eficiencia y regalías de cualquier orden sólo pueden ser establecidos por disposición del Gobierno, quedando los jueces subordinados enteramente a él. Lo mismo sucede en lo tocante a inversiones en infraestructura, instalaciones, mobiliario, insumos, elementos de trabajo, etcétera. En suma, es el Gobierno el que administra los recursos que el Presupuesto Nacional asigna al Poder Judicial.

En otras naciones, los medios destinados a las tareas judiciales corresponden a un porcentaje del gasto fiscal (por lo general entre un 1% y un 4%), siendo este poder del Estado el encargado de administrarlo libremente, determinando sus inversiones, preferencias y finalidades.

La realidad que enfrenta el Poder Judicial en Chile contrasta con la que corresponde al Legislativo y Ejecutivo. Estos últimos proponen libremente la inversión de los recursos que se les asignan en el erario nacional y los manejan de acuerdo a sus necesidades y prioridades.

En este cuadro, no es difícil advertir que también en el área económica el Poder Judicial está institucionalmente subordinado y que, en medida nada despreciable, pierde independencia en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Se ha afirmado, para los efectos de justificar esta circunstancia y mantener la actual situación, que el Poder Judicial carece de capacidad para la eficiente administración de los recursos que le corresponden. La observación indicada adolece de errores manifiestos. Nada impide que se cree una oficina especializada (que en cierta medida ya existe) que se aboque a la tarea de administrar estos recursos, tal como sucede en el Congreso Nacional y en las diversas reparticiones de la Administración. No nos asiste la menor duda sobre que lo anterior no es más que una muy pobre excusa para conservar los lazos de dependencia entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia. Ya lo anticipamos, por efecto de una **"ley de hierro"**, los poderes políticos tienden a ampliar su esfera de influencia, asumiendo tareas que no les corresponden e invadiendo otras funciones absolutamente ajenas a su quehacer propio.

Es imposible hablar de un Poder Judicial independiente desde una perspectiva institucional. Esta realidad se arraiga en una larga experiencia histórica que, justo es reconocerlo, comienza a quedar en evidencia, suscitando reacciones

en favor de una rectificación cada día más necesaria. Se habla frecuentemente de la necesidad de ampliar y perfeccionar la democracia, pero se rehúye toda referencia a la independencia de la judicatura. Un verdadero “estado de derecho democrático” (consigna acuñada por un naciente movimiento judicial) exige romper toda atadura que, en cualquier medida, pueda afectar la libertad y pureza con que deben actuar los tribunales de justicia. Si ello no ocurre, es ilusorio pretender que efectivamente vivimos bajo el imperio del derecho.

III. Por qué es cada día más necesaria la plena independencia del Poder Judicial

Creemos que la independencia plena del Poder Judicial es cada día más urgente y necesaria. Lo anterior porque a partir de la Constitución de 1980 y, más precisamente, al reformarse en 1989, el llamado “contencioso administrativo” quedó en manos de los tribunales ordinarios de justicia (artículo 38 inciso 2°). Por consiguiente, estos tribunales han pasado a revisar las decisiones y juzgar el ejercicio de las funciones de la Administración y de sus personeros. No cabe duda alguna de que se ha judicializado la actividad política (entendida como la acción de la Administración), puesto que es la judicatura la llamada a dirimir los conflictos entre los imperados y la autoridad administrativa. El control de la función pública ha experimentado una transformación muy significativa, que se concreta a través del ejercicio de una batería de recursos y reclamaciones instituidas en la ley y en el conocimiento del contencioso administrativo que le encomienda la Constitución

Lo indicado reviste, a juicio nuestro, una enorme importancia. En efecto, los particulares, en el día de hoy, no se hallan inermes ante la actuación de la Administración, como sucedía en un pasado reciente. Diversas leyes han generalizado –a través de distintos recursos y reclamaciones– el derecho de los imperados para acudir ante los tribunales y reclamar de las actuaciones de las diversas reparticiones de Estado. De esta manera, toda la actividad de la Administración está, en este momento, bajo un control estricto de juridicidad. Además, la citada disposición constitucional es amplísima (“*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 este contexto, la independencia del Poder Judicial es una exigencia y presupuesto fundamental, ya que resulta, cuando menos, absurdo transformar al supervisor en dependiente del supervisado. Y es esto último lo que seguirá ocurriendo, en la medida que subsista un régimen institucional que prescinda de la realidad que se describe.

El perfeccionamiento del Estado de Derecho, como lo venimos sosteniendo en diversas publicaciones, ha hecho posible que las "reglas" (mandatos particulares y concretos) que los imperados debemos cumplir en la vida social, **se elaboren con su participación real o virtual**. Tal sucede con las sentencias judiciales, las resoluciones administrativas, los actos y contratos y las "reglas" que nosotros mismos nos damos para singularizar el mandato de una norma (general y abstracta) y cumplir espontáneamente lo que ella prescribe. Por ende, es de la esencia del Estado de Derecho la independencia judicial. Si algún día la dependencia que reclamamos pudo justificarse ante la imposibilidad de que los tribunales ordinarios tuvieran injerencia en el "contencioso administrativo" y, por lo mismo, fueran ajenos a la actividad de la Administración, hoy día ello es insostenible a la luz de la nueva normativa. De lo dicho se desprende que nos afecta, como imperativo ineludible, el deber de abordar sin reserva ni prejuicios todo lo concerniente a la independencia del Poder Judicial.

No puede, tampoco, pasarse por alto el hecho de que entre las garantías constitucionales, consagradas en la Carta Fundamental, se encuentra el llamado "debido proceso legal" (artículo 19 N° 3 inciso 5°). Este concepto, que implica la existencia de un procedimiento e investigación racionales y justos como presupuesto del ejercicio de la jurisdicción, supone primordialmente la existencia de un tribunal independiente. Así se encuentra establecido en nuestra legislación si se atiende a las causales de implicancia y recusación reguladas en el Código Orgánico de Tribunales y en los diversos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes (Artículo 14 del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas" y artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica"). En consecuencia, no admite discusión que la actual estructura institucional del Poder Judicial quebranta, incluso, los compromisos que Chile ha asumido en el ámbito internacional.

Finalmente, sobre este tópico, no puede dejar de mencionarse la llamada "independencia interna" del Poder Judicial. Este concepto alude a la libertad de los jueces para resolver las materias que son sometidas a su juzgamiento y decisión sin injerencia de sus superiores jerárquicos. Lo señalado corresponde a una de las facultades esenciales del juez, ya que no puede ser éste presionado ni inducido por ninguna otra autoridad judicial para la adopción de sus determinaciones. Sin embargo, no es dable negar dos circunstancias que indirectamente inciden en este punto. Desde luego, la estructura orgánica del Poder Judicial es jerarquizada, de lo cual se sigue que el control de juridicidad a que está sometido todo tribunal se radica en el superior (encargado de revisar lo obrado por el inferior a través de la interposición de los recursos procesales y, en ciertos casos excepcionales, del trámite de "consulta"), pudiendo este último ratificar, revocar o modificar lo resuelto. Por otro lado, el sistema judicial

chileno instituye a la Corte Suprema como “tribunal de casación”. Ello implica que por medio del recurso de casación en el fondo corresponde al máximo Tribunal de la República fijar la correcta interpretación de nuestras leyes. Sus fallos, sin embargo, no son obligatorios para los demás jueces, quienes pueden sostener legítimamente una posición diversa de aquella adoptada por la Corte Suprema, precisamente, en función de la “independencia interna” de que están dotados. El alcance de un fallo de casación es meramente indicativo (influencia psicológica), pero no debe perderse de vista que los jueces forman parte de una estructura que establece jerarquías y que ello está directamente relacionado con la necesidad de preservar la coherencia y armonía del ordenamiento jurídico y velar por la juridicidad de sus resoluciones. Si así no fuere, la igualdad ante la ley –el principio constitucional de más alto rango– sería una mera consigna sin el menor efecto práctico. Por ende, los jueces deben percibir esta realidad y contribuir al buen funcionamiento del sistema, lo que les obliga a ser discretos a la hora de apartarse de la interpretación del tribunal de casación, en ejercicio de su “libertad interna”.

No debemos olvidar que una de las falencias que mayor influjo tuvo en el decaimiento de la función jurisdiccional en la segunda mitad del siglo pasado, fue el incremento desmesurado que experimentó el recurso de queja, lo cual determinó un retroceso manifiesto del recurso de casación. Ello redundó en la ausencia de una jurisprudencia enriquecedora en materia de interpretación de la ley y su substitución por fallos que se fundaban preferentemente en la equidad natural (queja). Este fenómeno empobreció nuestro derecho y obligó al legislador a simplificar el recurso de casación (cuyas exigencias formales y fundamentación eran extremas), y delimitar rigurosamente el recurso de queja (haciéndolo procedente sólo cuando no existe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario, en contra de una sentencia que pone término al juicio o hace imposible su continuación). De este modo, se ha pretendido devolver al recurso de casación su importancia y restablecer el papel que juega la Corte Suprema en lo relativo a la hermenéutica legal.

De lo que antecede se sigue que no puede ser la “libertad interna” de que gozan los jueces un factor que debilite la unidad, coherencia y armonía del sistema jurídico ni, mucho menos, un escollo para el pleno reconocimiento de la independencia del Poder Judicial.

A esta altura de nuestro análisis, fuerza reconocer que más allá de la independencia judicial, gravita en esta problemática una cuestión de mayor envergadura. Chile requiere de una profunda reforma de la estructura del Estado. Luego de las grandes transformaciones experimentadas entre 1973 y 1990, que cambiaron las raíces del modelo económico y social, se ha mantenido, en sus lineamientos generales, un Estado burocrático, intervencionista, politizado

y carente de capacidad de gestión (cosa que ha quedado de manifiesto en el último tiempo con problemas tan sensibles como el sistema de transporte de la Región Metropolitana). Este hecho constituye un freno a las políticas de desarrollo y obstruye toda posibilidad de crecimiento sostenido de nuestra economía. Enfrentamos, en consecuencia, un desafío nada fácil: encarar la modernización del aparato estatal y adaptarlo a una nueva realidad que ha surgido de las innovaciones experimentadas por nuestro país en los últimos decenios. El Poder Judicial en este contexto deberá ser repensado, insertándolo en otro modelo institucional y colocándolo en un marco en que efectivamente pueda desplegar sus funciones sin interferencias o presiones.

IV. Sobre la imagen del Poder Judicial

No cabe duda alguna de que en un régimen democrático, si bien la imagen que proyectan las instituciones no puede afectar su existencia y legitimidad, no es menos cierto que ella contribuye, cuando es positiva, a darles estabilidad y credibilidad. En otros términos, la aprobación ciudadana es un sello de garantía para la continuidad y funcionamiento de las instituciones.

Tradicionalmente, el Poder Judicial ha tenido una mala imagen y ello obedece, en medida importante, a la circunstancia de que carece de la independencia indispensable para proyectarse más allá de los intereses en juego. La mayor parte de los reproches que se le formulan tiene como trasfondo el influjo que ejercen factores ajenos a él a la hora de resolver.

Nuestra Facultad y la revista *Actualidad Jurídica*, en particular, han estado constantemente pendiente de este aspecto por medio de encuestas periódicas que dan a conocer la opinión de la ciudadanía al respecto, midiendo el grado de credibilidad que proyecta la actividad de nuestros jueces.

En el mes de octubre de 2002, en una encuesta sobre "Tribunales de Justicia: radiografía a los prejuicios", consultamos sobre "**si debía el Gobierno nombrar a los jueces**". El 53% respondió negativamente y sólo el 44% positivamente.⁴ Se advierte en esta respuesta la conciencia pública de que la "carrera judicial" condiciona o, a lo menos, perturba la independencia judicial.

En el mes de julio de 2004, en otra encuesta sobre "Independencia judicial. Aumento y control de la delincuencia. Problemas más graves en Chile", consultamos sobre si "**creía el encuestado que el Poder Judicial es realmente independiente en Chile**". El 68% respondió que no era independiente y un

⁴ Separata N° 1 de la *Revista Actualidad Jurídica*. Octubre de 2002.

escaso 28% lo contrario.⁵ Esta cifra resulta crucial. No es posible aceptar que más de dos tercios de los chilenos estimen que no existen jueces independientes. Ni es posible, tampoco, suponer que todos ellos estén equivocados o que una imagen falsa domine sus percepciones.

En el mes de junio de 2005, en una encuesta sobre “Aspectos relevantes de la realidad nacional”, se consultó sobre **“si creía el encuestado que en el último año (2004) había aumentado el desprestigio de los Tribunales de Justicia”**. El 85% respondió positivamente y apenas un 14% negativamente.⁶

En el mes de septiembre de 2007 se consultó nuevamente a los encuestados sobre **“si creía que en Chile los Tribunales eran independientes”**. El 53% respondió que no eran independientes y el 36% que sí eran independientes. En la misma muestra se preguntó **“si creía el encuestado que el Gobierno intervenía en los Tribunales para proteger a sus partidarios cuando estos cometen delito”**. El 67% respondió que sí y el 25% que no.⁷

Como puede apreciarse, ha habido siempre una opinión claramente mayoritaria que afirma que el Poder Judicial no es independiente. Las razones son casi las mismas: designación de los jueces, politización, abogados integrantes, etcétera. Lo anterior ha llevado a la ciudadanía a divorciarse de la judicatura, desconfiando de sus decisiones o suponiendo la existencia de factores externos que distorsionan su tarea. Desaprensivamente, pueden juzgarse estos antecedentes como factores que no afectan la actividad jurisdiccional. Pero esta conclusión sería un error. Insistimos nosotros en la necesidad y conveniencia de que la actividad de todos los Poderes del Estado esté, en cierta medida, apoyada por la confianza ciudadana. Es esta la única forma de fortalecer y cuidar la continuidad del Estado de Derecho.

Es cierto que numerosos factores distorsionan la actividad jurisdiccional. Por ejemplo, la circunstancia de que muchos procesos, aquellos de mayor relevancia pública, sean objeto de un enjuiciamiento paralelo por parte de los medios de comunicación social. Si lo que resuelven los tribunales de justicia –con acopio de antecedentes y pleno dominio del derecho– se contrasta con el juicio superficial de la ciudadanía –que no ha tenido acceso sino a una información parcial y muchas veces sesgada–, la conclusión puede ser deplorable. Pocos respetarán lo resuelto por un juez y la mayoría se inclinará por su propia impresión en desmedro de la tarea especializada de los jueces. De aquí que sea altamente conveniente dar a la tramitación de todos los procesos la mayor publicidad

⁵ Separata N°5 de la revista *Actualidad Jurídica*. Julio de 2004.

⁶ Separata N°6 de la revista *Actualidad Jurídica*. Junio de 2005.

⁷ Separata N°8 de la revista *Actualidad Jurídica*. Septiembre de 2007.

posible, a fin de que la información que se recoja corresponda efectivamente a la que obra en poder de los jueces. En este orden de cosas, hay que reconocer que los medios de comunicación social tienen cada día mayor influencia en la tarea jurisdiccional y que, en la medida que ellos sean objetivos y aborden su tarea con profesionalismo e independencia, pueden prestar al país un servicio invaluable. Pocos sistemas de control son más efectivos que aquellos fundados en la exposición pública de lo obrado en la Administración, los Tribunales de Justicia o el Congreso Nacional.

VI. A manera de conclusión

Es fácil concluir que Chile requiere de un ajuste institucional, una reestructuración del aparato estatal y del fortalecimiento de la actividad jurisdiccional. Creemos nosotros que no se ha percibido en su justa dimensión la transformación experimentada en nuestro país a partir de 1973 y, especialmente, con la aprobación de la Constitución de 1980. Toda la institucionalidad económica sufrió un cambio muy profundo, introduciéndose principios que eran completamente ajenos a nuestra larga tradición estatista, pero nos falta adaptar el aparato burocrático a esta nueva realidad que, sin duda, ha operado una modificación en la mentalidad de nuestros compatriotas, especialmente en el segmento juvenil.

El Poder Judicial no juega hoy el mismo papel que en el pasado. En este sentido hay que reconocer que se amplió considerablemente su horizonte y que, en esta perspectiva, ya no es posible mantener las ataduras que aun subsisten, con grave desmedro para todo el sistema. El desprestigio de los poderes del Estado, como consecuencia de la falta de independencia en el ejercicio de sus funciones, probablemente sea un factor desquiciador para la seguridad jurídica y la juridicidad misma, sin las cuales carece de sentido el principio rector de toda democracia moderna: la desconcentración de las potestades públicas, aspiración que se manifiesta en la separación de los poderes del Estado.

De aquí que reclamemos con calor la necesidad de encarar en el futuro inmediato esta cuestión y establecer un estatuto diferente para el Poder Judicial, dándole la independencia que requiere el ejercicio de la jurisdicción, sin la cual, la justicia que se imparte, como quiera que sea, suscitará sospechas y desconfianza.

Un estatuto que desligue la carrera judicial de la injerencia del Poder Ejecutivo, que le entregue la dirección y control de los servicios que apoyan la tarea de los Tribunales, que le permita manejar sus recursos sin la intervención del Gobierno, y que le asigne los medios para que efectivamente esté en situación

de satisfacer los requerimientos de la población, se nos aparecen como exigencias ineludibles que no admiten dilación. Con solo traer al debate público esta cuestión, creemos cumplir un deber elemental, propio de nuestra misión universitaria. Tenemos conciencia de que no es fácil abordar esta temática. Existe una especie de inercia tratándose de temas de tanta trascendencia y no faltan quienes prefieren guardar silencio para evitar malos entendidos o dobles intenciones. Por nuestra parte, asumimos el compromiso de encarar con franqueza y crudamente la conquista de lo que estimamos constituye una de las bases fundamentales del Estado de Derecho.

Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo.¹

Raúl Núñez Ojeda

Doctor en Derecho

Profesor

UNIVERSIDAD DE CHILE

UNIVERSITAT POMPEU FABRA (ESPAÑA)

UNIVERSITÄT JOHANN WOLFGANG GOETHE

—FRANKFURT AM MAIN— (ALEMANIA)

1. Fundamentos

El sistema procesal civil chileno vive una de sus más profundas crisis en los últimos cien años. Efectivamente, nuestro proceso civil, instaurado por el Código de Procedimiento Civil del año 1903, no significó un cambio sustancial en cuanto a la forma de impartir justicia en el ámbito civil, al modelo que de facto funcionaba en Chile desde los tiempos de la Colonia.² Es más, nuestro legislador histórico no encontró mejor forma de solucionar el problema que recurrir, al momento de buscar fuentes de inspiración para la actividad de codificación, al modelo de la “añeja” y “técnicamente ineficiente” Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855.³

La citada Ley de Enjuiciamiento Civil no pasó de ser una simple sistematización y leve actualización de las normas procesales civiles contenidas en las Partidas de Alfonso X “el sabio”. Nuestro legislador histórico perdió la oportunidad de realizar un cambio profundo en esta materia. En definitiva, no se dejó seducir por los códigos más modernos de la época, a saber, la Ordenanza Procesal Civil

¹ La presente versión fue preparada y cerrada durante el primer semestre del año académico 2007.

² De una manera clara una parte de la dogmática chilena muestra el preocupante estado de la justicia civil nacional y solicita su inmediata reforma (TAVOLARI OLVEROS, RAÚL, “El proceso civil chileno. Una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la Jurisdicción, de cara a la reforma”, *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, págs. 44 y ss.).

³ Para la doctrina española la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 representaba un sistema arcaico que tan solo constituye la codificación de las antiguas reglas contenidas en las Partida (1265) de Alfonso X “el sabio”, en especial la tercera. Sobre el tema consultar, entre otros: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, “Evolución de la doctrina procesal”, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, Tomo I, UNAM, Ciudad de México, 1974, págs. 293 y ss.; MONTERO AROCA, JUAN, *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 25 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998)*, Civitas, Madrid, 1995, *passim*, y, GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADO, FAUSTINO, *El proceso civil. Antiguos y nuevos modelos de enjuiciar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 16 y ss.

alemana de 1877 (ZPO) y la Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1895 (ÖZPO). El legislador optó por una salida conservadora, la de mantener el *statu quo*.⁴

Por tanto, nuestro sistema procesal civil responde principalmente al modelo fijado por la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. Es decir, al viejo procedimiento medieval se agregó, por influencia del liberalismo del siglo XIX, el principio de la absoluta pasividad del juez en la conducción del proceso y en la producción de la prueba. Por otra parte, se trataba de procesos de lato conocimiento, desconcentrados, donde cada trámite permitía pasar al siguiente siempre que se realizara dentro del plazo establecido por la ley, o en caso contrario, cuando se acusara la rebeldía por la contraria. Por otro lado, la única posibilidad del juez de la causa de producir prueba de propia iniciativa era, una vez ya concluida su tramitación y estando vigente el plazo para pronunciar la sentencia definitiva, a través de la institución de las “medidas para mejor resolver”.⁵ En cuanto al proceso ejecutivo, tampoco nuestro sistema se aleja mucho de las prácticas de tiempos pretéritos. Efectivamente, la mayor crítica que se puede dirigir al sistema es que no es un procedimiento de naturaleza sólo ejecutiva, ya que en determinados supuestos generosamente desarrollados es posible transformar el proceso ejecutivo en declarativo al discutir en él sobre la validez o nulidad de la obligación.⁶

Por otro lado, nuestro proceso civil tampoco se ajusta actualmente a las necesidades prácticas ni dogmáticas de la sociedad chilena, que busca acercarse a las sociedades más desarrolladas de la Europa continental.⁷

⁴ Sobre la evolución de la legislación alemana de finales del siglo XIX ver: DAHLMANN, GERHARD J., *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozess im 19. Jahrhundert*, 1971, Scientia Verlag, Aalen, págs. 10 y ss., y DAHLMANN, GERHARD J., *Neudrucke Zivilprozessualer Kodifikationen des 19. Jahrhunderts*, Vol. 2: “Bundestaaten-Entwurf einer ZPO von 1866 und Preussischer Juristizministerial-Entwurf von 1871”, Scientia Verlag, Aalen, 1971, págs. 9 y ss. En forma más reducida consultar: ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, CH. Beck, München, 2004, págs. 25 y ss.

⁵ Monográficamente sobre las medidas para mejor resolver en España ver, entre otros: MARTÍN OSTOS, JOSÉ DE LOS SANTOS, *Diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Montecorvo, Madrid, 1981. Sobre la historia de las medidas para mejor resolver en Chile confrontar por todos: TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, “Diligencias para mejor proveer: Antiguos y nuevos problemas”, *Tribunales, jurisdicción y proceso*, op. cit., págs. 13 y ss. También consultar los trabajos menos interesantes de: PIETRABUENA RICHARD, GUILLERMO, *Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, *passim*, y BOTTO OAKLEY, HUGO, *La inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver*, Fallos del mes, Santiago, 2001, *passim*.

⁶ Con todo, no son muchos los textos de estudio chilenos que critican el modelo vigente de justicia civil. Se podría decir que una parte importante de la doctrina chilena llega a un análisis positivo de nuestro procedimiento civil. Una excepción a la situación de conformidad antes descrita es: CAROCCA PÉREZ, ALEX, *Manual de Derecho Procesal (Tomo II)*, LexisNexis, Santiago, 2003, págs. 51 y ss.

⁷ La sola lectura del Código de Procedimiento Civil nos muestra el nivel de desfase que presenta en relación con las legislaciones de países como: Alemania, Estados Unidos de América y España. Para una visión de conjunto de los modelos consultar: HAZARD, GEOFFREY, y TARUFFO, MICHELE, *American Civil Procedure. An Introduction*, Yale University Press, New Haven, 1993, *passim*; GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, Luchterhand, Berlin, 2003, *passim*; y RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Guía para la transición ordenada a la LEC*, Bosch, Barcelona, 2000, *passim*.

Tan sólo basta medir la eficacia del proceso civil chileno para apreciar la magnitud del problema.⁸ Todos los usuarios del sistema de justicia civil en Chile saben que nuestra justicia es lenta. Con todo, el que algunas causas de mayor complejidad puedan alcanzar una duración superior a los diez años y que la gran mayoría de las que se tramitan en un juicio ordinario no terminen, si se interpone el recurso extraordinario de casación, antes de los cinco años en la Región Metropolitana, donde se concentra la mayoría de los asuntos, nos presenta una situación insostenible en una sociedad moderna. Esta situación choca frontalmente con el anhelo y el deber de contar con una justicia civil pronta y eficaz, y con el respeto de la noción de debido proceso⁹ consagrada en nuestra Carta Magna en el artículo 19 N° 3. No es posible aceptar un juicio que vulnere una garantía básica como es la noción de un proceso sin dilaciones indebidas¹⁰ (plazo razonable), sin perjuicio de entender que hoy es cada vez más común en la dogmática procesal entender que la idea de justicia tardía es equivalente a la de justicia denegada, lo que conlleva desconocer en definitiva los derechos de las personas, al no lograr impartir frente a su violación una justicia pronta y eficaz.¹¹

2. Historia del trabajo de reforma del modelo de justicia civil

Dentro de este marco el Ministerio de Justicia del gobierno del ex Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar estableció como una de sus prioridades el inicio de los estudios destinados a proveer al país de una legislación procesal civil moderna. Para lograr este objetivo se firmó el 1 de octubre del año 2004 un convenio marco entre el Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. El convenio estableció que una Comisión integrada por profesores del Departamento de Derecho Procesal y abogados

⁸ Un excelente trabajo de Derecho comparado fue el que se publicó a comienzos de los años ochenta, bajo la dirección del profesor FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ (RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, editor, *Para un proceso civil eficaz*, Ediciones Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982). El citado libro, contó con la participación de destacados maestros extranjeros como son: WOLFGANG GRUNSKY (Alemania), ROGER PERROT (Francia) y ANDREA PROTO PISAN (Italia).

⁹ Para un análisis del principio del debido proceso consultar monográficamente, entre otros: ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, *El principio del proceso debido*, JM. Bosch, Barcelona, 1995, VALLESPIN PÉREZ, DAVID, *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, y COMOLGLIO, LUIGI PAOLO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Giappichelli, Torino, 2004. Para una visión nacional sobre el mismo ver los trabajos de: BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, "El debido proceso civil", *La constitucionalización de Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, págs. 251 y ss.; y TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, "El proceso civil chileno. Una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción, de cara a la reforma", op. cit., págs. 44 y ss.

¹⁰ Ver por todos, el excelente trabajo de la profesora: RIBA TREPAT, CRISTINA, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, JM. Bosch, Barcelona, 1997, *passim*.

¹¹ También pone de manifiesto la falta de coherencia de las garantías constitucionales y el proceso civil: CAROCCA PÉREZ, ALEX, "Bases constitucionales del sistema procesal chileno", *La constitucionalización de Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, págs. 209 y ss.

asesores del Ministerio de Justicia elaboraran unas “Bases para un nuevo sistema procesal civil en Chile”. Luego, las citadas bases se discutirían en un foro ampliado para su aprobación definitiva.

La Comisión designada en conjunto por el Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile estuvo integrada por los profesores de Derecho Procesal de esa casa de estudio, **Cristián Maturana Miquel** (presidente), **Juan Agustín Figueroa Yávar**, **Raúl Tavolari Oliveros**, **Raúl Núñez Ojeda**, **Juan Carlos Marín González**, **Davor Harasic Yacsic**, y por los abogados asesores del Ministerio de Justicia señores **Rodrigo Zúñiga Carrasco** y **Rodrigo Romo Labich**; actuando como secretarios de la Comisión los señores **Matías Insunza Tagle** y **Cristóbal Jimeno Chadwick**.

Del trabajo de la Comisión resultó un texto denominado: “Propuesta de bases para redactar un nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile”. Éste se presentó el día 10 de mayo de 2005 al Ministerio de Justicia para su discusión en el llamado “foro para reforma procesal civil” que formó el Ministerio el día 12 de mayo del mismo año.¹² Al mismo tiempo el Departamento de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile preparó también un documento de bases para la reforma de la justicia civil, que presentó en una fecha cercana al Ministerio de Justicia. Así las cosas, el Ministerio encomendó al foro para la reforma procesal civil que discutiera ambos textos y llegara a unas bases comunes. El Foro en cuestión está compuesto por **Cristián Maturana** (U. de Chile), **Raúl Núñez** (U. de Chile), **Juan Agustín Figueroa** (U. de Chile), **Raúl Tavolari** (U. de Chile), **Orlando Poblete**, (U. de Los Andes), **Alejandro Romero** (U. de Los Andes), **Jorge Vial** (U. Católica), **José Pedro Silva** (U. Católica), **Claudio Díaz** (U. Diego Portales), **Eduardo Jara** (U. Diego Portales), **Nancy De La Fuente** (U. Diego Portales), **Miguel Otero** (Instituto Chileno Derecho Procesal y profesor U. de Chile), **Juan Colombo** (miembro del Tribunal Constitucional y profesor U. de Chile), un representante del Colegio de Abogados de Santiago y dos representantes del Instituto de Estudios Judiciales.

El foro sesionó desde fines de mayo de 2005, a razón de una reunión por semana, hasta noviembre del mismo año con el fin de discutir y aprobar unas bases para un nuevo sistema de justicia civil. Finalmente, las bases comunes vieron la luz durante el mes de diciembre de 2005.

Con las bases aprobadas, se encomendó la redacción de un borrador del articulado de un nuevo Código Procesal Civil a los profesores de la Universidad

¹² El texto puede ser consultado en: *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, Santiago, 1995.

de Chile **Cristián Maturana Miquel, Raúl Núñez Ojeda y Juan Carlos Marín González**. El trabajo se realizó durante el curso académico 2006. Así las cosas, el trabajo se presentó al Ministerio de Justicia de Chile durante el mes de diciembre del mismo año.

Durante el curso académico 2007 comenzó la tercera fase del proceso de reforma. Efectivamente, con el borrador del articulado del nuevo Código Procesal Civil, este será nuevamente sometido a la discusión del Foro sobre la reforma procesal civil para su definitiva aprobación a fines del año 2007. Con este último trámite cumplido, se entregará al gobierno para que éste dé inicio a su tramitación ante el Congreso de la República.

3. Principios del nuevo sistema procesal civil

Una materia sensible es la fijación de unas bases que permitan estructurar un sistema procesal moderno en nuestro país. La ausencia de debate doctrinal en Chile sobre la crisis de nuestro enjuiciamiento civil sólo viene a complicar aun más una situación ya bastante compleja. Por ello, es necesario recurrir a la dogmática extranjera, en especial a la de la Europa continental, para poder estructurar nuestro discurso reformista.¹³

En este sentido la distinción entre principios y garantías es propia de la dogmática foránea. En nuestro campo, fue precisamente RAMOS MÉNDEZ¹⁴ quien primero utilizó esta distinción. Para el citado autor, los principios no dejan de ser simples criterios de organización de la tutela procesal no susceptibles de ser contitucionalizados en atención a su propia naturaleza.¹⁵

Entre los principios o criterios de organización de la tutela procesal, debemos analizar primero el binomio principio dispositivo versus principio de oficialidad. Ciertamente que en los juicios civiles el criterio que rige normalmente es el dispositivo, en cambio, en ámbito penal el que rige es el de oficialidad. El principio dispositivo es entendido por la dogmática como el derecho de las partes de

¹³ Sobre los principios del proceso civil en el sentido tradicional ver, entre otros ver: CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN, "La Constitución española y los principios rectores del proceso civil", *Principios Constitucionales en el proceso civil. Cuadernos de derecho judicial*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 139 y ss., y VÁZQUEZ SOTELLO, JOSÉ LUIS, "Los principios del proceso civil". *Justicia*, 1993, págs. 599 y ss.

¹⁴ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Sistema procesal español*, JM. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 25.

¹⁵ Si bien se encuentra fuera de la problemática central del artículo, no puedo dejar pasar la oportunidad de mostrar cómo se reafirma la concepción negativa del profesor WALDRON del fenómeno de la rematerialización del Derecho. Efectivamente, de acuerdo al autor neozelandés la constitucionalización de los antiguos principios lleva necesariamente a la pérdida de libertad del Parlamento en la deliberación sobre las distintas opciones políticas posibles, transformando la discusión en una falsa disputa técnica (WALDRON, JEREMY, *Law and Disagreement*, OUP, Oxford, 2001, págs. 23 y ss.).

disponer sobre la controversia jurídica, es decir, serán las partes quienes deben decidir si inician o no un juicio y determinan su objeto.¹⁶

El nuevo Código Procesal Civil debe estar inspirado en este principio, al igual que lo están los Códigos más modernos en Derecho comparado.¹⁷ Con todo, este principio o criterio de la organización procesal no es absoluto. El principio dispositivo primero se encuentra limitado a nivel del Derecho material. Por tanto, si se carece de la facultad de disposición jurídico-material, tampoco las partes procesalmente pueden disponer ilimitadamente sobre el objeto litigioso.

Una segunda morigeración del principio dispositivo viene dada por el deber que tiene el órgano jurisdiccional de esclarecimiento de los hechos sometidos a su decisión.¹⁸ Si bien es asunto de las partes la formulación de peticiones y el planteamiento de ellas, es deber del tribunal el esclarecimiento de los hechos y ello lo obliga a influir para que las partes planteen peticiones claras y conducentes.¹⁹

Finalmente, la última excepción al principio dispositivo debe venir dada por las reglas de dirección del proceso.²⁰ Ésta tiene lugar a través del impulso de oficio. Con esta terminología se denomina la puesta en marcha y mantenimiento del procedimiento. Efectivamente, el juez será el encargado de fijar la audiencia preliminar y la de prueba. En la dirección del proceso el tribunal debe posibilitar la sustanciación diligente del procedimiento, evitando las diligencias dilatorias e impertinentes y la prolongación indebida de las audiencias por la realización de diligencias reiterativas.

El segundo binomio es el principio de investigación de oficio y aportación de parte. También tradicionalmente se ha sostenido que el principio de aportación de parte es propio del proceso civil y el de investigación de oficio es propio del proceso penal. En el principio de aportación de parte la carga de la prueba y

¹⁶ En el mismo sentido: ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ, y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 479 y ss.; GRUNSKY, WOLFGANG, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1974, págs. 18 y ss.; GRUNSKY, WOLFGANG, op. cit., págs. 24 y ss.; LÜKE, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, CH. Beck, München, 2006, págs. 6 y ss, y MUSIELAK, HANS-JOACHIM, *Grundkurs ZPO*, CH. Beck, München, 2006, págs. 63 y ss.

¹⁷ En este sentido confrontar: Código General del Proceso de Uruguay, Ley de Enjuiciamiento Civil española, *Zivilprozessordnung* alemana, etc.

¹⁸ GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 29 y ss.

¹⁹ ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ, y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 480 y ss. En Alemania el profesor STÜRNER (STÜRNER, ROLF, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Mohr, Tübingen, 1977, págs. 6 y ss.) ha llegado a sostener que existe un deber general de esclarecimiento procesal que obligaría incluso a la parte que no soporta la carga de la prueba.

²⁰ Sobre la dirección del proceso ver: RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español*, op. cit., págs. 21 y ss.

la iniciativa de los actos de producción de prueba recaen sobre las partes, sin que se reconozca al tribunal facultades para intervenir en ella.²¹ El principio de aportación de parte descansa, fundamentalmente, en la autonomía de la voluntad particular.²²

En nuestra opinión, se debería seguir como regla general con el principio de aportación de parte en el proceso civil. El nuevo Código Procesal Civil debe apostar por este principio, ya que éste también garantiza una confiable averiguación de la verdad de las afirmaciones sobre hechos realizadas por las partes.²³ Efectivamente, como las partes persiguen intereses contrapuestos, van a controlar la relación de los hechos de la parte contraria e intentar rectificarla, en tanto contenga errores. Del principio de aportación de parte resultan algunas consecuencias esenciales, como que los hechos que no han sido presentados por las partes no pueden ser considerados por el tribunal en su decisión. Por otro lado, el tribunal debe fundar su decisión en todas las afirmaciones fácticas de una parte, admitidas por el contrario o no cuestionadas expresamente, sin examen ulterior.²⁴

Este principio también reconoce algunas limitaciones. La primera limitación, atiende al deber de esclarecimiento de los hechos que tiene el tribunal.²⁵ Efectivamente, éste debe incidir sobre las partes, en el sentido que ellas se expresen íntegramente sobre los hechos relevantes y formulen peticiones

²¹ ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 481 y ss.; GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit. págs. 27 y ss.; LÜKE, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 12 y ss. y MUSIELAK, HANS-JOACHIM, *Grundkurs ZPO*, op. cit., págs. 64 y ss.

²² Sobre la relación entre la voluntad y los actos procesales ver: FAZZALARI, ELIO, *Istituzioni di Diritto Processuale*, Cedam, Padova, 1996, págs. 356 y ss.

²³ Sobre el tema de la prueba de los hechos en el proceso civil consultar por todos: GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, *passim*, y TARUFFO, MIQUELE, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, *passim*. Sobre prueba y verdad confrontar, entre otros: FERRER BELTRÁN, JORDI, *Prueba y verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2003, *passim*, y DALBIGNAT-DEHARO, GAËLLE, *Verita Scientifique et Verita Judiciaire en Droit Privé*, L.G.D.J., Paris, 2004, *passim*.

²⁴ MANDRIOLI, CRISANTO, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Giappichelli, Torino, 2000, págs. 272 y ss.

²⁵ En cuanto a si la finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad de lo acaecido fuera del mismo, es un problema dogmático interesante. Para nosotros, el punto de partida que permite resolver el problema entre *prueba* y *verdad* de una proposición es la distinción entre “*ser verdadera*” y “*ser tenida por verdadera*”. Una proposición *p* es verdadera si, y sólo si se da el caso que *p*. Ésta es la clásica noción de verdad como correspondencia defendida entre otros por TARSKI (TARSKI, ALFRED, *Logic, Semantics, Metamathematics*, Hackett, Indianapolis, 1983, págs. 152 y ss.). Es decir, si se produce una correspondencia entre aquello que dice el enunciado y los hechos del mundo. Por tanto, la verdad de la proposición *p* que se menciona en el enunciado probatorio (*está probado que p*) no depende en absoluto de lo que decida el juez que emite el enunciado probatorio en su decisión. Tampoco depende de nada que haya podido suceder en el transcurso del proceso, ni de los medios de prueba aportados al mismo, etc. Depende única y exclusivamente de su correspondencia con el mundo: de que los hechos que *p* describe se hayan producido efectivamente.

conducentes.²⁶⁻²⁷ La segunda limitación es el deber de actuar con buena fe de las partes.²⁸ De acuerdo a este principio, las partes deben formular sus declaraciones sobre las circunstancias fácticas íntegramente y de acuerdo a la realidad de los hechos. Finalmente, la última limitación viene dada por la posibilidad del tribunal de realizar exámenes de oficio de los presupuestos procesales de existencia y validez,²⁹ puesto que el juicio siempre debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sin que sea dable esperar que se resuelvan en la sentencia definitiva la falta de presupuestos procesales o de vicios formales que impidan lograr aquel objetivo.³⁰

El siguiente binomio es el principio de oralidad versus el de escrituración. En sentido estricto, el principio de oralidad permite basar la resolución judicial

Lo que sí depende del juez que decide el caso es considerar a p como verdadera. Esto es, el juez puede tener a p por verdadera en su decisión, a la luz de los elementos de juicio aportados al caso judicial para probar la verdad de la proposición, e incorporarla como razonamiento decisorio, o no tenerla por verdadera. Vale la pena señalar que la decisión de no tener verdadera la proposición p no se debe confundir con la decisión de tenerla por falsa. Ésta es otra diferencia entre el valor de la verdad de p y el hecho de que sea tenida por verdadera por alguien. En el primer caso, sólo dos opciones son posibles: la proposición es verdadera o falsa. En el segundo, en cambio, existe una tercera posibilidad intermedia: puede considerarse a p como verdadera, como falsa ($no-p$) o no atribuirle valor de verdad. En este último caso es cuando no se dispone de elementos de juicio suficientes a favor ni en contra de la proposición p .

¿Cuál es la relación de lo antes señalado con la prueba jurídica? El problema puede verse de la siguiente manera: la finalidad de la prueba como institución jurídica es la que permite alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados en el proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición, entonces puede considerarse que la proposición está probada. En ese caso, el juez debe incorporarla a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera.

Un panorama completo sobre las teorías de la verdad en la filosofía contemporánea se puede consultar, entre otros: NICOLÁS, JUAN ANTONIO, y FRAPOLLÍ, MARÍA JOSÉ (Editores), *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1997, y VALDÉS VILLANUEVA, LUIS M., *En búsqueda del significado. Lecturas sobre filosofía del lenguaje*, Tecnos, Madrid, 1995. Finalmente, para profundizar nuestra opinión sobre el tema ver: NÚÑEZ OJEDA, RAÚL, "Los sistemas de valoración de la prueba en un proceso civil moderno", *Revista de Estudios de la Justicia*, Número 8, Santiago (en prensa).

²⁶ En especial debe inducirlo a completar las referencias fragmentarias de los hechos investigados y designar los medios de prueba.

²⁷ Para el Profesor GOTTWALD (GOTTWALD, PETER, "Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Massnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?", *Verhandlung des 61. Deutschen Juristentage*, Vol. 1, págs. A1 y ss.) las reformas procesales deben tender a fortalecer el procedimiento de primera instancia como un elemento fundamental. Así las cosas, la primera instancia se vería altamente favorecida cuando el legislador incorporase un deber procesal general de esclarecimiento, incluso para la parte que no es titular de la carga de la prueba.

²⁸ Sobre el tema de la buena fe procesal consultar: PICÓ I JUNOY, JOAN, *El principio de la buena fe procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 2003, *passim*.

²⁹ Sobre los presupuestos procesales consultar: GRUNSKY, WOLFGANG, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, op. cit., págs. 205 y ss.

³⁰ Sobre la teoría de los presupuestos procesales desde una perspectiva contemporánea, ver por todos: ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ, y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 618 y ss.



sólo en el material procesal y, en particular, de la prueba, aportados en forma oral. Como contrapartida, el principio de escrituración es aquel que permite al tribunal tomar en consideración para fundar su sentencia en un proceso, los datos deducidos o alegados por escrito.³¹ El principio de oralidad fue el que primero apareció en la historia de la humanidad. Efectivamente, la oralidad fue dominante en el Derecho romano clásico y en el Derecho germánico. Sólo a partir del siglo XII comenzó a imponerse en toda Europa la escrituración. Con todo, volvió a renacer el principio de oralidad a finales del siglo XIX al alero de la dogmática procesal centroeuropea.³² Fueron precisamente los profesores WACH³³ y KLEIN³⁴ quienes la plasmaron en dos cuerpos legislativos señeros, nos referimos a la Ordenanza Procesal Civil Alemana de 1877 y a la austriaca de 1885.

En palabras del Profesor TAVOLARI OLIVEROS³⁵ "(...) cuando se detiene la marcha a la búsqueda de un mejor régimen de comunicación procesal, y se repara en la finalidad del esfuerzo, surge un amplio espectro de submetas valiosas, dignas de consideración, todas las cuales se orientan al fin último de una mejor justicia: así, la celeridad; la inmediatez, en cuanto facilidad de formar la convicción del juzgador; la concentración; la dirección cabal del proceso por el juez, etc., constituyen todos valores menores que, no obstante, deben preservarse en la ordenación procedimental. Así las cosas, las posibilidades concretas de opción, en el establecimiento de los sistemas comunicacionales al interior del proceso no terminan siendo numerosas: o nos comunicamos oralmente, o lo hacemos por escrito, o buscamos una fórmula intermedia que importe la expresión oral y un registro posterior escrito".³⁶

En nuestro país es necesario hacer una opción decidida por la oralidad en el procedimiento civil. Efectivamente, la doctrina como la praxis de los sistemas procesales en Derecho comparado ha demostrado que los procedimientos orales son la solución más eficaz contra la excesiva duración del proceso civil. Con todo, la opción sería la estructuración de los procesos en base a audiencias

³¹ Desde finales del siglo XIX en Alemania se apostó por la oralidad en el ámbito del proceso civil. Prueba de ello son los manuales de la época que apuestan decididamente por la oralidad (Vg. SCHÖNKE, ADOLF, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1950, págs. 42 y ss.).

³² FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *Doctrina general del Derecho Procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 1990, págs. 395 y s.

³³ WACH, ADOLF, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil alemana*, Ejea, Buenos Aires, 1959, págs. 1 y ss.

³⁴ KLEIN, FRANZ, "Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprozessordnung)", *Materialien zu den neuer Civilprozessgesetzen*, Ministerium für Justiz, Wien, 1897, págs. 13 y ss.

³⁵ TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, "La oralidad en el proceso civil de América Latina", *El proceso en acción*, Libromar, 2000, pág. 313.

³⁶ TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, "La oralidad en el proceso civil de América Latina", op. cit., pág. 313.

orales, aunque se mantenga la escrituración en la fase de discusión.³⁷ Se revaloriza la oralidad, de modo que el proceso se constituye básicamente a través de audiencias, con asistencia del juez, ante el que se produce la prueba.³⁸

La opción por la oralidad necesariamente conlleva la asunción de sus consecuencias, a saber: la inmediación, la continuidad y la concentración. Por tanto, en la medida que el proceso es oral, necesariamente existirá una inmediación entre las partes y el tribunal.³⁹ Por otro lado, la oralidad necesariamente lleva a la continuidad y la concentración de actuaciones, ya que todas ellas deben desarrollarse sin interrupciones en el juicio oral.⁴⁰

El principio de publicidad es otro criterio de organización de la tutela procesal. Este principio también está estrechamente vinculado con el principio de oralidad. Un procedimiento oral puede hacerse públicamente accesible con mayor facilidad que un procedimiento escrito, en el que la publicidad es muy difícil de lograr. Esta forma de disponer de la actividad procesal persigue diversos objetivos:⁴¹ al ciudadano le permite que su causa sea vista a la luz pública. Respecto de la Administración de Justicia, se traduce en la oportunidad de que los justiciables vean por sí mismos cómo se gestiona el servicio de justicia en un Estado de Derecho.⁴²

El derecho a ser oído legalmente es otro de los principios que deben inspirar nuestra nueva legislación procesal civil. Este principio no es más que una manifestación de la garantía constitucional del debido proceso, consagrada en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política de la República.⁴³ Efectivamente, es propio de un procedimiento justo el otorgar oportunidades a las partes para expresarse. Así las cosas, se puede ver que el núcleo esencial del principio apunta a la obligación que recae sobre el tribunal de posibilitar a las

³⁷ Sobre las bondades de la oralidad en el proceso de reforma del Derecho Procesal Civil italiano ver: CONSOLLO, CLAUDIO, *Le tutele*, Cedam, Padova, 2003, págs. 3 y ss.

³⁸ Ver DENTI, VITTORIO, "La oralidad en la reforma de proceso civil", *Estudios de Derecho probatorio*, Valetta Ediciones, Buenos Aires, págs. 341 y ss.

³⁹ Sobre la inmediación consultar el trabajo clásico de la doctrina germana, aun cuando se refiere al proceso penal, de: GEPPERT, KLAUS, *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren*, De Gruyter, Berlin, 1979.

⁴⁰ Sobre el tema consultar: GRUNSKY, WOLFGANG, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, op. cit., págs. 213 y ss.

⁴¹ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Sistema procesal español*, op. cit., págs. 75 y ss.

⁴² Con todo, en la doctrina anglosajona se han realizado algunos estudios sobre los problemas de la publicidad de los juicios y la manera como evitarlos (JACONELLI, JOSEPH, *Open Justice. A Critique of the public Trial*, Oxford University Press, Oxford, 2002, *passim*).

⁴³ ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, *El principio del proceso debido*, op. cit., *passim*, VALLESPIN PÉREZ, DAVID, *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil*, op. cit., *passim*, y COMOLGLIO, LUIGI PAOLO, *Etica e tecnica del "giusto proceso"*, op. cit., *passim*.

partes la exposición de sus puntos de vista asumidos por ella en forma objetiva y en la extensión suficiente. Por tanto, las partes deben ser informadas sobre el procedimiento y expresiones de otros partícipes del mismo, tienen también derecho a vista de las actuaciones. Pero, por sobre todo, tienen derecho a expresar lo que estimen conveniente.⁴⁴

Fundamentalmente, en un nuevo sistema procesal civil debe darse siempre la oportunidad a las partes de manifestarse antes de que se dicte una resolución judicial.⁴⁵ Con todo, existen algunas excepciones al principio, sobre todo en el procedimiento monitorio, en las medidas provisionales y en la ejecución forzada, donde pueden disponerse medidas sin oír previamente al deudor. A pesar de esto, el derecho a ser oído legalmente no se ve afectado, ya que el fin de dichas medidas podría ser burlado por una audiencia previa al deudor. Además, el deudor tiene a su disposición todos los medios de impugnación para el control de las medidas tomadas en su contra, sede en que será escuchado por el tribunal.⁴⁶

Las anteriores características del modelo del nuevo sistema proyectado ponen de manifiesto la necesidad de que el juez adopte una posición activa dentro del proceso. Por tanto, lo que se persigue es que deje de ser un mero árbitro en la discusión entre los litigantes.⁴⁷ En este sentido, entendemos que el juez debería estar facultado para buscar las fuentes de prueba que no presenten las partes, pero con la limitación que ellos aparezcan de manifiesto de los antecedentes existentes en el proceso y debiendo ejercer esa actividad hasta el momento anterior a aquel en que la causa quede en estado de sentencia.⁴⁸

En cuanto a los medios de prueba y a los sistemas de apreciación de la misma, consideramos como apropiado la plena libertad de medios de prueba y su apreciación de acuerdo a las reglas de la sana crítica o de libre valoración de la prueba. Ciertamente que, en un mundo como en el que vivimos, en permanente evolución tecnológica, el limitar los medios de prueba a una

⁴⁴ CAROCCA PÉREZ, ALEX, *La garantía constitucional de la defensa procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 1995, *passim*.

⁴⁵ Es el llamado principio de contradicción. Consultar sobre el tema: GIMENO SENDRA, VICENTE, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 181 y ss.

⁴⁶ GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.* págs. 32 y ss.

⁴⁷ En un dictamen realizado por encargo del Ministerio de Justicia alemán, por los profesores PRÜTTING y HOMMERICH, publicado el 17 de mayo del 2006, se reconoce el avance que significó para el sistema procesal civil alemán la reforma del año 2002, que aumentó los poderes del juez en materia probatoria (www.bmj.bund.de).

⁴⁸ CONSOLO, CLAUDIO, *Le tutele*, *op. cit.*, págs. 91 y ss.

enumeración cerrada es un sinsentido.⁴⁹ Las partes deben tener plena libertad para utilizar todos los medios que estimen convenientes (siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico). Así las cosas, el Código debería regular sólo los clásicos medios de prueba y para los no previstos le corresponderá al tribunal determinar la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba con el cual presente una mayor analogía.⁵⁰

Respecto al sistema de apreciación de la prueba, consideramos que debe abandonarse la primacía que se contempla respecto del sistema de la prueba legal tasada. Efectivamente, es propio de todos los Códigos modernos el no utilizar el sistema de la prueba legal tasada y sustituirlo por el de valoración de acuerdo a las reglas de la sana crítica.⁵¹ El tribunal apreciará de manera libre la prueba, pero sin poder contradecir los principios de la lógica, de las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Por otro lado, se debe mantener el deber de motivación de las sentencias, con el objeto de que éstas puedan ser objeto de revisión por los tribunales superiores y así los tribunales cumplan con su deber de fundamentar adecuadamente el establecimiento de los hechos para demostrar que han alcanzado su convicción certeramente conforme al sistema de la sana crítica, sin perjuicio del efecto socializador que la sentencia bien fundada logra alcanzar dentro de la sociedad.⁵²

Un tema importante es el relativo a la valoración de instrumentos públicos en el nuevo sistema. Esta clase de instrumentos representan una excepción al sistema de libre valoración de la prueba en el caso de los contratos solemnes, puesto que debe validarse la regla consistente en que el contrato solemne se prueba por su solemnidad. Por otra parte, también deberá considerarse la exclusión de medios de prueba que contempla la legislación para acreditar determinados hechos, con el fin de precaver la comisión de fraudes con su rendición.

⁴⁹ Sobre la permanente evolución tecnológica y sus consecuencias negativas para la sociedad ver: BECK, ULRICH, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986, *passim*, y PERROW, CHARLES, *Normale Katastrophen. Die unvermeidbaren Risiken der Großtechnik*, Campus Verlag, Frankfurt, 1987, *passim*.

⁵⁰ Técnica similar a la empleada en el Código Procesal Penal de 2000.

⁵¹ Para un análisis de la evolución de los sistemas de valoración de la prueba desde una perspectiva histórica ver: WALTER, GERHARD, *Freie Beweiswürdigung*, Mohr, Tübingen, 1978, págs. 9 a 95.

⁵² Sobre la importancia del deber de motivación de las sentencias consultar, a modo indicativo: COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; IACOVIELLO, FRANCESCO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997; IGARTUA SALAVERRIA, JUAN, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, e ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Otro punto de mucho interés es el relativo a los recursos procesales.⁵³ En nuestra opinión, se debería avanzar hacia una supresión del sistema de la doble instancia.

Efectivamente, la existencia de la doble instancia es incompatible con la vigencia del principio de oralidad, inmediación, concentración y con el sistema de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica. En este sentido, no compartimos el criterio seguido por otras reformas de la justicia civil que, a pesar de haber establecido una tramitación de los juicios en base a audiencias, han mantenido la procedencia del recurso de apelación contra la sentencia definitiva (vg. España y su Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000).

En nuestra opinión, el recurso de nulidad (casación ampliada) es el único compatible con los principio de la oralidad, inmediación y concentración de actuaciones. La revisión de las cuestiones de hecho se obtendría a través del control del tribunal de nulidad (Cortes de Apelaciones o Corte Suprema) de la valoración de los hechos fijados por el tribunal de instancia.

Efectivamente, en un Estado moderno, democrático y deliberativo,⁵⁴ el sistema de valoración de la prueba debe ser el de libre valoración (*Freie Beweiswürdigung*). En la dogmática alemana contemporánea, se entiende que el sistema de libre valoración de la prueba (o sana crítica) actúa sobre la base de la convicción del juzgador que se forma a través del contenido global de los debates (fase de discusión) y del resultado de la eventual recepción de la prueba (fase de prueba).⁵⁵ Así, se entiende que esta fórmula tiene un doble contenido. Por un lado, ella expresa que todo lo que haya sido objeto del debate y de prueba es aprovechable en la sentencia (salvo que nos encontremos ante una *prohibición de producción de prueba que devengue en una prohibición de valoración de la misma*⁵⁶).⁵⁷ Por tanto, el aspecto positivo de la fórmula no acarrea problemas de comprensión.

⁵³ Sobre el sistema de recursos en un procedimiento civil moderno consultar, entre otros: GILLES, PETER, *Rechtsmittel im Zivilprozess*, Athenäum, Frankfurt, 1972, págs. 200 y ss. También consultar: ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ, y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 929 y ss; y GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit. págs. 186 y ss. Por España ver: RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, op. cit., págs. 477 y ss.; y GIMENO SENDRA, VICENTE, *Derecho procesal civil*, Colex, Madrid, 2004, págs. 551 y ss.

⁵⁴ HABERMAS, JÜRGEN, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1998, págs. 349 y ss.

⁵⁵ También se puede ver en Italia, aun cuando se refiere al proceso penal: NOBILI, MASSIMO, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 384.

⁵⁶ Sobre el tema de prohibición de producción de prueba y prohibición de valoración en el campo penal, consultar: DALLMEYER, JEANS, *Beweisführung im Strengbeweisverfahren*, BOD, Frankfurt, 2002, págs. 33 y ss, y JÄGER, CHRISTIAN, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote um Strafprozess*, CH. Beck, München, 2002, *passim*.

⁵⁷ WALTER, GERHARD, *Freie Beweiswürdigung*, op. cit., págs. 262 y ss.

No ocurre lo mismo con el llamado aspecto negativo de la fórmula, que sugiere que el juez, al formarse su convicción, solo debería utilizar aquello que fue objeto del debate. Por tanto, no podría aprovechar su "saber privado" (*Private Wissen*).

Esta limitación atiende, según la doctrina contemporánea,⁵⁸ a la imposibilidad psicológica de juzgar imparcialmente (objetiva) cuando uno mismo es testigo. Con todo, como sabemos, existe una excepción a la regla anteriormente señalada. Es decir, existen algunos casos en los cuales el saber privado del juez puede ser aprovechado, a saber: el *notorium factum*.⁵⁹ Para definir un hecho notorio debemos recurrir a la doctrina europea central. Para TOURNIER,⁶⁰ el fundamento de la excepción se encuentra en la economía procesal y se puede definir como notorio lo que el juez sabe o puede comprobar sin la menor dificultad, sea cual fuere su fuente, al menos fuera del proceso concreto.

Finalmente, uno de los límites más importantes que tiene el juez al fijar su convicción de acuerdo al debate y prueba rendida (mas allá de del tema antes mencionado de los hechos notorios) es el deber que pesa sobre el mismo de fundamentar su decisión. Efectivamente, frente a la pregunta de si es posible controlar el razonamiento que sigue un juez en un sistema de libre valoración de la prueba (o sana crítica), la respuesta no puede ser sino positiva. He ahí la importancia del deber de fundamentar las sentencias, ya que vía recurso de nulidad (forma y fondo), se puede revisar la determinación de los hechos que realizó el juez de instancia.

En el sistema de prueba legal tasada del Código de Procedimiento Civil chileno es muy fácil establecer cuándo el Tribunal de Casación puede entrar a valorar los hechos fijados por el juez de instancia, ya que sólo es necesario que éste no respete las normas reguladoras de la prueba, las que no son otras que aquellas que el legislador ha establecido al regular el valor probatorio de cada uno de los medios de prueba.

Pero en un sistema de libre valoración de la prueba (o sana crítica) al parecer podría ser mas difícil que en el supuesto anterior. En realidad, se trata de una mayor complejidad aparente. Efectivamente, el control en este caso se ejerce a través del razonamiento del juez. En la doctrina se distinguen tres

⁵⁸ WALTER, GERHARD, *Freie Beweiswürdigung*, op. cit., págs. 270 y ss.

⁵⁹ En la doctrina comparada la excepción es aceptada por todos, ver entre otros: STEIN, FRIEDRICH, *El conocimiento privado del juez*, CEURA, Madrid, 1990, págs. 133 y ss, y WALTER, GERHARD, *Freie Beweiswürdigung*, op. cit., págs. 271 y ss.

⁶⁰ TOURNIER, CLARA, *L'intime conviction du Juge*, PUF, Paris, 2003, págs. 247 y ss.

caminos para obtener el control sobre la convicción del juzgador, a saber: el llamado *argumento de consecuencia*, que se basa en el principio lógico de la no-contradicción y persigue que la decisión judicial no sea contradictoria, es decir que el tribunal sea consecuente en su razonamiento práctico; el llamado *argumento de totalidad*, en virtud del cual las pruebas deben explicar la totalidad de circunstancias sobre hechos que tienen importancia para la decisión; y el *argumento de coherencia*,⁶¹ que consiste en un test de probabilidad cuando no se dispone de una prueba directa mediante la observación inmediata. En este sentido, casi todas las disputas jurídicas se refieren a hechos ya acontecidos, y como ningún hecho del pasado es susceptible de prueba directa, la coherencia narrativa es un test de importancia en la justificación de las decisiones.⁶² En definitiva, la vulneración de las normas de las máximas de experiencia y de las reglas de la lógica importan la vulneración de una ley.

La observancia de las leyes del razonamiento no constituye un límite de la apreciación de la prueba, sino que es inmanente a ésta. En otras palabras, cuando se trata de la observancia de las leyes del razonamiento, no hay lugar para una apreciación, como tampoco lo hay en la observancia de las leyes de la naturaleza. Existe sólo una apreciación correcta, que es la que la ley natural o la del razonamiento ha establecido.⁶³ Sólo hay libertad de apreciación allí donde hay algo que puede ser de un modo diverso, o sea, cuando hay una alternativa. Si las leyes de la herencia genética nos dicen que es imposible que la persona X sea el padre de la criatura Y, no cabe apreciación de la prueba.

Finalmente, siempre será posible interponer un recurso de nulidad por infracción de garantías constitucionales de carácter procesal, alegando la violación del deber de fundamentación de la sentencias. En términos de la actual reglamentación procesal civil, se trataría de la vulneración del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil cuando se omiten algunos de los requisitos que de acuerdo al legislador debe tener una sentencia judicial, en especial, las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia (art. 768 número 5 CPC).

La existencia de una fase de ejecución en el juicio está subordinada esencialmente a la necesidad de una tutela judicial efectiva.⁶⁴ Poco importa obtener

⁶¹ MACCORMICK, NILS, "Coherente in The Legal Justification", *Theory of legal Science* (Ed. Roermund), Dordrech, 1984, págs. 48 a 55.

⁶² Por todos ver: GOTTWALD, PETER, *Die Revisioninstanz als Tatsacheninstanz*, Duncker und Humblot, Berlin, 1975, *passim*. Sobre la noción de sentencia defectuosa y de impugnación recursiva en Alemania ver: JAUERNIG, OTHMAR, *Das fehlerhafte Zivilurteil*, Klostermann, Frankfurt, 1958, págs. 3 y ss.

⁶³ DWORKING, RONALD, *Law's Empire*, Hart, London, 1986, págs. 225 y ss.

⁶⁴ Sobre los procesos de ejecución en la doctrina alemana consultar: ROSENBERG, LEO; GAUL, HANS y SCHILKEN, EBERHARD, *Zwangsvollstreckungsrecht*, CH. Beck, München, 1997, y PRÜTTING, HANNES, y STICKELBROCK, BARBARA, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Boorberg, München, 2002.

una resolución jurisdiccional favorable, si no se puede obtener una realización, o si no puede conseguirse el bien de la vida que el juicio ha reconocido. Sin ejecución el Derecho es algo que se esfuma en etéreas declaraciones o formulaciones más o menos afortunadas.

La principal crítica que presenta nuestro modelo de juicio ejecutivo es que en determinados supuestos se transforma en un juicio declarativo. Efectivamente, permite que en definitiva se pueda discutir sobre la validez o nulidad de la obligación.⁶⁵ Nuestro juicio ejecutivo debe tener una naturaleza exclusivamente ejecutiva para ser plenamente eficaz. Así las cosas, deben también limitarse de una manera decidida las posibles excepciones que pueden oponerse al título. Sólo de esa manera podremos tener un verdadero juicio ejecutivo.

La segunda modificación consiste en reducir los procedimientos ejecutivos que actualmente existen, a saber: procedimientos ejecutivos de obligaciones de dar, hacer y no hacer.⁶⁶ Reduciendo la ejecución a sólo dos tipos de procedimientos de ejecución, a saber: los que provienen de obligaciones dinerarias o no dinerarias. Esta reforma busca eliminar una peculiaridad de nuestro Derecho positivo, ya que es uno de los pocos países que reconoce la existencia de un juicio ejecutivo para obligaciones de no hacer que normalmente se resuelve en una obligación de hacer.

Sin embargo, creemos que una de las principales modificaciones que debería introducirse al juicio ejecutivo consistiría en radicar en el tribunal sólo las funciones de carácter jurisdiccional, entregándose a terceros todas las diligencias que no revisten semejante carácter, como son las relativas a la liquidación de bienes.⁶⁷

En consecuencia, todo el proceso de liquidación de bienes debe ser entregado a terceros y realizarse fuera del tribunal, no siendo posible concebir por ejemplo que los remates de cualquier especie se realicen o verifiquen por y ante el tribunal. Asimismo, la liquidación de los créditos debería ser realizada por personal que cuente con los conocimientos y programas computacionales que faciliten la realización de esa diligencia en forma centralizada incluso a nivel nacional, y los pagos deberían verificarse en forma centralizada conforme a la orden que se imparta por parte del tribunal, concentrándose todo lo que dice relación con el manejo de fondos en unidades administrativas, comunes a todos los tribunales de la ciudad y no en cada tribunal.

⁶⁵ Nos referimos a la hipótesis del artículo 464 número 14 del Código de Procedimiento Civil, que señala que una de las excepciones que se puede oponer al ejecutado es "la nulidad de la obligación".

⁶⁶ Esta es una de las notas características de nuestro sistema procesal civil. Efectivamente, no existe otro ordenamiento en que se divida el juicio ejecutivo en atención a su naturaleza.

⁶⁷ En este sentido se seguiría la tendencia de legislaciones como la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000.

Una novedad que consideramos importante es introducir en el Proyecto de nuevo Código Procesal Civil, la institución de la ejecución provisional.⁶⁸ La nueva regulación de la justicia civil debe representar una decidida opción por la confianza en la Administración de la Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considerar provisionalmente ejecutable, con razonables temperamento y limitaciones, la sentencia de condena dictada en ese grado jurisdiccional.

Así las cosas, hemos seguido, en términos generales, la estructura de la ejecución provisional alemana.⁶⁹ En primer término se enumerarán en la propia ley los supuestos o casos en que la ejecución se concede sin caución (ej. sentencias de allanamiento, sentencias dictadas en rebeldía, etc.). En segundo término, se establecerá una disposición general que señale que para que las demás sentencias se puedan ejecutar provisionalmente se requiere el otorgamiento de caución fijada por el juez que conoce de la causa. Con todo, si el acreedor no puede otorgar caución, o sólo lo puede hacer con un gran sacrificio de su parte, la sentencia será ejecutable provisionalmente a petición de parte, aun sin contar con la caución, cuando la suspensión de la ejecución pueda ocasionar al acreedor un daño difícil de reparar, evitar o que, en virtud de algún motivo especial, sea inequitativo para el acreedor, especialmente por ser la prestación de urgente necesidad para su nivel de vida o actividad laboral.

Es necesario regular la posible oposición del deudor a la ejecución. En estos casos el deudor o ejecutado podrá evitar la ejecución mediante una consignación o depósito de caución, siempre que el acreedor no hubiere otorgado caución antes de la ejecución. También el deudor podrá solicitar la tutela judicial en dos casos: 1) En los casos que la ejecución le ocasione al deudor un perjuicio irreparable, podrá solicitar al tribunal que se evite la ejecución mediante otorgamiento de caución o consignación sin atender a si sobre él pesa o no la obligación legal de prestarla; y 2) A petición del deudor la ejecución no debe ser concedida cuando se oponga a un interés prioritario del acreedor. En este caso el tribunal puede ordenar que la sentencia sea provisionalmente ejecutable con al otorgamiento de caución.

⁶⁸ En Alemania ver: VOGG, STEFAN, *Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollstreckbarkeit. Gemeinsamkeiten und Wertungswidersprüche*, Dunker, 1991, y SCHNEIDER, EGON, y HÖVEL, MARKUS, *Die Kostenentscheidung im Zivilurteil und Beschluss einschliesslich über die vorläufige Vollstreckbarkeit*, Vahalen, München, 1997. Monográficamente en España consultar, entre otros: PÉREZ GORDO, ALFONSO, *La ejecución provisional en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1973; CABALLOL ANGELATS, LLUIS, *La ejecución provisional en el proceso civil*, JM. Bosch, Barcelona, 1993; ARMENTA DEU, TERESA, *La ejecución provisional*, La ley, Madrid, 2000; y VELÁSQUEZ MARTÍN, MARÍA DE LOS ANGELES, *La ejecución provisional en el proceso civil en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dikynson, Madrid, 2003.

⁶⁹ Sobre el resultado de las últimas reforma en materia de ejecución provisional tener presente el trabajo de: KÖNIG, GERHARD, "Die vorläufige Vollstreckbarkeit nach der ZPO-Reform", NJW, 2003, págs. 1372 y ss.

Otra novedad que debe ser abordada por el nuevo sistema procesal civil es la introducción del llamado procedimiento monitorio. En el Derecho comparado el procedimiento monitorio (*Mahnverfahren*) tiene una importancia fundamental.⁷⁰ Efectivamente, en Alemania, Austria, Francia e Italia es posible constatar que más de tres cuartas partes de los procesos seguidos se solucionan a través de un proceso monitorio (un millón de procesos anuales en Austria, Francia e Italia, y con más de seis millones en Alemania). También es digno de destacar la importancia del procedimiento monitorio en un país de nuestro entorno cultural cercano. Efectivamente, nos estamos refiriendo al Uruguay, que emplea el procedimiento monitorio, con gran éxito, por más un siglo.

La gran ventaja del proceso monitorio consiste en constituir un medio insustituible para eliminar el proceso en aquellos supuestos en que ni exista un real conflicto jurídico, sino simplemente una resistencia injustificada del deudor a cumplir la obligación. Así las cosas, el proceso monitorio, más que un juicio propiamente tal, constituye un instrumento procesal para formar un título ejecutivo sin necesidad de contradictorio, en aquellos supuestos en que el deudor carezca de motivos para oponerse al cumplimiento de la obligación que le es reclamada. Resulta poco rentable obligar en dichos supuestos al demandante a formular un proceso y a proponer pruebas, y al órgano jurisdiccional a tramitar todo un proceso y dictar sentencia, siendo así que de antemano es previsible la real existencia de la deuda y la ausencia de motivos de oposición.⁷¹

Por tanto, el juicio ejecutivo responde a una lógica distinta de la del juicio monitorio. En efecto, mientras el proceso monitorio tiende a crear un título ejecutivo, el juicio ejecutivo pretende hacer efectivo un título ejecutivo ya existente; mientras el proceso monitorio produce plena cosa juzgada, el juicio ejecutivo sólo produce cosa juzgada respecto de las cuestiones realmente juzgadas o que pudieran juzgarse; mientras el proceso monitorio se resuelve en la inversión del contradictorio, el juicio ejecutivo con oposición produce la inversión de la carga de la prueba.⁷²

⁷⁰ Para consultar el estado de la discusión en la doctrina alemana ver: SELBMANN, RALF, *Das Mahnverfahren*, Haufe, Berlin, 2004, y SALTEN, UWE / GRÄVE, KARSTEN, *Gerichtliche Mahnverfahren und Zwangsvollstreckung*, Schmidt, Köln, 2005. Monográficamente, en España consultar, entre otros: GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADO, FAUSTINO, *El procedimiento monitorio. Estudio de Derecho comparado*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1972; LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, *El procedimiento monitorio civil*, Dikynson, Madrid, 1988; CORREA DELCASSO, JUAN PABLO, *El proceso monitorio*, JM. Bosch, Barcelona, 1998, y CORREA DELCASSO, JUAN PABLO, *El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

⁷¹ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, JM. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 58.

⁷² GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 225 y ss.; ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 1141 y ss, y ADOLPHSEN, JENS, *Zivilprozessrecht*, Nomos, 2006, págs. 271 y ss.

En cuanto a las condiciones que debe tener el procedimiento monitorio coincidimos con el profesor SERRA DOMÍNGUEZ:⁷³

- a) Se debe partir de la base que el procedimiento monitorio tiende a eliminar el proceso jurisdiccional. Es por ello que el escrito que inicia el procedimiento monitorio debe ser sencillo, siendo aconsejable incluso prescindir de la intervención de abogados, ya que únicamente se pretende requerir al deudor para que efectúe el pago de la deuda. Con todo, la presencia de abogados será necesaria tanto en los supuestos de formularse la oposición al juicio monitorio, cuanto en el momento de ejecutarse el mandamiento de pago librado por el tribunal.
- b) Para el éxito del monitorio es indispensable que el deudor tenga pleno conocimiento de la existencia de la reclamación y que le sea imputable el no haberse defendido frente a la misma. Así las cosas, esto entronca con otra reforma a que ya se había hecho mención. Nos referimos a la necesidad de reformar los obsoletos medios de comunicación que nuestro actual proceso civil presenta. Todo ello con el objetivo principal de garantizar que efectivamente el requerimiento de pago se efectúe en la persona del deudor.

Finalmente, tratándose de los procedimientos no contenciosos (voluntarios) estimamos que deberían ser entregados al conocimiento de órganos administrativos o auxiliares de la administración de justicia, contemplándose la intervención del órgano jurisdiccional sólo en caso que fuere ello absolutamente indispensable, como acontecería si surge una oposición durante la tramitación.⁷⁴ Esta tendencia es la que se ha seguido por el legislador en temas tan trascendentes como la posesión efectiva intestada, y no vemos la razón por la cual no podría seguirse el mismo criterio en asuntos aun de menor trascendencia.

⁷³ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, op. cit., págs. 58 y ss.

⁷⁴ Esta solución tiene su punto de partida en un razonamiento desde el prisma del análisis económico del Derecho. Efectivamente, el problema de la sobrecarga de trabajo de los tribunales de justicia sólo genera un malestar en el usuario del sistema y un aumento de los costos del sistema judicial. Frente a ello, no basta sólo con aumentar la inversión estatal en el sistema procesal. La solución es desviar una parte de las tareas que no le son propias (gestiones voluntarias tiene una naturaleza administrativa) a otros entes públicos o privados (POSNER, RICHARD A., *Análisis económico del Derecho*, FCE, México, 1998, págs. 543 y ss.).

El procedimiento monitorio civil*

Héctor Oberg Yáñez

Profesor Titular de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

El anteproyecto del Código Procesal Civil que fuera entregado al Ministerio de Justicia un 19 de diciembre de 2006, elaborado por el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, y que reconoce la participación de un trabajo previo por parte de diversas personas vinculadas al quehacer jurídico, contempla en su Libro IV Título III el denominado procedimiento monitorio, y que se regula entre los arts. 506 a 514. Al decir de la exposición de motivos, él se "incorpora como procedimiento nuevo a nuestro sistema procesal civil, puesto que su aplicación en el derecho comparado nos ha convencido de su utilidad práctica".

Recordemos que este tipo de procedimiento ya existe en el Código Procesal Penal (art. 392) y en materia laboral, de modo tal que esta denominación no nos debe ser extraña. En España abogó en su momento por la incorporación de este tipo de procedimiento a su quehacer jurídico don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (*Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 162, pág. 736-737), quien estimó de "imperiosa necesidad" introducirlo, pues "absorbería una cifra exorbitante de procesos", siendo lo más racional "encajarlo dentro del juicio ejecutivo en atención a la función predominantemente ejecutiva que cumple". A la postre se ha incorporado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española recién el año 2000. También en el derecho extranjero hay que mencionar a Piero Calamandrei, con su obra clásica sobre la materia: *El procedimiento mo-*

* Fuentes:

- *Anteproyecto Código Procesal Civil*. U. de Chile. Facultad de Derecho. 2006.
- *El procedimiento monitorio*: Piero Calamandrei. 1946.
- *El procedimiento monitorio civil*: Antonio M^a Lorca Navarrete. 1988.
- *Breves comentarios sobre el llamado proceso monitorio*: Rafael Balbuena Tébar. 1999.
- *Ley de Enjuiciamiento Civil* (España) 2000.
- *El proceso monitorio*: Domingo Kokisch M. 2002.
- *Proceso monitorio*: Karina Bernal Aveiro, XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza. 2005.
- *Justicia civil y comercial: Una reforma pendiente* (varios autores). 2006.

monitorio". No obstante, es útil conocer algo de la razón de su denominación, que aún sueña extraña a nuestros oídos. La palabra monitorio deriva de la voz monición, que significa intimación o advertencia. También se le conoce con el nombre de inyunción, que deriva del verbo latino *iniungere*, que significa prevenir, mandar, imponer. De esta suerte el proceso monitorio consiste en una intimación judicial a petición del solicitante, requirente o actor al deudor para que pague. La intimación la emite el órgano jurisdiccional sin oír al requerido o demandado. Este proceso monitorio es una especie de los denominados procesos acelerados.

Dar una definición acabada de proceso monitorio no es sencillo, por la variedad de formas existentes. En el derecho comparado europeo existen y coexisten variedades de formas monitorias que pueden considerarse de la siguiente manera:

1. Modelos bases de tradición monitoria son Alemania e Italia;
2. Modelos bases derivados son Suiza y Austria;
3. Modelos de recepción tardía son Bélgica, Francia, Grecia, Portugal, España, Luxemburgo;
4. Modelos con procesos similares que desempeñan en la práctica una función monitoria, son los países escandinavos, Gran Bretaña, Holanda.

Por consiguiente, es mejor hablar de formas monitorias, lo que permite una mejor descripción sobre la base de la estructura, técnica y objetivos de la "monición", sin insuficiencias y/o errores conceptuales.

Consiste, entonces, este proceso monitorio en una intimación judicial a petición del solicitante, requirente o actor al deudor, y dicha intimación la emite el órgano jurisdiccional sin oír al requerido o demandado, pudiéndose exigir o no una acreditación de la pretensión que se hace valer. En otras palabras, el órgano jurisdiccional no se pronuncia sobre el mérito y la fundabilidad de lo requerido, sólo si existe oposición se habilitará una etapa probatoria y de conocimiento pleno de mérito. Luego, el proceso monitorio es un proceso de conocimiento –no de ejecución– que se caracteriza por su estructura abreviada y por el hecho de que la sentencia sobre el fondo se dicta sin escuchar al demandado.

A la postre, a la conquista de un título ejecutivo está prácticamente dirigido, en muchos casos, el proceso de cognición. La cognición tiene solo un fin preparatorio e instrumental, en cuanto la misma sirve para construir un título ejecutivo, pero el fin último es la ejecución. La cognición sirve de preparación y de premisa a la ejecución. La fase de cognición se puede definir como aquella etapa del proceso en que se construye el título ejecutivo, y nada obsta para

que ella (la cognición) pueda ser reducida, o aun omitida del todo, siempre y cuando el ordenamiento jurídico ofrezca para obtener un título ejecutivo medios más expeditos y más económicos que el proceso ordinario de cognición, lento, complicado y dispendioso.

Es la inercia del deudor combinada con la actividad del acreedor, el silencio de aquél frente a la afirmación de éste, lo que constituye la base lógica y jurídica de la declaración de certeza contenida en el procedimiento monitorio.

El núcleo del proceso monitorio y su éxito dependen de la técnica del *secundum eventum contradictionis*. Esto es, el silencio del requerido es tomado ya como confesión, ya como allanamiento y/o reconocimiento tácito de la pretensión del solicitante/actor. Ambas posibilidades se corresponden en los sistemas existentes con las rebeldías o contumacia en los ordenamientos jurídicos europeos: la rebeldía es considerada una confesión tácita (*ficta confessio*) o como un reconocimiento (*ficta litis contestatio*).

Siguiendo a Álvaro Pérez-Ragone, las formas monitorias pertenecen a los procesos simplificados teniendo por: 1) objetivo el otorgamiento de un título ejecutivo judicial (sentencia monitoria) en forma rápida, económica y con escasa participación del órgano jurisdiccional; 2) mediante una previa intimación de pago judicial; 3) contra la cual el requerido no haya ofrecido oposición oportuna y suficiente; y sólo en caso de oposición se puede pasar a un proceso contradictorio de conocimiento.

La técnica monitoria debe respetar determinados parámetros para salvaguardar el debido proceso, principalmente la notificación fehaciente, la comunicación adecuada al requerido, advirtiéndole sobre las consecuencias de su inacción en determinado plazo y forma, como facilitarle la contestación, y en su caso la posibilidad de que pueda concretar el acto de oposición. El derecho de defensa se garantiza brindándole la oportunidad para ser oído y oponerse. No habría tampoco objeciones desde el punto de vista del debido proceso para impedir que esa orden de pago y el silencio del requerido justifiquen la sentencia monitoria de ejecución, inmediatamente o en forma diferida.

Empero, no debe confundirse la posibilidad de la contradicción (*secundum eventum contradictionis*) con los atisbos de cuestión probatoria alguna (*secundum eventum probationis*), pues la prueba supone hechos controvertidos y ellos no pertenecen al proceso monitorio, dado que éste por su naturaleza carece de controversia.

Como todo procedimiento el monitorio presenta ciertas características que pueden resumirse en las siguientes:

1. El proceso monitorio no se basa en el requisito de urgencia (*periculum in mora*) o en la verosimilitud del derecho (*fumus bonis juris*). No pertenece a los denominados procesos de urgencia (medidas cautelares o medidas autosatisfactivas).
2. No es un proceso de ejecución ni se confunde o debe confundirse con éste. El monitorio, en su caso, es el pórtico a la ejecución, no la ejecución misma.
3. No existe una forma única de proceso monitorio.
4. No cabe confundir la técnica monitoria con la condena con reserva.
5. Las formas monitorias tienen elementos esenciales que les caracterizan y diferencian, como son: una técnica o modo de funcionamiento y una estructura procedimental propias.
6. Igualmente pueden existir otros elementos (accidentales) que permiten predicar la existencia de variedades de formas monitorias. Ellos no afectan a su esencia, sino más bien influyen en su funcionalidad. Por ejemplo, si se requiere prueba documental, si es necesaria una cognición judicial sumaria, si es informatizado o no, qué tipos de pretensiones pueden hacerse valer, si está estructurado en una o más fases de requerimiento de pago, etc.
7. Hay una inversión de la iniciativa del contradictorio, esto es, se hace pasar del actor al demandado la iniciativa del contradictorio. Dejemos en claro que no todos los autores concuerdan con lo anotado. Efectivamente, Carnelutti opina que el carácter fundamental del procedimiento monitorio consiste en la eventualidad del contradictorio, a lo cual retruca Calamandrei que lo típico de este procedimiento está en el desplazamiento de la iniciativa del actor al demandado, y es aquél la causa de la eventualidad.

En fin, y como dice Antonio María Lorca Navarrete, “la idea directriz e inspiradora de la implantación de la técnica monitoria debiera ser la siguiente: se acude al procedimiento monitorio porque se tiene la certeza de que el deudor no discutirá la deuda (no se opondrá) o en todo caso los riesgos de oposición van a ser mínimos, lo que, en fin, ha de suponer rapidez y celeridad en el acceso a la ejecución”.

Dejando de lado estas disquisiciones, ¿qué es lo que señala el anteproyecto del Código Procesal Civil sobre esta materia? Se comienza por establecer (art. 506) el tribunal competente para conocer de este asunto, señalando que lo será “el juez de primera instancia de la comuna” del domicilio o residencia del

deudor si es conocido, o en caso contrario el del lugar donde el deudor pueda ser hallado "a efectos del requerimiento de pago por el tribunal", no teniendo lugar la prórroga de competencia. Como observaciones que es posible efectuar a esta norma, cabe precisar, a nuestro entender, que la referencia al juez de primera instancia no cabe ser considerada en nuestro sistema, pues fuera de los jueces de letras civiles no hay otros en la jerarquía que sean inferiores a ellos. Por consiguiente el alcance en cuestión no tiene razón de ser. Basta que se diga que el juez de letras civil competente será el del domicilio o residencia o el del lugar donde se ubique al deudor. Además, no se indica en este Título III la naturaleza procesal de este procedimiento, en otras palabras, si se está ante un asunto contencioso o no contencioso, lo que importa por los efectos que trae aparejados cada una de esas clasificaciones. Sin embargo, y teniendo en cuenta lo prescrito en el art. 514, que alude al procedimiento posterior a la oposición, es posible concluir que se está ante un asunto contencioso toda vez que cualquiera de las partes podrá "iniciar ante el mismo tribunal ante el cual se sustanció el monitorio el procedimiento ordinario que corresponda ...". Y un defecto de simple redacción es el contenido en la expresión "...a efectos del requerimiento de pago por el tribunal", pues no es el tribunal quien practica el requerimiento, él sólo dispone tal requerimiento, siendo el respectivo ministro de fe el encargado de llevar a cabo tal diligencia.

Si bien se establece la improcedencia de la prórroga de competencia en forma expresa, es lo cierto que la propia ley en este artículo (514) la está autorizando, al permitir iniciar el juicio ordinario del caso ante el mismo tribunal que ya conoció del procedimiento monitorio a cualquiera de las partes que intervinieron en él.

Cuidan nuestros anteproyectistas de establecer el campo (ellos dicen ámbito) de aplicación de este procedimiento monitorio, estableciendo los requisitos para reclamar el pago de deudas. En efecto, éstas deben:

- a) Consistir en una cantidad líquida de dinero efectivo, expresada en moneda nacional.
- b) Estar vencidas y ser actualmente exigibles.
- c) No exceder en su total de 100 UTM
- d) No deben estar prescritas.

Estas exigencias nos merecen las siguientes observaciones:

Lo adecuado sería indicar que lo perseguido es el "pago de obligaciones que cumplan ...", pues la deuda es una obligación. Por otra parte, la exigencia de no estar prescrita la deuda no valdría la pena considerarla, ya que es sabido que este modo de extinguir obligaciones hay que alegarlo, y justamente el

deudor al formular su oposición puede sustentarse en ella. Asimismo, la doctrina ha manifestado que en este tipo de procedimiento el juez no emite ningún pronunciamiento referido al fondo del asunto que se contiene en este procedimiento. Y justamente el anteproyecto requiere tal pronunciamiento, que va a impedir que con posterioridad pueda incoarse un procedimiento ordinario persiguiendo la declaración de la obligación. Será un juicio que nace perdido por la existencia de la cosa juzgada.

Entendemos, por otra parte, que aquella exigencia de tratarse de una cantidad líquida de dinero efectivo –¿hay acaso otro tipo de dinero que no tenga el carácter de efectivo?– también se cumple siguiendo lo señalado en el art. 116 inc. 2° del C.O.T., vale decir, que tratándose de obligaciones en moneda extranjera se podrá acompañar un certificado de un banco que exprese en moneda nacional la equivalencia de la moneda extranjera. Finalmente, se fija un límite a la cuantía de lo adeudado en 100 UTM para utilizar este procedimiento, y que en el evento de no prosperar esta gestión puede originar un procedimiento declarativo ordinario que se sujetará en su tramitación a las disposiciones del procedimiento sumario (arts. 514 inc. 3°, 382 N° 14). Sobre este último aspecto, nada se dice si el acreedor podrá parcelar la deuda a cobrar, limitándola al monto señalado legalmente si ella excede del mismo. La respuesta ha de ser negativa, pues no hay que olvidar que se está en presencia de un factor de competencia absoluta, cual es la cuantía, y que en tal carácter no es susceptible de ser modificada, alterada o dejada sin efecto por la mera voluntad del peticionario afectado, al considerársele como una norma de derecho público, y por ende irrenunciable. Por lo demás, el art. 509 del anteproyecto en su N° 2 lo dispone expresamente al sostener que “la petición inicial será desestimada 2. Cuando el requerimiento de pago no pueda ser emitido por la totalidad de la deuda”.

La apostilla del art. 508 se intitula como “petición inicial” (pese a que en el art. 35 inc. 2° letra a) se habla de “demanda monitoria”), lo que está de acuerdo con este procedimiento en el que no se habla doctrinariamente de demanda en el sentido que normalmente le otorga el derecho procesal a este vocablo, y no obstante lo cual a reglón seguido indica que “el requerimiento de pago deberá contener:”, lo que es abiertamente una impropiedad, toda vez que el requerimiento en referencia es una resolución judicial que emana del órgano jurisdiccional. Lo que en realidad se quiere significar es que la mencionada petición inicial debe ajustarse en su presentación a los datos que esta norma señala, esto es, la individualización tanto del presunto acreedor como del posible deudor, el origen y cuantía de la deuda, y algo fundamental como es que se decrete la orden de requerir de pago al deudor para que pague en el plazo de quince días la cantidad reclamada, más intereses y costas, bajo apercibimiento de si así no lo hiciere o no dé razones por escrito para no hacerlo,

se decrete el embargo de bienes suficientes del deudor para solucionar tales valores. Por último, la solicitud respectiva debe estar firmada por el peticionario, dejándose constancia que “no será necesaria la representación de abogado para presentar la petición inicial, pero en caso de valerse de tal profesional, deberá designarse en la forma prevista en el art. 35” (la referencia es errónea, pues es el art. 36 el que establece la forma de designar apoderado). Si bien se expresa entonces que la constitución de mandatario es facultativa, nada se dice sobre la obligación de constituir un abogado patrocinante, por lo cual hay que entender que opera en su integridad la obligación de llevar a cabo tal designación contenida en el art. 1° de la Ley 18.120, sobre comparecencia de las partes en juicio (que no está de más recordar) que a la letra manifiesta: “La primera presentación de cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, deberá ser patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión”, quien por lo demás podrá “tomar la representación de su patrocinado en cualquiera de las actuaciones, gestiones o trámites de las diversas instancias del juicio o asunto”.

Esta petición iniciadora del procedimiento monitorio debe ser desestimada ab initio si no cumple con los requisitos que se han reseñado con anterioridad (art.509), o bien cuando el requerimiento de pago no pueda disponerse por la totalidad de la deuda. Esta resolución desestimatoria sólo es factible de ser impugnada por un recurso de reposición, y agrega inoficiosamente la norma “ante el mismo tribunal”, como si este recurso pudiera hacerse valer ante un tribunal diferente. En este caso, como en otros, hay poca diligencia, cuidado y falta de conocimiento de los autores del anteproyecto. Si el defecto que motivó el rechazo es subsanable, el acreedor puede formular un nuevo procedimiento monitorio subsanados que sean los defectos. Al respecto nada dice si el nuevo procedimiento se seguirá en la misma pieza de autos, o tendrá que ventilarse en forma independiente de lo obrado con anterioridad. Empero, al manifestarse “que el acreedor incoe un nuevo procedimiento” se está diciendo que es preciso iniciar todo de nuevo. Incluso el verbo incoar significa “comenzar una cosa, llevar a cabo los primeros trámites de un proceso, pleito, expediente o alguna otra actuación oficial”; luego, no podría utilizarse lo ya obrado que se desestimó, dado que no se daría comienzo al procedimiento novel, o no se llevarían a cabo los primeros trámites. Se presenta una situación distinta a los efectos que se derivan de una excepción dilatoria que es aceptada por el tribunal y que no sea de efectos permanentes.

En cuanto al requerimiento de pago en sí, también debe ajustarse a las exigencias previstas en el art. 510, pero su cumplimiento no es algo que se produzca ipso facto, sino que el juez en forma previa debe efectuar una evaluación para determinar si “el cobro de la deuda” es “razonablemente justificado”. Otra vez

nos encontramos que en este asunto el juez emite un pronunciamiento sobre el fondo del mismo, no debiendo hacerlo, toda vez que ese aspecto podrá hacerlo valer el deudor si decide formular oposición. Por otra parte, la resolución denegatoria del juez lo inhabilita para conocer de un nuevo procedimiento, más aún cuando su naturaleza procesal es una sentencia interlocutoria que pone fin a la gestión o hace imposible su prosecución; y pese a que no se establece ningún recurso en su contra, será posible apelarla según el art. 346 del anteproyecto lo indica, que es de aplicación supletoria.

El requerimiento deberá contener (art.510):

- 1) La advertencia que el tribunal no ha examinado la justificación de la deuda antes de despachar el requerimiento de pago. No se entiende esta advertencia, cuando justamente el mismo artículo en su parte inicial, precisa que el juez despachará el requerimiento de pago si “estima como razonablemente justificado el cobro de la deuda”. En consecuencia, será necesario que en el texto definitivo de este Código se salve esta incompatibilidad, demostrativa de la escasa acucia de los autores.
- 2) La orden para que en el plazo de 15 días, contados desde la notificación del requerimiento, pague lo adeudado, intereses y gastos, acreditándolo ante el tribunal; o bien formule su oposición.
- 3) La advertencia que si no presenta oposición o si ella se rechaza por el tribunal, se despachará mandamiento de ejecución y embargo. Un par de alcances a este requisito: Uno, no se considera la posibilidad del no pago de la deuda. Por ende, debió decir si no se presenta oposición o ésta es rechazada o no se acredita el pago de la deuda se despachará mandamiento. Un segundo alcance: y para ser consecuente con la naturaleza de este procedimiento, debe dejarse establecido que el rechazo a la oposición sólo puede fundarse en la medida que ésta sea extemporánea. Considerar otra circunstancia es entrar a emitir juicio sobre el fondo del asunto, lo que obstaría a iniciar un nuevo procedimiento por la razón que hemos anotado con anterioridad.

Este requerimiento se notificará en forma personal al deudor, ciñéndose a lo dispuesto en el art. 85 del anteproyecto, que es la repetición del actual 38 del Código de Procedimiento Civil, y que como efectos –se expresa en el inc. 2º del art. 511– producirá la interrupción de la prescripción y dará lugar a la litis pendencia. Sobre este último aspecto, cabe observar que no existiendo un juicio sobre la materia, mal puede producirse una litis pendencia. En este artículo llama la atención su inc. 1º por su mala redacción, que es del siguiente tenor: “El requerimiento de pago se notificará de oficio por el Tribunal en forma personal al deudor requerido”, desde luego, el inciso tercero ya anota



que la notificación del requerimiento es personal y las notificaciones, se sabe, las practica un ministro de fe de los que autoriza la ley y no “por el tribunal”; el cual en el mejor de los casos ejercerá su facultad oficiosa para disponer que esta comunicación se lleve a cabo por quien corresponda en forma legal. La función que le asigna este anteproyecto al tribunal en esta materia le es totalmente ajena. Pero hay más, se habla de “deudor requerido” cuando realmente el deudor hasta ese instante no tiene tal calidad, pues aún no ha sido notificado del requerimiento.

En lo que atañe a la oposición (art. 513) que puede presentar el deudor, ella debe ser por escrito y firmada por abogado habilitado, lo que constituye una discriminación procesal, ya que el acreedor no precisa de tal exigencia. El término de 15 días existente que tiene el deudor para oponerse, se aumenta conforme a la tabla de emplazamiento en la forma que ya nos es conocida, y que se cuenta desde la notificación del requerimiento de pago. La oposición en sí puede referirse a la totalidad o a una parte de la deuda, señalando las razones justificativas de sus alegaciones y que, a su juicio, impidan despachar mandamiento de ejecución en su contra. Estos motivos, razones o alegaciones que se anotan en la oposición, no son vinculantes para el eventual proceso declarativo ordinario que pueda llevarse a cabo posteriormente.

Formulada la oposición en tiempo y forma por el deudor, se pone término al proceso monitorio (art. 514). Habrá que entender (no lo dice esta norma) que el juez dictará una resolución sobre el punto, dejando establecida la existencia de la oposición, la que se notificará por el estado diario a las partes, no procediendo recurso alguno en su contra, salvo el de reposición, que se sujetará a las disposiciones del art. 341 y siguientes del anteproyecto. Ahora, si el deudor no presenta oposición, o es rechazada por el juez por no cumplir con algún requisito de forma o por ser extemporánea, se dictará de oficio mandamiento de ejecución y embargo por los valores adeudados. Termina así el procedimiento monitorio y se da inicio a un juicio ejecutivo.

El anteproyecto en examen inserta, como se ha dicho, este proceso monitorio civil en nuestra legislación procesal, porque “su aplicación en el derecho comparado nos ha convencido (a los autores) de su utilidad práctica”. En verdad a este escribiente no le sucede lo mismo, y, muy por el contrario, considera que este llamado procedimiento monitorio está totalmente de más, no siendo un buen argumento que en el derecho comparado haya tenido éxito. Nuestro Código de Procedimiento Civil desde su vigencia (así como en el Proyecto de 1893) contempla una forma eficaz, rápida y expedita para obtener un título ejecutivo y lograr el pago de la o las prestaciones adeudadas. Es cierto que tales diligencias no están rotuladas como “procedimiento monitorio”, sino que llevan una denominación más prosaica, como es la de “gestiones preparatorias

de la vía ejecutiva”, pero no por eso menos efectiva, y que se traducen en el reconocimiento de firma y en la confesión de deuda, diligencias que por su simpleza y sumariedad son mucho más eficientes que todo el procedimiento regulado en el anteproyecto para lograr el mismo objetivo: obtener un título ejecutivo. Reconozcamos, entonces, a los redactores de nuestra legislación procesal civil su visión al incorporar esta materia a ella y que hace innecesario en nuestro país este procedimiento monitorio. Las cosas son lo que su naturaleza establece que sean, y no aquello que indica su denominación.

Importancia de las técnicas de negociación en el nuevo proceso penal

Boris Fiegelist Venturelli

Profesor de Resolución Alternativa de Conflictos

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN

Introducción

Hasta antes del inicio de la implementación de la nueva reforma procesal penal, existía consenso sobre el hecho de que los procedimientos penales eran uno de los campos en que no resultaba factible utilizar las técnicas alternativas de resolución de conflictos en virtud del principio de la legalidad propio del sistema inquisitivo que imperaba en el antiguo proceso penal, ya que una vez ejercida la acción penal pública no era posible extinguirla mediante un acuerdo entre la víctima y el ofensor.

Si bien con la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal, a lo menos en teoría, la situación antes descrita cambió radicalmente. En la práctica, se puede apreciar que todavía sus diversos actores no le han dado a la resolución alternativa de disputas, y especialmente a las técnicas de negociación, la importancia que realmente tienen en el desarrollo y eficacia del actual proceso penal. En el campo académico, la afirmación antes expuesta se manifiesta por el hecho de que los programas de capacitación que en nuestro país se han desarrollado en la materia han puesto su acento en la enseñanza de destrezas de litigación oral y en los aspectos procesales y orgánicos involucrados en esta trascendental reforma. No obstante, curiosamente, se ha omitido en los mismos la instrucción sobre destrezas tales como la negociación.

El presente trabajo tiene por objeto exponer la importancia que puede tener el adecuado manejo de técnicas de negociación en el desempeño y eficiencia de los distintos intervinientes en el proceso penal, y que la utilización de los mecanismos de solución alternativa de conflictos son parte esencial del diseño del sistema acusatorio en que se funda la nueva reforma, y no son simplemente un mecanismo accesorio.

Para alcanzar los objetivos antes descritos resulta esencial descubrir de manera previa cuáles han sido las razones por las que en nuestro medio jurídico no se les ha dado la importancia que merecen a los mecanismos alternativos de resolución de controversias en el contexto de la implementación de la reforma procesal penal.

Causas de la falta de interés en las técnicas alternativas de resolución de conflicto en materia penal

Tal como se indicó en la introducción, es a lo menos extraño que quienes se han dedicado a estudiar y enseñar sobre el nuevo proceso penal en Chile hayan prácticamente pasado por alto la relevancia que para su eficiencia tiene el adecuado uso de las técnicas alternativas de solución de disputas. Esta falta de interés puede ser explicada por múltiples causas, las que trataremos de enunciar brevemente agrupándolas en las siguientes categorías:

1) *Desconocimiento de la resolución alternativa de conflictos en el medio jurídico:* A pesar de que la solución alternativa de controversias en el derecho comparado es una disciplina que ha sido estudiada y aplicada por largo tiempo,¹ en Chile, es una temática de muy reciente desarrollo, que ha sido liderado más por las escuelas de psicología y de trabajo social, que por las escuelas de derecho. Prueba de lo anterior, es que hasta el año 2003 la negociación y la mediación, prácticamente, no se encontraban presentes como asignaturas dentro de los planes de estudio de casi la totalidad de las escuelas de derecho, ni siquiera como una asignatura electiva.² Si bien, en la actualidad, esa situación se ha revertido parcialmente, todavía es posible percibir en muchos abogados litigantes y profesores de derecho una desconfianza hacia la utilidad del aprendizaje y uso de las técnicas de negociación y mediación, ya que existe el estereotipo de que la aplicación de la resolución alternativa de disputas se circunscribe a los conflictos de carácter familiar y que el uso de técnicas como la mediación podría significar una amenaza para el ejercicio de la profesión de abogado.

2) *Aplicación de un estilo competitivo de negociación:* Usualmente, tanto dentro del medio jurídico, como entre los usuarios de los servicios legales, se piensa que un estilo confrontacional y agresivo, en el que las únicas opciones son obtener

¹ Así por ejemplo, en los Estados Unidos la mediación en materia laboral es utilizada desde comienzos del siglo XX y ya en el año 1947 el Congreso de los Estados Unidos crea el Servicio Federal de Mediación y Conciliación. Por su parte, a fines de la década del sesenta su aplicación comienza a extenderse a otras áreas, como el derecho de familia y comercial. Véase KIVACH, Kimberlee K. (2004): *Mediation. Principles and Practice* (tercera edición). Editorial West Group, EE.UU, pp.32 y 33.

² FIEGELIST VENTURELLI, Boris (2003): "La Mediación: más allá de la terapia familiar". En *La Semana Jurídica* N° 156 Santiago, Chile, Semana del 3 al 9 de noviembre de 2003.

el todo o nada (escenario de suma cero), es el más eficiente para solucionar una disputa. Así, un buen abogado es solo quien gana juicios, sin importar las consecuencias que ello genere. Sin embargo, esa premisa no siempre es correcta, pues cuando un cliente deposita su confianza en un letrado lo hace para que éste le solucione un problema, lo cual no siempre supone ganar, sí o sí, un litigio. Así por ejemplo, ¿qué sentido tiene ganar un juicio indemnizatorio, cuando sabemos de antemano que el demandado no tiene patrimonio para responder totalmente de la eventual reparación a que lo condene el tribunal?, o ¿qué lógica tiene rechazar un acuerdo sensato en materia de pensión de alimentos para luego obtener en juicio una pensión menor o si el costo de ello es dañar de modo irreparable la relación del padre con sus hijos? Asimismo, estudios empíricos desarrollados en el extranjero prueban que el uso de un estilo competitivo para enfrentar un conflicto es notoriamente menos eficaz que el uso de una estrategia de negociación colaborativa. En este sentido, una investigación realizada por el profesor Gerald Williams entre los abogados de las ciudades de Denver y Phoenix en Estados Unidos, demostró que sólo el 25% de dichos profesionales que usaban un estilo competitivo de negociación eran considerados como “efectivos”, contra el 59% de los abogados que utilizaban una estrategia colaborativa. Por su parte, el mismo estudio determinó que mientras el 33% de los letrados que aplicaban un estilo competitivo eran calificados como “inefectivos”, sólo el 3% de los colegas que empleaban una estrategia colaborativa fueron clasificados en esa categoría.³

3) *Ligitiosidad de la sociedad chilena*: No resulta extraño escuchar que diversos actores de la sociedad nacional han atribuido al alto nivel de judicialización de los conflictos presente en nuestro país como una de las causas de la crisis que actualmente vive nuestra justicia.⁴

El mayor o menor nivel de ligitiosidad en un país es inversamente proporcional al uso de la resolución alternativa de controversias por las personas. Así, en una sociedad que judicializa gran parte sus problemas existe un margen muy reducido para la aplicación de dichas técnicas. Por el contrario, si existe una menor tasa de conflictos que llegan a la instancia de juicio, ello será indicativo de que en esa agrupación social existe una capacidad para que las personas puedan solucionar sus disputas por sí mismas.

³ WILLIAMS, Gerald (1992): *A Lawyer Handbook for Effective Negotiation and Settlement*, Editorial West Group, Estados Unidos, p. 2, citado en: CRAVER, Charles B. (2001): *Effective Legal Negotiation and Settlement*, Editorial LexisNexis (cuarta edición), Nueva York, Estados Unidos, p.16. En el mismo sentido véase RISKIN, Leonard & WESTBROOK, James (1998): *Dispute Resolution and Lawyers*. Abridged Edition, segunda edición, Editorial West Group, Minnesota, EE.UU., p. 104

⁴ Una de las formas que se han utilizado para revertir este fenómeno ha sido la implementación de programas tales como la mediación comunitaria y escolar, cuyo objetivo es promover dentro de los niveles más básicos de la sociedad la cultura de que sean las propias partes quienes busquen por sí mismas la solución de sus controversias.

Si bien este fenómeno es dable demostrarlo a través de un análisis cuantitativo de una serie de datos estadísticos,⁵ cabe preguntarse: ¿Por qué las personas en nuestra sociedad prefieren recurrir a los tribunales de justicia en vez de tratar de solucionar sus problemas por sí mismas?

En este punto, no se pretende realizar un estudio sociológico para intentar dar respuesta a dicha interrogante, sino que sólo se esbozarán algunas de las razones que a nuestro juicio han incidido en este fenómeno:

En primer lugar, es posible apreciar que en Latinoamérica, en general, existe una tendencia a esperar que terceros decidan por nosotros cuando nos vemos enfrentados a un problema concreto, pues no existe una cultura de buscar por sí mismo las soluciones a dicho conflicto. Esto en parte se explica por la estructura altamente jerarquizada y piramidal de nuestras organizaciones. Tal como lo han establecido estudios realizados en Estados Unidos para entender las diferencias culturales que se presentan en las negociaciones internacionales. Así, en las sociedades que presentan una fuerte distancia hacia el poder, el proceso de toma de decisiones es realizado básicamente por quien detenta el poder,⁶ sin una mayor participación de aquellos que se encuentran bajo su dependencia, los cuales usualmente se limitan a esperar que la decisión sea tomada. Igualmente, esa falta de iniciativa de las personas para buscar por sí mismas la solución a un problema concreto puede tener su base en nuestro sistema educacional que, normalmente, se enfoca en la entrega de conocimientos ya procesados y en la simple memorización de contenidos, con lo cual no se fomenta el razonamiento deductivo que es indispensable para desarrollar las destrezas necesarias para la resolución práctica de dificultades.

En segundo término, este fenómeno puede explicarse por la inexperiencia que existe entre los usuarios del sistema judicial de las ventajas de los métodos alternativos de resolución de controversias. Lo antes expuesto se demuestra

⁵ Así, por ejemplo, conforme al Instituto Libertad y Desarrollo, el ingreso de causas al sistema judicial en 2006 llegó a 2.193.142, lo que implica un aumento significativo de 16%, respecto de 2005 y un aumento de 27,2% respecto de los ingresos al sistema judicial en 2001. Si consideramos únicamente las causas ingresadas durante el año 2006 al nuevo sistema procesal penal, los ingresos en esta materia pasan de 267.000 en el año 2005 a 425.000 en el año 2006, lo cual significa un incremento de un 59%. Véase: GARCÍA, José Francisco (2007): "Radiografía al trabajo del Poder Judicial (1): Corte Suprema y Cortes de Apelaciones", Serie Informe Político N° 102, Instituto Libertad y Desarrollo, julio 2007, p. 7, disponible en: http://www.lyd.com/LYD/Controls/Neochannels/Neo_CH3747/deploy/SIP-102-Radiografia%20al%20trabajo%20del%20Poder%20Judicial%20Corte%20Suprema%20y%20Cortes%20de%20Apelaciones-JFGarcia-Julio2007.pdf (fecha de consulta: 15 de agosto de 2007).

⁶ MARTIN, Drew; MAYFIELD, Jackie; MAYFIELD, Milton, y HERBIG, Paul. "International Negotiations: An Entirely Different Animal". en: LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; MINTON, John, y BARRY, Bruce (2003): "Negotiation: readings, exercises, and cases", cuarta edición, Editorial McGraw-Hill Irwin, Nueva York, NY, p. 344.

por el hecho de que una de las falencias más importantes que se ha detectado en la implementación de la mediación familiar y en materia de salud ha sido justamente el desconocimiento y falta de difusión que ha existido entre los usuarios y operadores de dichos sistemas.⁷ Asimismo, existe una tendencia natural en el ser humano a sentir temor hacia lo que desconoce, lo cual explica que muchas personas, a pesar de que se encuentran insatisfechas con el servicio que reciben en el sistema de justicia tradicional, no están dispuestas a intentar solucionar sus conflictos por una vía alternativa, aun cuando se les prometa la posibilidad de una solución más rápida. Es por ello que la mejor publicidad para difundir las ventajas de una institución como los acuerdos reparatorios, en materia penal, o la mediación es la transmisión de experiencias positivas de una persona a otra, más que una campaña publicitaria tradicional.

Por ultimo, el alto nivel de litigiosidad en nuestra sociedad puede explicarse por el hecho de que para gran parte de la población la resolución de disputas ante los tribunales de justicia es un bien cuyo costo no deben internalizar y que se encuentra libremente disponible, por lo que tiende a ser sobreutilizado. Normalmente, cuando las personas deben asumir el costo real del uso de un determinado recurso suelen usarlo de manera más racional.

4) *El arraigamiento del sistema penal inquisitivo en la sociedad chilena:* Como lo indicamos en la introducción de este trabajo, el sistema penal inquisitivo, que normalmente ha sido aplicado en los países de tradición romanista o “civil law”, implica que todo delito debe ser investigado y sus autores acusados y juzgados, y que una vez iniciada la persecución penal ya no se puede detener o interrumpir.⁸ Tal como se ha establecido por la doctrina, la validez del sistema inquisitivo se sustenta en las teorías absolutas de la pena, por un lado, y en el principio de igualdad ante la ley, como también en el principio de legalidad sustantivo, por el otro.⁹ Esta forma de entender el derecho procesal penal se

⁷ Así, por ejemplo, un Estudio sobre los resultados percepción y evaluación Tribunales de Familia en Chile, realizado por la Institución Comunidad Mujer en el año 2006 arrojó que “El 43,9% de los mediadores encuestados señala que el principal problema para el desarrollo adecuado de la mediación es la falta de conocimiento e información que existe acerca de la mediación, tanto a nivel de la población como dentro del mismo poder judicial.” Véase COMUNIDAD MUJER (2006): Resumen resultados percepción y evaluación Tribunales de Familia en Chile, Santiago, Chile. Disponible en: http://www.comunidadmujer.cl/cm/doc/tribunales_de_familia/Percepcion_Tribunales_Familia-Mediadores-RESUMEN.pdf

⁸ GALLARDO, Raúl: “El Principio de Oportunidad y el Decreto Reglamentario 4760 de 2005 de la Ley de Justicia y Paz”. Disponible en: http://www.urosario.edu.co/FASE1/jurisprudencia/documentos/facultades/jurisprudencia/transicional/principio_oportunidad.pdf (fecha de consulta 30 de enero de 2007), p. 3.

⁹ BOVINO, Alberto y HURTADO, Christian (2002): “Principio de oportunidad y proceso de reforma en América latina. Algunos problemas de política criminal”. Ponencia presentada en el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Valparaíso, 25 al 28 de septiembre de 2002. Disponible en: <http://www.astrea.com.ar/libreriavirtual/virtual/articulo.jsp?code=doctrina0122> (ultima vez visitado :1 de agosto de 2007), p. 4.

encontraba fuertemente arraigada en Chile, dado la práctica jurídica seguida por nuestro país en la materia. Prueba de ello es que el antiguo Código de Procedimiento Penal de 1906, basado en el principio inquisitivo, se aplicó en forma continua hasta fines del año 2000, época en que comenzó a regir en forma gradual el nuevo Código Procesal Penal. Más aún, sólo a partir del mes de junio de 2005 se empezó a aplicar en la Región Metropolitana, donde vive casi el cuarenta por ciento de la población del país. Por ende, no resulta fácil y evidente que se pueda cambiar a nivel de toda la población una forma de entender el proceso penal, que ha sido empleada más menos de la misma manera por casi cien años, en un lapso de tiempo tan breve como el que ha transcurrido a la fecha.

5) *Insuficiente participación de la sociedad civil en el proceso de la Reforma Procesal Penal:* Sobre el particular es interesante consignar las conclusiones a que arribó el Dr. Luis Pásara al analizar el papel de las organizaciones de la sociedad civil en torno a los cambios en el sistema de justicia, ocurridos recientemente en Argentina, Colombia, Chile y Perú. Es así como en la primera conclusión y recomendación de su estudio señala que:

*“Pese a los diversos intentos de reformar la justicia, los numerosos cambios introducidos –que tocan principalmente modificaciones de diseño institucional, un notable incremento del gasto público y una reforma profunda en materia procesal penal– sólo han logrado un impacto global limitado. Tal impacto ocurre en un contexto de marcado incremento de la demanda social sobre las instancias de administración de justicia”.*¹⁰

Conforme al antes referido estudio, este bajo impacto se explicaría por el hecho de que reformas y cambios producidos no han contado con una presencia significativa de la sociedad civil, lo cual redundaría en que la ciudadanía no logre entender en qué consisten y cuáles son los objetivos de tales innovaciones. En el tema que nos ocupa, esto podría explicar por qué muchas personas no han logrado comprender y aceptar la lógica de una justicia negociada como un aspecto relevante del nuevo sistema procesal penal y que todavía sigan razonando en base a los postulados del antiguo sistema inquisitivo, a pesar de que ya han pasado un par de años desde su aplicación plena en Chile.

¹⁰ PÁSARA, Luis: *“Cambios en el sistema de justicia y sociedad civil”*. Disponible en: www.cejamericas.org/doc/proyectos/cambios_sistema.pdf (última vez visitado: 1 de agosto de 2007), pp. 34 y 35.

El sistema acusatorio y la importancia de la negociación

El sistema procesal penal acusatorio tiene su origen en los países anglosajones o del "common law" y tiene como piedra angular el denominado principio de la oportunidad que se basa en la selectividad de la persecución criminal, teniendo en cuenta el mejor interés de la justicia y la conveniencia del ejercicio de la acción,¹¹ y en la negociación a través del denominado "plea bargain".¹²

En los últimos años, es posible constatar que en América Latina se ha producido un importante movimiento de transformación de sus antiguos sistemas procesales penales, en cuya virtud se han adoptado por muchos países¹³ el diseño y principios propios del sistema acusatorio. No obstante, tal como lo destaca el profesor Máximo Langer, dicho proceso no ha consistido simplemente en transplantar el sistema procesal penal norteamericano (americanización) en nuestros países, sino que se ha tratado más bien de una adaptación de sus principios a nuestra tradición jurídica y a las necesidades de cada país.¹⁴

Lo antes expuesto, en el campo que nos ocupa, ha implicado que nuestra versión latina del sistema de justicia negociada sea bastante diversa de su símil norteamericana. Incluso más, dentro de nuestra región es posible encontrar diferencias importantes en este punto.¹⁵ Aun cuando podemos establecer

¹¹ GALLARDO, Raúl: ob. cit., p.4

¹² El *plea bargaining* es una institución propia del derecho procesal anglosajón que consiste básicamente en que cuando el acusado conoce formalmente la acusación que en contra de él se formula por el Gran Jurado o el Fiscal, éste puede adoptar tres actitudes: no declarar (*Plea of nolo contendere*), declararse inocente (*Plea of not guilty*) o declararse culpable (*Plea of guilty*). En el caso de que el acusado asuma esta última actitud no se realiza el juicio oral en su contra y el juez procede a dictar sentencia en su contra. La declaración de culpabilidad puede ser voluntaria, cuando por ejemplo la culpabilidad sea evidente; inducida, cuando reporte algún beneficio, y negociada. En este último caso, el acuerdo se celebra entre el Fiscal y la defensa y puede versar sobre el delito, sobre la pena o sobre ambos. Cabe destacar que en el referido proceso de negociación las facultades del Fiscal son muy amplias, ya que puede ofrecer reducir la pena, o sustituirla, o incluso de cambiar los cargos por otros distintos o por una recomendación en la sentencia (véase: ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo (2004): "El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites", Centro de Estudios Jurídicos de España, pp.3395 y 3396. Disponible en <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL75.pdf> (fecha de consulta: 1 de agosto de 2007).

¹³ A modo de ejemplo, este proceso de reforma procesal penal se ha comenzado a aplicar en los siguientes países: Guatemala (1994); Argentina: Provincia de Córdoba y Buenos Aires (1998); Costa Rica (1998), El Salvador (1998), Paraguay (1999), Venezuela (1999), Bolivia (2000), Chile (2000), Ecuador (2001), Nicaragua (2001), Honduras (2002), República Dominicana (2004), Colombia (2005) y Perú (2006). Véase: CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, CEJA (2007): "Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa", Santiago, Chile, p.14 Disponible en: <http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/CEJAIV.pdf> (fecha de consulta: 1 de agosto de 2007).

¹⁴ LANGER, Máximo (2004): "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", Harvard International Law Journal, winter, 2004 (45 Harv. Int'l L.J. 1), p. 1.

¹⁵ A modo de ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal peruano que entró a regir el año 2006 establece en su art. 2 que: "Principio de oportunidad.- 1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y

como rasgo común en todas las reformas latinoamericanas que el ámbito de aplicación de la justicia negociada es mucho más limitado que en los Estados Unidos, donde prima una amplia libertad en esta materia.

Sin embargo, aun en nuestros países la existencia y aplicación en los nuevos procesos penales de salidas alternativas basadas en los principios de la negociación no son simplemente una moda o una extravagancia de un grupo de juristas rupturistas, sino que son un elemento esencial de su diseño que permiten y garantizan su adecuado funcionamiento. No debemos olvidar que si bien el juicio oral es quizás la forma más óptima de hacer justicia en materia penal, es imposible que todo hecho punible, que es conocido por el Ministerio Público, pueda ser juzgado a través de esta vía, ya que el costo de ello, desde el punto de vista económico y de recursos humanos, lo haría inviable aun en los países más desarrollados. Es por ello que toda reforma procesal penal que involucre un cambio desde un proceso escrito a uno oral, como el que se aplica en los países anglosajones, necesariamente debe consagrar en mayor o menor medida la existencia de salidas alternativas o intermedias para evitar que todas las

con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.

b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14°, 15°, 16°, 21°, 22° y 25° del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido...".

Por otro lado, el Código de Procedimiento Penal colombiano contenido en la Ley N° 906 de 2004 establece en su artículo 324 causales: *El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:*

1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal...

5. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada...

8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas...

15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas...

Artículo 325. *Suspensión del procedimiento a prueba. El imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.*

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

investigaciones de los hechos punibles terminen en un juicio oral,¹⁶ todas las cuales suponen, en mayor o menor medida el desarrollo de una negociación entre dos o más de los intervinientes del proceso penal.

De igual modo, la aplicación de las técnicas de negociación en los sistemas acusatorios también se ve reforzada por el hecho que, a diferencia de los procesos inquisitivos, no sólo existe como objetivo el interés abstracto del Estado de perseguir y castigar los hechos punibles, sino que también pasa a ser una consideración esencial el interés de la víctima.¹⁷ Como se ha sostenido, tradicionalmente en el sistema penal “la víctima es una especie de perdedor por partida doble: en primer lugar, frente al infractor; y después frente al Estado” (fenómeno que se conoce como la “revictimización de la víctima”).¹⁸ La consideración del interés concreto de la víctima justamente pretende evitar el fenómeno antes descrito, ya que en muchos casos para la persona afectada por un hecho punible es más importante obtener una reparación del daño causado que castigar al autor del ilícito, esto es especialmente aplicable en aquellos casos en que el bien jurídico afectado por el delito es de carácter patrimonial.¹⁹ Ahora bien, el logro de dicho fin supone en casi todos los casos un acuerdo entre dos o más de los intervinientes del proceso penal, que lógicamente se va a producir a través de un proceso de negociación.

¹⁶ Este hecho fue reconocido en el propio Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal, Mensaje N° 110-331, de fecha 9 de junio de 1995, en su punto 4 (párrafo 1), sobre salidas alternativas y procedimientos abreviados al señalar que “*El examen de los problemas del sistema vigente, así como la experiencia comparada muestran que uno de los mayores obstáculos al éxito de la justicia criminal lo constituye el manejo de volúmenes muy grandes de casos, cuyos requerimientos suelen exceder con mucho las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema con sus siempre limitados recursos*”. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (fecha de consulta 1 de agosto de 2007).

¹⁷ Para profundizar sobre el tema del interés de la víctima en el proceso penal véase: PALERMO, Pablo Galain (2005): “*La negociación en el proceso penal*”. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Damaso Antonio Larrañaga, enero 2005, N° 7, pp. 161-164.

¹⁸ Para profundizar sobre el tema véase HIGHTON, Elena; ÁLVAREZ, Gladis; GREGORIO, Carlos (1998): “*Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal*”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, pp. 39 a 54.

¹⁹ La consideración del interés de la víctima como pieza central ha surgido como un movimiento social para la reforma del sistema de justicia, que los autores han denominado “justicia restaurativa”. Resumidamente, podemos señalar que en vez de ver el crimen como una violación de la ley, la justicia restaurativa resalta un hecho fundamental: el crimen daña a la gente, a las comunidades y las relaciones. La justicia retributiva elabora tres preguntas: ¿quién lo hizo?, ¿qué leyes fueron quebrantadas? y ¿qué debería hacerse para castigar o tratar al delincuente? En contraste a esas preguntas la justicia restaurativa hace tres preguntas diferentes que reciben un énfasis primario: Primero, ¿cuál es la naturaleza del daño resultante del delito? Segundo, ¿qué se necesita hacer para “hacerlo bien” o reparar el daño?; y Tercero, ¿quién es el responsable de la reparación? (Para profundizar sobre este tema véase: PRICE, Marty “*Personalizing Crime: Mediation produces Restorative Justice for victims and offenders*”. En: MENKEL MEADOW, LOVE & SCHNEIDER (2006): “*Mediation: Practice, Policy and Ethics*”. Editorial Aspen Publisher, New York, NY. EE.UU., pp. 402 a 407).

Aplicaciones del proceso de negociación en el Código Procesal Penal chileno

En primer lugar, debemos dejar constancia de que esta parte nuestro trabajo tan sólo persigue enunciar las instituciones en que se pueden aplicar las técnicas de negociación en el Código Procesal Penal chileno, y cómo estas se han utilizado en la práctica, pues el estudio pormenorizado de las mismas excede los objetivos del presente estudio.

Sin lugar a dudas, las expresiones más nítidas de la justicia negociada en nuestro código las encontramos en las instituciones de los acuerdos reparatorios y de la suspensión condicional del procedimiento, reguladas en los artículos 237 y siguiente del referido cuerpo legal.

Si bien ambas instituciones implican, necesariamente, la realización de una negociación entre dos o más intervinientes del proceso penal, existen diferencias en cuanto a su sustancia y a los actores que participan en cada una de ellas.

Es así como en los acuerdos reparatorios la sustancia del proceso de negociación recae sobre los efectos civiles del hecho punible. En cambio, en la suspensión condicional del procedimiento la negociación versa sobre cuáles son las condiciones que, en el caso concreto, pueden justificar dicha suspensión.

En relación a los actores de dichos procesos de negociación, en los acuerdos reparatorios éstos son fundamentalmente dos: la víctima, cuyo interés primordial es obtener el resarcimiento de los daños que el hecho punible le ha causado, y el imputado, cuyo objetivo central es evitar ser acusado y condenado por el hecho punible materia de la investigación, con todas las consecuencias que de ello se derivan. No obstante, en esa negociación pueden, eventualmente, intervenir terceros interesados en su resultado, como el Fiscal del Ministerio Público²⁰ y los terceros civilmente responsables.²¹ Finalmente, también podría

²⁰ Si bien los Fiscales del Ministerio Público no son los actores principales en el proceso de negociación de los acuerdos reparatorios, sí pueden tener un rol en los mismos. En este caso, su interés será, por una parte, velar que dicho acuerdo se ajuste a la ley y no vulnere los derechos de la víctima y de la comunidad en general; y, por otra, descongestionar la carga de trabajo del Ministerio Público para concentrarse en la investigación y persecución de los delitos graves, cuando se reúnan las condiciones para favorecer esta salida alternativa. Cabe destacar que el Instructivo General N° 34 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, de fecha 14 de diciembre de 2000, establece pautas precisas de cómo deben proceder los Fiscales del Ministerio Público en estos casos. Documento disponible en: <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Instructivos/INSTRUCTIVO%2034.doc> (fecha de consulta 15 de agosto de 2007).

²¹ Si bien la ley no establece expresamente que los terceros civilmente responsables tienen derecho a participar en el proceso de negociación de un acuerdo reparatorio, obviamente son un actor que puede ser relevante a la hora de negociar y posibilitar esta salida alternativa, especialmente cuando el imputado carece de los medios económicos para solventar el pago de una eventual indemnización de los daños ocasionados por el hecho punible.

tener un rol en la misma el juez de garantía, ya que es esta autoridad la encargada de aprobar el acuerdo alcanzado entre la víctima y el imputado.

En cambio, en la suspensión condicional del procedimiento los actores de tal proceso de negociación son los Fiscales del Ministerio Público y el imputado. Respecto del primero de ellos, su interés consistirá en compatibilizar de la mejor forma posible su obligación de garantizar la protección de la comunidad y de la víctima en la persecución de los hechos punibles con la necesidad de racionalizar el ejercicio de la acción penal en pos de lograr una mayor eficiencia del sistema. En relación con el imputado, podemos afirmar que su interés fundamental será, al igual que en el caso de los acuerdos reparatorios, evitar ser acusado y condenado por el hecho punible materia de la investigación, con todas las consecuencias que ello implica.²² Al igual que en la situación anterior, también podría tener un rol en esta negociación el juez de garantía, pues es la autoridad encargada de aprobar la solicitud de suspensión condicional del procedimiento.

Asimismo, la aplicación del procedimiento abreviado, que se asemeja a la figura del "*plea bargain*" del derecho anglosajón y que se encuentra regulado en el artículo 406 y siguientes del Código Procesal Penal, también supone –normalmente– el desarrollo de una negociación entre el Fiscal del Ministerio Público y el imputado o acusado,²³ cuyo objetivo medular es repartir entre éstos el riesgo del resultado de un eventual juicio oral. De modo que, cuanto más alto sea el riesgo que las partes quieran evitar, mayor será su predisposición para acordar la aplicación de este procedimiento. Es así como dicha institución permite a los Fiscales del Ministerio Público asegurar la suerte de una determinada acción penal cuando, por ejemplo, éstos no disponen de toda la prueba necesaria para garantizar la condena del imputado o acusado. De igual modo, para el imputado o acusado el procedimiento abreviado le permite colocar un techo o tope a la condena que éste en definitiva puede recibir, con lo cual se elimina el riesgo de sufrir una condena mayor.

Ahora bien, si revisamos, desde un punto de vista cuantitativo, las estadísticas del Ministerio Público²⁴ respecto de todos los términos aplicados a los casos

²² En el caso del imputado, tanto en los acuerdos reparatorios como en la suspensión condicional del procedimiento, también podrían estar presentes en esta negociación otros intereses secundarios, como su necesidad de redimirse o de obtener el perdón de la víctima del hecho punible.

²³ Eventualmente, podría tomar parte en esta negociación el querellante particular cuando se cumplen las condiciones señaladas en el artículo 408 del Código Procesal Penal, esto es, cuando éste hubiere realizado una calificación jurídica distinta de los hechos y, como consecuencia de ello, la pena solicitada excediere el límite señalado en el artículo 406 del mismo código.

²⁴ Ministerio Público de Chile, Boletín Estadístico Año 2006, disponible en: <http://www.ministeriopublico.cl/index.asp> (fecha de consulta: 15 de agosto de 2007).

recibidos por dicho organismo durante la vigencia de la reforma procesal penal, podríamos arribar, erróneamente, a la conclusión de que la posibilidad de aplicación de las técnicas de negociación es más bien marginal, dado que las instituciones que suponen su uso representan un porcentaje menor dentro de los diversos tipos de términos en el nuevo proceso penal.

En este sentido, si consideramos el periodo que comprende desde el 1 de enero de 2006 al 31 de diciembre del mismo año, los acuerdos reparatorios representan tan sólo un 1,3%, la suspensión condicional de procedimiento un 9,1% y los procedimientos abreviados un 2,1%²⁵ dentro del total de las formas por las cuales pueden terminar los ingresos de casos del Ministerio Público, por lo que considerados en forma global únicamente habrían constituido el 12,5% del potencial trabajo del Ministerio Público durante el año 2006. Asimismo, si revisamos estas mismas estadísticas, pero tomando como base el periodo que va desde el inicio de la aplicación de la reforma hasta el 31 de diciembre de 2006, es posible comprobar que ha existido una tendencia de aumento sostenida del uso de las salidas alternativas como una forma de colocar término a los casos ingresados por el Ministerio Público, ya que en el promedio general de ese lapso la suspensión condicional del procedimiento representa un 5,4%, los acuerdos reparatorios un 1,5 % y los procedimientos abreviados un 1,6% del total de los términos utilizados.²⁶

No obstante, tal como lo anunciamos previamente, estas estadísticas se ven distorsionadas por el hecho de que consideran todos los términos facultativos, algunos de los cuales, como el archivo provisional, no tienen una mayor incidencia dentro de la carga de trabajo de un abogado que se desempeña dentro del nuevo proceso penal, salvo para aquellos que laboran en el Ministerio Público. Por ejemplo, durante el año 2006 dicha clase de términos significaron un 63,7% del total de los términos aplicados; y desde el inicio de la reforma hasta el 31 de diciembre de 2006 implicaron un 69,1% del total de los términos utilizados.²⁷

²⁵ Dicho porcentaje fue obtenido al transformar en porcentajes los totales nacionales de sentencias aplicadas por procedimientos y región, contenidas en la Tabla N° 12 del Boletín Estadístico Año 2006 del Ministerio Público, cuyo resultado fue posteriormente aplicado a la suma de los porcentajes del total nacional de las sentencias definitivas y absolutorias reflejadas en la Tabla N° 5 del ya referido boletín.

²⁶ En este sentido, resulta interesante tener a la vista las primeras tendencias marcadas por las regiones pilotos donde se aplicó la reforma procesal penal. Es así como en el periodo entre el 16 de diciembre de 2000 al 16 de agosto de 2002 del total de los términos aplicados en la IV Región la suspensión condicional del procedimiento tan sólo significó un 0,93% de los mismos y los acuerdos reparatorios un 0,42%. En el mismo periodo, en la IX región la suspensión condicional del procedimiento tan sólo se aplicó en un 1,23% de los mismos y los acuerdos reparatorios un 0,87%. Para un análisis más detallado de la referida estadística, véase: PECCHI CROCE, Carlos, y ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro (2003): *"Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal"*. Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile. Año IV, N° 7, enero 2003.

²⁷ Cabe destacar que en este contexto el Archivo Provisional, regulado en el Artículo 167 del Código

En vista de lo anterior, a nuestro juicio resulta más representativa, para medir la importancia que el uso de las técnicas de negociación tiene dentro del sistema procesal penal, utilizar las estadísticas elaboradas por la Defensoría Penal Pública,²⁸ en las cuales la distorsión mencionada en el párrafo anterior se encuentra eliminada.

Es así como, en relación al total de los imputados formalizados en el procedimiento ordinario, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios representaron durante el año 2006 el 41,7% y 6,4%, respectivamente, de los términos aplicados en dicho procedimiento. Vale decir, sólo las salidas alternativas constituyen en ese procedimiento el 48,1% de los términos aplicados. Sin embargo, si consideramos que las condenas dictadas en el procedimiento abreviado representan, aproximadamente, un 8% del total de los términos,²⁹ es posible concluir que en el procedimiento ordinario las instituciones que suponen la aplicación de técnicas de negociación representan un 56,1%.

Por otro lado, en el procedimiento simplificado la aplicación de la suspensión condicional de procedimiento y los acuerdos reparatorios tuvieron una incidencia de un 19,8% y un 6,4%, respectivamente, lo cual representa una diferencia sustancial con el caso antes expuesto. Aun cuando debemos consignar que este procedimiento, desde un punto de vista cuantitativo y –especialmente– cualitativo, tiene una relevancia menor en el contexto general del sistema procesal penal actual.

En el mismo sentido, pero desde un punto de vista global y sin entrar a distinguir el procedimiento a aplicar, es posible vislumbrar que las instituciones objeto de nuestro estudio mantienen su importancia, ya que en el año 2006 las salidas alternativas (suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios) en su conjunto representaron un 40,9% del total de las formas de término, sin considerar la ponderación del procedimiento abreviado respecto del cual no se posee información en esta categoría, conforme a la Memoria Anual del año 2006 de la Defensoría Penal Pública.³⁰ Asimismo, existe una tendencia al alza sostenida, como también fue observado al analizar las estadísticas del

Procesal Penal, representó el 48,7% del total de términos aplicados en el año 2006 y desde el inicio de la reforma hasta el 31 de diciembre de 2006 implicaron un 51,3% del total de los términos usados.

²⁸ Las estadísticas que se utilizarán en esta parte fueron extraídas de la Memoria Anual del año 2006 de la Defensoría Penal Pública de Chile, pp. 24 a 50.

²⁹ Dicho porcentaje fue obtenido al aplicar al porcentaje que las condenas representan en los términos aplicados en el procedimiento ordinario (30,5%), el porcentaje del total de las condenas (aplicadas en el juicio oral y procedimiento abreviado) (véase Tabla III- 10 de la Memoria Anual del año 2006 de la Defensoría Penal Pública de Chile, p. 40).

³⁰ Defensoría Penal Pública, ob. cit. p. 43.

Ministerio Público, de la aplicación de las mencionadas salidas alternativas, ya que en el año 2002 únicamente representaban un 23,4%, para luego registrar un aumento anual promedio de un 4,37% entre el año 2002 y 2006. Igualmente, es dable apreciar una importante propensión hacia la reducción de la relevancia de los acuerdos reparatorios en favor de la suspensión condicional del procedimiento. Así, en el año 2002 los primeros representaban un 59,4% y los segundos un 40,6% del total de las salidas alternativas. Dicha cifra ya el año 2003 se invierte, pasando los acuerdos reparatorios de un 36,4% en ese año a un 15,5% en el año 2006, lo cual implica una variación negativa superior al 100% en el periodo antes referido.

Finalmente, fuera de los casos estudiados precedentemente, es posible encontrar otras instituciones dentro del mismo proceso penal actual que implican la realización de una negociación. En esta categoría podemos destacar el caso de las "convenciones probatorias", reguladas en el artículo 275 del Código Procesal Penal, en cuya virtud el Fiscal, el imputado y el querellante pueden, en la audiencia de preparación del juicio oral, solicitar en conjunto al juez de garantía que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos posteriormente en el juicio. Igualmente, resulta interesante resaltar la situación del llamado a conciliación sobre la responsabilidad civil, regulado en el artículo 273 del antes citado código, que el juez de garantía debe realizar en la audiencia de preparación del juicio oral al querellante y al imputado sobre las acciones civiles que hubiere deducido el primero y proponerles bases de arreglo.³¹

Conclusiones

1. Del análisis de las distintas causas de la apatía que existe en nuestro medio jurídico respecto de los mecanismos alternativos de resolución de disputas es posible prever que pasará un largo periodo de tiempo antes de que podamos contar con un número importante de operadores en nuestro sistema de justicia que se encuentren familiarizados con estas técnicas alternativas de solución de controversias, pues recién se están formando las primeras generaciones de

³¹ Fuera de los casos enumerados podemos encontrar otros casos que suponen el desarrollo de una negociación. Por ejemplo, conforme al inciso final del artículo 357 del Código Procesal Penal, fuera de los casos regulados en los incisos precedentes, la vista de los recursos penales sólo podrá suspenderse si lo solicitare el recurrente o todos los intervinientes facultados para concurrir a ella, de común acuerdo. Otro caso lo encontramos en el artículo 401 del mismo código, que establece que en el caso de desistimiento de la querrela por un delito de acción privada el querellante será condenado al pago de las costas, salvo que el desistimiento obedeciere a un acuerdo con el querrellado. Asimismo esta norma establece que, una vez iniciado el juicio, no se dará lugar al desistimiento de la acción privada, si el querrellado se opusiere a él. De igual modo, en el procedimiento por delito de acción penal privada, en el artículo 404 se establece que al inicio de la audiencia el juez instará a las partes a buscar un acuerdo que ponga término a la causa.

abogados y de otros profesionales, como psicólogos y trabajadores sociales, con algún grado de capacitación en la materia.

2. Independientemente de la forma bajo la cual el sistema acusatorio anglosajón sea aplicado o adaptado en un país determinado, siempre deberá existir una o más instituciones, como los acuerdos reparatorios, que en menor o mayor medida impliquen la aplicación de alguna forma de justicia negociada, pues dichas instituciones son esenciales para garantizar la eficiencia de cualquier sistema procesal penal acusatorio.

3. Las técnicas de negociación son una de las destrezas más importantes que debe manejar un abogado que desee desempeñarse en el nuevo sistema de justicia penal, pues existe una chance mucho mayor de que éstos deban negociar la suspensión condicional de un procedimiento, un acuerdo reparatorio o la aplicación del procedimiento abreviado, que de utilizar las destrezas de litigación en el contexto de un juicio oral, ya que como lo expusimos previamente, las instituciones que suponen la aplicación de técnicas de negociación representan más de un 40% del total de los términos aplicados en la actualidad en Chile.

4. Aun dentro del proceso penal propiamente tal la negociación también tiene cabida a través de instituciones tales como las convenciones probatorias, por lo que su aplicación no sólo se limita al campo de las salidas alternativas.

5. En virtud de lo antes expuesto es imprescindible que las mallas curriculares de las escuelas de derecho y de los programas de capacitación en materia procesal penal incorporen la enseñanza de las destrezas de negociación, y no sólo se limiten a la instrucción sobre normas procesales y reglas de litigación oral, para que exista una real concordancia entre las destrezas requeridas por los actuales y futuros abogados litigantes penales y la oferta académica brindada por nuestras universidades.



Reformas judiciales. Algunas claves para su entendimiento

Ramón García Odgers

Profesor de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN

Introducción

El tema de las reformas judiciales ha adquirido progresivamente mayor relevancia en el debate público de nuestro país. Las informaciones que a diario son entregadas por los medios de comunicación social sobre ciertas resoluciones judiciales o acerca del funcionamiento cotidiano de las distintas instituciones que se relacionan con el sector justicia, generan profundos debates y algunas veces desconcierto en la opinión pública.

En efecto, el complejo escenario en que se desenvuelven las reformas judiciales nos da cuenta de un proceso cuya naturaleza y efectos aún nos cuesta comprender a cabalidad.

Este proceso se manifiesta en la implementación de profundas transformaciones en las instituciones judiciales por medio de políticas públicas especialmente diseñadas al efecto, en cambios legislativos y organizacionales, en el nacimiento de nuevas instituciones, en programas de capacitación orientados a inducir a los actores en las innovaciones adoptadas, en la inversión de importantes recursos públicos en infraestructura e innovación tecnológica, en la preocupación por los procesos de trabajo, etc. Incluso puede observarse que la misma implementación de los cambios da origen a otra clase de problemas, como las dificultades en adecuar las prácticas concretas de los actores a los nuevos requerimientos o mejorar la eficiencia, entre otros. Unido a lo anterior, la participación de organismos internacionales o la Banca multilateral en el tema de la reforma judicial es una característica destacable del proceso. Estos han apostado al apoyo de diferentes y focalizadas experiencias de innovación, o a través de programas "piloto".

Además, no debe perderse de vista que las reformas judiciales que se han implementado en Chile en los últimos años no constituyen un proceso aislado en nuestra región. Por el contrario, la gran mayoría de los países de Latinoamérica está actualmente enfrentando, desde sus propias realidades institucionales, un proceso de similares características. Los estudios disponibles del proceso de modernización o reforma judicial nos muestran realidades regionales diversas en cuanto a los resultados de su implementación y al éxito de las medidas adoptadas.¹⁻²

Completan el cuadro las expectativas sociales creadas por la oferta de mejoras que preceden a los cambios.

Este conjunto de factores hace que el tema de las reformas judiciales actualmente en desarrollo constituya un fenómeno extraordinariamente interesante de analizar, y para cuya adecuada comprensión se requiere superar la perspectiva de aproximación que nos proporciona el análisis jurídico tradicional que normalmente se agota en el comentario de los cambios legales asociados a las reformas.

Este artículo tiene por objeto describir acotadamente algunos aspectos involucrados en el debate asociado al tema de las reformas judiciales para un mejor entendimiento de este proceso.

I. Configuración histórica de los sistemas judiciales en Latinoamérica

La configuración estructural de los sistemas judiciales latinoamericanos data de la época de la Colonia. Sus raíces se hunden históricamente en el bajo medioevo español, que corresponde a un período de creciente concentración del poder

¹ Sobre los procesos de reformas judiciales ver DESHAZO PETER y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE. "Evaluación de la reforma judicial en América Latina" y el Proyecto de Seguimiento de las Reformas Procesales Penales en América Latina del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, disponibles en el sitio web de CEJA, <http://www.cejamericas.org>. También MAIER, JULIO B.J.: AMBOS, KAI, y JAN WOISCHNIK. *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, octubre de 2000.

² "Si bien las reformas legales o normativas de los sistemas judiciales, especialmente de la justicia penal, a partir de los años 90 del siglo pasado han producido cambios importantes en los planos normativo (nuevos Códigos de Procedimiento Penal) e institucional (creación de nuevos órganos: Tribunales Constitucionales, Consejos de la Judicatura, Defensores del Pueblo, etc.), el balance total es mixto". AMBOS KAI. Ponencia presentada en la jornada. "El Ministerio Público y el proceso de transición hacia el sistema acusatorio", auspiciado por: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Fundación Alemana de Cooperación Legal Internacional, Ciudad de Panamá, 2006. Versión publicada en el Diario Electrónico El Dial. http://www.eldial.com.ar/suplementos/penal/tcdNP.asp?id=2171&id_publicar=980&fecha_publicar=10/04/20.

real.³⁻⁴ Esta fisonomía daba cuenta de una organización judicial extremadamente burocrática y vertical, sin independencia de sus operadores, que funcionaba por delegación y devolución del poder de proceder, tributaria de un poder político centralizado al extremo, entre otras características destacadas.⁵ Este sistema piramidal de distribución de poderes⁶ incide no solo en lo organizativo, sino que se disemina por todo el sistema de justicia, incluso en cuestiones de índole puramente procesal.⁷ Ello explica, por ejemplo, que el tribunal de primera instancia sea inferior respecto del de segunda instancia, que es su superior jerárquico, y a su vez, éste responde a otro tribunal también superior, y así sucesivamente. También explica el efecto devolutivo de la apelación, que implica que el tribunal “inferior” **devuelve** la competencia a quien naturalmente le correspondía, es decir, al “superior”, lo que constituye una confirmación de que las decisiones de primera instancia son provisorias, ergo, se trata más de propuestas al superior que de verdaderos fallos judiciales.

De este modo, la estructura del sistema judicial resultaba altamente jerarquizada, y en el cual el ejercicio del poder jurisdiccional recaía casi en forma exclusiva en manos del monarca. Aunque por razones de imposibilidad física el rey no podía resolver todos los asuntos, éste delegaba su facultad en otros funcionarios, normalmente juristas letrados, quienes impartían justicia en nombre del monarca, quien siempre se reservaba la facultad de decidir el asunto en última instancia.

Esta estructura, que era coherente con un contexto histórico y político determinado, sobrevivió en sus aspectos centrales mas allá de la República,⁸ lo que

³ “Al igual que los demás países de Hispanoamérica, Chile entró en órbita del Derecho Común europeo desde los primeros momentos de su historia”. BRAVO LIRA, BERNARDINO. “Estudios de Derecho y Cultura de Abogados en Chile 1758-1998: Tras la huella lus Commune, la Codificación y la Descodificación en el Nuevo Mundo”. Rev. estud. hist.-juríd. [online]. 1998, N° 20, pp. 85-106. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54551998000200003&lng=es&nrm=iso. ISSN 0716-5455

⁴ Sobre el período de la Baja Edad Media y la Recepción del Derecho Común, véase BARRIENTOS GRANDON, JAVIER. *Introducción a la Historia del Derecho Chileno*. Tomo I. Editorial Barroco Libreros. Santiago, año 1994.

⁵ MAIER, JULIO B.J., AMBOS, KAI, y JAN WOISCHNIK. *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Pág. 20. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, octubre de 2000.

⁶ En la pirámide, la distribución de poder es jerarquizada. Siempre el inferior tiene menos poder que el superior, y éste (el superior) tiene facultades para revisar no sólo el contenido de las resoluciones del inferior, sino que además interviene en aspectos administrativos y disciplinarios.

⁷ RUEDA, PAUL. “Debilidades y Retos de la Estructura de los Gobiernos Judiciales”. Ponencia presentada en Seminario Internacional “Independencia y Reformas Judiciales en Iberoamérica”, 20 al 23 de septiembre de 2005. San José, Costa Rica. Disponible en la página de la Unión Internacional de Magistrados. Grupo Iberoamericano de Trabajo. www.iaj-uim.org/IBA/Rueda.doc.

⁸ “Por cientos de años nuestros sistemas judiciales prácticamente no han sufrido alteraciones. Incluso el intento deliberado más intenso para hacer cambios en este sector, aquel que acompañó a los procesos emancipadores en este continente, en buena medida terminó como una experiencia frustrada, sin logros que exhibir más allá de un cierto mayor ordenamiento y una mayor institucionalización de

ha generado profundas tensiones con los requerimientos de una sociedad moderna y democrática, con el desarrollo económico,⁹ con la globalización, y también con una creciente demanda de mayor independencia reclamada desde los mismos poderes judiciales.¹⁰

II. Estado de Derecho constitucional y reformas judiciales. Una relación indisoluble

En la configuración del sistema legal latinoamericano propio de la tradición del *civil law*, encontramos en su base una fuerte dicotomía filosófica y política, dado que mientras a nivel legal (derecho de la codificación) las influencias provienen del sistema del Derecho Romano, articulado con las reformas liberal racionalistas de los siglos XVIII y XIX en Europa, a nivel constitucional encontramos cierta reproducción del modelo constitucionalista norteamericano.

Así, Acuña ha afirmado que *“la forma que fueron adoptando estos sistemas mostraron cierta hibridez entre un derecho público basado en la separación de poderes norteamericana y francesa, y un derecho civil adaptado del Código Napoleónico de principios del siglo XIX. La concentración/centralización del poder, propia de las características coloniales, resultaron en una mayor presencia de los aspectos centralistas del sistema francés que los mecanismos de control y equilibrio propios del sistema norteamericano. De esta forma, la separación de poderes latinoamericana surgió con una preponderancia del Ejecutivo sobre los dos poderes restantes y, entre estos, del Legislativo sobre el Judicial”*.¹¹

un sistema que, en sus raíces, continuó siendo prácticamente igual al de la España colonial”. VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE. *“Las Estrategias de Reforma Judicial en América Latina”*. Artículo disponible en el sitio web: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Vargas1.pdf

⁹ En consecuencia, el funcionamiento de la economía ha tropezado con la estructura tradicional de las instituciones estatales, las precarias modalidades de la gestión gubernamental, la inadecuación de las políticas públicas, la obsolescencia de los ordenamientos jurídicos y, en consecuencia, la erosión del Estado de Derecho. Por esa razón, en los últimos años se ha fortalecido el consenso en torno a la importancia de la gobernabilidad para impulsar una sólida política de desarrollo sostenido y equitativo. Se trata de edificar un modelo político consistente con el modelo económico, pues sin un Estado de Derecho democrático, que incluya sistemas de justicia robustecidos y eficaces, no se tendrá una economía de mercado eficiente. CARRILLO FLOREZ, FERNANDO, *“Los Retos de la Reforma de la Justicia en América Latina”*. Artículo disponible en la página del Departamento de Estudios Jurídicos Internacional de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Washington D.C. Oficina de Cooperación Jurídica. http://www.oas.org/dil/esp/Oficina_de_derecho_interamericano_programas.htm.

¹⁰ Nos referimos tanto a la independencia objetiva como subjetiva, independencia externa o interna, la autonomía del Poder Judicial y la independencia personal del juez.

¹¹ ACUÑA, CARLOS HUGO. *“La dinámica político-institucional de la reforma judicial en Argentina”*. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, oct. 2002. Panel: Las Reformas de Segunda Generación y su impacto sobre el buen gobierno: Experiencias comparadas de Argentina y México en los últimos veinte años. Artículo completo disponible en <http://www.unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0043310.pdf>.

Esta distancia entre Constitución y ley permanece hasta nuestros días.¹²⁻¹³

En efecto, no hace mucho escuchaba a un connotado panel de juristas argentinos comentar que en los países de Latinoamérica todavía aceptamos –y sin escándalo– que una parte importante del ordenamiento jurídico contenga normas derechamente contrarias a los principios y garantías que nuestras Constituciones Políticas nos prometen.¹⁴ Incluso se afirmaba con cierta ironía que todavía era difícil imaginar un país latinoamericano donde la Constitución fuera cabalmente aplicada, formal y sustancialmente.

Estos comentarios reflejan nuestra realidad, y además dejan traslucir una ácida pero certera crítica a una idea que subyace en nuestra cultura legal, sobre una supuesta falta de preparación de nuestros ciudadanos para disfrutar de la plenitud de derechos y libertades establecidas en las Constituciones o en instrumentos internacionales.¹⁵

En este contexto se observa una tendencia clara detrás del proceso de reformas judiciales en orden a darle plena eficacia al modelo constitucional de Estado de Derecho.¹⁶

¹² En este contexto, se ha dicho que una característica de lo original del desarrollo procesal iberoamericano consiste “en un dato valorativamente negativo: la discordancia entre la legislación procesal penal de los diversos países y sus Constituciones, hijas del movimiento liberal de fines del siglo XVIII, que aún hoy se detecta...”. MAIER, JULIO B.J.; AMBOS, KAI, y JAN WOISCHNIK. Ob. cit., pág. 21.

¹³ Véase además ACUÑA, CARLOS HUGO, y ALONSO, GABRIELA. “La Reforma Judicial en América Latina: Un estudio político-institucional de las reformas judiciales en Argentina, Brasil, Chile y México”. Disponible en <http://www.udesa.edu.ar/files/UAHumanidades/DT/DT28-C.PDF>.

¹⁴ Es lo que sucede en nuestros días –por ejemplo– cuando se proclama y refuerza constitucionalmente la transparencia y publicidad de los actos del Estado, en tanto, la ciudadanía se enfrenta a múltiples restricciones que surgen no sólo desde textos legales de jerarquía inferior, sino de prácticas fuertemente enquistadas de secretismo en nuestras autoridades.

¹⁵ La Constitución federal Argentina, por ejemplo, contiene originariamente (1853), en tres reglas precisas (hoy arts. 24, 75 inc. 12 y 118), tanto el derecho de los acusados a ser juzgados por jurados, como el de los ciudadanos a integrar estos tribunales, en materia penal, mas la obligación para el Parlamento Federal (Congreso de la Nación) de dictar las leyes procesales penales respectivas y, para la organización judicial, el deber de integrar sus tribunales, en esta materia, por jurados; y, sin embargo, nunca existieron tribunales integrados por jurados en esta República. MAIER, JULIO B.J.; AMBOS, KAI, y JAN WOISCHNIK. Ob. cit. Pág. 23.

¹⁶ Al respecto, y refiriéndose a las reformas al sistema penal, Binder en su artículo “La Fuerza de la Oralidad” expresa que: “A.- Existe una línea de continuidad en los esfuerzos trunco por construir una justicia republicana, que se expresa de diferentes formas, pero con unidad de propósitos y objetivos. B.- Este esfuerzo debe enfrentarse a una fuerte tradición inquisitiva instalada en las prácticas institucionales. C.- En cada una de las etapas, con sus propias particularidades, no solo se ha discutido el problema de la justicia penal, sino la configuración del Poder Judicial mismo. D. Cuanto más se acercan los proyectos de reforma al modelo constitucional más resistencias encuentran, lo que plantea un fuerte problema estratégico. E. La tradición inquisitiva no es algo muerto, sino una estructura poderosa que configura todavía un modo predominante el campo judicial y las prácticas de los actores.” BINDER, ALBERTO M. “La Fuerza de la Oralidad”. Artículo disponible en el sitio del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. INECIP http://www.inecip.org/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=101.

De este modo, por ejemplo, el hecho de que se establezca un modelo oral, con intermediación y publicidad, en la configuración de los procesos reformados, es precisamente porque esas características satisfacen los estándares constitucionales e internacionales del debido proceso.

Es así que se ha sostenido que “la experiencia neoconstitucional latinoamericana permite, en términos macroscópicos, afirmar una clara relación entre desarrollo constitucional y proceso de reforma judicial, pudiéndose apuntar que en aquellos casos donde las reformas judiciales han fracasado o no se han activado, el efecto transformador desde la Constitución o no se ha producido o lo ha hecho de forma muy limitada, generando graves crisis sociales”.¹⁷

Por estas razones fundamentales, se ha instalado fuertemente la idea que uno de los principales problemas del proceso de modernización del Estado y de la vigencia efectiva del Estado de Derecho en América Latina lo constituye el funcionamiento de los sistemas judiciales.¹⁸

Sobre este tema, el Ministro del Tribunal Constitucional de Chile Jorge Correa Sutil ha señalado que “*Hemos llegado a comprender que los poderes judiciales se han transformado en actores relevantes de nuestra historia. Sus decisiones empiezan a gravitar en la estabilidad y el desarrollo de nuestras economías; en la capacidad de controlar la corrupción política; en la vigencia efectiva de los Derechos Humanos, en los niveles de inseguridad que viven nuestras poblaciones y hasta en los niveles de aceptación de nuestra diversidad cultural*”.¹⁹

Por ello cabe identificar una clara relación de correspondencia entre Estado Constitucional y Poder Judicial eficaz e independiente. Como afirma el magis-

¹⁷ HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER. “Las Reformas Judiciales en Iberoamérica ¿Necesidad o Moda?”. Ponencia presentada en Seminario Internacional “Independencia y Reformas Judiciales en Iberoamérica”, 20 al 23 de septiembre de 2005. San José, Costa Rica. Disponible en la página de la Unión Internacional de Magistrados. Grupo Iberoamericano de Trabajo. www.iaj-uim.org.

¹⁸ La Constitución colombiana de 1991, la venezolana de 1999, la reforma constitucional boliviana de 1994, la ecuatoriana de 1992, reformada en 1998, la chilena de 1980, con las posteriores reformas de los años 90, la hondureña de 1994, la salvadoreña de 1986, la guatemalteca de 1985, la nicaragüense de 1986, la brasileña de 1986, la paraguaya de 1992, la peruana de 1993, constituyen muy buenos ejemplos de lo hasta ahora expuesto. “Todas ellas tienen el denominador común, de la normativización de los derechos fundamentales, del establecimiento de una regla valorativa de distribución del poder, de plasmación de objetivos de transformación social, de lucha contra las desigualdades, incorporando fórmulas constitucionales de enorme atractivo y potencial eficacia fundacional de nuevas bases políticas. Todas ellas precisan derechos sociales de última generación, con un alto grado de fundamentabilidad. Todas, también, contienen cláusulas de interpretación conforme con lo establecido en los tratados internacionales, con especial relevancia de lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José, de 1969, y las decisiones de la Corte Interamericana.” HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER. Ob. cit.

¹⁹ CORREA SUTIL, JORGE. “Acceso a la Justicia y Reformas Judiciales en América Latina”. Artículo completo disponible en <http://www.islandia.law.yale.edu/sela/jcorrs.pdf>.

trado Javier Hernández García: *“Sin jueces independientes, sin modelos eficaces de autogobierno, sin reformas estructurales que posibiliten el acceso a la justicia de los ciudadanos, sin una nueva cultura de la imparcialidad y de la responsabilidad, sin políticas activas de saneamiento de prácticas y actitudes contrarias a los valores constitucionales, sin apuestas decididas y exigentes en materia de selección, capacitación y formación judicial, no puede existir Estado Constitucional y, por tanto, tampoco, puede proyectarse la energía transformadora de la Constitución, entendida como norma fundacional que debe determinar, desde los valores superiores de libertad, igualdad, justicia, dignidad y pluralismo político, qué se manda, quién lo manda y cómo se manda”*.²⁰

Finalmente es importante subrayar que durante gran parte de nuestra historia republicana, las instituciones judiciales fueron olvidadas y relegadas dentro de las prioridades de modernización del Estado, lo que mantuvo durante décadas a este poder del Estado en una verdadera situación de pobreza estructural.

III. Objetivos de las reformas judiciales y el problema de cómo abordarlas.

Las reformas al sistema, como se ha visto, buscan reemplazar las antiguas estructuras de las instituciones judiciales, en el contexto de la modernización general del Estado, procuran armonizar la actividad de ese sistema judicial con los principios constitucionales y con las normas contenidas en los principales instrumentos Internacionales, a objeto de consolidar el ideal de Estado de Derecho y hacer efectiva la independencia del poder judicial, como corresponde a un sistema democrático y de separación de poderes. Asimismo, procuran adecuar su funcionamiento y operatividad con los principios de la economía moderna, incorporar las principales herramientas de gestión que nos proporciona la Administración, entre los más importantes desafíos que se ha planteado.

Lo anterior, a su vez, en el intento de responder a las demandas sociales de mayor acceso a la justicia de la población, la resolución de los conflictos en tiempos acotados y razonables, el respeto por los derechos individuales, la predictibilidad en las decisiones judiciales, la eficiencia en el uso de los recursos asignados y en la gestión administrativa, la transparencia general del sistema, y el control de la corrupción.

En este aspecto debe reforzarse el hecho que se fue consolidando un consenso bastante amplio en el sentido que los problemas de la justicia no podían ser so-

²⁰ HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER. Ob. cit.

lucionados con modificaciones aisladas o superficiales, sino que por el contrario, se requería de una profunda transformación de las instituciones judiciales.

Instalada la necesidad de efectuar profundas modificaciones a los sistemas judiciales, e identificados los principales objetivos a lograr, el proceso de reforma se enfrentó al problema de cómo llevarlas a cabo.²¹

La especialista en reformas judiciales del Banco Mundial, Linn Hammergren, manifestaba sobre este punto que la reforma en Latinoamérica ha pasado por dos fases. *“La primera podría llamarse el enfoque mecanicista, caracterizado por la introducción de una serie de medidas particulares, dirigidas a resolver problemas específicos de producción. La segunda, un enfoque sistémico o técnico-institucional, considera que el mal desempeño es consecuencia de conjuntos completos de prácticas interdependientes que deben ser transformadas simultáneamente”*.²²

Por su lado, Alberto Binder, analizando la reforma en el sistema penal, que ha sido uno de los cambios más paradigmáticos en esta materia, expresaba que en un comienzo compitieron dos visiones, una que llamaba estructural-política, la que *“ponía el énfasis en la configuración histórica del sistema inquisitorial y su funcionalidad política ligada a la concentración del poder, la selectividad del sistema penal y sus consecuentes afectaciones a los derechos fundamentales (garantías). Desde esta perspectiva, muchos de los males de la justicia penal no eran simples “defectos de funcionamiento”, sino “funcionamientos efectivos” que respondían a una lógica interna de la justicia penal, fuertemente consolidada a lo largo de los siglos y sostenida por toda una cultura (cultura inquisitiva) avalada y perpetuada por las prácticas de la abogacía y la enseñanza universitaria”*.²³ Según esta perspectiva, lo central era generar cambios con capacidad de crear una “contracultura”, es decir, una forma de ver las tareas de la justicia penal aptas para confrontar y vencer a la tradición inquisitorial. La segunda visión, que Binder denomina “tecnocrática-gerencial”, compartía el diagnóstico sobre el mal funcionamiento de la administración de justicia, pero *“ponía el énfasis en la necesidad de cambiar las prácticas cotidianas de administrar los casos, en la modernización de las organizaciones, en el impacto tecnológico como factor de innovación, es decir, en indudables tareas pendientes”*.²⁴

²¹ Véase a este respecto HERNÁNDEZ, CRISTIAN; VERA, IVÁN, y MARTÍNEZ, JAVIER. “La Gestión del Proceso de Reforma Judicial: Experiencias y Lecciones”. Revista Sistemas Judiciales N° 3. Reformas Procesales Penales en América Latina.

²² HAMMERGREN, LINN. “Quince Años de Reforma Judicial en América Latina: Dónde Estamos y Por Qué no Hemos Progresado Más”. Artículo disponible en la página del Departamento de Estudios Jurídicos Internacional de la Organización de los Estados Americanos, (OEA), Washington D.C. Oficina de Cooperación Jurídica. <http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti5.htm>.

²³ BINDER, ALBERTO M. “Reforma de la Justicia Penal y Derechos Humanos”. Artículo disponible en info.worldbank.org/etools/docs/library/92997/jr_lac/pdf/S%EDntesis_AlbertoBinder.pdf.

²⁴ Ídem.

Más allá de constatar la existencia de distintas visiones de cómo abordar la reforma, lo cierto es que parece que hoy existe acuerdo en que el cambio institucional efectivo opera a través de una variedad de mecanismos interrelacionados y depende de su influencia conjunta más bien que del impacto de uno solo de ellos.²⁵

IV. Las reformas judiciales y la importancia de una adecuada implementación

Una cuestión que ha sido clave en el aprendizaje obtenido de los procesos de reformas ha sido la consolidación de la idea que cualquier objetivo que se persiga con las reformas, sea en cuanto al acceso a la justicia, celeridad, transparencia, etc., es sólo utopía sin una estrategia de implementación adecuada. Si realmente existe la pretensión de modificar una situación que se considera deficiente, si las reformas quieren de verdad intervenir en un sentido transformador en el estado de las cosas, debe destinarse una preocupación fundamental por la implementación.

Esta perspectiva implica superar lo que tradicionalmente entendíamos por reforma en materias legales o judiciales, las que normalmente quedaban reducidas a modificar un texto legal. Al respecto, Binder se refería al “fetichismo normativista”,²⁶ como la práctica según la cual las autoridades públicas sancionan leyes, muchas veces con propuestas ambiciosas de cambio y, luego, se despreocupan de su puesta en marcha.

Por otro lado, la implementación de cualquier reforma requiere de una estrategia que la oriente y ordene.

Uno de los problemas que se han detectado en los procesos de reforma es que en muchos casos se carece de una estrategia de implementación, lo que ha llevado al fracaso numerosas experiencias. En este contexto, cuando hablamos de fracaso debemos necesariamente pensar en tiempo desperdiciado, en una mala inversión de importantes recursos públicos, en el desperdicio de infraestructura, en fin, de desencanto de la ciudadanía, y lo que es peor, de deslegitimación del proceso de reforma.

Este punto es de extrema importancia, puesto que este proceso ha revelado

²⁵ HAMMERGREN, LINN. *Ob. cit.*

²⁶ Se suele denominar “fetichismo normativista” a la perspectiva que cree que una vez sancionada una ley, esa sanción (o su validez formal) es suficiente para que produzca los efectos deseados en el proceso social. BINDER, ALBERTO M. “Reforma de la Justicia Penal y Derechos Humanos”. *Ob. cit.*

cierta incapacidad de diseñar y ejecutar adecuadamente las políticas públicas, de generar aprendizajes de las experiencias anteriores, de identificar obstáculos, de reconocer liderazgos, etc.²⁷

Este efecto deslegitimante derivado de una mala implementación de las reformas hace que muchas veces tengamos la tendencia de confundir las reformas como la causa de los problemas.

Lo importante, en todo caso, es que se ha avanzado mucho en tener información sobre el resultado de los distintos procesos, en identificar problemas, errores, éxitos, buenas prácticas, etc. Esta información está disponible y cada día genera más estudios, especialmente de carácter empírico, que permiten trabajar en base a mejores diagnósticos. Asimismo, se observa una tendencia muy marcada de transferir esa información,²⁸ mediante la generación de verdaderas redes de conocimiento y la consolidación de la buena costumbre de conocer “modelos” exitosos mediante el intercambio de expertos o bien derechamente visitando aquellos países que han tenido éxito en la experiencia de implementación de instituciones o procesos reformados.²⁹

V. La preocupación por la gestión de las instituciones

Como también se ha dicho anteriormente, las reformas pretenden superar las respuestas tradicionales a los problemas del sistema de justicia, como el aumento del número de jueces, el incremento de remuneraciones, o la reforma de unos cuantos procedimientos.

²⁷ Un buen ejemplo de los efectos que puede generar una mala implementación se encuentra en los inconvenientes que hoy se evidencian en los tribunales de familia. En efecto, como se ha consignado en forma acertada, aquellos (problemas) “son parte de un problema mayor: la paulatina pérdida de rigor, planeamiento y profesionalismo en el proceso de reforma a la justicia. Así, mientras el trabajo de preparación en la reforma procesal penal se caracterizó por contar con grupos de profesionales de diversas áreas, tanto del mundo privado como público, participando del debate, en la producción de normas e implementación del sistema, con problemas a resolver claramente identificados y un discurso propuesto para enfrentarlos público y coherente, incluyendo una importante cantidad de trabajo previo a la implementación, pero sin dejar de considerar que todo trabajo previo tiene poca relevancia si no se pone especial énfasis en el proceso de implementación, en las nuevas reformas se percibe un grado importante de desconocimiento e improvisación. Nos parece que este es el verdadero problema detrás del mal funcionamiento de los tribunales de familia y que puede esperarse también, si no cambian las circunstancias, de la implementación de la ya aprobada reforma al procedimiento laboral”. CASAS, LIDIA; DUCE, MAURICIO; MARÍN, FELIPE; RIEGO, CRISTIÁN, y VARGAS, MACARENA. “El Funcionamiento de los Nuevos Tribunales de Familia: Resultados de una Investigación Exploratoria”.

²⁸ Destaco en este ámbito los Seminarios Internacionales de Gestión Judicial organizados por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, que ya lleva su quinta versión.

²⁹ Chile se ha constituido en un modelo exitoso de implementación de la reforma procesal penal, más allá de los problemas asociados a cualquier proceso de esta envergadura, lo que ha generado la visita de decenas de delegaciones institucionales de diferentes países a observar el funcionamiento del modelo.

Ese modelo de ejecutar reformas ya no tiene sustentabilidad, ni justifica el gasto público, cuya inversión exige cada día mayor eficiencia, en un contexto donde las necesidades del sector justicia compiten con otras necesidades igualmente relevantes, como salud, educación, vivienda, etc.

En la búsqueda de mayor eficiencia la atención se ha puesto sobre la gestión de las instituciones, sus procesos de trabajo, los presupuestos asociados a los resultados, los incentivos, la medición de los desempeños institucionales, el uso de la tecnología para mejorar rendimientos, etc., temas que han sido centrales en la configuración actual de este proceso.³⁰ También ya se ha reconocido la dificultad que conlleva la pretensión de intervenir en las prácticas o rutinas que forman parte de la "cultura organizacional" y que se han modelado a través del tiempo al interior de instituciones muy decaídas.

Eficiencia, entonces, es el nombre de la obra. Esto exige el cumplimiento de estándares mínimos en el servicio judicial.

Al respecto, un tema notable es que se ha ido derribando la creencia tradicional de que las instituciones judiciales, entendiéndolo por tal para estos efectos no sólo los tribunales, sino también las instituciones relacionadas, como el Ministerio Público, la Defensoría Penal, son instituciones tan especiales, por la naturaleza de la función que cumplen, que no pueden someterse a los principios de la administración moderna.

Este mito está cerca de caer completamente. Los principales esfuerzos de las organizaciones judiciales se han focalizado precisamente en la introducción de herramientas que permitan generar una gestión de calidad al interior de sus instituciones. Así, por ejemplo, una de las más importantes transformaciones experimentadas por nuestros tribunales ha sido la separación de las funciones administrativas de las jurisdiccionales, dejando en manos de especialistas y técnicos las acciones de administración. Los procesos de trabajo han ganado no sólo en eficiencia, sino también en calidad.

Además, la incorporación de tecnologías de información y comunicaciones (TIC) ha generado gran impacto en el trabajo judicial. Por un lado ha permitido la

³⁰ "Finalmente, se debe señalar que la reforma procesal penal ha marcado un hito en el tipo de discusión y análisis conceptual relativo a las políticas públicas de administración de justicia, logrando que sean incorporados argumentos, principios y conceptos económicos y de política pública que están reemplazando los paradigmas que dominaron por largos años la cultura jurídica nacional. Ello no es más que la evidencia de un largo proceso de cambio cultural, que debe ser profundizado y perfeccionado en los sucesivos procesos de reforma". JOSÉ FRANCISCO GARCÍA y FRANCISCO JAVIER LETURIA. "Justicia Civil: Una Reforma Pendiente". Pág. 6. Instituto Libertad y Desarrollo. Serie Informe Político N° 88. Febrero 2005.

generación y procesamiento de una enorme cantidad de información, la que se encuentra organizada para la toma de decisiones por parte de los gobiernos judiciales o la consulta y escrutinio ciudadano, y por otro, ha intervenido directamente en la configuración de procesos de trabajos como las notificaciones por vía electrónica, la comparecencia por videoconferencia y la litigación por Internet, donde ya existen experiencias de nivel comparado de gran éxito. Los servicios judiciales pueden dar un salto exponencial, cuantitativa y cualitativamente, ocupando estratégicamente estas herramientas.

En la Declaración Copan-San Salvador del IV Encuentro Iberoamericano de Consejos de la Judicatura y VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia se dejó constancia como primera declaración temática que *“la incorporación de las nuevas tecnologías en la administración de la justicia es un imperativo de la era de la “sociedad de la Información”, que puede contribuir a elevar la eficiencia y con ello la confianza de la sociedad de nuestros sistemas judiciales”,* y que *“la incorporación de las nuevas tecnologías en la administración de justicia debe ser considerada un instrumento indispensable que proporcione eficiencia, eficacia, celeridad y calidad del trabajo judicial, tanto en la parte jurisdiccional como administrativa”.*³¹

Por último, se ha consolidado la idea de incorporar en los procesos de trabajo la evaluación constante, la coordinación interinstitucional y la innovación como objetivos estratégicos, lo que ya se está empezando a observar con una interesante dinámica de ensayos y evaluación de resultados, en búsqueda de las prácticas que le otorguen más eficiencia al sistema en su conjunto.

V. Consideraciones finales

El proceso de reformas judiciales ha superado con creces lo que se podría imaginar hace una década. En efecto, los esfuerzos desplegados y la inversión realizada han sido sostenidos en el tiempo y consistentes con la idea de modernización y mejoramiento de los servicios de justicia, lo que ha marcado una clara diferencia con las tradicionales respuestas a los problemas del sector, como el aumento del número de jueces o tribunales, el incremento de las remuneraciones, o la modificación de algunos procedimientos. Ahora la pretensión es mucho mayor, como se ha explicado.

³¹ Declaración Copan-San Salvador del IV Encuentro Iberoamericano de Consejos de la Judicatura y VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia.

Si bien es cierto que existen expectativas frustradas en la sociedad derivadas de un discurso muy prometedor de las autoridades, el camino de las reformas está lejos de acabarse.

Ahora que la reforma procesal penal ha entrado a una etapa de las llamadas reformas de "segunda generación", orientadas al manejo de la carga de trabajo, y la reforma de tribunales de familia todavía presenta grandes dificultades en su implementación, y nadie apuesta por lo que sucederá con la reforma al proceso laboral, ya se ha iniciado el debate que precederá la reforma a la justicia civil. En los foros especializados todavía hay temas pendientes sobre gobierno judicial, cortes superiores, justicia de paz, entre otros de gran repercusión.

Este proceso ha sido riquísimo en enseñanzas que han permitido una mejor comprensión de un fenómeno que aún plantea importantes desafíos y dificultades.

Sin embargo, no es posible que cientos de años de tradición, de una cultura de hacer las cosas de un modo determinado desaparezca en escaso tiempo, y la existencia de tensiones revela precisamente que las reformas han generado un impacto de verdad.

La resistencia cultural, manifestada en la forma en que operan los actores de este sistema, es el punto más delicado de todo el proceso. La incapacidad de transformar las prácticas se ha transformado en el gran problema.

Al terminar, me permito formular un par de reflexiones sobre el esquema actual de las Facultades de Derecho y la enseñanza jurídica en este contexto, ya que muchas críticas les apuntan directamente.

Lo primero, con las excepciones que confirman la regla, debería haberse esperado más de las Facultades de Derecho en este proceso, tanto en la generación de estudios como en la discusión de los temas relevantes. Pero esto con un esquema distinto al tradicional, que supere el mero dogmatismo, que integre disciplinas y enfoques diversos, con visiones más sistémicas de los fenómenos que se estaban desarrollando, aquí, al frente de sus narices. Ello revela cierta incapacidad para "leer" adecuadamente los acontecimientos que se producen en el ámbito jurídico, lo que es desconcertante, ya que precisamente son estas las llamadas a liderar el debate y orientar el proceso.

Lo último, es que se constata una brecha enorme entre lo que se enseña en las aulas y lo que sucede en la realidad. No me refiero a la distancia entre teoría y la mal entendida práctica (que es una mera transmisión de labores de procurador). La crítica tampoco es a una metodología de enseñanza, sino al

derecho que se está enseñando. No puede enseñarse a nuestros estudiantes un derecho desapegado de los efectos que genera en la sociedad ni de los procesos a que se enfrenta. Es aquí donde se encuentra el debate más enriquecedor, el que permite el fortalecimiento de nuestras instituciones, el que abre paso a la innovación, el que se preocupa de los ciudadanos a quienes se supone el derecho debe servir.

Por ello destaco la temática que ha propuesto la revista *Actualidad Jurídica* de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, pues precisamente se hace cargo de esta reflexión resaltando la centralidad del proceso de reformas en la "actualidad".

La interpretación judicial de la ley¹

Hugo Rosende Álvarez

Director del Departamento de Derecho Privado

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

En los medios de comunicación social, en las encuestas de opinión pública y en el foro aparecen críticas al Poder Judicial fundadas en la existencia de fallos contradictorios entre sí, pese a versar sobre la misma materia y sujetos a las mismas normas legales; otras se encaminan a la falta de certeza jurídica, porque al decidirse de distinta manera situaciones análogas no es previsible la conducta de los jueces ni se respeta la igualdad ante la ley; finalmente, las críticas se dirigen a la influencia de factores no estrictamente jurídicos en las sentencias judiciales.

Esos planteamientos apuntan a un problema que permanece sin resolver y que quizá nunca tenga solución en la tarea de interpretar la ley, cual es el de zanjar la permanente disputa entre la prevalencia de la ley o de la personalidad del juez en las decisiones de la judicatura.

En este artículo nos proponemos recordar el pensamiento de Bello, así como de otros autores, acerca de la interpretación de las leyes, además de mostrar ejemplos prácticos del sentir de los jueces respecto de la hermenéutica judicial, todo lo cual nos hace pensar que la aspiración de una jurisprudencia uniforme y permanente es una quimera.

A. Andrés Bello y el estudio del Derecho Romano

Bello tenía el sello característico de los jurisconsultos romanos. El amor por la justicia; la educación de la juventud que debe saber “discernir lo justo de lo injusto”; la inquietud del saber jurídico; la observación de la vida nacional

¹ El autor agradece a los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo doña Isabel Warnier R. y don Hugo Fábrega V., por su valioso aporte en este artículo.

para buscar solución de los problemas en el orden legislativo y judicial, y el permanente sentido de creación de los medios para dar justicia.²

La justicia es para Bello una virtud, como lo fue para los romanos.³ Para éstos el derecho tiene su función en la justicia, que es una virtud que consiste en la voluntad constante de dar a cada uno lo suyo (Digesto 1,1,10) y desde el aspecto de la justicia el derecho es el arte de lo justo y de lo bueno (Digesto 1, 1, 1).⁴

Para el autor del Código Civil chileno, la justicia es la conformidad de nuestras acciones con las leyes, y la jurisprudencia es la ciencia que enseña a conocer, interpretar y aplicar las leyes. Finalmente, Bello piensa que sólo hay justicia donde hay ley y ésta se cumple, y hay jurisprudentes donde existen leyes positivas.⁵ Y por ley entiende "un precepto general del soberano, que impone a los ciudadanos la obligación de arreglar a él su conducta".⁶

Bello sigue así una tendencia pragmática y positivista. Restringe de esta manera el derecho a una colección de leyes⁷ y se transforma en iuspositivista.

Sus convicciones íntimas, sin embargo, se expresan en sus apuntes sobre principios de Derecho Romano, en los cuales guarda silencio acerca de la Justicia y el Derecho, porque no desea exponer una doctrina romana de origen estoico en la que no cree. Mas, en lo tocante al iuspositivismo o iusnaturalismo, Bello, en la docencia, repite el concepto escolástico de origen ciceroniano de que el derecho natural es el que Dios mismo ha promulgado al género humano por medio de la recta razón natural.⁸

1. Las ideas iuspositivistas defendidas por Bello y la oposición iusnaturalista

El ideario público de Bello en torno a la filosofía iuspositivista se alimenta de las obras de Bentham, que bien conoció en Inglaterra y refleja cierta coincidencia con el pensamiento de Kant.

² Hugo Hanisch Espíndola, *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, p. 25, Ediciones del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, Santiago, 1983.

³ *Ibid.*, p. 36.

⁴ *Ibid.*, p. 77.

⁵ *Ibid.*, p. 78.

⁶ *Ibid.*, p. 70.

⁷ *Ibid.*, p. 381.

⁸ *Ibid.*, p. 382. Bello explica que toda ley supone una autoridad de que dimana. Como las naciones no dependen unas de otras, las leyes o reglas a que debe sujetarse su conducta recíproca sólo pueden serles dictadas por la razón, que, a la luz de la experiencia, y consultando el bien común las deduce

Bello luchaba contra la fuerte raigambre hispana del iusnaturalismo, traída a nuestras tierras por los conquistadores y hecha carne y sangre de su tradición hispana y colonial.

Las doctrinas de Vitoria sobre la conquista; del padre Las Casas sobre la libertad de los indios; el argumento de equidad en la determinación de las penas, que no era sino una aplicación del principio enunciado por Cicerón, padre del Derecho Natural romano, de: *summum ius, summa iniuria*; el derecho del pueblo de darse un gobierno, base de los cabildos y juntas; y a juzgar y deponer al mal gobernante o al gobernante injusto; la costumbre admitida de que la orden del rey se obedece, pero no se cumple, son consecuencias del principio de Derecho Natural español de que la ley injusta no es ley.⁹

Contra esa posición lucha Bello al afirmar que la sola justicia está en la adecuación de los actos con la ley, y para ello debió silenciar en sus estudios de Derecho Romano todo el capítulo de la justicia y el derecho, a pesar de que su maestro Heinecio lo desarrolla con minucioso análisis.¹⁰

2. Derecho objetivo y subjetivo en Bello

Andrés Bello señalaba que: “La palabra derecho (*ius*) en su sentido objetivo abraza las máximas y verdades que se dirigen a realizarlo en la vida, ya tengan ellas una existencia histórica, o solamente especulativa”.¹¹

“En el sentido subjetivo, dice, se llaman derechos (*iura*) las facultades humanas que nacen de la idea del derecho, y que el Estado reconoce y protege; puesto que la voluntad general jurídica debe demarcar a cada individuo, de un modo claro y preciso, su círculo de libertad exterior, en esfera de derecho, dentro de la cual pueden moverse sin que los otros le estorben, y sin que él mismo invada las esferas de libertad o derecho en que pueden moverse los otros; y mientras no sale del círculo que se ha trazado, está en su derecho, ejercita sus propios derechos, y el Estado le protege contra toda invasión exterior”.¹²

Como consecuencia de todo lo anterior, “cada particular está obligado a respetar la esfera de la libertad exterior asignada a cada uno de los demás hombres,

del encadenamiento de causas y efectos que percibimos en el orden físico y moral del universo. El Ser Supremo, que ha establecido estas causas y efectos, que ha dado al hombre un irresistible conato al bien o la felicidad y no nos permite sacrificar la ajena a la nuestra, es, por consiguiente, el verdadero autor de estas leyes, y la razón no hace más que interpretarlas.

⁹ *Ibíd.*, p. 71.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 71.

¹¹ *Ibíd.*, p. 71.

¹² *Ibíd.*, pp. 71 y 72.

y este respeto constituye la justicia, que es la conformidad de las acciones al derecho. Recíprocamente, toda invasión de la esfera de libertad ajena, todo voluntario estorbo al ejercicio de los derechos de otro individuo, es un tuerto, una injusticia".¹³

3. Principio trascendente en Bello para buscar las bases del Derecho

La base trascendente del derecho Bello la encuentra en la libertad humana. Ella no es la libertad de los romanos definida en las *Institutas*, es una libertad garantizada por el Estado, regulada indirectamente por éste, fundamento del respeto de los demás, y de la cual nace un derecho de verdades y máximas, trascendente a las normas mismas.¹⁴

El positivismo era indispensable para Bello y su labor en la ordenación del sistema jurídico chileno. El caos legal imperante en esa época, del que tanto se lamentaba, como lo expresa en el Mensaje del Código Civil, sólo podía ser despejado mediante la dictación de leyes precisas que derogaran todo lo anterior, al igual que toda tradición costumbrista que pudiera torcer el sentido de las leyes o variar su recta aplicación.¹⁵ Así se explica que al referirse al valor de la costumbre civil la acepte siempre que la ley se remita a ella, denegándole toda fuerza obligatoria a la costumbre en silencio de ley o contraria a ésta.¹⁶

Para que Bello pudiera llevar a cabo sus grandes aspiraciones era necesario establecer el principio de que la única ley válida era, en adelante, la que dictara el legislador, y que lo que no emanara de esta fuente carecía de todo valor.¹⁷

B. Andrés Bello y la interpretación

Bello, separándose del criterio del Código de Napoleón, introdujo normas expresas respecto a la interpretación de la ley, como aparece en los artículos 19 a 24 y en algunas otras disposiciones, como los artículos 3º, 4º, 11 y 13 del Código Civil chileno.¹⁸

¹³ *Ibíd.*, p. 72.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 72.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 76.

¹⁶ Artículo 2º del Código Civil: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella".

¹⁷ Hanisch, op. cit., p. 76.

¹⁸ Carlos Ducci Claro, *Interpretación Jurídica*, p. 91, Editorial Jurídica de Chile, 1977.

1. Explicaciones en el diario “El Araucano”, de 30 de septiembre de 1842 y, en parte, como nota en el Proyecto Inédito

Dice el autor del Código Civil lo siguiente:

“Nos inclinamos a creer que muchas cuestiones no se suscitarían, o llegarían con más facilidad a una solución satisfactoria, si por una y otra parte se siguieran unas mismas reglas de interpretación legal. Pero mientras unos adhieren estrictamente al texto y tratan de licenciosa la inteligencia de sus antagonistas, otros creen que lo sublime de la hermenéutica legal es internarse en la mente del legislador y asistir a sus consejos. Por este medio, según conciben, se toman por guía, no las palabras de la ley, sino su intención, su idea. Pero lo que sucede, las más veces, es que el intérprete sustituye a la idea del legislador la suya propia y de aquí tantas y tan encontradas opiniones sobre la inteligencia de los textos más claros. Nosotros creemos que lo más seguro es atenerse a la letra; que no debemos ampliarla o restringirla, sino cuando de ella resulten evidentes absurdos y contradicciones; y que todo otro sistema de interpretación abre ancha puerta a la arbitrariedad, y destruye el imperio de la ley”.¹⁹

2. Comentarios de Bello sobre la “Observancia de la ley”, publicados en el “El Araucano”, año de 1836

Acerca de la “**Observancia de la ley**”²⁰ Bello escribió que debía ser muy fuerte “la sujeción a las leyes en los encargados de administrar justicia. Los individuos en quienes está depositada esta gran confianza de los pueblos no pueden en su desempeño separarse de las leyes; y por muy poderosas que sean las razones privadas que les asistan para apartarse de su tenor o declinar un tanto de él, todas deben callar, no debiendo oírse en el santuario de la justicia otras voces que aquellas que, pronunciadas por la razón antes de los casos, dieron a los jueces las reglas seguras de su conducta, que de ningún modo podían consignarse a la elección de una voluntad sujeta a variaciones y extravíos. Puede muchas veces parecer al juez una ley injusta; puede creerla temeraria; puede encontrar su opinión apoyada en doctrinas que le parezcan respetables, y puede ser que no se equivoque en su concepto; pero con todo, ni puede obrar contra esa ley, ni puede desentenderse de ella, porque, si en los jueces hubiera tal facultad, no ya por las leyes se reglarían las decisiones, sino por las particulares opiniones de los magistrados. Los que conocen bien la gravedad de su destino, y sus verdaderas atribuciones, son por lo dicho solícitos de

¹⁹ Op. cit., pp. 91 y 92.

²⁰ Bello Andrés, en el “El Araucano”, 1836. Opúsculos Jurídicos, pp. 202 y siguientes en “Obras Completas de don Andrés Bello”, Volumen IX, Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885.

examinar las disposiciones legales, de darles su verdadero valor, y despreciar toda interpretación siniestra, toda doctrina que no se encuentre en verdadera consonancia con ellas; y éstos son los que cumplen del mejor modo con los grandes cargos anexos al tremendo oficio de decidir sobre la fortuna, sobre la vida y el honor de sus semejantes”.

“Si es el juez, repetimos, esclavo de la ley, si sobre ella no tiene arbitrio, si nada es tan opuesto a su oficio como la acepción de personas, se sigue que nada puede ser tan reprobado como querer inclinar el ánimo de los jueces por otras vías que no sean aquellas establecidas y justificadas por el derecho”.²¹

Concluye su artículo Bello²² diciendo: “Las decisiones del magistrado no deben, ni aun con los más plausibles motivos, desviarse un punto de la norma que les trazan las leyes, porque no pueden hacerlo sin introducir en el orden judicial un principio de arbitrariedad, que no siempre será guiado por impulsos igualmente excusables, y que, creciendo por grados, llegará a viciarlo del todo. Tal ha sido siempre la marcha de las corruptelas y abusos”.

3. La “necesidad de fundar las sentencias”

En otro artículo sobre la “Necesidad de fundar las sentencias”, Bello²³ explica: “No podemos menos de transcribir aquí lo que dice sobre esta materia el docto jurisconsulto Emerigon en su ‘Tratado de Seguros’, que se mira justamente como una obra clásica de derecho. `A pretexto de equidad, no deben los jueces de los comerciantes (y lo mismo se aplica a todos los otros jueces) apartarse de las leyes y reglamentos. Se les manda solamente no detenerse en las sutilezas del derecho y en lo que se llama *summum ius, summa iniuria*. Si la ley es clara y precisa, no les es permitido violarla, por dura que les parezca (ley 12 *Qui et a quibus manum*). La conciencia de la ley vale más que la del hombre (Stracca). Debe el juez seguir la equidad de la ley, no la de su propia cabeza (Dumoulin). Los jueces dan sentencias inicuas cuando se imaginan ser árbitros y maestros de la equidad (Stracca). Ellos deben tener continuamente a la vista lo que decía M. Pussort (...): Todos saben que el juez no hace el derecho, sino solamente lo declara. Es su dispensador, no su dueño”.

“El poder y la soberanía están en la ley y no en él. Y si el juez pudiera impunemente contravenir a la ley, sería por consecuencia infalible dueño de las haciendas, honras y vidas de los ciudadanos, pues sin temor de pena alguna podría disponer de ellos como quisiese, a pesar de la ley”. Agrega, citando a

²¹ Op. cit., p. 203.

²² *Ibid.*, p. 209.

²³ Andrés Bello, op. cit., pp. 280 y ss., “El Araucano”, años 1834 y 1839.

Cicerón, lo siguiente: “La injusticia de una sentencia arbitraria es un atentado contra la ley, más grave que todos los hechos de los particulares que las quebrantan, porque corrompe la fuente misma de la justicia; es un crimen como el de los monederos falsos, que ataca al príncipe y al pueblo”.

Culmina sus comentarios expresando: “la práctica de fundar las sentencias es para nosotros indudable, porque ella tiende a producir orden y coherencia en el sistema legal, y del orden nace la luz y la luz no es menos inseparable de la belleza en las artes, que de la verdad en las ciencias”.

La síntesis de su pensamiento no puede ser otra que “el culto a la ley y a su aplicación estricta”.

Bello, refiriéndose al juez, señala:²⁴ “No hay un poder sobrenatural que mueva sus labios, como los de la Pitia,²⁵ sin el previo trabajo de sentar premisas y deducir consecuencias. ¿Es su sentencia la aplicación de una ley a un caso especial? Cite la ley. ¿Su texto es oscuro, y se presta a diversas interpretaciones? Funde la suya. ¿Tiene algún vicio el título que rechaza? Manifiéstelo. ¿Se le presentan disposiciones al parecer contradictorias? Concílielas, o exponga las razones que le inducen a preferir una de ellas. ¿La ley calla? Habrá a lo menos un principio general, una regla de equidad que haya determinado su juicio. De algunos antecedentes ha tenido por fuerza que deducirlo. ¿Qué le impide manifestarlos, cualesquiera que sean? ¿No deberá saber el público si un poder que pesa sobre todos los hombres, que se extiende a todos los actos de la vida, se administra con inteligencia y pureza? ¿Y no es la exposición de los fundamentos de las sentencias el único medio de impartir este conocimiento? El que por un decreto judicial ve engañadas sus esperanzas, cancelados sus títulos, destruida su fortuna, inmolada tal vez su existencia, ¿tendrá que someterse a las órdenes del magistrado, como a las de una ciega y misteriosa fatalidad?”

“La práctica de fundar las sentencias, que bajo este respecto está íntimamente ligada con la naturaleza de las instituciones republicanas, proporciona otras

²⁴ Op. cit., p. 284.

²⁵ Pitia era el nombre que los griegos daban a la sacerdotisa del oráculo de Apolo en Delfos. Para consultar al oráculo se empezaba por ofrecer un sacrificio a fin de conseguir que las circunstancias fuesen favorables. Luego la pitia procedía a una serie de purificaciones y abluciones y bebía agua de la fuente Kassotis, mascaba luego hojas de laurel y conducida al interior del templo se la situaba encima del trípode, colocado encima de una grieta, de la que se escapaba un vapor frío que producía un delirio momentáneo, y desde el cual la pitia o sacerdotisa transmitía los oráculos. Uno o dos sacerdotes de Apolo, llamados profetas, se colocaban cerca de la pitia. Ellos eran los que recogían las palabras incoherentes de ésta, entrecortadas de exclamaciones y convulsiones de la sacerdotisa y las interpretaban a su modo y las ponían en verso. Hasta la época romana no se interpretaron en prosa. Estos sacerdotes, que estaban muy al corriente de los asuntos de Grecia y de los intereses del consultante, daban una interpretación razonable a las palabras sin sentido y a las interjecciones de la pitia, y en los casos difíciles daban una respuesta ambigua.

ventajas colaterales de grande importancia. Ella reviste de una sanción solemne la interpretación de las leyes, y dándole fuerza de costumbre, la convierte en una ley supletoria, que llena los vacíos y dilucida las oscuridades de los códigos. La marcha de los tribunales se hace de esta manera más regular y consecuente. Las decisiones divergentes de casos análogos, oprobio de la administración de justicia, son cada día más raras. Y no habiendo nada que fije tanto las ideas como el orden y armonía que las encadenan, esa misma regularidad y consecuencia facilitan, y por consiguiente propagan y generalizan, el conocimiento de las leyes”.

4. Las reglas de la interpretación de la ley en el Código de la Louisiana de 1825 y su influencia en el Código Civil chileno

Las disposiciones acerca de la interpretación de la ley en el Código Civil chileno tienen como fuente las reglas contenidas en el Código de la Louisiana de 1825, que en un cuadro comparativo, como es el que se ofrece a continuación, se permite apreciar su influencia en el ordenamiento civil patrio.

Código de la Louisiana	Código Civil
<p>Artículo 13. Cuando una ley es clara y libre de ambigüedad, no se puede eludir su literalidad a pretexto de buscar su espíritu.</p>	<p>Artículo 19. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.</p>
<p>Artículo 14. Las palabras de la ley deben ser generalmente entendidas según el significado más conocido y más usado, sin atender tanto a los refinamientos de las reglas gramaticales sino que a la aceptación general y de uso vulgar de las palabras.</p>	<p>Artículo 20. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado.</p>
<p>Artículo 15. Las palabras del arte o las expresiones y frases técnicas deben ser interpretadas conforme a la significación y acepción que les den las personas versadas en cada una de esas artes, oficios o profesionales.</p>	<p>Artículo 21. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.</p>

<p>Artículo 16. Cuando las palabras de la ley sean dudosas, se puede buscar su significado examinando el contexto en el cual las palabras, frases y oraciones ambiguas pueden ser comparadas, a fin de determinar su verdadero sentido.</p>	<p>Artículo 22. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.</p>
<p>Artículo 17. Las leyes in pari materia, o sobre una misma materia, deben ser interpretadas con referencia de la una a la otra; aquello que es claro en una ley puede servir de base para explicar aquello que es dudoso en otra.</p>	<p>Artículo 22, inc. 2°. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.</p>
<p>Artículo 18. El medio más universal y más eficaz para descubrir el verdadero sentido de una ley, cuando sus expresiones sean dudosas, es considerar la razón y espíritu de esa ley o la causa que determinó a la legislatura dictarla.</p>	<p>Artículo 19. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.</p>
<p>Artículo 19. Cuando para prevenir un fraude, o por cualquier otra razón de bien público, la ley declara nulo ciertos actos, sus disposiciones no pueden ser eludidas sobre la base de que ese acto particular se ha probado no ser fraudulento o contrario al bien público.</p>	<p>Artículo 11. Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario a fin de la ley.</p>
<p>Artículo 20. La distinción entre leyes odiosas y favorables, con la mira de darles un sentido estricto o amplio, no puede hacerse por quienes tienen la tarea de interpretarlas.</p>	<p>Artículo 23. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.</p>

<p>Artículo 21. En materias civiles, a falta de ley, el juez está obligado a proceder conforme a la equidad; para decidir según la equidad, él debe recurrir a la ley natural y a la razón, o a los usos cuando la ley positiva guarda silencio.</p>	<p>Artículo 24. En los casos a que no pudiesen aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.</p>
	<p>Artículos 4° y 13.</p>
	<p>Artículo 4°. Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código.</p>
	<p>Artículo 13. Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición.</p>

5. La prueba legal tasada y la procedencia del recurso de casación en el fondo

La interpretación judicial comprende dos aspectos: a) el establecimiento de los hechos y su mérito probatorio, y b) la interpretación de la norma jurídica y su correcta aplicación.

El establecimiento de los hechos y su fuerza probatoria están regidos por las reglas de la prueba tasada. Su infracción es recurrible por la vía del recurso de casación en el fondo por violación de las leyes reguladoras de la prueba.

La interpretación de las normas jurídicas está regida por las reglas de los artículos 19 a 24 del Código Civil. Para que se respeten estos preceptos, era de toda lógica que su falta de observancia hiciera procedente el recurso de casación en el fondo. Ducci Claro²⁶ recuerda que entre las fuentes teóricas que tuvo en vista Bello en la redacción del artículo 19 del Código Civil, se encuentra el significado del vocablo que se da en el Repertorio de Merlin. Allí se lee lo

²⁶ Ducci Claro, Carlos, op. cit., p. 96.

siguiente: "Los litigios civiles se basan en el sentido preferente que cada una de las partes le da a la ley; no es pues por una ley nueva, sino por la opinión del juez que la causa debe ser decidida. Se teme que los jueces abusen de este principio para juzgar contra el texto de la ley. Si los jueces se lo permitieran, el Tribunal de Casación anularía su sentencia".

Sin embargo, los sistemas probatorios ofrecen siempre latitud al juez en el establecimiento de los hechos así como en la valoración de la prueba rendida. En el régimen de prueba legal tasada, la ley ofrece márgenes de flexibilidad en varias formas. Por un lado, el establecimiento de los hechos es una facultad privativa de los jueces del fondo, y, por el otro, la ley autoriza al juez a crear un medio de prueba, como ocurre con las presunciones judiciales; o apreciar facultativamente el mérito probatorio, como acontece en ciertos casos con la prueba de testigos; o valorar conforme a las reglas de la sana crítica, como sucede con el informe de peritos; o para preferir la prueba que el juez crea más conforme con la verdad, cuando existan dos o más pruebas contradictorias y falte la ley que resuelva el conflicto.

En los sistemas de libre convicción o de apreciación racional de la prueba, el juez goza de más libertad que en el régimen de prueba legal tasada.

Por otro lado, la Corte Suprema ha dicho que "Las reglas contenidas en los artículos 19, 20 y 22 del Código Civil sólo constituyen principios o normas generales destinados a orientar la labor de los tribunales de justicia en su función específica y primordial de averiguar y fijar recto y genuino sentido de la ley, para aplicarla con acierto a la resolución de las controversias de que conocen, por lo que su infracción no puede ser aducida por sí sola, sin adiccionarla a otras reglas, para fundamentar un recurso de casación en el fondo. Es requisito básico de esta vía procesal que la infracción invocada influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo, condición que no puede producirse sin relacionar aquellas reglas con una ley en que propiamente repose el fallo, es decir, que tenga el carácter de decisoria litis" (Corte Suprema, 11 abril 1955, R., t. 52, sec. 1ª, p. 42, y Corte Suprema, 12 mayo 1992. R., t. 89, N° 2, sec. 1ª, p. 51).

Una parecida concepción está contenida en una sentencia de 1992, que en lo que interesa dice que "los arts. 19 y 22 del Código Civil son preceptos de ordenamiento procesal, como quiera que junto a las demás disposiciones del párrafo 4º del Título Preliminar del señalado Código, constituyen sólo un medio auxiliar del juez para dar a cada disposición legal la interpretación que éste considere adecuada, de manera que, atendidas tal naturaleza y finalidad, no pueden ellas ser objeto de un recurso de casación en el fondo, por no investir en sí mismas el carácter de normas decisoria litis" (Corte Suprema, 27 mayo 1992. R., t. 89, N° 2, sec. 1ª, p. 55). Se pueden citar otras sentencias que contienen ideas similares.

De aquí se desprende que el valor que se reconoce a esas reglas es condicionado a la comprobación efectiva que su uso en tal o cual caso tiene “influencia sustancial”, es decir, lo subordina a la determinación de una “interpretación errónea” de una regla sustantiva.²⁷

6. La dogmática nacional acerca de las reglas de interpretación del Código Civil

a) **Enrique Cood y José Clemente Fabres**, dos autores que dejaron escritas sus opiniones en *Explicaciones del Código Civil*, obra destinada a los estudiantes del ramo,²⁸ señalan en relación con el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil, lo que sigue:

“Las reglas de este párrafo, de la misma manera que todas las de la hermenéutica legal, como encaminadas al descubrimiento de la verdad en la inteligencia de las leyes, pertenecen a la lógica. Por esta razón, aunque las legislaciones romana i española trataran extensamente de esas reglas, los códigos modernos nada dicen a este respecto, o solo establecen ciertos breves principios jenerales. Nuestro Código adoptó este último camino, con el objeto de dar al juez una norma segura, aunque jeneral, que le sirva para guiarse en el vasto campo de los aforismos i axiomas jurídicos, muchas veces contradictorios i de vaga aplicación, i para discenir cuál ha sido en estas materias el verdadero espíritu del Legislador”.

Como lo señala Quintana Bravo,²⁹ lo destacable en estos autores es el interés por las reglas de interpretación y su función. Se piensa en una interpretación sometida a reglas, de manera de apoyar en éstas el resultado, que consiste en el descubrimiento de la verdad en la inteligencia de las leyes.

En el comentario al art. 19 del Código Civil se muestran ya diversos aspectos de esta posición. El inciso primero de ese artículo dice: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”. A este enunciado los autores formulan el siguiente comentario:

“A. El primer inciso de este artículo prescribe la interpretación literal, mosaica o judaica: cuando la lei es clara, sería absurdo atribuirle una significación

²⁷ Fernando Quintana Bravo, *Interpretación y Argumentación Jurídica*, p. 241, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

²⁸ Cood, Enrique, y Fabres, José Clemente, *Explicaciones del Código Civil. Destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile*. Publicada por la Academia de Leyes y Ciencias Políticas, Imprenta Cervantes, Santiago, 1882, citado por Fernando Quintana Bravo, op. cit., p. 109.

²⁹ *Ibíd.*, pág. 110.

oculta, pues si ésta hubiera constituido el propósito del Lejislador, lo habría manifestado. Sin embargo, como al lejislar se tiene solo en vista la jeneralidad de los casos, es de todo punto inevitable que la disposición de la lei resulte inequitativa o absurda en ciertos casos excepcionales. En esos casos el Derecho Natural, el Internacional, el Canónico, i las mismas leyes de Partidas prescriben que la interpretación se funde mas en la intención que en las palabras. Sin desconocer que sea esto lo más filosófico, nuestro Código establece sin embargo lo contrario, esto es, que siendo clara la lei, el majistrado la aplique en todo caso sin interpretación alguna, de suerte que en este sistema la verdadera justicia de una sentencia consistirá siempre en su perfecta conformidad con la lei escrita. Los casos en que, en virtud de esta regla, sea naturalmente dañosa la aplicación de los preceptos legales, serán mui pocos, porque las leyes, para cuya formación han sido aprovechados los conocimientos i la experiencia adquiridos por la humanidad en el curso de los siglos, alcanzan ya un alto grado de perfección, i cuidan de introducir las excepciones o salvedades que reclama el interés de la justicia i la equidad; i si en algún caso, la lei es manifiestamente inícua, puede solicitarse su modificación o derogación por el Poder Legislativo, que se reúne con frecuencia entre nosotros; en tanto que si se adoptara la regla opuesta, nos expondríamos a perder en la práctica el beneficio de las buenas leyes por su interpretación abusiva i arbitraria. Sin embargo de todo lo dicho, la disposición de este inciso no puede aplicarse de modo que conduzca a un monstruoso absurdo, i debe entenderse que tiene ciertas limitaciones naturales que, aunque silenciadas muchas veces por la lei, son del todo necesarias³⁰

Quintana³¹ resume el planteamiento de Cood y Fabres de la manera siguiente:

a) es un trasfondo de división de poderes, el poder judicial debe limitarse a acatar la ley y aplicarla tal cual está, sin alterarla en modo alguno. Esto define la vinculación del juez a la ley; incluso el antiguo recurso de remitir al legislativo los antecedentes de un caso en que se presenta una especial dificultad legal, se elimina, quedando reducido a un simple informe anual sobre las dudas y dificultades en la aplicación de las leyes, como ocurre con el art. 5° del Código Civil. La vinculación a la ley se asocia a un concepto de aplicación que ha dominado largamente, y del que se encuentran antecedentes en los autores franceses, y que consiste en la operación lógica de subsumir el caso de que se trata en la cláusula legal general. Subsumir, a su vez, se entiende como identificar el caso particular como uno perteneciente a la clase genérica de casos enunciados en la cláusula general. Este concepto de aplicación así entendido es importante, pues se desliga de la interpretación propia.

³⁰ Cood y Fabres, op. cit. pp. 107 y 108, citados por Quintana, op. cit., pp. 111 y 112.

³¹ Op. cit., pp. 113 y 114.

b) El segundo supuesto es el del *verum sensum*, asociado al tema de la claridad. El legislador es entendido en su materia, sabe lo que hace, en cierto modo es infalible, pues el margen de error es pequeño, casi inexistente. Expresa lo que piensa y quiere, de manera clara, que no suscita dudas. De ahí que la interpretación busque capturar ese pensamiento o intención, genuinamente expuestos en las palabras de que se vale para comunicarlos. Se puede entonces hablar del verdadero sentido como el pensamiento o intención auténticos del autor de la ley. Para que esto sea posible es necesario suponer la doctrina de la claridad. Aquí hay implicadas dos cosas: una, que el autor de la ley tiene un pensamiento claro que el lenguaje corriente puede captarlo y expresarlo, y otra, que una vez expresado ese pensamiento, el destinatario o intérprete puede captarlo sin dificultad o dudas. A esto alude la doctrina de la claridad que manejan los juristas.

c) Un tercer supuesto es el de la suficiencia de la sola letra, o para decirlo de modo general, el primado de la literalidad. Frente a la dualidad letra y espíritu, se da primacía a la letra, lo que quiere decir que sólo a partir de los enunciados en palabras el intérprete puede y debe llegar a captar el verdadero sentido.

Cood y Fabres piensan que el primado de la literalidad ha sido convertido en prescripción legal y que en tal virtud es la primera y más importante regla interpretativa. Por eso, para ellos, tenor literal y sentido claro son solidarios y giran en torno a un solo tema, el de los significados no controvertidos ni controvertibles, que quedan prendidos en la sola letra. En conexión con esto se encuentra el aforismo *in claris non fit interpretatio*: la interpretación que le dan los autores es que si el sentido es claro, el juez debe aplicar la ley "sin interpretación alguna". De aquí resulta que la interpretación se concibe como una actividad auxiliar, técnicamente reglada, que en rigor sólo procede en caso de duda u oscuridad. Cuando el sentido es claro no se habla en propiedad de interpretación, sino de aprehensión inmediata y directa de un sentido, que es el pensamiento o voluntad auténticos del legislador. La oscuridad se asocia con la duda, esto es, con la posibilidad de varias interpretaciones de una misma palabra o enunciado.

d) Finalmente, debe tenerse como un cuarto supuesto la identificación del sentido con el pensamiento o intención del legislador. A esta forma se le da el nombre de interpretación subjetiva. El intérprete enfrenta un enunciado y a través de él capta el verdadero pensamiento o intención de su autor histórico o real.

El inciso 2° del art. 19 dice: "Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento". El comentario que Cood y Fabres hacen de este enunciado es el siguiente: "Según lo decían

las Partidas, la oscuridad de la lei existe en dos casos: 1° cuando no puede entenderse absolutamente, i 2° cuando se presta a dos o más interpretaciones, lo que se conoce con el nombre jenérico de ambigüedad. Es mui difícil, casi imposible, que el primer caso llegue a presentarse, dado el gran número de personas que intervienen en la formación y aprobación de las leyes; el segundo, por el contrario, se presenta con mucha frecuencia. La oscuridad de ambas clases puede provenir, ya de vicio en la redacción de la lei, ya de modismos de lenguaje, de que no está exento el Lejislador, i que varían con las épocas. La disposición de este 2° inciso es mui lójica, puesto que debe suponerse que el Lejislador haya querido armonizar todas sus disposiciones con su pensamiento o espíritu, i era, por lo demás, mui necesaria, porque, aun cuando la lei sea oscura, puede llegar el caso de aplicarla, i es forzoso entonces atribuirle algún sentido". Y agregan algo importante: "Ya hemos dicho que en las leyes no se consignan ahora los fundamentos en que se apoyan, así que entre nosotros será mucho más raro descubrir en la lei misma su espíritu, que lo fue, v. g. en los Derechos Romano i Español. El medio más seguro i eficaz de que ahora podemos echar mano para conocer ese espíritu es la historia fidedigna del establecimiento de la lei. Las discusiones que preceden en las Cámaras Lejislativas a la aprobación de las leyes, las opiniones vertidas e indicaciones propuestas en el seno de las comisiones encargadas de estudiarlas, los proyectos de leyes i de códigos, i los preámbulos que suelen precederlos, son buenas fuentes de consulta, i forman la historia fidedigna del establecimiento o, mejor dicho, según la expresión constitucional, de la formación de la lei".³²

Dejando de lado los comentarios al art. 20 sobre cómo entender el significado de las palabras, Quintana examina al art. 22, sobre el contexto. Dicen los autores: "Así se conoce el espíritu del Lejislador, porque no es de presumir que haya incurrido en contradicción, diciendo en la disposición clara alguna cosa opuesta a la que quiso decir en la disposición oscura. El principio que establece este artículo se funda en que debe haber unidad en la lei, puesto que el pensamiento del Lejislador es uno, i es claro que dentro de su plan o sistema jeneral, debe haber encerrado i distribuido con lójica i consecuencia todas sus prescripciones. Existirá, pues, entre todos los preceptos de la lei estrechísimo enlace, i de aquí la necesidad de estudiar el Derecho en sus principios fundamentales i en su conjunto armónico".

Sobre el espíritu jeneral de la legislación, que el art. 24 menciona, escriben: "El espíritu jeneral de la legislación no puede ser conocido sino después de estudiarla toda, o al menos, aquellas partes que tengan relación con la materia de que se trate; a veces es mui difícil percibirlo, i entonces naturalmente son

³² Quintana Bravo, op. cit., pp.115 y 116.

débiles los argumentos que en él se funden. Constituyen, por ejemplo, espíritu general de la legislación el que la mujer casada deba estar bajo la potestad del marido, dar amplias garantías a los intereses de los menores, facilitar la división de la propiedad i la circulación de los capitales, evitar que los terceros sean perjudicados por actos que no hayan conocido ni debido conocer, ejecutados por otras personas, etc.”.

Sobre la equidad dicen lo siguiente: “La equidad natural es la base de todas las legislaciones, verdad reconocida por la inmensa mayoría, si no por la totalidad de los autores i jurisconsultos. I el Derecho Natural no solo es fuente, sino complemento de la legislación, porque en los casos no previstos o no resueltos claramente por la lei positiva, la solución dependerá muchas veces de la justa aplicación de la lei natural. Advértase, pues, que al hablar este artículo de la equidad natural, no se ha referido a la virtud que templata o suaviza el rigor de la lei, pues si ésta existe, el juez es obligado a aplicarla, sino a la virtud que, inspirándose en los principios de justicia natural i eterna, suple el silencio de la lei escrita, i complementa, por decirlo así, la obra del Lejislador. A veces es menester contrariar aparentemente los preceptos del Derecho Natural para garantir importantes intereses sociales. Así, aunque el contrato celebrado con pleno conocimiento i voluntad por un menor le obligue en conciencia, el Código lo considera nulo, porque ha advertido que de lo contrario se abusaría engañando al menor, presuntivamente falto de conocimiento y experiencia”.

La breve explicación que dan los autores sobre la expresión “espíritu general de la legislación” no permite avanzar demasiado, pero sugiere que se trata de ciertas ideas o directrices que informan la legislación. Esto se aproxima a lo que después se llamarán principios jurídicos. La equidad en que piensan los autores es la que se emplea como mecanismo de integración en caso de laguna. Esto está de acuerdo con la idea general dominante de aceptar como excepcional los casos de dificultades en la expresión y los vacíos legales.³³

b) En 1892 **Paulino Alfonso**³⁴ decía: “Si el legislador, a quien debe suponerse suficientemente versado en la materia sobre la cual hace recaer sus disposiciones, y el lenguaje con que las expresa, dijo algo con claridad, será porque quiere que, así como lo dice, se entienda y se practique. Dejar pues de entender sus disposiciones en el sentido claro que ellas ofrecen, bajo cualquier pretexto, aunque sea en razón de las consecuencias absurdas o perjudiciales a que ello dé lugar, es sublevarse contra la autoridad de la ley, es convertirse en intérprete del legislador. Provee ese principio a que sea reconocido y acatado el verdadero pensamiento del legislador.

³³ Comentarios de Quintana Bravo y citas de Cood y Fabres, en op., cit., pp. 120 a 122.

³⁴ Ducci Claro, op. cit., p. 97.

c) **Manuel Amunátegui Solar**,³⁵ en 1897, expresaba: “dispone el Código que ante todo se atienda al tenor literal cuando el sentido de la ley es claro. La letra de la ley es, por lo tanto, la expresión del pensamiento del legislador”. Concluía: “El conocimiento de la ley no se podrá alcanzar sino colocándose en el mismo lugar en que se ha encontrado el legislador, sustituyéndose a él y reconstituyendo su propio pensamiento”.

d) **Marín Ugalde**,³⁶ en el año 1919, decía sobre el elemento gramatical: “esta obediencia antigua, como podemos llamarla, al texto de las prescripciones, no pudo ser sino pasajera. No existiendo una comunicación directa entre las inteligencias, es preciso, para establecer comunicación entre una y otra, un vehículo material: las palabras, la escritura, la construcción de las frases, etc. Pero éstas son los medios de traducción de la idea y no constituyen de ningún modo la idea misma”.

e) **Luis Claro Solar**³⁷ manifiesta: “La obra del intérprete, como hemos dicho, es reconstruir el pensamiento del legislador, y como el legislador ha formulado su pensamiento en un texto, la ley es la expresión del pensamiento del legislador. Cuando la ley es clara, tenemos este pensamiento netamente declarado, conocemos la intención del legislador por su propia boca y no podemos eludirla; y el juez debe, por graves que sean las consideraciones que se puedan oponer a la ley, aplicarla tal como está escrita”. Alfredo Barros Errázuriz y Héctor Claro Salas participan del mismo criterio.³⁸

Este autor,³⁹ después de haberse ocupado de la promulgación de la ley y de sus efectos, expresa: “Tal es la manera como se manifiesta, según nuestra Constitución, la voluntad soberana”. Y antes había dicho que “el Poder Judicial, que no tiene intervención alguna en la confección de la ley y ha sido creado para aplicarla, sea ella buena o mala, no tenía, según la Constitución de 1833, atribución alguna para juzgar la constitucionalidad de una ley y resistir su aplicación”. Alude más adelante a la facultad que la Constitución ha concedido a la Corte Suprema para declarar inaplicable una ley cuyo contenido sea contrario a la Constitución.

³⁵ *Ibíd*em, págs. 97 y 98.

³⁶ Marín Ugalde, Osvaldo, *Interpretación de las leyes*, citado por Carlos Ducci Claro, op. cit., pp. 98 y 99.

³⁷ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo Primero, p. 122, Editorial Jurídica de Chile, 1978.

³⁸ Ducci Claro, Carlos, op. cit., p. 98.

³⁹ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado*, Tomo Primero, pp. 29 y ss., especialmente N°s 47 y 65, Editorial Jurídica de Chile, 1978.

f) **Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga**⁴⁰ refiriéndose al artículo 19 del Código Civil, enseñaban: “Esta regla viene del Derecho Romano y traducida del latín al castellano, los comentaristas la formulaban así: ‘Cuando la ley está concebida con palabras tan claras, que en ellas aparece bien expresa y terminante la voluntad del legislador, no debemos eludir su tenor literal a pretexto de penetrar en su espíritu’. Y agregaban estos profesores: “Y es natural, el pensamiento se exterioriza con palabras; si aquél se hace visible claramente en éstas, debe estarse al tenor literal de la ley. Lo contrario equivaldría a suponer que el legislador no sabe manifestar sus ideas, que es incapaz de escoger las palabras reveladoras de su pensamiento; en resumen, que no sabe expresarse. Y esto es inconcebible en quien hace leyes”.

“Para que el sentido de una ley se estime claro, no basta que la parte consultada, un artículo de ella, esté redactado en términos que no provoquen dudas; también es menester que no haya otro precepto que lo contradiga, porque si lo hay, el sentido de la ley no es claro, ya que éste resulta del conjunto de sus disposiciones y no de una aislada”.

“El sentido de la ley es claro, pues, cuando el alcance de la disposición se entiende por su sola lectura, sea porque considerada aisladamente de las demás no origina dudas, sea porque relacionada con ellas no denota discordancia”.

“Con todo, la claridad es un concepto relativo. Una ley que no provocaba dudas al tiempo de promulgarse, puede hacerlas nacer después por diversas circunstancias que enturbian su primitivo sentido. Por otra parte, aun hay leyes que son y permanecen claras en su texto abstracto, pero que, enfrentadas con hechos de la realidad, se tornan oscuras por virtud de esos hechos”.

g) **Victorio Pescio**⁴¹ dice: “Si la ley es clara, debe ser aplicada al asunto sin contemplación ni vacilación alguna. En consecuencia, la verdad es que, en tales casos, no cabe hacer interpretación de ningún género; se trata, simplemente, de aplicar una regla legal a un caso concreto. Tal es el sistema de la ‘regla de oro’ que consagra el artículo 19, inciso 1º, que debe concordarse con la del artículo 23: Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”.

h) Los profesores **León y Mujica** señalan:⁴² “Siempre hemos enseñado en nuestra Cátedra que la norma de hermenéutica legal que se consigna en ese

⁴⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo, y Somarriva Undurraga, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I, Parte General, pp. 133 y 134, Editorial Nascimento, 1961.

⁴¹ Pescio Vargas, Victorio, *Manual de Derecho Civil*. Título Preliminar del Código Civil, Tomo I, p. 276, Editorial Jurídica de Chile, 1978.

⁴² León Hurtado, Avelino, y Mujica Bezanilla, Fernando, “El tenor literal en la interpretación de la ley”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 65, sección derecho, pp. 224 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1968.

inciso (se refieren al inciso 1° del artículo 19 del Código Civil) dispone que el tenor literal de una ley señala el contenido y alcance que el legislador quiso darle. Las palabras traducen normalmente de manera fiel el pensamiento del legislador. El legislador es culto, sabe el significado de las palabras que emplea y su sintaxis debe suponerse correcta. Pero esta prevalencia del 'tenor literal' queda supeditada a que 'el sentido de la ley sea claro', porque puede suceder que aunque el lenguaje empleado sea correcto y preciso, ese 'tenor literal' no traduzca el verdadero pensamiento del legislador, creando de este modo duda en el intérprete sobre el verdadero 'sentido de la ley'. Faltaría, entonces, el supuesto necesario –'cuando el sentido de la ley es claro'– para atenerse exclusivamente al tenor literal".

Agregan, enseguida, que: "puede acontecer excepcionalmente que en una ley sobre determinada materia, un artículo sea claro y preciso en sus términos formales, pero contradiga el sentido de toda la ley, de uno o más de sus preceptos o de otras leyes, que deban tener prevalencia. En tal evento, no obstante 'el tenor literal', el intérprete deberá buscar el genuino sentido del precepto, recurriendo a otros elementos de interpretación, como el lógico o el histórico".

i) **Ducci**⁴³ se pregunta: ¿Es clara la ley cuando su tenor literal es claro? Y contesta: Es evidente que éste no es el sentido de la disposición, porque el artículo 19 de nuestro Código habla del "sentido de la ley", que, en palabras de Jiménez de Asúa, se introdujo "por un singular acierto del redactor". Por lo tanto, la claridad a que el precepto se refiere es a una claridad de sentido, de contenido y alcance jurídico de la norma, y no a su claridad gramatical. De esta manera hay una coincidencia con Giuvenzo Celsio, para quien: "No consiste el entender las leyes retener sus palabras, sino en comprender sus fines y efectos" (Digesto 1- 3 - 17). Por consiguiente, la disposición puede ser gramaticalmente perfecta, de una claridad meridiana, y, sin embargo, su sentido jurídico puede ser oscuro, ambiguo o contradictorio. En resumen, el claro concepto de qué es el sentido de la ley y no su tenor literal es lo que debe buscar el intérprete.

Este autor⁴⁴ agrega que la función del juez consiste en: la aplicación del derecho a casos concretos, lo cual no puede consistir en la simple aplicación indiscriminada de una proposición gramatical, sino en reconocer los múltiples cambios y alteraciones que en forma acelerada experimenta el cuerpo social y en comprobar, desde un punto de vista práctico y concreto, la absoluta insuficiencia de un método gramatical.

⁴³ Ducci Claro, Carlos, op. cit., p. 101.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 105 y ss.

Por otra parte, Ducci, citando a Radbruch, sostiene que no son los legisladores los autores de la ley. La voluntad del legislador no es la voluntad colectiva de los que participaron en la legislación, sino más bien la voluntad del Estado. Este Estado, sin embargo, no habla por las manifestaciones personales de los participantes en la producción de la ley, sino por la ley misma.

j) **Cousiño Mac-Iver**⁴⁵ dice, citando a Mezger, que la interpretación de la ley "es el descubrimiento y determinación de su propio sentido con el objeto de aplicarla a los casos concretos de la vida real". Conforme a este criterio, los conceptos de aplicación y de interpretación se confunden, ya que el juez siempre realiza una tarea de interpretación al aplicar la ley a un caso particular; su labor consiste en pasar de lo abstracto del precepto a lo concreto del hecho; pues ella oscila entre dos extremos: el principio jurídico y el fenómeno de la vida real, o sea, entre la norma del "deber ser" y el suceso acaecido en el mundo del "ser".

Hay quienes sostienen, sin embargo, que solamente se interpretan las disposiciones oscuras y que lo claro no requiere interpretación, recordando a Justiniano, que prohibió interpretar el Digesto.

El profesor Cousiño señala que la mayor o menor claridad de la norma escrita, por una parte, y el juicio intelectual que resuelve sobre si el caso concreto se acomoda a su contenido, por la otra, son dos cosas bien diversas, de tal modo que siempre que un juez trata de dar vida y realidad a la ley realiza una tarea de interpretación, aunque no tenga dudas respecto del alcance y significación del precepto. Más todavía, lo normal es que frente a una ley existan opiniones individuales y que, para algunos, resulte claro aquello que es obscuro para otros, pues la percepción del significado jurídico es ' eminentemente subjetiva'. De aquí, el que sería absurdo sostener que, respecto de un mismo caso, unos realicen una simple labor de aplicación y otros realicen una labor interpretativa.

Refiriéndose al elemento gramatical o literal en la interpretación de la ley, señala que en la búsqueda de este tenor literal debe rechazarse la llamada interpretación judaica o masorética, creada por los gramáticos hebreos y los rabinos para mantener la genuina lectura e inteligencia del texto de la Biblia. En su parecer, el derecho es una realidad viva y palpitante y que, dentro de su dinamismo finalista, no es posible admitir la fijación estática de sus conceptos, especialmente si se considera que el valor semántico de las palabras sufre un continuo cambio. Esto obliga a rechazar *in limine* esta forma de interpretación contraria a la consideración teleológica (o de los fines de la ley).

⁴⁵ Cousiño Mac-Iver, Luis, *Derecho Penal Chileno*, Parte General, tomo I, pp. 97 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1975.

Finalmente; expresa este autor:⁴⁶ “La ley una vez promulgada es una realidad y no una mera abstracción. Es más, tiene una individualidad propia, que sólo admite un remoto parentesco con el pensamiento de quienes contribuyeron a darle forma”. Y agrega: “La ley, merced a su voluntad propia, tiene un dinamismo siempre actual que la habilita para abarcar todos los hechos del mundo circundante que se encuentren dentro de su hipótesis conceptual, aun cuando dichos hechos no hubieren podido ser imaginados por el legislador.

C. Reacciones críticas a la Escuela de la Exégesis y de las normas de interpretación de las leyes en el Código Civil

1. Crítica histórica de Bernardino Bravo Lira y de Alejandro Guzmán Brito

El profesor **Bravo Lira**⁴⁷ recuerda que el Derecho Común, anterior a la codificación, era un derecho de juristas, cuya fuente principal no era la ley, ni la costumbre, sino los autores jurídicos, habiéndose cultivado este derecho en la Universidad de Bolonia por el año 1088, en las cátedras de leyes y cánones.

El juez frente a un derecho de juristas pasa a ser una pieza clave, desde que goza de una gran latitud o libertad para fallar. No está encerrado dentro del marco de la Constitución y las leyes. Por tanto, puede acudir a múltiples fuentes del derecho en busca de la solución justa para cada caso sometido a su decisión. Se trata de un arbitrio judicial regulado por el derecho, pero esta regulación no presenta la rigidez propia del derecho legislado. Ese Derecho Común que regulaba el arbitrio judicial era un derecho de juristas y, por ende, el juez no podía fallar contra la opinión de los juristas de mayor autoridad.

La codificación –en opinión del profesor Bravo Lira– afirma el derecho nacional o propio frente al Derecho Común. Al efecto, se acude a la ley, exaltada por la Ilustración, como la más racional y perfecta entre las fuentes del derecho. Más aún, se mira a la legalidad como una protección del individuo contra la arbitrariedad de los jueces. Por eso, el verdadero significado de la codificación no está en los nuevos cuerpos legales, sino en la nueva relación entre el juez y el derecho que ellos tornaron posible. El Derecho Común está presente en los códigos en virtud de la potestad de los gobernantes y no de la autoridad de los juristas.

⁴⁶ Op. cit., pp. 100 y 101.

⁴⁷ Bernardino Bravo Lira, “Arbitrio judicial y legalismo. Juez y Derecho en Europa Continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación”, en R.D. y J., tomo 87, N° 3, sección derecho, pp. 67 y ss., 1990.

La crítica de Bravo Lira apunta a que con la codificación se podrá mandar algo justo o injusto y en ambos casos se tendrá en cuenta sólo el mandato –el *iussum*–, sin importar si el contenido de lo mandado es –el *iustum*– lo justo. El juez no podrá discernir por sí mismo lo que en las leyes es derecho y lo que es abuso, porque se desliga de la autoridad de los juristas; quedando desarmado frente a la leyes, sin más elementos para justificar el contenido de sus personales apreciaciones. Sin el contrapeso de la autoridad, el juez se condena a oscilar entre la arbitrariedad y el legalismo. En esta disyuntiva, el juez se inclina fácilmente por la vía más objetiva del legalismo.

Alejandro Guzmán Brito⁴⁸ explica la jurisdicción en las concepciones clásica, moderna y contemporánea.

En el **derecho romano o concepción clásica**, se presentan las siguientes peculiaridades: a) el derecho civil es un producto primordial de la actividad de los juristas, quienes lo crean y desarrollan a través de sus respuestas o dictámenes; b) junto al derecho civil está la posibilidad de que el pretor, a través de recursos procesales, establezca nuevas instituciones, generalmente más progresivas y menos formalistas que aquellas del derecho civil, y c) la ley sólo en casos excepcionales, cuando se trata de materias que por su propia naturaleza no pueden depender de un dictamen jurisprudencial, suele intervenir. Así ocurre, por ejemplo, en la fijación de plazo, en el cobro de intereses excesivos en el mutuo o en la distribución de tierras. Únicamente en estos casos de excepción la ley se aplicaba según el aforismo "*dura lex sed lex*", lo que significa que la ley por dura que sea es ley y debe aplicarse.

Lo que no estaba permitido al juez era fallar conforme con la equidad.

En el **derecho romano medieval** el juez estaba sujeto a criterios independientes de su propio pensar y esos criterios estaban contenidos en la ley.

La ley para los glosadores y postglosadores era el **Corpus Iuris**, compilación de varios libros: el *Digesto*, el *Código*, las *Instituciones* y las *Novelas*. El más importante libro del Corpus era el **Digesto**, y éste era una antología de escritos de la jurisprudencia romana clásica. Sigue en importancia el **Código de Justiniano**, el cual es en su mayoría una compilación de rescriptos imperiales, o sea, de respuestas dadas por el emperador a consultas de particulares sobre casos jurídicos, en las que el emperador, asesorado por su consejo de juristas, actúa no como legislador, sino como hombre dotado de saber jurídico, como actuaban los mismos juristas. Finalmente las *Instituciones* eran una readaptación

⁴⁸ Alejandro Guzmán Brito, "El juez, entre la equidad y la ley: un estudio histórico-dogmático como base para la superación del positivismo", en R.D.J., tomo 78, N° 1, derecho, pp. 1 a 15.

del texto de derecho compuesto por Gayo en el siglo II, lo cual hace que sea también un libro de doctrina. Así, el derecho romano medieval fue un derecho de juristas o derecho preferentemente jurisprudencial. Sin embargo, los medievales temerosos de la desvinculación del juez frente al derecho, le prohibieron recurrir a la equidad ruda.

Desde muy antiguo se distinguía entre la equidad ruda o no constituida y la equidad constituida o derecho.

Se definía la equidad como la adecuación de las cosas, que todo lo equipara y que en casos iguales exige igual derecho (Cicerón).

La equidad se descubre mediante el análisis de las cosas mismas, pues va ínsita en su naturaleza.

Puede permanecer **en estado bruto o rudo, sin una elaboración**, por lo que se llama equidad no constituida.

También puede estar **elaborada, transformada en derecho**, formulada como criterio discernible de lo justo e injusto, lo que significaba estar contenida en el *Corpus Iuris*, y entonces se denomina equidad constituida o derecho.

El juez sólo estaba facultado para aplicar la equidad constituida o derecho. El conflicto que pudiera presentarse entre la equidad constituida y la equidad ruda, debía decidirlo el juez recurriendo a dar preferencia a la primera, o sea, al derecho. Se justifica este criterio en la siguiente razón: "Porque la equidad de un solo hombre que no está exaltado especialmente por sobre los demás hombres a modo de gobernante, corre el riesgo de no ser nada más que, como ellos decían, una equidad cerebrina, extraída de su cerebro, una alucinación; una equidad sacada de *corde suo*, de su corazón; *ex ingenio suo*, de su ingenio; corre el riesgo de ser una equidad bursátil, extraída de su bolsa particular, de debajo de su manga diríamos hoy".

El sentido práctico de los juristas medievales hizo que introdujeran entre los conceptos de equidad ruda y equidad constituida o derecho, un tercer concepto, que llamaron **equidad escrita**. Esta expresión comprendía los recursos jurisdiccionales de que había sido autor el antiguo pretor romano, sobre los cuales hay muchas referencias en el *Corpus Iuris*, que el juez podía aplicar aun en los casos no previstos originalmente, para paliar alguna solución dura de los textos. Al uso de estos recursos se llamó **equidad escrita: equidad**, porque era expresión del principio que todo lo equipara y que en casos iguales reclama iguales derechos; y **escrita**, porque era una equidad prevista en la ley, escrita en ella, ya que consiste en medios contemplados en el *Corpus Iuris* mismo.

Así se flexibilizaba el derecho civil de los juristas.

En el **derecho moderno y contemporáneo** se procura garantizar en la mejor medida la libertad. Para ello postuló la separación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. El racionalismo liberal convirtió la ley, como expresión de la voluntad soberana, en única fuente del derecho, incluso en el derecho privado.

Los antiguos soberanos habían afirmado el monopolio de la interpretación de la ley y defendido sus ordenanzas de todo intento de readaptación por parte de los tribunales.

La teoría de la separación de los poderes también excluyó al juez de toda posibilidad de interpretación, llegando a exigir en los casos de leyes oscuras o de lagunas legales una remisión de la causa a las asambleas legislativas, para la solución clara y precisa de la cuestión litigiosa (ley de 24 de agosto de 1790, tit. 2, art. 12 en plena Revolución Francesa, "*référé législatif*"). Este criterio es recogido incipientemente en Chile en el artículo 5° del Código Civil.⁴⁹

El dogma de la sujeción del juez a la ley cobra su mayor extensión e importancia práctica con la revolución francesa. De allí pasa a la Escuela de la Exégesis (S. XIX) y llega a su máxima expresión teórica, y transformado en normativismo, con Hans Kelsen.

2. La influencia de autores y jueces europeos norteamericanos en la interpretación⁵⁰

a) Las críticas a la Escuela de la Exégesis y al silogismo aplicable como instrumento de interpretación de la ley se remonta a **Jeremías Bentham**, 1823, defensor del utilitarismo, quien juzgaba las leyes desde el punto de vista de los efectos reales que ellas producen. En su parecer son leyes buenas o justas aquellas que al ser aplicadas producen efectos buenos o justos; son leyes malas o injustas las que al ser llevadas a la práctica causan efectos malos e injustos. Luego, el método correcto de interpretación es aquel que lleva en cada caso a la solución más justa.

b) **Rudolf von Ihering**, en el año 1884, critica el método deductivo-silogístico. Señala que es erróneo juzgar un derecho como si se tratara de un sistema

⁴⁹ "Artículo 5°. La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ella".

⁵⁰ Crf. Luis Recaséns Siches, "Interpretación del Derecho", Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XVI, pp. 534 a 573, Driskill S.A., Buenos Aires, 1996.

filosófico, y considerarlo sólo desde el punto de vista de su mérito intelectual, del orden lógico de sus miembros y de su unidad. Poco importa que en ese aspecto aparezca como una obra perfectísima, si tal derecho no descansa por completo en el conocimiento de sus funciones prácticas.

Para Ihering “el fin es el creador de todo derecho; y no hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, a un motivo práctico”.

c) **François Géný**, en 1899, sostuvo que la interpretación judicial del Código Civil francés había sido considerablemente creadora y estaba lejos de constituir una deducción logística de las normas y de los principios contenidos en aquel cuerpo legal.

Mostró también que la ley no es tanto un principio lógico, sino más bien una manifestación de voluntad, por lo que al aplicarla es necesario esclarecer cuál fue su propósito. En esta parte se aprecia una coincidencia entre su pensamiento y el de Ihering.

Concluye Géný que para conocer el propósito perseguido por el legislador es necesario investigar las realidades sociales concretas, con el fin de que la aplicación de las normas a ellas produzca los resultados queridos por el legislador.

d) **Raymond Saleilles**, reaccionando contra la Escuela de la Exégesis y fundador de la Escuela de la Evolución Histórica o método histórico evolutivo, en el año 1880 planteó:

“En lugar de construcciones a priori de las cuales se tengan que deducir consecuencias prácticas, construimos nuestras instituciones jurídicas, lo mismo en Derecho Privado que en Derecho Público, según los resultados o las leyes de la experiencia, en vista de las necesidades inmediatas de la práctica; sin preocuparnos de las contradicciones teóricas y de las apariencias ilógicas que debemos admitir...”.

e) **Hermann Kantorowicz**, en 1906, inicia el movimiento a favor del “Derecho Libre” en Alemania, postulando una tesis voluntarista y antilogicista.

Se opone a la lógica jurídica de la hermenéutica tradicional porque esa lógica nunca podrá indicar el límite de lo lícito, como tampoco puede ayudar a la búsqueda de la solución.

Lo importante para él consiste en hallar un criterio que escoja entre las premisas posibles solamente aquellas que suministren conclusiones justas. Esta elección, en su opinión, no es un problema de racionalidad, sino una cuestión de voluntad.

f) **Henri de Page**, en 1925, señala: “El abuso de la lógica deductiva entraña un peligro infinitamente grave, el peligro del error generalizado. Desgraciadamente se olvida demasiado que la lógica no es una fuente de verdad, sino un simple procedimiento del espíritu, una técnica de la deducción”.

Este autor presintió la necesidad de distinguir entre lógica formal y lógica de lo humano o razonable o real.

La **lógica formal** es deductiva y partiendo de una premisa inicial, verdadera o errada, se desarrolla impecablemente con independencia del resultado justo o inicuo a que se arribe por ese procedimiento.

La **lógica real** aspira a la verdad y su aplicación permite evitar una conclusión engañosa, mentirosa, errada o aberrante.

g) La escuela norteamericana de la Jurisprudencia Sociológica (Oliver Wendell Holmes, Benjamín Cardozo, Roscoe Pound)

Oliver Wendell Holmes, Magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, en los últimos años del siglo XIX puso de manifiesto su opinión en el sentido de que la vida real del Derecho no ha consistido en la lógica, sino en experiencia. Las necesidades sentidas en cada época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones en que la acción política se ha inspirado, confesadas o inconscientes, e incluso los perjuicios que los jueces tienen como las demás personas, han tenido que ver mucho más que los silogismos en la determinación de las normas para gobernar a los hombres.

El esquema total del Derecho es, según Holmes, el resultado de un conflicto entre la lógica y el buen sentido. Existe un proceso lógico en la interpretación, que se manifiesta en sentar las premisas correctas, tanto la de los principios o normas como las relativas a los hechos. Al hacerlo, se sopesan las ventajas sociales de los deseos en conflicto y en ello participan el buen sentido y la experiencia vital del juez.

Oliver Holmes, en el año 1897, propuso adoptar el punto de vista del “hombre malo” al meditar sobre las consecuencias probables de una determinada conducta. Para el “hombre malo” lo importante es saber si la acción programada ocasionará la reacción punitiva de un órgano del Estado. La predicción de esa reacción es el derecho.⁵¹

⁵¹ Julio Cueto Rúa en el prólogo al libro de Jerome Frank, *Derecho e Incertidumbre*, p. 7, Distribuciones Fontamara S.A., México, 1993.

En opinión de Holmes, el derecho es predicción de la conducta judicial, la cual debe efectuarse acudiendo a las colecciones jurisprudenciales. En éstas se encontrarán las verdaderas respuestas si se las interpreta como la expresión de la voluntad de los jueces, influida por consideraciones de orden económico, social y político, amén de las tradicionales consideraciones lógicas e históricas.⁵²

Benjamín Cardozo, en 1921, quien fuera afamado magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, reconoció, con plena sinceridad, que a veces se servía de un método lógico o filosófico; otras veces buscaba ilustración en los antecedentes históricos de la institución en juego; en ocasiones tenía que referirse a usos y costumbres sociales vigentes, y en otras oportunidades se sentía obligado a proceder primero a un estudio sociológico de los hechos que le aclarase el sentido de éstos, y a una ponderación estimativa basada en las ideas de justicia y de bienestar social. A este juez lo que le importaba era encontrar una decisión justa a cada litigio sometido a su resolución. En el fondo, buscaba primero la decisión más justa posible y después veía cuál de los métodos le servía para justificar su decisión. Estas reflexiones de Cardozo ponen de manifiesto las deficiencias de la lógica tradicional para interpretar las normas jurídicas.

La escuela norteamericana de la Jurisprudencia Sociológica señala que el Derecho no es una pura lógica, sino que, además, es también esencialmente un instrumento para la vida social, para la realización de los fines humanos, dentro del cauce variado y cambiante de la historia.

Por consiguiente, la labor del legislador y la del juez no deben limitarse a un proceso meramente lógico, sino que deben contener un conocimiento sociológico de las realidades actuales, que sirva como base para la formulación de normas generales e individuales inspiradas en los criterios de justicia.

Para esta escuela, el objetivo del Derecho es la justicia y el bienestar social. Por lo tanto, ninguna norma que en su resultado práctico se aparte de esa finalidad puede justificar su existencia.

El juez debe obediencia al derecho positivo, pero cuando él haya de decir hasta qué punto las normas existentes han de ser interpretadas extensiva o restrictivamente, debe inspirarse por las ideas de justicia y bienestar social, las cuales determinarán el método adecuado de interpretación, y aclararán la dirección y el alcance de esas normas. En todo caso, la máxima preocupación estará siempre en la elaboración de sentencias justas.

⁵² *Ibíd.*, p. 10.

J. C. Hutcheson, 1929, formula una confesión como juez. Dice que después de haber ponderado minuciosamente todos los materiales a su disposición, y de haber meditado cuidadosamente sobre ellos, deja que su imaginación intervenga. Rumia sobre el proceso, espera que se le presente una especie de corazonada, algo así como una premonición, una sospecha, un latido, una iluminación intuitiva que aclare la conexión entre el problema y la decisión que le indique cuál sería la conclusión justa.

El juez Hutcheson añade que ese proceso mental que él relata se refiere al juicio que se expresa en el fallo, es decir, al meollo mismo de la solución que da al problema planteado.

No se refiere al ensayo de justificación en los resultados y considerandos de la sentencia; o, expresándolo con otras palabras, se refiere a la decisión, en contraste con la logomaquia* mediante la cual el juez intenta explicar o excusar el fallo.

Realmente el juez decide por medio de una especie de intuición, y no por una inferencia o silogismo de los que se estudian en la lógica; decide por la convicción que se forma de modo directo, y no por virtud de un raciocinio.

Hay una relación entre el sentido etimológico de la sentencia y la intuición o corazonada del juez. El origen etimológico de la palabra sentencia es el verbo "*sentire*", es decir, experimentar una especie de emoción, que en el caso del juez supone una especie de intuición emocional.

En el siglo XX la filosofía objetivista de los valores (de Max Scheler) mostró que el método de captación de los valores objetivos es una intuición emocional. A su vez, Pascal hablaba de una lógica del corazón (*logique du coeur*), según la cual "el corazón tiene razones que la razón no puede comprender".

Siguiendo esta corriente de pensamiento, el juez capta mediante una corazonada la justicia del caso que le corresponde fallar y la expresa a través de una deducción o raciocinio lógico.

De esa manera se viste de silogismo lo que es una corazonada o sentido intuitivo de la justicia. Y quienes analizan la jurisprudencia conforme a esa deducción lógica para prever las posibles decisiones futuras de los tribunales se equivocan, pues no conocen cuáles fueron los factores que en realidad influyeron en los jueces para emitir sus fallos.

* Logomaquia: Discusión en que se atiende a las palabras y no al fondo del asunto. (Diccionario de la Lengua Española, tomo II, p. 841, Madrid, 1984).

El raciocinio es articulado por el juez, sólo después, para redactar los “considerandos” de su sentencia. El impulso vital que motiva su fallo es un sentido intuitivo de lo justo y de lo injusto respecto del caso particular que tiene ante sí.

El juez astuto, después de haber decidido de esa manera, pone a contribución todas sus facultades mentales, no sólo para justificar aquella intuición ante sí mismo, sino para afrontar airoosamente las críticas que se le pueden dirigir. Así, pasa revista a todas las normas, a todos los principios, a todas las categorías y conceptos jurídicos, que puedan resultarle útiles directamente o por analogía, con el fin de elegir entre todos esos materiales aquellos que en su opinión justifiquen el resultado que desea, por estimarlo justo.

Un siglo antes, otro gran juez norteamericano, el canciller **Kent**, en una carta personal explicaba de modo similar su método para llegar a una decisión. Ante todo trataba de adquirir un dominio sobre los hechos. Después, buscaba cuál sería la solución justa para el caso debatido; y era esa valoración la que le inclinaba a la decisión. Entonces se sentaba a buscar autoridades sobre las cuales pudiese apoyar y fundamentar aquella decisión.

h. El realismo jurídico norteamericano.

En esta perspectiva, existen distintos enfoques del realismo: pragmático, valorativo y psicológico.

– Realismo pragmático (Mc Dougal Lasswel y Llewellyn)

Mc Dougal clasificó los factores que influyen en la decisión de los jueces en sociológicos y psicológicos.

Entre los factores sociológicos se encuentran la política, la sociología y la economía. En los psicológicos influyen sobre la voluntad del juez sus prejuicios, sus sentimientos, sus pretensiones, conscientes o inconscientes, y hasta el sustrato fisiológico de sus determinaciones volitivas.⁵³

– Realismo valorativo (Félix Cohen).

Cohen mantiene su interés en lo normativo, pero rechaza que se apliquen en la interpretación judicial métodos puramente lógicos y postula la incorporación de los aportes de la sociología y la axiología positivas. Le preocupan los

⁵³ Julio Cueto Rúa, op. cit., p. 10.

cánones valóricos que guían al juez en su misión interpretativa y el conjunto de los factores psicosociológicos que influyen en sus decisiones.

– **Realismo psicológico (Jerome Frank) (1930).**

Frank sostiene que las cuestiones normativas, las vinculadas con la interpretación de las normas, o con la creación de nuevas, cuando así lo exigen la novedad del caso o la inexistencia de adecuados criterios normativos anteriores, sólo ocupan una parte mínima de la actividad judicial.

En su opinión, los litigios, en su gran mayoría, no surgen de las discrepancias acerca del significado de las normas, sino de las divergencias respecto de los hechos.

Siguiendo el planteamiento de Holmes en cuanto a que el derecho es comportamiento judicial, esto es, lo que los jueces deciden en los casos concretos, Frank afirma que los abogados deben predecir ese comportamiento, en la medida de lo posible. Han de considerar no como los jueces interpretarán las normas ni cómo declararán el derecho aplicable al caso particular, sino qué actitud adoptarán frente a los hechos de la causa.

Cobran entonces –en la óptica de Frank– enorme importancia los tribunales de la instancia y en particular los de primer grado, para: la fijación de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos; la recepción de las probanzas, y la ponderación de su mérito probatorio. La interpretación de los hechos por el juez pasa a ser crucial y lo más difícil e incierto en la predicción del comportamiento judicial, a lo que se agrega que es allí donde la justicia decide el destino de las personas o de sus bienes.

En cuanto a la previsibilidad de los fallos futuros, Frank dice que ello no es posible, tanto porque las normas no están establecidas de antemano con plena certeza ni los hechos son entidades objetivas determinables con plena seguridad. Incluso el caso controvertido puede ser enfocado desde principios diversos, y la elección entre éstos no está predeterminada. Esa elección depende de juicios de valoración sobre cuál de los varios principios en juego reviste una jerarquía superior.

En definitiva, según Frank, la personalidad del juez es realmente el factor central en la interpretación y en la decisión del caso.

El Liberalismo Jurídico Contemporáneo (norteamericano y escandinavo)

John Rawls, en su obra *Teoría de la Justicia*, plantea que desde la óptica liberal la función institucional del juez se manifiesta en la "justicia procedimental", conforme a la cual el juez debe interpretar el derecho soslayando sus preferencias y la situación imperante. Sin embargo, este autor reconoce que ese sistema no ocurre en los hechos. A raíz de lo anterior, Rawls se inclina a pensar que las aspiraciones de justicia, constitutivas de valor moral, involucran a la persona del juez y sus convicciones al momento de interpretar la norma, lo que deriva en una "justicia procedimental imperfecta", que contiene valores jurídicos y sociales.

Alf Ross, en sus trabajos "La lógica de las normas" y "El Derecho y la Justicia", complementa el pensamiento de Rawls, en el sentido de que la interpretación del juez no debe ser de manera alguna el análisis caprichoso del derecho positivo, sino que debe ajustarse a la conducta que realizan los demás jueces y quienes practican el derecho. De esta manera, la interpretación judicial incluye de parte del juez un examen riguroso de la literalidad de la norma y del comportamiento de sus pares, lo que hace que no exista margen ni posibilidad de interpretaciones contradictorias.

3. Pensamiento de presidentes de la Excma. Corte Suprema.

a) En la sesión inaugural del año judicial de 1953, el presidente de la Corte Suprema, **Gregorio Schepeler Pinochet**, expresó: "Hemos dedicado nuestra vida a servir un valor axiológico, como es la justicia". Concluye su disertación manifestando: "Jueces y abogados encargados de aplicar el derecho, con la responsabilidad condensada en el dicho francés: El derecho vale solamente por las condiciones en que es aplicado, debemos procurar superarnos cada día con incansable entusiasmo para que el derecho sea bueno con su correcta aplicación y para que no lo malogremos".⁵⁴

El presidente Schepeler coloca la justicia como un valor que debe alcanzar la jurisdicción y la correcta aplicación del derecho como medio para alcanzar la virtud cardinal de la justicia. De sus palabras se advierte que el juez no puede ser un mero aplicador de la ley vigente habida cuenta a que pide a jueces y abogados superarse para que el derecho sea bueno y no lo malogremos.

b) **Pedro Silva Fernández**⁵⁵ escribe en el año 1941 sobre el arbitrio judicial, lo que no significa la arbitrariedad, el capricho a la licencia, sino la aplicación de un criterio ponderado, recto, ecuánime, justiciero.

⁵⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 50, Sesión Inaugural, p. 17, 1953.

⁵⁵ Pedro Silva Fernández, "El arbitrio judicial ante el Código Civil", R.D.J., Tit. 38, pp. 128 y ss., 1941.

En el articulado del Código Civil se contienen numerosas disposiciones que otorgan a los jueces las más amplias facultades para el ejercicio de sus funciones. El señor Silva Fernández las examina en: la interpretación de la ley (art. 24); la elección de personas (art. 363); la calificación de discernimiento (art. 2319); el ejercicio de la facultad moderadora (art. 1544); la determinación de la cuantía (art. 1315); la apreciación de circunstancias (arts. 88 y 351); la exigencia de solemnidades (arts. 1020 y 1025), y la fijación de plazo (arts. 378 y 2201), o en señalar un término razonable (art. 276) o equitativo (art. 2291).

La reseña que hace Silva Fernández evidencia, en su opinión, que el Código Civil entregó al arbitrio, a la equidad o prudencia del juez importantes materias, lo que puede considerarse avanzado para la época de su dictación.

Con el ánimo de expandir el arbitrio judicial, propone una reforma procesal en que se implante esta facultad en la medida en que la prudencia o equidad del juez constituyen una garantía de solución acertada y justiciera. Concluye señalando que mientras ello no ocurra, habrá que utilizar en muchos casos las presunciones y el sabio precepto del artículo 431 (hoy 428) del Código de Procedimiento Civil, que dice:

“Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad”.

De esta manera, la sentencia será la expresión real de la fórmula: “*Res judicata pro veritate habetur*”. La cosa juzgada se considera verdadera. (Digesto 50, 17, 207).

c) **Oswaldo Illanes Benítez**⁵⁶ escribía acerca de su visión sobre el juez y la ley.

A su juicio, el estudio del derecho no puede prescindir de la sociología, porque en esta ciencia encuentra su origen el derecho antes de ser tal. Por eso dice: “el derecho, en el orden jurídico, no tiene más fuentes que la sociología”.

Este autor afirma: “Así como el derecho es el cimiento en que descansa un país libre y soberano, la justicia es el elemento esencial que contribuye a que él sea más fuerte y duradero. Una vez que falte, ya sea el derecho o la justicia, ha llegado para ese Estado su hora final”.

Para explicar la justicia, toma las palabras de León Bourgeois: “No hay armonía sin orden; no hay orden sin paz; no hay paz sin libertad; no hay libertad sin

⁵⁶ Oswaldo Illanes Benítez, “El juez y la ley”, R.D.J., tít. 28, N°s 1 y 2, derecho, pp. 154 y ss., 1931; y tít. 29, N°s 1 al 10, derecho, pp. 18 y ss., 1932. Presidente de la Corte Suprema desde 1963 a 1966.

justicia". En definitiva, todo está subordinado a la justicia: el orden, la paz y la libertad. Y esta trilogía permite el desarrollo de los pueblos, mas esos atributos no pueden existir sin la justicia.

En el pensamiento y la convicción de Illanes Benítez, la justicia de hoy y del porvenir debe basarse en la **solidaridad social**: conmiseración y bondad con los desgraciados de la vida y deber de la sociedad para con el desdichado, a quien debe ayudarlo y socorrerlo en los momentos de miseria.

El movimiento de la solidaridad social es robustecido por la Escuela de Derecho Libre o Jurisprudencia Libre. A estos respectos, Gustavo Radbruch decía:

"El movimiento del Derecho libre salva a la ciencia jurídica de su tenaz aislamiento: abre todas las ventanas de su estrecha morada, y le muestra la plenitud de la vida que le circunda, y el anchuroso cielo de ideas que cierne sobre ella. Sólo así es posible remediar el despego tan extendido entre nuestros jóvenes juristas hacia su profesión. Ya Schuller expresó insuperablemente en su discurso inaugural académico, la razón por la cual la ciencia jurídica hastía tan fácilmente a sus cultivadores: Se siente uno separado, arrancado, de la conexión de las cosas, porque ha dejado de engarzar su actividad en la gran totalidad del mundo".

Y consigna que: "el derecho debe prepararse en las ciencias sociales, que enseñan las necesidades de la vida, para las cuales habrá de ser elaborado el mismo –*divinarum atque humanarum rerum notitia*– según las palabras de los juristas romanos".⁵⁷

Aborda, el autor, luego dos cuestiones importantes en la administración de justicia: la necesidad de que los códigos contengan sólo principios abstractos y la independencia de los jueces. Sobre este particular solicita dar libertad al juez y no encastillarlo en un cúmulo de artículos porque su misión es hacer justicia, y para ello es preciso tener un amplio campo para ejercerla, porque vastas son las necesidades de los hombres.

De aquí siguen algunas reflexiones sobre el juez. Comienza con la necesidad de su preparación, que a más de la abogacía le exige conocer la sociología y la psicología humana. El juez debe tener cualidades morales: amor a la justicia; amor a la verdad y un deseo constante de mejorar las leyes. Y el juez debe mantener los ojos muy abiertos para examinar todas las circunstancias que rodean al hecho por resolver.

⁵⁷ "*Divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*". Conocimiento de las cosas humanas y divinas, y ciencia de lo justo y de lo injusto. Definición de la jurisprudencia según la filosofía griega.

De otra parte, el juez debe tener personalidad que sea capaz de resistir las presiones, influjos o los intereses creados a fin de que la conciencia rectamente formada actúe libremente.

En su sentencia el juez debe convencer, no sólo a las partes que litigan, sino también a la sociedad, quien le ha delegado la facultad de administrar justicia.

Si la tarea del juez es convencer, ¿qué impide que, en ciertos casos, dé una lección moral o jurídica en la sentencia? No puede entenderse que está limitado por su deber de fallar conforme al mérito del proceso, porque el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil lo refiere a las acciones o excepciones alegadas. Nada lo impide y si lo hace, el juez pasa a ser un jurista social. En ello muchas veces no bastará la ley o el derecho consuetudinario, sino que tendrá que recurrir al pensamiento científico, la ciencia, según la naturaleza de las cosas, la justicia y las conveniencias sociales (Reichel).

En el año 1967, el señor Illanes, como Presidente de la Corte Suprema, explica: "El Derecho, siendo la historia del hombre, es la única forma que la civilización occidental ha encontrado para buscar la paz con sentido perenne. Nada puede ser duradero si se aparta de lo que es vital para él. Construir las fórmulas jurídicas amoldadas a su constante evolución es la gran labor que hoy tienen los juristas y los legisladores".

Y agregaba: "En un mundo que se renueva con prisa, empujado por la ciencia y la tecnología, la ley debe tener una suficiente elasticidad para abarcar los hechos que se producen con tanta rapidez. El progreso de las naciones está subordinado a la medida en que se adopten los sistemas necesarios para que el derecho cumpla su fin: justicia del hombre para con el hombre".

La esfera de la Justicia no puede estar separada de la del Derecho. Aquella necesita de motivos que están más allá de la que realmente existe en la sociedad, sin dejar de hacerse eco de las perturbaciones y complejidades que hay en este campo social.

Los legisladores y los jueces deben constantemente darse la mano y estar imbuidos en la convicción de que ellos no son instrumentos inertes de una razón abstracta, sino que son órganos llenos de responsabilidad para la realización de la justicia en el orden social.

El "Derecho vivo", como lo llama Northrop, se halla en las realidades sociológicas que se producen por debajo del derecho e influyen en éste. Las leyes y las sentencias judiciales –agrega– deben reflejar ese derecho vivo, esa realidad social.

Sin embargo, el empirismo no es todo en el Derecho. Es necesario que éste comprenda el conocimiento científico; una comprensión mucho más amplia; una experiencia en la que esté toda la vida intelectual y espiritual del hombre.

El Derecho, además, implica una filosofía jurídica. Las expresiones normativas suponen y suscitan problemas filosóficos. Toda filosofía contiene, explícita o implícitamente, pensamientos que pueden proyectarse sobre el Derecho.

En esta era atómica que vivimos, hace falta una filosofía jurídica que sea a la vez una filosofía de la naturaleza y de la cultura. *Ius naturae et ius gentium*.

Por todo esto es que nunca podrá perderse la fe en él. Mientras más avanza el mundo, en la ciencia y en la técnica: la humanidad con más ahínco ha de asirse a sus principios, que se renuevan cada día.

En el Derecho sigue el universo cifrando una gran esperanza, a pesar de sus zozobrantés vicisitudes.

d) En el año 1969, **Ramiro Méndez Brañas**, como presidente de la Corte Suprema, dijo:

“La judicatura y la ley. Antiguamente el Juez –como decía Hans Reichel– era sólo ejecutor de la voluntad del señor territorial, manifestada en la ley. No podía adoptar resoluciones propias; la ley y las órdenes del servicio le decían todo lo que era necesario. Lo que hoy nosotros denominamos interpretación no era otra cosa que la averiguación de aquello que el legislador (idéntico en esto al Monarca) había querido u opinado. Si el juez tenía dudas sobre el sentido de la ley, o si creía encontrar en ella una laguna, debía dirigirse al Soberano o a su representante, para buscar allí la interpretación y resolución auténticas”.

En el siglo XVIII se experimenta un gran cambio con la obra de Montesquieu: *El espíritu de las Leyes*, en la que se expresa que “el juez es la voz de la ley que se hace viva por su medio. Dice en concreto lo que la ley ha prescrito en abstracto”.

Robespierre tomó estas ideas e indujo a los revolucionarios franceses a crear el Tribunal de Casación. Y en sus discursos habló de este Tribunal con el propósito de que los jueces sean los más obedientes y pasivos en la observancia de las leyes.

Napoleón I cuando inicia la elaboración del Código que lleva su nombre, dijo con énfasis: “sometamos al juez al despotismo de la ley, para que sus fallos no sean arbitrarios”.

En esta forma se pasa del absolutismo del Monarca o del Estado al absolutismo legal. Y esto hace decir a Berod: "Tú eres libre ¡Oh Juez! solamente debes observar un millón de artículos legales".

Hoy cualquier absolutismo en la interpretación legal puede inducir a una injusticia; salvo que sean aquellos principios clásicos que aun permanecen inmutables, a pesar del progreso que ha tenido el Derecho.

No es ocioso repetir que la norma jurídica, la parte objetiva del Derecho, ha de ser cada día más flexible, para que pueda abarcar la vida del hombre frente a su espíritu siempre en constante ebullición. Y no pasará mucho tiempo para que el que dispensa la justicia sea un juez social.

El mismo presidente, en el año 1970, expresó:

"Creemos que el primer deber del juez es aplicar la ley en su verdadero sentido y alcance; la ley escrita que es la declaración de la voluntad soberana que representa la opinión mayoritaria del país; y que mientras que la ley subsista, no es posible apartarse de ella para agradar a quienes pretenden destruir todo lo existente a cambio en un futuro muy incierto".

Hace años, otro presidente de esta Corte, el señor Schepeler, sostenía que la justicia social que se toma por nueva no es sino la antigua tuición de las personas pobres, confiada a una protección más eficaz del débil frente al poderoso; pero no olvidemos –acentuaba– lo que de la justicia dijo Ulpiano: voluntad constante de dar a cada uno lo que es suyo.

Más adelante, señaló:

"...es absurdo decir que la justicia entre nosotros es una justicia de clase, defensora incondicional del status social vigente. Ella es simplemente aplicadora de las leyes que rigen en la República. Por eso es necesario que los Cuerpos Legislativos estudien los cambios que el progreso de la legislación requiere a fin de que se obtenga un efectivo mejoramiento en los sistemas imperantes y se atiendan todas aquellas necesidades que la justicia exige para un mejor servicio de la comunidad...".

En el año 1971, el señor presidente don Ramiro Méndez manifestó:

"Nuestra tarea está encauzada por la voluntad soberana de la nación. Cuando nos indica caminos, a ellos debemos atenernos y así lo hacemos, aplicando, naturalmente, en la inteligencia de la norma, nuestro criterio y no el ajeno. No se nos pida, pues, que atendamos al sentido que quieran dar a la ley los otros

organismos, elementos o grupos de nuestra estructura republicana. La Justicia no pretende que ellos, en el ejercicio de sus facultades privativas, consulten el criterio de los magistrados”.

En el año 1972, el mismo presidente expresó:

El Derecho es un producto interno de la historia de cada pueblo y va surgiendo a impulsos de la vida, en su incesante movimiento.

El legislador debe transformarlo en norma positiva, pero no olvidemos el ejercicio de la libertad; y que nuestros tribunales han conseguido mediante la interpretación de la ley desarrollar en gran parte las instituciones jurídicas, todo dentro del espíritu general de la legislación.

Debemos fidelidad al ordenamiento jurídico, pues lo contrario nos llevaría seguramente a la arbitrariedad.

Y pido excusas si vuelvo a reiterar, porque lo considero conveniente, lo antes expresado, en cuanto a que no ignoro que el mundo y el país viven momentos en que se pugna por establecer reformas sustanciales en todas las estructuras; que la vida marcha a ritmo acelerado; que se espera por muchos un nuevo amanecer; pero no podemos abdicar de nuestras íntimas convicciones acerca de que el Derecho que aplicamos debe ser la expresión de lo justo y de lo necesario para mantener la paz social, lo que lógicamente nos obliga a un proceso de búsqueda permanente de las normas mejores, abandonando al mismo tiempo las que van resultando inadecuadas en el mundo nuevo que nace, sin perder la vista, ni destruir por ningún motivo la continuidad histórica e institucional que ha sido orgullo de nuestra patria, pues la misma historia y la experiencia demuestran que la ruptura violenta produce el atropello de principios que vuelven a surgir cuando la razón y la serenidad regresan; pero ya el daño causado tanto a la Nación como los ciudadanos es irreparable. Esto es lo que debemos evitar.

e) En el año 1973, el presidente de la Corte Suprema, **Enrique Urrutia Manzano**, explicó:

“Cuando se dirigen quejas de que en la Magistratura se hace una justicia de clases a favor de los que poseen, se quejan en realidad, sin decirlo, de que la Magistratura misma, dada su posición constitucional que la constriñe a ser intérprete rígido del derecho formulado por el legislador, no está en situación de hacer una justicia de clases a favor de las clases trabajadoras...”.

Tomando pie en las palabras de Víctor Chijikvadze, el presidente dijo:

“El ejercicio de la legalidad presupone la aplicación de la norma jurídica en consonancia con su letra y sentido. Aquí es imposible justificar cierta desviación argumentando que el impetuoso desarrollo de la vida impide a la ley estar al día. Los organismos legislativos, al promulgar unas u otras normas jurídicas, toman al máximo en cuenta las posibles modificaciones que tendrán lugar en la vida social, su multiplicidad y dinamismo. Mas, si la evolución de la sociedad ha motivado cambios de fondo y se hace preciso introducir una norma nueva o bien modificar o derogar la vigente, eso incumbe a la competencia de los organismos legislativos y no a los que ejercen el derecho. Mientras la ley (como cualquiera otra norma jurídica) no haya sido anulada o modificada en el orden fijado, debe ser estrictamente observada por todos”.

Y agregó:

“Lo expresado por Calamandrei y Víctor Chjikvadze confirma, pues, que los jueces deben actuar dentro de un serio respeto al derecho y, por lo tanto, con sujeción y acatamiento a los impositivos legales que lo hacen tangible; correspondiendo a los legisladores modificar esos impositivos con la frecuencia conveniente para que sean un trasunto real y efectivo de las demandas sociales exigidas por una civilización en progreso cada día ascendente; modificaciones, una vez más decimos, que no pueden ser exigidas al intérprete, por ser materia propia, por lo demás, por obvias razones, inherente al que crea la ley, en nuestro caso: el legislador”.

f) En el año 1976, el presidente de la Corte Suprema **José María Eyzaguirre Echeverría**, a propósito de la Carrera Universitaria de Derecho, decía: Serían completamente inútiles o intrascendentes todas las reformas legales que puedan introducirse, por perfectas o avanzadas que ellas sean, al mismo tiempo, en las diversas Sedes de nuestro principal Plantel Universitario y en las demás Universidades reconocidas por el Estado en que también se enseña el Derecho, si no se modifica substancialmente el sistema actualmente en vigor para los estudios de tal disciplina.

La consecuencia de la Reforma Universitaria de 1971 ha sido que los que egresan de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y reciben, posteriormente, su título de abogado tienen, en gran proporción, una ignorancia que no puede menos de preocupar seriamente a todos los que amamos y que hemos dedicado nuestras vidas al Derecho.

La ignorancia de materias de tanta importancia no sólo afecta a jueces y abogados, sino que trasciende a la vida institucional de la República y al respeto que todos los ciudadanos le deben.

g) En el año 1986, **Rafael Retamal López**, presidente de la Corte Suprema, refiriéndose a la independencia del Poder Judicial, expresó: El artículo 73 de la Constitución consagra la facultad de conocer de las causas civiles y criminales como tarea exclusiva de los tribunales establecidos en la ley, y el artículo 12 del Código Orgánico de Tribunales reitera el principio diciendo que el Poder Judicial es independiente de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones.

En lo externo, pues, la independencia del Poder Judicial está asegurada por la Constitución y la Ley. Ninguna otra autoridad puede cercenar las facultades de dicho Poder de fallar las causas y hacer ejecutar lo juzgado.

Lo que establecen los preceptos citados ha sido práctica constante del Poder Político: nunca ha pretendido ejercer funciones judiciales.

Si hay motivos psicológicos para que algún funcionario judicial se sienta inhibido en su libertad e independencia funcionaria, el asunto es de su exclusiva incumbencia.

La aludida independencia no significa en modo alguno que para demostrar imparcialidad algún juez trate de manera especialmente severa a quien debe cordialidad, porque esta forma de ser imparcial demuestra lo contrario y constituye, además, una deshumanización de la conducta.

A propósito del tema que se está tratando, sería necesario aludir a un problema candente, y si bien sería posible pasar por sobre estas ascuas, eso significaría evadir la más comentada posición del juez por el público, el objeto principal de las conversaciones populares cuando la justicia resuelve cuestiones que socialmente le interesan.

La imparcialidad de los jueces la estudian los cultores del Derecho y la juzgan los profanos en función de sus ideas sociales.

El tema, pues, es trascendental y no debe eludirse. Y para no eludirlo lo primero es decir la verdad acerca de la interpretación honorable y sincera de la ley. La conciencia del juez sería la base de la honorabilidad y lo sincero consistiría en que del autoexamen resultara que la tesis que sostenemos es la que emana de un real convencimiento.

Es cierto que la conciencia y la mente del juez han sido forjadas con elementos del mundo y del vivir cotidiano, como la educación recibida, los libros leídos y meditados, las reflexiones solitarias y las ideas sociales absorbidas a lo largo de los días. De donde es posible concluir que no todas las conciencias se forman idéntico concepto del asunto sometido a su decisión.

Lo importante es que las solas ideas sociales, con prescindencia de los otros elementos que forman la conciencia, no sean las que influyan exclusivamente en la decisión adoptada.

De esta manera es perfectamente factible que un mismo problema regido por determinadas leyes, tenga para cada hombre una solución diferente.

Abierto, pues, el espíritu del juez a todos los influjos que ha recibido en la formación de su conciencia y de su mentalidad y adoptando honesta y sinceramente con arreglo a su formación un punto de vista determinado, no puede negarse que el juez ha procedido con independencia y con imparcialidad.

Es necesario decir esto en público, porque el sentir profano examina las decisiones de la justicia desde un limitado punto de vista social o político, sobre el filo de la navaja, que es el solio necesario del juez.

Así entendida la imparcialidad, la disparidad de opiniones es de puntos de vista honestos y sinceros y para saber en tales casos cuál de los grupos en pugna está en la razón, hay que distinguir entre la razón pura y la razón práctica.

La primera la conoce sólo Dios; y la segunda es la mayoritaria.

4. La recepción del pensamiento crítico extranjero en Fernando Fueyo Laneri, Rubén Galecio y Carlos Cerda

a) Fueyo⁵⁸ dice que Bello recogió el pensamiento de los siglos XVIII y XIX: legislador sabio y sobrehumano, juez disminuido y menospreciado, Escuela Francesa de la Exégesis y subsunción lógica. Además, su extrema prudencia, y su desconfianza, le hicieron asilarse en la letra de la ley para los efectos de su interpretación, por ser más seguro y porque así se evitan arbitrariedades y no se destruye el imperio de la ley, y todo ello tras la confección de un silogismo impecable.

Razones de orden político, histórico, social y humano; en especial la consideración muy particular del díptico legislador-juez, hicieron que Bello adoptara en su tiempo una interpretación literal. Se necesitaba entonces de la labor mecanicista del juez, porque la interpretación suponía un riesgo. Aquellas razones que justificaban el método exégetico hoy –dice Fueyo– han desaparecido en nuestro país.

⁵⁸ Fueyo Laneri, Fernando, *Interpretación y Juez*, pp. 161 y ss., Universidad de Chile y Centro de Estudios "Ratio IURIS", Santiago de Chile, 1976.

El Código Civil chileno –agrega– tiene una gran amplitud de contenido, no emergente de su literalidad en forma directa. Es mediante normas indeterminadas o flexibles de orden substantivo o procesal, que confieren al juez la posibilidad efectiva y el mandato de creación del derecho concreto que debe aplicar al caso sometido a su conocimiento.

En su línea de pensamiento, Fueyo declara su viva preferencia por la creatividad del juez en la sentencia, que más allá de escuelas, normas positivas ausentes o presentes, o de técnicas, o de épocas, o de criterios; califica como una cuestión de realidad, que a su juicio es un hecho.

Enfrentado a quienes considera los adoradores obsesivos de la ley, que aprecian en ésta, por sobre todo, su omnipotencia, su omnicomprensividad y el monismo en su aplicación, los invita a meditar seriamente sobre las palabras de Eduardo García de Enterría pronunciadas a mediados del siglo XX, cuando decía. “La sociedad actual (...), como un resultado de la experiencia histórica inmediata, ha comenzado a ver en la ley algo en sí mismo neutro, que no sólo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad, sino que con la misma naturalidad puede convertirse en la más fuerte y formidable amenaza para la libertad, incluso en una forma de organización de lo antijurídico, o hasta en un instrumento para la perversión de lo jurídico”.

Le parece, al profesor Fueyo, preferible seguir los siguientes padrones:

- decidirse por las fuentes plurales y terminar con el monismo, de la fuente única que es la ley o la costumbre *secundum legem* o en materia comercial, *extra legem*.
- desechar la posibilidad de gobernar al juez con reglas rigurosas, porque la naturaleza de la función, la personalidad del juez, la realidad social, la justicia del caso concreto, y otros factores, lo desatarán siempre de las fuentes oficialmente proclamadas.
- que la decisión jurisdiccional se funde en los siguientes factores y prelación: la conducta, el juez y la norma, porque la norma no decide hoy la suerte del orden social, del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica, de la justicia del caso concreto.
- que debe reconocerse que la lógica judicial importa una razonable creación judicial del Derecho, operación en la cual se involucran circunstancias sociológicas pertenecientes a la cultura, como lo son los aspectos políticos, económicos, psicológicos, ambientales, de protección de culturas autóctonas, etc.
- que se debe contribuir a la seguridad jurídica abandonando la subsunción

lógica, porque un modo reglado y severo de interpretar se traduce en una constante inseguridad en razón de la pugna permanente entre el sistema que impone reglas estrictas de hermenéutica y quienes procuran abandonarlo, empleando de hecho otras fuentes de mejor resultado. Lo cual se justifica –dice– porque los encargados de interpretar y aplicar la ley están llamados a superar el conocimiento que de la materia regulada tenía el legislador en su tiempo; a veces distante en decenios, y aun siglos.

- que la equidad, oculta o disimulada, o deliberada, se aplica por el juez para contrarrestar normas positivas caducas, injustas o de aplicación perniciosa. No extraña que nuestros tribunales resuelvan libremente, aun “*contra legem*”.

- los hechos y su fuerza creadora, y su fijación amplia y libre por el juez, han de ser debidamente considerados en el tratamiento de la interpretación, integración y aplicación del ordenamiento positivo.

b) Galecio⁵⁹ se preguntaba hace algo más de cuatro décadas: ¿Y qué es la crisis del Derecho? A su juicio, la crisis es fundamentalmente la pérdida o minoración de los valores que nos han gobernado, en tanto que los nuevos no aparecen o no consiguen una decantación uniforme y plena. El espíritu de las épocas se traduce siempre en conceptos y éstos en voluntad jurídica que trata de arreglar la vida normativamente y tener vigencia en el futuro. ¿Y qué ha pasado? Ha pasado que por diversas causas, entre las cuales sólo algunas son la masificación, el industrialismo, la mecanización, y la propaganda comercial, el individuo se ha despersonalizado, ha perdido la conciencia de su propio valer, fundiéndose en la colectividad como simple átomo de un complejo superior a él; ha perdido la vieja fe en la libertad y como el hombre libre es inseguro ha querido reemplazar la libertad por la seguridad. El antiguo sentimiento de orgullo personal y de autoridad que caracterizó a los hombres del siglo pasado, significativamente vestidos de negro con sus chaqués impecables, sus cuellos duros y sus sombreros de alta copa, ha sido reemplazado por la fundición en el medio, la anonimización, la autoridad impersonal y muchas veces oculta o irresponsable. A la mecanización ha seguido el sustituirse los valores, siempre impregnados de fines, de contenidos y de significados, por una mera formalización del hombre que no divisa su propio destino personal perdido en la fronda de las técnicas, las tácticas y los métodos manipulados por fuerzas que no logra percibir con claridad.

Desde su perspectiva, Galecio⁶⁰ postulaba que para juzgar en un período en que los valores están alterados, el juez debe mirar con ojo vigilante en la conciencia

⁵⁹ Galecio Gómez, Rubén, “El juez en la crisis”, R.D. y J., tomo 63, sección derecho, p. 121, Editorial Jurídica de Chile, 1966.

⁶⁰ Op. cit., pp. 127 y ss.

pública y no ceder a la deformación de los conceptos éticos fundamentales y de los principios, manejados y distorsionados de mil maneras por los medios, a veces los más nobles, de publicidad y de conocimiento. Ha de formarse pues un juicio deontológico (de deber ser) sobre las conductas que juzga y estar en situación de comprender los valores permanentes protegidos por la ley para compararlos con otros, secundarios y accidentales, que también confluyen, a veces en oposición contradictoria.

Como nadie, precisa comprender la persona humana, que se presenta como un ser perceptible y diferenciado, lleno de alma y de espíritu, que pide su arbitraje o que espera la condena o la absolución. Por eso el juez necesita defenderse de la anonimización, conservar una individualidad bien marcada, no dejarse arrastrar por las banalidades, estar siempre con los ojos abiertos para captar las sustancias y los contenidos. Pero ha de imponer silencio a sus pasiones, ha de independizarse de la opinión pública, resistir los arrebatos colectivos y lograr un equilibrio armónico de ideas y afectos que le permitan actuar con carácter ecuánime. Sabe que los valores y los principios, puestos en manos de la prensa o del público, se convierten de inmediato en materia cuestionable, en simples tópicos de conversación o amenidad que por tanto debe captar con espíritu comprensivo pero crítico.

No hay nadie más juzgado que este hombre que juzga: lo juzga el abogado en su competencia y equidad, juzga el profesor la validez de su jurisprudencia, lo juzga el reo en la soledad de su celda, y sobre todo se juzga él mismo en el diario enfrentarse con su propia conciencia. Así su prestigio personal estará siempre amenazado.

Examinando el juez y la ley, este autor decía:

“Desde los tiempos ya lejanos en que se comenzó la labor codificadora moderna, concibiéndose el Derecho como una plenitud hermética que abarca todo el campo de las conductas humanas posiblemente sujetas a la norma, y en que se pensó que la interpretación judicial debe estar restringida a un mínimo con el objeto de proveer a la certeza y a la seguridad jurídicas, han pasado muchos años y se han tejido muchas doctrinas. Sirvan de ejemplo Jeremías Bentham con su utilitarismo; Ihering con su teleologismo; Colmes con sus consejos sobre la “experiencia práctica”; Gény con su teoría de la libre investigación científica; y los movimientos en pro derecho libre en Alemania, de las jurisprudencias de intereses, de la jurisprudencia sociológica, que tuvo sus mejores intérpretes en Cardozo y Pound; la lógica experimental de John Dewey; el movimiento del realismo jurídico norteamericano y la crítica egológica de Carlos Cossio, convencido éste de que el juez es creador del derecho. En nuestra América, Recaséns Siches aboga por la lógica de lo razonable y le

ha contestado Sebastián Soler pidiendo una intervención prudente del juez en el manejo de la interpretación. En Italia una gran producción jurídica penetra en mismo tema, entre otros Emilio Betti y López de Oñate, que clama por la certeza del derecho.

c) **Carlos Cerda Fernández**⁶¹ plantea la interrogante: ¿Poseen los jueces el poder y el derecho de legislar y de modificar las leyes?

En la visión convencional, dice, la ley es un conjunto completo de reglamentos que existe desde tiempos inmemoriales y que es inmodificable, salvo cuando el poder legislativo la altera por medio de la promulgación de estatutos. Los jueces son simplemente "oráculos vivientes" de las leyes. Son "la expresión de la ley". Su función es puramente pasiva, conforman "la boca que pronuncia la ley". Si realmente un juez tratara de crear un nuevo reglamento, sería culpable de usurpación de poder, puesto que sólo el Poder Legislativo está autorizado para cambiar las leyes.

En su parecer, una visión minoritaria, a la que él adhiere, es la correcta. Tomando palabras de Pollock, dice: "Actualmente ningún abogado inteligente afirmaría que las decisiones de los tribunales no incrementan las leyes y que no las alteran". Y afirman: "los jueces sí crean y cambian las leyes".

Citando al juez Hutcheson, dice: "El juez realmente decide por sentimiento y no por discernimiento, por corazonada y no por raciocinio, el que aparece solamente en el dictamen. El impulso motivador vital para la decisión es un sentido intuitivo acerca de lo correcto y de lo errado para el caso particular; y el juez hábil, habiendo decidido de esa forma, consigue el apoyo de todas sus facultades y activa su razonamiento no sólo para justificar esa intuición ante sí mismo, sino para hacerla aceptable a sus críticos".

De ahí, continúa Cerda, que los rasgos, la disposición, las propensiones y los hábitos peculiares de un juez a menudo van a determinar que lo que él decida es el derecho. En todo razonamiento práctico, cita a F.C.S. Schiller, "la personalidad entera de la persona la penetra y colora en su totalidad". De este modo, la personalidad del juez es un factor fundamental en la administración de justicia.

Más adelante el ministro Cerda se refiere a la justa resolución de la contienda, y manifiesta que es erróneo sostener que primeramente el juez elige disposiciones

⁶¹ Cerda Fernández, Carlos, "Razonamiento Judicial", pp. 254 y ss., Cuadernos de Análisis Jurídico, 5 serie publicaciones especiales, Universidad Diego Portales, con el Centro de Desarrollo Jurídico Judicial de Corporación de Promoción Universitaria, 1995.

legales por medio de un proceso lógico, casi mecánico, y que luego procede a interpretarlas, cuando no son "claras". En la realidad ocurre a la inversa. El juez elige una norma a aplicar porque una interpretación previa de la misma le revela un sentido coherente con el de los hechos relevantes del caso y porque ese significado es conducente a una decisión justa.⁶²

D. Sentencias ilustrativas

1. Amnistía

La influencia política en el cambio de criterio en la interpretación de la ley de amnistía y de la precripción. Oficio de S.E. el Presidente de la República a la Corte Suprema y nombramiento de nuevos ministros.

a) Doctrina inicial de la Excma. Corte Suprema, 11 de agosto de 1989. R.D. y J., tomo 86, N° 2, sección cuarta, p. 42, 1989

Pronunciada una ley de amnistía, el juez, queda legalmente impedido de continuar una investigación relativa a los hechos de que se trata; y debe necesariamente sobreseer definitivamente la causa desde que el propósito de toda ley de amnistía es poner término a la responsabilidad penal de los participantes en delitos cubiertos por los beneficios de dicha ley. Resulta evidente, entonces, que el juez deba fundar su sentencia solamente en la existencia de la ley de amnistía, debiendo ser materia de consideración solamente los hechos constitutivos de la causal de sobreseimiento definitivo, encontrándose impedido de analizar cualquiera otra circunstancia de hecho pendiente de investigación por ser incompatible con lo resuelto. De este modo debe interpretarse el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto basta la ley de amnistía para sobreseer definitivamente la causa, sin que pueda argüirse que la resolución no ha sido extendida en conformidad a la ley, por cuanto el aludido artículo 413 exige que la investigación se encuentre totalmente agotada para que ello ocurra.

El D. L. 2.191, al fijar fechas de inicio y de término dentro de las cuales los hechos a que se refiere son amnistiados, sólo pretendió fijar épocas claras y precisas para los efectos del perdón. De allí que sea impropio argumentar que determinados delitos cuyos comienzos de ejecución habrían tenido lugar dentro del período aludido, al mantenerse en el tiempo y sobrepasar la fecha de término del D.L. 2.191, quedarían excluidos de la amnistía, debiendo continuarse la investigación de los mismos.

⁶² Recoge así el planteamiento de Jerome Frank.

En materia de tanta relevancia como son las situaciones de exención de responsabilidad penal, debe quedar muy bien precisado el momento de la comisión del delito, el cual no puede ser otro que el del comienzo de su ejecución. Los jueces del fondo han aplicado correctamente el D.L. 2.191, al considerar que los efectos de la amnistía cubren los delitos cometidos antes de la fecha de su publicación.

La amnistía extingue por completo la pena y todos sus efectos, como lo señala el número 3° del artículo 93 del Código Penal, considerándolo así también la Comisión Redactora del citado texto cuando en su sesión N° 22 dejó constancia que la amnistía “produce el efecto de borrar el delito, dejando a su autor en la misma situación en que estaría si no lo hubiera cometido”. Procesalmente, en consecuencia, debido a la amnistía, desaparece todo motivo de investigación del delito, por lo que no pueden violarse los artículos 413 del Código de Procedimiento Penal; 40 N° 5 del mismo cuerpo de leyes; ni 93 N° 3 del Código Penal; o 10 del Código Orgánico de Tribunales, al sobreseerse definitivamente la causa durante la investigación sumarial.

La regla del inciso 1° del artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a que el sobreseimiento definitivo no podrá decretarse sino cuando esté agotada la investigación, no es absoluta, pues tratándose de la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la amnistía, el indulto, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena, es obvio que tal requisito es innecesario. Distintos son los casos de los números 1°, 2° o 3° del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal, causales de sobreseimiento definitivo que por su naturaleza reclaman el agotamiento de la investigación. La amnistía es una causal objetiva y como tal sólo se requiere acreditarla para la procedencia del sobreseimiento definitivo.

Comentario

En causa seguida ante el Ministro Instructor Carlos Cerda, en visita en el Tercer Juzgado del Crimen de Santiago, éste encargó reos y sometió a proceso a cuatro personas como participantes de los delitos de asociación ilícita. Se solicitó al juez el sobreseimiento definitivo de la causa a virtud de lo dispuesto en el D.L. 2.191, petición a la que no dio lugar. Contra dicha sentencia se recurrió de queja, recurso que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que corrigiendo las faltas cometidas por el Instructor, dejó sin efecto los autos de enjuiciamiento contra las personas mencionadas. Apelada dicha sentencia, dictada en el recurso de queja, ella fue confirmada por una de las salas de la Corte por sentencia de 6 de octubre de 1986, y que sus fundamentos hizo suyos la Corte Suprema para rechazar los recursos de casación en la forma y fondo deducidos contra la sentencia.

b. Doctrina intermedia de la Corte Suprema, 19 de noviembre de 1993. (R.D. y J., tomo 90, N°3, sección cuarta, pp. 201 y ss.)

La Corte:

Vistos y teniendo presente:

1° Que los artículos 406 y 408 N° 5° del Código de Procedimiento Penal prescriben, imperativamente, que el procedimiento judicial en lo criminal se suspende definitivamente, entre otros casos, cuando se haya extinguido la responsabilidad penal por alguno de los motivos establecidos en los números 3° y 6° del artículo 93 del Código Penal, esto es, por amnistía y/o por la prescripción de la acción penal;

2° Que el sobreseimiento definitivo que ha originado el presente recurso de queja fue decretado en virtud del referido mandato categórico del artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal en cuanto prescribe que el sobreseimiento definitivo se decretará cuando se ha extinguido la responsabilidad penal por el motivo establecido en el N° 3° del artículo 93 del Código Penal, esto es, por amnistía;

3° Que, en efecto, la amnistía concedida en el Decreto Ley N° 2.191, de 1978, fue otorgada en estos términos, en su artículo 1°: “Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”;

4° Que los hechos que dieron motivo a formar la causa, de haberse verificado, constituirían delitos acaecidos dentro del período de vigencia del citado D.L. N° 2.191, de 1978, amnistiados por éste; y no se hallan entre los exceptuados por la misma. Obviamente, no puede quedar cubierta por la amnistía la prolongación de algún supuesto delito de secuestro –que se hubiera perpetrado dentro de ese período de vigencia– más allá del 10 de marzo de 1978, fecha de término del período de amnistía, puesto que siendo el secuestro un delito permanente, la conducta que lo tipifica podría mantenerse después de esa fecha;

5° Que un Estado de Derecho, como es Chile, así consagrado fundamentalmente en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, se expresa, entre otras conductas básicas, en el imperio de la ley. Conculcar su autoridad es abrir camino a la violación de los derechos. El mandato de la ley de amnistía no puede, por lo mismo, quebrantarse sin afectar el orden constitucional y la legalidad ínsita en él, que emana de su esencia;

6° Que para considerar el carácter imprescindible de la amnistía cabe recordar que es un fenómeno histórico milenario. “Se hace remontar el origen de la amnistía al año 404 antes de Cristo”, manifiesta Eduardo Novoa (*Curso de Derecho Penal*. Tomo II, página 440, Editorial Jurídica de Chile, 1966).

El significado etimológico de la palabra amnistía, de la voz griega “amnesis”, que expresa la idea de “olvido del pasado”, olvido del delito, precisa y fortalece su contenido ético, histórico y de interés político y público. “Se trata –destaca ese autor– de una institución que nació para resolver las dificultades que surgen en los casos de profundos cambios políticos y sociales, especialmente por situaciones revolucionarias o anormales, debido a que leyes anteriores o permanentes no parecen adecuadas para regir las extraordinarias circunstancias” (Ob. cit., página 441). “La amnistía –prosigue– hace perder efecto a lo que disponen leyes penales. En consecuencia, debe ser considerada como una medida excepcional, que corresponde adoptar después de períodos de gran beligerancia política, trastornos institucionales o momentos revolucionarios. Con ella se pretende solucionar conflictos a que daría lugar la aplicación de leyes permanentes, que no pudieron prever instantes anormales o extraordinarios que tuvieron lugar en la vida de una sociedad, durante los cuales esa aplicación no se estima justa. La legislación penal que era adecuada para tiempos normales, puede tornarse excesiva o contraria a los sentimientos generales de la justicia, si se trata de imponerla en tales instantes. También puede ser considerada la amnistía como una medida de benignidad que tiende a apaciguar los ánimos después de períodos de turbulencia política” (Ob. cit., página 443).

Alfredo Etcheverry, en su *Derecho Penal*, Tomo II, página 275, año 1964, expresa: “La amnistía no es personal sino objetiva, esto es, que no se concede para beneficiar a determinadas personas, sino que afecta a las consecuencias penales de determinados hechos, las que hace desaparecer”. El tratadista Rafael Fontecilla, en su *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo III, página 133, Editorial Jurídica de Chile, 1978, refiriéndose a la naturaleza esencial de la amnistía, señala: “La amnistía no sólo extingue la pena, sino que deja al individuo en condiciones como si nunca hubiere cometido el delito materia de la amnistía... cancela el delito y por lo tanto las acciones promovidas o no”. “La amnistía es más que el perdón del delito. Es un acto de alta política, por el que los Gobiernos, después de las perturbaciones o trastornos de los pueblos, hacen nula la acción de las leyes, echando el velo de un eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan el orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado”.

7° Que el examen de las normas jurídicas atinentes a los efectos de la amnistía, corrobora plenamente su finalidad de que “más que el perdón del delito, es un acto de alta política”, “echando el velo de un eterno olvido sobre ciertos delitos”. El artículo 93 N° 3 del Código Penal prescribe que “La responsabilidad

penal se extingue: 3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos". Mas esta norma no expresa cabalmente su verdadero sentido, el que sí lo manifestó la Comisión Redactora del Código Penal chileno, en la sesión 22, según consta en sus Actas de Sesiones, en estos términos: "La amnistía produce el efecto de borrar el delito, dejando a su autor en la misma situación en que estaría si no lo hubiera cometido".

La doctrina y la jurisprudencia consagran como el verdadero efecto de la amnistía, en el Derecho chileno, el precedentemente anotado, establecido por la Comisión Redactora del Código Penal chileno. "El que no se mantuviera en definitiva en el texto, no significa –anota Novoa– que los redactores hubiesen variado la idea que así consignaron". "Tan completos son los efectos de la amnistía, que pueden equipararse a una ficción de no haber existido la ley penal que debió ser aplicada a el o los individuos que realizaron, con plena responsabilidad penal, los hechos tipificados legalmente" (Ob. cit., página 440). "Con ello se advierte que no es feliz la expresión legal contenida en el artículo 93 N° 3 ya citado, pues la amnistía no solamente tiene el efecto de extinguir la pena y todos sus efectos, sino que, además, deja al delincuente en la condición de persona que no hubiera delinquido" (Ob. cit., página 441). "Dictada una ley de amnistía, ha de tenerse por anulado el carácter delictuoso del hecho y por eliminada toda consecuencia penal que para el autor derive de él. Este efecto se retrotrae al momento mismo en que el delito fue cometido, de modo que el sujeto habrá de ser tenido como un inocente que en momento alguno ha soportado el peso de una responsabilidad penal. Si la amnistía se dicta antes de que se inicie el proceso, no podría deducirse acción penal alguna. Si se dicta durante el proceso, corresponderá sobreseer definitivamente en la causa. (Ob. cit., página 444).

Rafael Fontecilla, refiriéndose al término del procedimiento judicial en lo criminal por el sobreseimiento definitivo respecto de los delitos cubiertos por amnistía, cita el pensamiento de Groizard: "De aquí que no sólo extingue las penas impuestas, sino que también concluye con los procedimientos abiertos para imponerlas" (Ob. cit., página 33).

El profesor Gustavo Labatut manifiesta sobre los efectos de la amnistía: "La amnistía importa el perdón u olvido del delito y extingue por completo la pena y todos sus efectos. En realidad, sus efectos son aun más amplios, pues extingue, además, la acción penal que nace del delito. Por consiguiente, dictada una ley de amnistía, se sobreseer definitivamente los procesos pendientes, conforme a lo dispuesto por el artículo 408 N° 5° del Código de Procedimiento Penal" (*Derecho Penal*, 9ª edición, Tomo 1, página 302);

8° Que siendo efecto de la esencia de la amnistía "borrar el delito, dejando a su autor en la misma situación en que estaría si no lo hubiera cometido",

como categóricamente lo expresó la Comisión Redactora del Código Penal chileno, según se ha mencionado precedentemente, es asimismo jurídicamente forzoso, como también lo destacan la doctrina y la jurisprudencia, como se ha visto y se verá, no dar curso a una querrela por delito amnistiado, o, si la causa se hubiere iniciado, sobreseer definitivamente, pues lo mandan perentoriamente los siguientes artículos del Código de Procedimiento Penal;

a) Los artículos 102 y 107 del Código de Procedimiento Penal atañen categóricamente al respecto. El primero prescribe que “si no constituyen un delito los hechos expuestos en la querrela, el juez no le dará curso y dictará al efecto un auto motivado”. Y el segundo ordena: “Antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad del inculpado. En este caso pronunciará previamente sobre este punto un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio”.

El pleno de la Corte Suprema, dando estricto cumplimiento a lo ordenado en el antedicho artículo 107, ha expresado en los antecedentes PR N° 7230, PR N° 7231, PR N° 7634 y PR N° 7655, con fecha 30 de abril de 1992, lo siguiente: “Que en conformidad a lo establecido en el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, “antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el Juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer si se encuentra extinguida la responsabilidad penal del inculpado. En este caso pronunciará previamente un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio”; y “Que atendida la fecha de ocurrencia de los hechos denunciados –durante el período cubierto por el D.L. N° 2.191, de amnistía– el Juez de la causa ha debido dar aplicación a esta última disposición legal, por lo que no resulta procedente la diligencia dispuesta en la resolución antes referida” (de que se remitieran antecedentes relativos a un operativo de Carabineros).

b) “La amnistía –ya expresó la Corte Suprema más de medio siglo atrás– borra la existencia de lo pasado, hace desaparecer el delito y sus consecuencias” (*Gaceta*, año 1915, página 596).

c) El artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que “Puede decretarse auto de sobreseimiento en cualquier estado del juicio”; y si bien es cierto que el artículo 413 señala que “El sobreseimiento definitivo no podrá decretarse sino cuando esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y de determinar la persona del delincuente, tal norma no procede aplicarla en los casos de amnistía, pues en ellos los

delitos, según se ha visto, dejan de ser delitos, por lo que –siendo contrario a derecho, a la doctrina, a la jurisprudencia y a la esencia de la institución de la amnistía– resulta absolutamente inútil que esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y de determinar la persona del delincuente, cuyo es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario, según el artículo 108 del precitado cuerpo legal.

d) Más todavía: debe, asimismo, sobreseerse en cualquier estado de la causa tratándose de delito amnistiado, porque éste, por la amnistía, dejó de ser delito, caso en el que el artículo 408 números 2° y 5° ordena el sobreseimiento definitivo: “El sobreseimiento definitivo se decretará –dispone el artículo 408 N° 2° del Código de Procedimiento Penal– cuando el hecho investigado no sea constitutivo de delito”; y el N° 5°: “Cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del procesado por alguno de los motivos establecidos en los números... 3°... del artículo 93 del mismo Código” (Penal), norma que dispone que “La responsabilidad penal se extingue: 3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos”. Se consignó con anterioridad que el exacto significado de este último precepto es, según la Comisión Redactora del Código Penal, de la doctrina y de la jurisprudencia, que “la amnistía produce el efecto de borrar el delito, dejando a su autor en la misma situación en que estaría si no lo hubiera cometido”.

e) Debe, asimismo, sobreseerse definitivamente por perentorio mandato del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal: “Cuando se declare haber lugar a cualquiera de las excepciones comprendidas en los números... 6°... del artículo 433: –la de amnistía o indulto– se sobreseerá definitivamente en la causa y se mandará que se ponga en libertad al reo o reos que no estén presos por otro motivo”.

Bien sabido es que las excepciones de previo y especial pronunciamiento tienen por finalidad corregir el procedimiento, o enervar la acción penal (como la fundada en la amnistía). Estas excepciones, como también es bien sabido, se oponen a través de los artículos de previo y especial pronunciamiento, pudiendo hacerse en cualquier momento del sumario, de conformidad con el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal, o conjuntamente con la contestación a la acusación en carácter de subsidiaria, como lo dispone el artículo 434 inciso 1° de ese cuerpo legal. El artículo 433 del Código de Procedimiento Penal dispone que “El reo sólo podrá oponer como excepciones de previo y especial pronunciamiento las siguientes... 6° Amnistía o indulto”. Si se declara haber lugar a la predicha excepción de previo y especial pronunciamiento, el juez tiene un solo y obligado camino: sobreseer definitivamente en la causa. Es el mandato del artículo 441 del mismo Código, norma transcrita más arriba, en el párrafo c).

El jurista Eduardo Novoa, examinando la procedencia del sobreseimiento definitivo por la amnistía, manifiesta: "Otorgada ella, el tribunal debe apreciarla como una excepción de previo y especial pronunciamiento y sobreseer definitivamente en la causa (ver artículos 433 N° 6°, 441 y 445 del Código de Procedimiento Penal en relación con el artículo 408 N° 5 del mismo Código)" (Ob. cit., página 443).

9° Que la dictación de sobreseimiento definitivo en el caso de autos, por hallarse favorecidos los hechos por la amnistía –y que también ha podido dictarse por la prescripción de la acción penal– es, como ya se ha anotado, tanto más imperativa en un Estado de Derecho, consagrado en Chile fundamentalmente en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, en el que, al imperar la ley, no puede dejar de cumplirse la amnistía y decretarse el sobreseimiento definitivo, como bien lo entienden la doctrina y la jurisprudencia, a la que se ha hecho referencia en las consideraciones precedentes. No es cuestión, por tanto, de que convenza o no a determinados partidos, facciones o grupos políticos, o a este o aquel proselitismo o sectarismo.

10° Que el argumento esgrimido, de que antes de sobreseer es previo ubicar los cadáveres de las personas cuyo desaparecimiento se ha denunciado, no es óbice para respetar la amnistía, no es legítimo impedimento para que ésta cumpla su misión más que milenaria, de 25 siglos, y dictar sobreseimiento definitivo, pues, además de que ya han transcurrido cerca de 20 años desde que acaecieron los hechos amnistiados, existen otros medios para procurar encontrarlos. Así, por ejemplo, ya por Decreto Supremo N° 355, de 25 de abril de 1990, del Ministerio de Justicia, se creó lo que se denominó "Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación", a la que el artículo 1° letra b) le encomendó "reunir antecedentes que permitan individualizar a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos y establecer su suerte o paradero", prescribiendo, en su artículo 4°, que "Para el cumplimiento de su cometido corresponderá a la Comisión: a) Recibir, dentro del plazo y en la forma que ella misma fije, los antecedentes que le proporcionan las posibles víctimas, sus representantes, sucesores o familiares... c) Practicar todas las indagaciones y diligencias que estime conveniente para cumplir su cometido, incluso la solicitud de informes, documentos o antecedentes a las autoridades y servicios del Estado". Y en el artículo 8° agregó que "Las autoridades y servicios de la administración del Estado deberán prestar a la Comisión, dentro del ámbito de sus respectivas atribuciones, toda la colaboración que ella les solicite, poner a su disposición los documentos que les requiera y facilitar su acceso a los lugares que ella estime necesario visitar".

11° Que tampoco parece aceptable la objeción al sobreseimiento definitivo fundada en que si la víctima hubiera sido secuestrada durante el período cu-

bierto por la amnistía, dada la característica de delito permanente del secuestro, éste se prolonga mientras subsista.

12° Que el supuesto antedicho, de un secuestro que hubiera acaecido durante los años cubiertos por la amnistía y que continuare después de su término, es casi impensable, por el transcurso de casi 20 años de larguísima duración. Sin embargo, si existiera el secuestro, la característica de permanente de este delito, en el que el momento consumativo perdura en el tiempo, no impide respetar la amnistía en lo que concierne al período que ésta cubre, pero no en la parte concerniente a la subsistencia posterior al término de la amnistía, en la que la conducta típica debiera subsistir, prolongarse en el tiempo, ya que en el delito permanente, como es el secuestro, “su característica esencial es la persistencia de la acción y del resultado; aquella dura tanto como éste” (Labatut, ob. cit., página 165).

13° Que la idea que suele expresarse de que no es dable sobreseer definitivamente por amnistía si no está probada la existencia de un delito, es contraria a la doctrina y carece de base jurídica seria, pues el sobreseimiento definitivo, por esencia, como lo define el artículo 406 inciso 1° del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 408 del mismo cuerpo legal, termina definitivamente el procedimiento judicial haya o no delito. De manera tal que la iniciación de un procedimiento judicial debe terminarse definitivamente –como mandan, en lo que concierne al caso que se examina, los N°s 1°, 2° y 5° del mencionado artículo 408, y este N° 5° en relación con el artículo 93 N° 3° del Código Penal– cuando en el sumario no aparecen presunciones de que se haya verificado el hecho que dio motivo a formar la causa, o cuando el hecho investigado no sea constitutivo de delito, o cuando se haya extinguido la responsabilidad penal por amnistía.

14° Que en la hipótesis de no aplicarse la amnistía, procede la prescripción de la acción penal contemplada en el artículo 93 N° 6° del Código Penal, o sea, el transcurso de un determinado espacio de tiempo sin que el delito haya sido perseguido;

15° Que el mayor plazo de prescripción de la acción penal contemplado en nuestro derecho positivo es el de quince años del artículo 94 del referido cuerpo legal, término que, según el artículo 95, empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito. Este plazo de prescripción de suspende desde que el procedimiento se dirige contra el delincuente (artículo 96 del citado Código). En el caso sub lite, el hecho se denunció como delito el 28 de diciembre de 1988, que habría acaecido el 24 de septiembre de 1973, según la denuncia de fojas 1 del expediente rol N° 52-89 de la Fiscalía de Aviación de Puerto Montt. Entre una y otra fecha transcurrieron más de los quince años

contemplados por la ley como plazo máximo para la prescripción de la acción penal;

16° Que, consiguientemente, en el supuesto que el delito denunciado fuera de aquellos respecto de los que la ley penal contempla dicho mayor plazo para la prescripción de la acción penal, ésta se hallaría prescrita en el caso de autos, prescripción que hace obligatorio sobreseer definitivamente, por así mandarlo el artículo 408 N° 5° del Código de Procedimiento Penal, al ordenar que “El sobresimiento definitivo se decretará... 5° Cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del procesado por el motivo establecido en el N° 6° del artículo 93 del Código Penal, esto es, por la prescripción de la acción penal.

Por las anteriores consideraciones, lo prescrito en los artículos 541 inciso 2° y 549 incisos 5° y 6° del Código Orgánico de Tribunales, y por no existir falta o abuso susceptible de ser corregido por la vía disciplinaria, se declara sin lugar el recurso de queja, deducido en lo principal de fojas 1 contra la resolución de fojas 36 de la causa rol N° 52-89 de la Fiscalía de Aviación de Puerto Montt, que sobreseyó definitivamente en ella por amnistía.

Se previene que el Ministro señor Jordán concurre a desechar el antedicho recurso solamente por hallarse extinguida la responsabilidad penal por la prescripción de la acción penal.

Se previene que el Abogado Integrante señor Cousiño Mac-Iver concurre al presente fallo y fundamentos –excepto los 14° a 16°– especialmente porque siempre ha sostenido que la amnistía significa jurídicamente una derogación transitoria y temporal de la ley penal en ella comprendida, sea en forma singular o plural, haciendo desaparecer los correpondientes tipos delictivos, lo cual el artículo 93 N° 3 del Código Penal expresa, en forma breve y lacónica, diciendo que la responsabilidad penal cesa “por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos”. Como consecuencia de lo anterior, en los delitos amnistiados no es posible admitir otras formas de extinción o de exención de responsabilidad, como ser el indulto, la prescripción de la acción penal, la legítima defensa u otros semejantes, puesto que el hecho imputado carece de tipicidad.

Acordada contra la opinión del Ministro don Luis Correa, quien fue de parecer de acoger el referido recurso de queja porque, a su juicio, es necesario acreditar si el certificado de defunción que rola en autos corresponde realmente a la persona que en él se indica, para lo cual debería citarse al padre de ésta que aparece requiriendo la inscripción, como asimismo, para que se establezcan las condiciones en que se habría procedido a la inhumación, decretando, en su caso, lo que fue de derecho.

Servando Jordán López, Efrén Araya Vergara, Germán Valenzuela Erazo, Luis Correa Buló, Luis Cousiño Mac-Iver, abogado integrante, Fernando Torres, Auditor General del Ejército.

Oficio de S.E. el Presidente de la República al señor Presidente de la Excma. Corte Suprema, de fecha 4 de marzo de 1991

El texto del oficio es el siguiente:

“Creo mi deber poner en conocimiento de la Excma. Corte Suprema, antes de entregarlo a la publicidad, el “Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”, cuyo texto me es grato adjuntarle.

Como este alto Tribunal sabe, dicha Comisión fue creada por el Gobierno con el objeto de contribuir al esclarecimiento de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas en los últimos años, sus antecedentes y circunstancias, individualizar a sus víctimas, establecer su suerte o paradero y recomendar tanto las medidas de reparación y reivindicación que crea de justicia, como las medidas legales y administrativas que a su juicio deban adoptarse para impedir o prevenir la comisión de hechos semejantes.

El decreto que la creó dejó expresa constancia de que la Comisión de Verdad y Reconciliación no podría en caso alguno asumir funciones jurisdiccionales propias de los Tribunales de Justicia ni interferir en procesos pendientes ante ellos y, en consecuencia, no podría pronunciarse sobre la responsabilidad que con arreglo a las leyes pudiera haber a personas individuales por los hechos de que tomare conocimiento. Agregó que si en el ejercicio de sus funciones la Comisión recibiera antecedentes sobre hechos que revistan caracteres de delito, debería ponerlos sin más trámite a disposición del Tribunal que corresponda.

La Comisión cumplió su cometido en un arduo trabajo de nueve meses cuyo fruto es el Informe que hoy se dará a conocer al país.

Como la Excma. Corte podrá apreciarlo, el Informe revela numerosos hechos que revisten caracteres de delitos. Muchos de ellos han sido o son objeto de procedimientos que se substancian ante diversos tribunales. Otros han sido puestos en conocimiento del Tribunal que corresponde por la propia Comisión.

Teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que el Informe señala y el enorme impacto que ellos han tenido en la conciencia nacional, me considero moralmente obligado a solicitar a la Excma. Corte Suprema que, en ejercicio de sus atribuciones, instruya a los tribunales correspondientes para que activen con la mayor diligencia los procesos actualmente pendientes sobre los delitos

a que el Informe adjunto se refiere y los que deban instruirse con motivo de los antecedentes que la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación les ha remitido últimamente.

Convencido de la importancia que para la comunidad nacional tiene el que se haga justicia en estos casos, cumpliendo cada Poder del Estado las funciones propias de su competencia –que soy el primero en respetar–, no dejaría tranquila mi conciencia si no hiciera presente al Excmo. Tribunal que, en mi concepto, la amnistía vigente, que el Gobierno respeta, no puede ni debe ser obstáculo para que se realice la investigación judicial y se determinen las responsabilidades que correspondan, especialmente en los casos de personas desaparecidas.

Creo necesario al efecto recordar que el actual art. 5° de la Constitución Política establece que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Entre estos está el derecho a la justicia.

Pienso que una interpretación sistemática de esas normas constitucionales, su legislación complementaria y de los tratados vigentes, exigen que se realicen las investigaciones necesarias para determinar la existencia del delito y la individualización de los responsables y para sancionarlos penal y civilmente cuando corresponda. Muchos de estos delitos son de ejecución permanente, como los que han afectado a los detenidos desaparecidos y, en consecuencia, pueden y deben ser siempre investigados.

Confío en que la Excma. Corte Suprema, en ejercicio de sus atribuciones, dispondrá lo necesario para que los tribunales competentes se aboquen al conocimiento de estos casos con el mayor celo y diligencia. Por su parte, el Ejecutivo y los servicios que de él dependen prestarán a esos tribunales la mayor colaboración posible.

Dios guarde a V.E.
Patricio Aylwin Azócar.

c) Doctrina final de la Excma. Corte Suprema

c.1) Sentencia Corte Suprema de 29 de noviembre de 2002 dictada por los Ministros Sres.: Alberto Chaigneau del Campo, Enrique Cury Urzúa; José Luis Pérez Zañartu; Milton Juica Arancibia; Adalis Oyarzún Miranda; Juan Romero Riquelme Auditor General del Ejército.

Doctrina. Se ha dado una incorrecta aplicación a la norma del artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, pues esta última establece que el sobreseimiento definitivo por alguna de las causales que en un sentido amplio debe entenderse con respecto del procesado propiamente tal, como también respecto del inculpado o imputado a quien pueda aplicarse alguno de los numerales que señala la disposición adjetiva que se analiza, y del examen de la causa y del propio sobreseimiento definitivo decretado y confirmado, aparece que los responsables serían militares que no han sido identificados, por lo que ni siquiera los presuntos responsables son conocidos. También se ha hecho una incorrecta aplicación del artículo 93 N° 3 del Código penal, pues la amnistía se aplica a personas determinadas y no a hechos punibles, según se desprende de la literalidad de la norma citada y de la historia fidedigna de su establecimiento. En efecto, si bien en la sesión N° 22 de la Comisión Redactora del Código Penal, de 30 de julio de 1870, se estableció: "2°. La amnistía produce el efecto de borrar el delito, dejando a su autor en la misma situación en que estaría si no lo hubiera cometido", no es menos efectivo que en la sesión N° 139, de 19 de mayo de 1873, al redactarse en definitiva por los comisionados el texto del artículo 93, dándose por aprobado el propuesto por el Sr. Rengifo, se eliminó el efecto objetivo que habría producido la amnistía en los términos en que se había concebido inicialmente, hacer desaparecer el delito, dejándola establecida como una causal de extinción de responsabilidad penal, que es y será siempre personal. Así, su texto definitivo aclara la situación, pues establece: "Art. 93. La responsabilidad penal se extingue:.. N° 3. Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos". La literalidad de la norma transcrita evidencia que la amnistía extingue "la pena", o sea, la sanción que debe aplicarse al responsable de un delito, para lo cual se hace necesario la individualización completa del sujeto responsable del hecho punible, y su participación en alguna de las formas que establece el artículo 14 del Código Penal, y una vez acreditado ello, no debe aplicársele la sanción que correspondería. La conclusión antes señalada se ve reforzada por la literalidad del Decreto Ley 2.191, de 1978, pues este cuerpo legal es reiterativo en la utilización de la expresión "personas" para referirse a quienes se aplica su texto contenido en sus cinco únicos preceptos. Tampoco se ha dado una correcta aplicación a la norma del artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, pues esta última disposición establece que el sobreseimiento definitivo se decretará siempre que esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el hecho punible y de determinar la persona del delincuente, infracción que se ha cometido porque el Tribunal Militar no sólo no investigó, sino que dejó sin efecto diligencias decretadas por el tribunal del fuero ordinario y procedió de inmediato a sobreseer definitivamente la causa, en circunstancias que él mismo, mejor que nadie, podía haber investigado con mayor celo y propiedad las circunstancias de la detención ilegal de la persona, pues se reconoce en la resolución recurrida que el hecho fue cometido por "funcionarios públicos" adscritos al fuero militar, sin que fueran individualizados.

También se infringió el artículo 148 del Código Penal, pues esta figura sanciona un hecho punible de carácter permanente, y mientras no se sepa con exactitud qué fue lo que sucedió en definitiva con el detenido, no sería posible aplicar la amnistía del Decreto Ley N° 2.191, aun cuando se conociera quién o quiénes fueron los autores del hecho, pues dicha legislación se aplica dentro de un período determinado, y no se sabe con exactitud si al término de dicho período, ocurrido el 10 de marzo de 1978, la persona desaparecida continuaba detenido o no y cual era su estado. De todo lo expuesto se desprende en forma inequívoca que al dictar la resolución recurrida, el Tribunal se segunda instancia no aplicó adecuadamente las normas de los artículos 408 N° 5 y 413 del Código de Procedimiento Penal, 93 N° 3 y 148 del Código Penal y disposiciones del Decreto Ley 2.191, de 1978, lo que tuvo influencia substancial en lo dispositivo del fallo recurrido, pues de haberlas aplicado correctamente no se habría sobreesido definitivamente y en cambio se habría proseguido con la investigación, decretándose las diligencias que se determinan en la sentencia de reemplazo, por lo que procede acoger el recurso deducido.

c.2) Corte Suprema, 17 de noviembre de 2004 (Fallos del Mes, N° 528, sección criminal, sentencia 4, pp. 2897 y ss.)

Es del caso expresar que la amnistía se encuentra regulada en el artículo 93, N° 3°, del Código Penal, el que prescribe que la responsabilidad criminal termina: "3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos".

A pesar que la generalidad de la doctrina se ha mostrado acorde en que los alcances de la amnistía son mayores a los que del propio texto legal emanan, llegando inclusive a señalarse que "ésta hace nula la aplicación de las leyes, echando el velo de eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan al orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado" (Rafael Fontecilla R., Ob. cit., p. 133), no es posible, al parecer de esta Corte, aplicar dicha institución cuando no se han fijado los presupuestos mínimos de ello al no haberse determinado la fecha en la cual concluyó el injusto en estudio. De esta manera, no parece razonable que se invoque la aplicación de la "amnesia" u "olvido" cuando en la práctica el delito no ha finalizado en su perpetración.

En el caso en análisis, el hecho fijado irrevocablemente para estos sentenciadores, sólo puede enmarcarse en la figura del artículo 141 del Código Penal, tal como lo explicita la sentencia de segundo grado porque se dan estrictamente los requisitos de: a) detener, b) privar a otro de libertad, c) sin derecho y d) prolongarse por más de noventa días tal situación, sin que obre ningún antecedente que permita insertar tales sucesos en alguna otra figura penal, especialmente la del secuestro con resultado de muerte, por cuanto no consta en autos su defunción como aconteció con otras personas detenidas en similares



circunstancias y que sus cuerpos fueron hallados; ello no ocurre en el caso sub lite y es fundamento de todo juicio penal la acreditación de la existencia del hecho punible y su comprobación por los medios que admite la ley, el primer objeto del mismo; por lo que no es posible concluir la muerte del ofendido. Teniendo presente que en estos autos se estableció el hecho del secuestro y que éste se prolongó por más de noventa días y aún no se tienen noticias ciertas del paradero de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, ello es suficiente antecedente para calificar el secuestro investigado en este proceso, que es un delito permanente, toda vez que la acción que lo consuma creó un estado delictuoso que se prolongó en el tiempo subsistiendo la lesión del bien jurídico afectado; en él han persistido la acción y el resultado.

Que, por otra parte y a mayor abundamiento, el delito de secuestro que se encuadra en el artículo 141 del Código Penal, corresponde, además, al delito descrito en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita en Belén de Pará, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, la que ya entró en vigencia internacional, el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis, al ser ratificada por varios Estados latinoamericanos.

Que, se ha argumentado reiteradamente que el delito cometido no puede ser el de secuestro, pues nadie cree que él esté todavía con vida, privado de libertad, sino que, por el contrario, todos piensan que está muerto.

Ahora bien, aunque esta última suposición pudiere ser verdad, ello nada dice en contra de la posibilidad de configurar el delito de secuestro, pues lo que no se ha probado en autos es que Sandoval Rodríguez haya sido muerto inmediatamente después de su detención y encierro sin derecho y, lo que es aún más importante, que su deceso, en el supuesto de haberse producido, haya sido anterior a la fecha en que se dictó el D.L. 2.191, sobre amnistía, único caso en que los procesados podrían intentar invocar esta última.

En otras palabras, si bien el Decreto Ley en comento ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, el delito de autos comenzó a perpetrarse el siete de enero de mil novecientos setenta y cinco y desde el veintiuno de enero del mismo año no se tuvieron más noticias de la víctima, existiendo certeza de que al diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, fecha de la expiración del plazo contemplado en el artículo 1° del D.L. 2.191, no había aparecido y no se tenían noticias de él, ni del lugar donde se encontrarían sus restos, en el evento de haberse producido su muerte sea ésta provocada por los secuestradores o por

otros sujetos, lo que torna inaplicable la amnistía alegada, ya que el secuestro continuaba perpetrándose una vez que expiró el período de tiempo cubierto por esta causal de extinción de responsabilidad criminal.

Que, además conviene tener en cuenta que luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas destituyeron al gobierno y asumieron el poder, mediante el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley N° 5, que en su artículo primero declaró interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado descrito impuesto por conmoción interna (situación que regía al diecinueve de julio de mil novecientos setenta y cuatro), debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código referido y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación. Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se dictó el Decreto Ley N° 641, en que se declaró a nuestra nación en estado de Sitio, en Grado de Defensa Interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones en ese momento en el país constituían un "caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentren organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad", de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6°, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el "funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicará el procedimiento establecido en el Título IV del libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra", situación que se mantuvo por seis meses luego de la dictación del referido Decreto Ley N° 641, es decir, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco y fue en este período cuando se detuvo a Sandoval Rodríguez.

Pues bien, a la data de los acontecimientos en análisis, indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificado por Chile y publicados en el Diario Oficial del diecisiete al veinte de abril de mil novecientos cincuenta y uno, que en su artículo 3° (Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra) obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter de internacional ocurrido en su territorio, que es justamente la situación de Chile durante el período comprendido entre el doce de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco, al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar, entre otros: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y b) los atentados a la dignidad personal. Asimismo, ese Instrumento Internacional

consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber entre ellas el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o la salud, las deportaciones y traslados ilegales y la detención ilegítima;

Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos.

Que estando este Tribunal en concordancia con el de segundo grado, estima que es menester precisar que, si bien la noción del delito permanente es de origen doctrinario pues no se consigna expresamente en algún precepto de nuestra legislación positiva, la verdad es que la elaboración de la clasificación de los hechos punibles, sólo en algunos casos de excepción, como los artículos 1°, 2°, 3°, 7° y 369 del Código Penal, 11, 18, 77, N° 1°, y 263 del Código de Procedimiento Penal y 165 del Código Orgánico Tribunales, reconocen una mención específica en la ley, pero la gran mayoría se asienta más bien en las distintas pautas que se deducen del propio Código Penal, tales como bien jurídico protegido o la estructura dada a los correspondientes tipos de la parte especial. Es así como la distinción entre delitos instantáneos y permanentes, se afina en el hecho que el bien jurídico protegido por estos últimos admite una lesión prolongada en el tiempo y que la acción descrita por el tipo tiende, precisamente a generar ese quebrantamiento progresivo.

Si el delito queda consumado en un solo instante, esto es, si el proceso ejecutivo que culmina al completarse todas las exigencias del tipo delictivo se cierra en un momento determinado y único, nos encontramos en presencia de un delito instantáneo. Nótese que no se atiende a la duración de los preparativos o de los actos conducentes a la plena realización del hecho, sino solamente al instante en que éste queda completo. Y entonces, un homicidio que se perpetra suministrando gradualmente sucesivas dosis de veneno a la víctima, es un delito instantáneo, porque a pesar de que haya demorado la ejecución, quedó consumado en el instante en que aquella falleció. También el hurto es un delito instantáneo, no obstante que los actos para realizarlo hayan sido varios y demorosos, porque hay un momento en que el autor se apropia de la cosa y él marca la época de la consumación. Para decidir si la consumación de un delito queda perfeccionada en un solo momento, hay que atender a la descripción típica que la ley nos proporciona de él, principalmente según el verbo indicador de la acción que esa descripción contiene, pues si esa acción es enterada en un instante determinado ha de tenerse el delito por instantáneo.

Los delitos permanentes son, en cambio, aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa conducta. "Tal es el caso del secuestro; el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero el encierro empieza a durar y puede durar más o menos según la voluntad del hechor. Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una conducta susceptible de duración. Así ocurre en nuestro Código Penal con los artículos 135, 141, 142, 217, 219, 224, N°5, 225 N° 5 y 457, entre otros. Obsérvese como varios de ellos colocan la expresión "continuare" antes de la forma verbal indicativa de la acción típica, la que se usa en gerundio." (Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho Penal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. 1960, pp. 259 a 261.

Esta misma división es recogida por Labatut y Cousiño, quienes se muestran contestes en cuanto a qué es lo que debe entenderse por delito permanente y cuál es la importancia de su distinción (Gustavo Labatut G.: *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 165; y Luis Cousiño MacIver, *Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1975, tomo I, pp. 316 a 319).

Que entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la duración de su estado consumativo. Así lo admite unánimemente la doctrina, como la del precitado

profesor Novoa, quien expresa que "En suma, la característica diferencial entre los delitos instantáneos y permanentes está en que los primeros quedan terminados cuando alcanzan la plenitud de los requisitos propios de la consumación, al paso que los segundos inician en ese momento una duración en el tiempo más o menos prolongada, en la cual la violación jurídica subsiste por la voluntad del sujeto activo". "La gran importancia de esta clasificación queda demostrada por diversas particularidades que presentan los delitos permanentes, entre las que destaca:

La prescripción de la acción penal correspondiente a ellos no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo (Eduardo Novoa, ob. cit., p. 260; Gustavo Labatut, ob. cit., p. 298; Cousiño Mac-Iver, ob. cit., p. 317. En el mismo sentido, Enrique Cury U.: *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Edic. 1992, tomo II, p. 433; Alfredo Etcheberry: *Derecho Penal*, Carlos Gibbs Editor, tomo II, pp. 282 y 283; y Hugo Ortiz de Filippi: *De la Extinción de la Responsabilidad Penal*, Ediar Conosur Ltda., 1990, p. 92).

También la jurisprudencia ha reconocido esta categoría de delitos permanentes como "aquellos en que la acción consumativa crea un estado delictuoso que se prolonga en el tiempo mientras subsiste la lesión del bien afectado, como ocurre en los delitos comunes de raptó, detención ilegal y abandono de familia (sic), que se caracterizan por una voluntad criminal duradera y en que la prescripción de la acción penal comienza a correr desde la cesación del estado delictuoso" (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo VLII, 1960, segunda parte, sección cuarta, pp. 166 y 167, considerando 6°).

Que en el caso en estudio, en el evento que los sentenciados expresaren en qué lugar se encuentra la víctima, recién ahí comenzaría a contarse la prescripción a su favor, y si esta estuviere muerta, habría que determinar la data del fallecimiento para, en primer término, ver si se encontraba comprendida en el período amparado por la amnistía, y en caso de no estarlo, comenzar el cómputo de la prescripción. Pero en modo alguno pueden aplicarse estas instituciones al no haber cesado el estado delictivo en el cual incurrieron los secuestradores, toda vez que el injusto se ha mantenido.

Que la prescripción en general, tanto relativa a la de la acción penal como de la pena, como ya se adelantó, es un instituto que opera, en el caso del delito en comento, una vez que éste ha terminado, conforme lo reseñado por la doctrina ya citada y que también ha refrendado la jurisprudencia cuando afirma "en caso de ser delito permanente, la prescripción comienza a correr al cesar la prolongación de la consumación delictiva" (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, p. 167, recién mencionada en el basamento trigésimo séptimo).

Entonces tampoco cabe aplicar prescripción de la acción penal alegada, desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta, por lo que se rechazará el recurso intentado en este sentido.

Y, por consiguiente, no han incurrido en error de derecho los jueces recurridos al no acceder a los requerimientos de las defensas de los convictos para que se les reconozca la procedencia de la amnistía y de la prescripción de la acción penal alegadas en sus descargos.

Por todas estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 6° y 7° del Código Civil, 141 del Código Penal; artículos 6° y 334 del Código de Justicia Militar, 535, 541, N°s. 9° y 10°, 546, N°s 2°, 3°, 5° y 7°, y 547 del Código de Procedimiento Penal, 767 del de Procedimiento Civil y lo establecido en los Decretos Leyes, N° 5 de 1973, N° 521 de 1974, N° 640 y N° 641 de 1974, se decide que SE RECHAZAN los recursos de casación en la forma y en el fondo criminales intentados por Miguel Krassnoff Martchenko, representado por el abogado Sr. Gustavo Promis Baeza, en lo principal de sus libelo de fs. 1898 a 1955; la casación en el fondo interpuesta por el Sr. Juan Carlos Manns Giglio, en asistencia de Fernando Laureani Maturana y Juan Manuel Contreras Sepúlveda, en su presentaciones de fs. 1956 a 1971 y 1972; las casaciones en la forma y fondo alegadas por el Sr. Luis Fernando Bravo Ibarra, mandatario de Gerardo Godoy García; que se lee de fs. 1993 a 2006; la casación en el fondo del Sr. Francisco Javier Piffaut Passicot, patrocinante del Sr. Marcelo Moren Brito, de fs. 2007 a 2013; y la casación en el fondo civil deducida por el Sr. Nelson Caucoto Pereira, apoderado de la demandante civil doña Pabla Segura Soto, que se encuentra de fs. 2014 a 2017, en contra de la sentencia de cinco de enero de dos mil cuatro, escrita de fs. 1841 a 1891, complementada el ocho de enero del mismo año, que se lee de fs. 1892 a 1895, la que en consecuencia no es nula.

Redacción del Ministro Sr. Jaime Rodríguez Espoz.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 517-2004.

Sentencia (2ª Sala). Pronunciada por los Ministros señores Alberto Chaigneau, Enrique Cury, Jaime Rodríguez y los abogados integrantes Sr. Fernando Castro y Sra. Luz María Jordán.

Rol N° 517-2004. c/ Contreras Sepúlveda, Juan Manuel y Otros. Recurso de Casación en la Forma y en el Fondo Criminal. Santiago.

Comentario

El cambio del criterio interpretativo sustentado por la Corte Suprema acerca de la amnistía y la prescripción se ven influidos por el oficio que el ex Presidente Aylwin enviara al Presidente de la Corte con motivo del informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación; por los nuevos ministros nombrados después de marzo de 1991, y especialmente por la integración de la Sala Penal del máximo Tribunal. Todo lo anterior se ve claramente reflejado en la argumentación jurídica contenida en los fallos mencionados precedentemente.

2) La no aplicación literal de la ley. Caso Hexagon.

Recurso de protección. Director de Impuestos Internos. Importación de Automóviles. El recurso de protección, en el caso de autos, ha sido bien dirigido en contra del Director del Servicio de Impuestos Internos por no haber evacuado, como lo obliga el artículo 6º, letra A, N° 1º del Cód. Tributario, la consulta hecha por un Director Regional del servicio, referente al tratamiento a seguir para las liquidaciones de determinadas pólizas de importación de vehículos, es competente para seguir conociendo de dicho recurso de protección la Corte de Apelaciones de Santiago.

La tramitación y procedencia del referido recurso de protección no se encuentran afectadas por la disposición del artículo único del DL. 1.684, de 28/1/77 si se recuerda lo expresado en las consideraciones 2, 4 y 5 de la exposición de motivos del Acta Constitucional N° 4, contenida en el DL. 1.553, de 11/IX/76 y si se tiene en cuenta que los actos u omisiones arbitrarios o ilegales que han dado origen al recurso de protección en este caso, no se hallan comprendidos en algunas de las situaciones de emergencia a que se refiere el artículo 5º de la aludida Acta Constitucional N° 4 u en otra norma constitucional o legal.⁶³

Comentario: La Corte Suprema en sentencia pronunciada el 20 de abril de 1977 estimó procedente la interposición del recurso de protección de esos autos, no obstante lo dispuesto en el artículo único del Decreto Ley N° 1.684, de 28 de enero de 1977, que estableció la improcedencia del recurso de protección durante los Estados de Emergencia.⁶⁴

⁶³ Fallos del mes N° 221, Sección Civil, Sentencia N° 4, pág. 53, Santiago de Chile, abril 1977.

⁶⁴ El texto es el siguiente: Artículo único: Derógase el artículo 14º del Acta Constitucional N° 4, de 1976, y sustitúyese por el siguiente: "El recurso de protección establecido en el artículo 2º del Acta Constitucional N° 3 será improcedente en las situaciones de emergencia, sea de las contempladas en el Acta Constitucional N° 4, de 1976, o en otras normas constitucionales o legales".

3) La retrocesión fallada en equidad y en derecho

a) Sentencia Corte Suprema de fecha 9 de octubre de 1981, Barahona Urzúa, Jorge (Recurso de Queja)

Acción de retrocesión fallada en equidad.

Doctrina. Expropiado un predio para cumplir la función social de la propiedad establecida en la Constitución, esto es, para los destinos establecidos en el artículo 67 de la ley 16.640, Ley de Reforma Agraria, o sea asignarla a campesinos, cooperativas agrícolas y demás indicadas en dicho precepto, y no habiéndose cumplido ellos en forma alguna, nace para el propietario el derecho a la retrocesión.

Puesto que no existe disposición legal alguna que contemple la acción de retrocesión, debe recurrirse en tales condiciones a la equidad natural, según lo disponen los artículos 24 del Código Civil y 170 del Código de Procedimiento Civil, si se tiene presente que reclamada la intervención de los tribunales en la forma legal y en negocios de su competencia no podrán éstos excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión, conforme lo establece la propia Constitución Política del Estado (artículo 73, inciso 2°).

Para la civilización cristiana y occidental, en la que se inspira la legislación de Chile, aun la más reciente, el derecho de propiedad es un derecho natural, esto es el conjunto de derechos que el hombre trae consigo al nacer, que le competen sólo por razón de su ser.

El acuerdo del consejo de la CORA, que resuelve expropiar un predio determinado es un acto jurídico administrativo, esto es, una manifestación unilateral de voluntad de un órgano de la Administración destinado a producir efectos jurídicos individuales o subjetivos.

El acto de autoridad que priva a una persona de un bien de su dominio por medio de la expropiación debe poseer una justa causa de expropiación, dentro del concepto de bien común y de función social de la propiedad. En consecuencia, la expropiación debe cumplir las finalidades que se tuvieron en vista al realizarla; si así no sucede, la expropiación carece de causa.

El acto administrativo debe estar inspirado en el principio general que es la base de todo régimen de derecho, la buena fe; por tanto, no puede procederse arbitrariamente en una expropiación; ella debe cumplir los fines de bien común y de función social, que es su fuente esencial.

Si el Estado queda en libertad de expropiar a sus súbditos, basado en un interés social, como es el de extender el derecho de propiedad a todos ellos y no cumple en forma alguna el objetivo de una expropiación, que previamente ha sido calificada soberanamente por los representantes del pueblo, que componen los poderes colegisladores, el derecho de propiedad desaparece y deja de ser una de las garantías establecidas por la Carta Fundamental de la República; derecho de propiedad que es el fundamento esencial de la libertad individual y del libre albedrío de los hombres, que sin ella pasan a ser totalmente dependientes del Estado.

La expropiación debe estar fundada en el principio de la legalidad, que es la base más importante de un Estado de Derecho. Sin el control jurisdiccional que a los tribunales les corresponde para que se represente tal principio, éste quedaría entregado sólo a la buena voluntad de la Administración.

Las circunstancias de hecho en que la autoridad tomó posesión material del bien expropiado no se conforman absolutamente con la actuación que deben tener las autoridades responsables y revelan, se podría afirmar, un desprecio sin precedentes al Estado de Derecho propio de un país civilizado y evolucionado como el nuestro.

En los hechos, se interpone acción de retrocesión en contra de la Corporación de Reforma Agraria, CORA, para que se ordene, previo reintegro del valor pagado al contado por la referida Institución al expropiado, la restitución del predio objeto de la expropiación. La acción se basa fundamentalmente en que el predio fue expropiado para cumplir con la función social de la propiedad, establecida en la Reforma de la Constitución de 1925 introducida por la Ley 16.615, esto es, para los destinos establecidos en el artículo 67 de la Ley 16.640, o sea, asignarla a campesinos, cooperativas agrícolas y demás indicados en el mismo precepto, pero como el referido destino no se ha cumplido en forma alguna, nace para el propietario el derecho de retrocesión, también analizado por los tratadistas de reversión de dominio.

CORA en escrito de contestación en conjunto con el Fisco han sostenido que la acción no existe dentro del Derecho Positivo chileno, porque no hay disposición alguna que la establezca.

La Corte ajustándose a la equidad natural, la ausencia de ley expresa que establezca la retrocesión, concluye que lo solicitado en la demanda debe acogerse, en el caso particular de que se trata, y que los jueces recurridos al revocar la sentencia del juez a quo y negar lugar a ella, han hecho un uso errado de sus atribuciones, incurriendo en una falta y ocasionando un agravio al recurrente que debe ser reparado por esta vía y además en virtud de lo dispuesto en los

artículos 79 inciso primero, de la Constitución Política del Estado, 540 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, resuelve que se acoge el recurso de queja interpuesto por don Jorge Barahona Urzúa parcialmente y declara que confirma lo resuelto por el tribunal a quo aclarándose el punto dos de su parte resolutive, en el sentido de que la sucesión de don Jorge Barahona Puelma deberá devolver a la Corporación de Reforma Agraria o a la Institución que sus derechos represente o al Fisco, la cantidad que hubiere recibido como cuota al contado del precio de la expropiación, reajustada conforme al IPC y devolver también los bonos cuyo valor no hubiere hecho efectivo.

Redacción del ministro señor Eyzaguirre. José María Eyzaguirre E., Emilio Ulloa M., Marcos Aburto O., Estanislao Zúñiga C., Julio Fabres E.

b) Sentencia Corte Suprema de fecha 9 de octubre de 1981, Aspillaga Sotomayor, Pedro, con Corporación de la Reforma Agraria.

Acción de Retrocesión fallada en derecho.

Doctrina. Frente a lo dispuesto por los artículos 56 y 57 de la Ley 16.640 carece de relevancia el que el plazo previsto por su artículo 67 inciso 3° sea o no fatal, porque en ningún caso el bien expropiado al transferirse a la CORA queda afecto, en cuanto al dominio de ésta, a plazo, modo o condición (sentencia de casación).

La expropiación es un acto de autoridad y en tal carácter lo rigen las normas del derecho público y no las del derecho privado. Siendo un principio general dentro del derecho público aquel que puede hacerse sólo aquello que la ley autoriza, al no estar contemplada o permitida en ésta la sanción de caducidad invocada en la demanda, con los efectos que allí se le atribuyen respecto de la expropiación, resulta jurídicamente inaceptable y debe rechazarse.

En juicio ordinario entre don Pedro Aspillaga Sotomayor y la Corporación de la Reforma Agraria, la Corte de Apelaciones de Rancagua confirmó el fallo del Juzgado de Letras de Santa Cruz que dio lugar a la demanda de "retrocesión".

En contra de esta sentencia confirmatoria, la demandada interpuso recurso de casación en el fondo, por haber incurrido en su concepto, en seis grupos de infracciones legales con influencia sustancial en su parte dispositiva, toda vez que de no haberse cometido, debió revocar el fallo apelado negando lugar a la demanda.

En los hechos, un predio del demandante fue expropiado por la Corporación de la Reforma Agraria, con arreglo a la Ley 16.640, por la causal del artículo 3°

del referido cuerpo legal consignándosele en la Tesorería respectiva la cuota al contado del valor de la expropiación. Posteriormente la misma entidad acordó transferir a la Corporación Nacional Forestal el predio expropiado. Tanto en primera como en segunda instancia se dio lugar a la acción de retrocesión interpuesta por el actor.

La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación interpuesto por la demandada acogió la impugnación en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua que confirmó el del Juzgado de Letras de Santa Cruz y declaró que anulándose dicha sentencia, se reemplazaría por la que a continuación se sintetiza: Que el actor estima, en su demanda, que la caducidad de dominio que invoca constituye una sanción legal que debe materializarse en la retrocesión de su dominio sobre el bien de que fue expropiado.

Que la expropiación es un acto de autoridad y en tal carácter lo rigen las normas del Derecho Público y no las del Derecho Privado. Ahora bien, siendo un principio general dentro de aquél que pueda hacerse solamente aquello que la ley autoriza, al no estar contemplada o permitida en ésta la sanción de "caducidad" invocada en la demanda con los efectos que allí se le atribuyen respecto a la expropiación, resulta jurídicamente inaceptable y debe rechazarse.

Frente a lo dispuesto por los artículos 56 y 57 de la Ley de Reforma Agraria N° 16.640, resulta obvio a juicio de los sentenciadores que, tratándose en la especie de una expropiación consumada, o sea, legalmente perfecta, no puede quedar sujeta a plazo, condición o modo y que al antiguo propietario no le asiste derecho alguno sobre el bien que le fue expropiado que pueda estimarse como base de un resurgimiento de dominio o retrocesión en él como pretende la demanda.

Finalmente, reafirma lo expuesto la circunstancia de que nuestra legislación no contempla la "retrocesión" y que sólo se refiere a la "caducidad" de la expropiación en el inciso 2° del artículo 39 de la Ley 16.640, pero cuando ésta aún no estuviere consumada por no haber efectuado la consignación respectiva el expropiante dentro del plazo de un año indicado en este precepto, que no es el caso de autos, en que, como se dijo, se encuentra terminado extinguiendo con ello el dominio del expropiado.

Redacción del ministro don Estanislao Zúñiga Collao, José M. Eyzaguirre E., Marcos Aburto O., Estanislao Zúñiga C., Raúl Rencoret D., Jorge Barceló P.

Comentario: Es revelador que la Excma. Corte Suprema falló en el mismo día dos demandas de retrocesión en forma distinta, concurriendo a las mismas sentencias los ministros señores Eyzaguirre, Aburto y Zúñiga. La razón de hecho

para decidir el asunto en equidad en el caso del expropiado señor Jorge Barahona Puelma deberá encontrarse en el párrafo que señala: "Las circunstancias de hecho en que la autoridad tomó posesión material del bien expropiado no se conforman absolutamente con la actuación que deben tener las autoridades responsables y revelan, se podría afirmar, un desprecio sin precedentes al Estado de Derecho propio de un país civilizado y evolucionado como el nuestro".

El señor Barahona Puelma había ocupado el cargo de Vicepresidente Ejecutivo de la CORA bajo el imperio de la Ley 15.020, durante el gobierno del Presidente Jorge Alessandri. Bajo la vigencia de la Ley 16.640 fue expropiado de su predio rústico y la toma de posesión material se efectuó en una verdadera "operación comando" de activistas y funcionarios de la CORA, lo que le produjo al señor Barahona un infarto cardiaco que le causó la muerte. Es en ese contexto y conociendo de un recurso de queja que la Corte Suprema falla en equidad. En cambio, en el caso Aspillaga conociendo recursos de casación la Corte falla en derecho.

E. Conclusiones

1) La búsqueda de uniformidad en la jurisprudencia resulta ser, en no pocas veces, una utopía atendidos los cambios que experimentan las integraciones de las salas de las Cortes.

2) La disparidad de criterios de los jueces está marcada por sus convicciones personales, políticas o de experiencia, todos los cuales –consciente o inconscientemente– determinan sus decisiones jurisdiccionales. De esto se sigue que la directriz a seguir para encontrar el sentido de justicia del sentenciador habrá de buscársele en su manera de ser más que en las normas legales que encaucen la interpretación.

3) Las teorías que explican la interpretación o los métodos que se enseñan para ello, sirven de apoyos al pensamiento del juez para justificar su decisión ya adoptada en su fuero interno y lo propio hacen las normas escogidas por él para fundamentar su sentencia.

4) Los sistemas probatorios ofrecen siempre latitud al juez en el establecimiento de los hechos así como en la valorización de la prueba rendida. En el régimen de prueba legal tasada, la ley ofrece márgenes de flexibilidad, en varias formas. Por un lado, el establecimiento de los hechos es una facultad privativa de los jueces del fondo, y, por el otro, la ley autoriza al juez a crear un medio de prueba, como ocurre con las presunciones judiciales; o apreciar soberanamente su mérito probatorio, como sucede en ciertos casos con la prueba de testigos; o

valorar la prueba rendida conforme a las reglas de la sana crítica, como acontece con el informe de peritos; o para preferir la prueba que el juez crea más conforme con la verdad, cuando existan dos o más pruebas contradictorias y falta la ley que resuelva el conflicto.

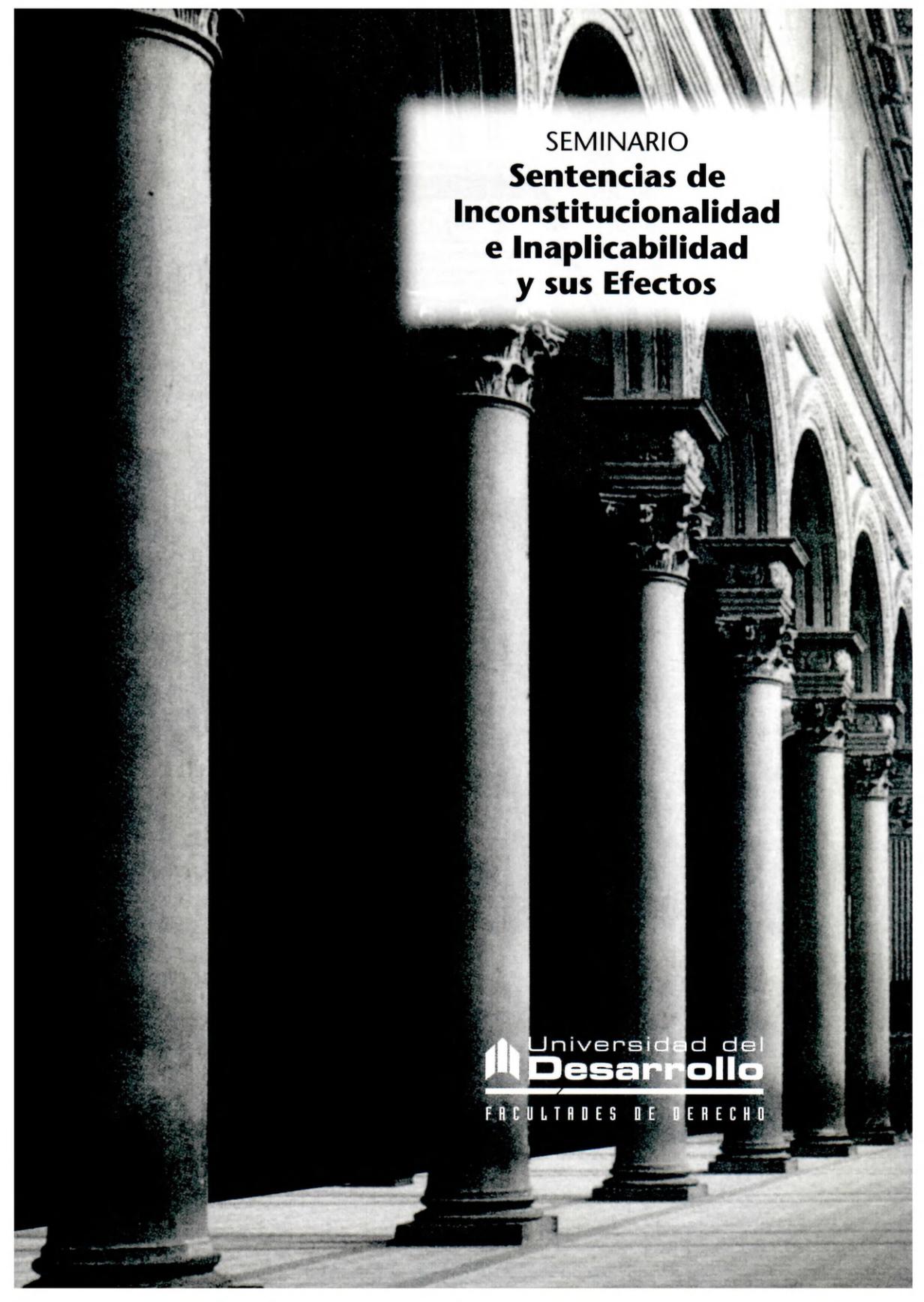
En los sistemas de libre convicción o de apreciación racional de la prueba, el juez goza de más libertad todavía que en el régimen de prueba legal tasada.

5) La existencia de fallos contradictorios resta certeza al verdadero sentido y alcance que debe atribuirse a las normas legales. Ello provoca una sensación pública de que la justicia no se rige por cánones de generalidad, como lo postulaban los juristas clásicos "a casos semejantes, soluciones semejantes", y que, en definitiva, los criterios de decisión dependen del juez y no del contenido de las normas aplicables al caso particular.

6) La proliferación de resoluciones judiciales amparadas en la personalidad del juez más que en las reglas de interpretación dadas por el legislador acusan una debilidad estructural de la judicatura, lo cual obliga a mirar con atención los cursos de formación y perfeccionamiento de los jueces que imparte la Academia Judicial.

7) Por último, la pretensión de transformar los fallos judiciales y las razones que los sustentan en dogmática jurídica constituye un propósito quimérico en muchos casos, porque cada juicio y cada decisión reviste caracteres particulares y únicos que no son extrapolables a otras situaciones semejantes; en definitiva, la sentencia dependerá de la personalidad del juez y de sus circunstancias parangonando los dichos de Ortega y Gasset.





SEMINARIO
**Sentencias de
Inconstitucionalidad
e Inaplicabilidad
y sus Efectos**

Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO



Presentación

José Manuel Díaz de Valdés Juliá

Profesor de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Abogado, Licenciado y Magíster en Derecho Público

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Master of Laws

UNIVERSIDAD DE CAMBRIDGE

UNIVERSIDAD DE HARVARD

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, en conjunto con el Instituto Libertad y Desarrollo, organizaron este seminario en el mes de julio del año 2007, a raíz del intenso interés que suscitaban en la comunidad jurídica –y que aún suscitan– las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional.

Como sabemos, la reforma constitucional del año 2005 otorgó competencia al Tribunal Constitucional para conocer de las acciones constitucionales de inaplicabilidad e inconstitucionalidad de preceptos legales en vigencia. Tales modificaciones entraron en aplicación en febrero del año 2006, dando comienzo a un período fundacional. En él, todos los actores involucrados –Tribunal Constitucional, abogados litigantes, órganos colegisladores, entre otros– han intentado ir definiendo formas, modos y reglas para la debida tramitación y resolución de tales acciones constitucionales, así como para el adecuado cumplimiento de los fallos recaídos en ellas.

Como era de esperarse, subsisten aún una serie de dudas en estas materias. Dados los trascendentes efectos de las acciones mencionadas, no sólo a nivel teórico, sino también práctico, el valor de la certeza jurídica impone la necesidad de avanzar en la resolución de tales interrogantes.

En este contexto, el seminario “*Sentencias de Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad y sus Efectos*” fue ideado con el objeto de identificar y someter a discusión algunas de las dificultades y dudas que se han planteado, ofreciendo sugerencias, soluciones y críticas constructivas a la labor del Tribunal.

Los principales expositores del Seminario fueron don José Luis Cea E., a la sazón presidente del Tribunal Constitucional, y don Arturo Fermandois V., destacado profesor y abogado litigante en materia constitucional.

Don José Luis Cea centró su participación en la acción de inconstitucionalidad. Se trató de una exposición de notable actualidad y recibida con gran interés, toda vez que se había dictado hacía pocos meses la primera sentencia que

acogía una acción de este tipo, la que a su vez planteó una serie de problemas interpretativos en cuanto a sus efectos. Si bien no asumió la vocería del Tribunal en esta materia, el profesor Cea nos ilustró acerca de sus opiniones, en cuanto profesor y juez constitucional, sobre las principales aristas de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad. Se refirió así a su sentido y alcance, su acatamiento y cumplimiento, así como al contenido y características de su irretroactividad, cuestión particularmente oscura a la luz de la única experiencia en la materia. Al terminar su exposición, el profesor Cea contestó con precisión y generosidad las numerosas preguntas del público presente.

A continuación, don Arturo Fermandois se refirió con brillantez y originalidad a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Con el objeto de dar contenido a la diferencia que debe existir entre aquella y la acción de inconstitucionalidad, el profesor Fermandois trató en profundidad los efectos y características de la primera, relacionándolos con el control de la arbitrariedad, y recurriendo a ciertas nociones de derecho comparado.

Posteriormente, los profesores don Iván Aróstica M. y don José Manuel Díaz de Valdés J. comentaron brevemente las exposiciones principales. Se destacó la gran cantidad de materias y tópicos sobre los que todavía existe incerteza (e.g., irretroactividad, aplicación por los tribunales ordinarios de justicia, entre muchos otros), así como la necesidad de obtener mayores orientaciones sobre las mismas en las sentencias del propio Tribunal Constitucional. También se destacaron los efectos prácticos de las decisiones del Tribunal, así como la trascendencia de los próximos meses para la definición y consolidación de los mismos. Finalmente, se destacó la calidad y utilidad de las contribuciones de los expositores principales.

Respondiendo a las expectativas y solicitudes generadas por el público presente en el Seminario, y considerando la actualidad y la valía de las exposiciones oídas en él, la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo y el Instituto Libertad y Desarrollo han decidido publicar las contribuciones de los expositores principales. Esperamos que este documento constituya una útil fuente de consulta para académicos y abogados litigantes en materias constitucionales.

Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos*

José Luis Cea Egaña

Profesor Titular de Derecho Constitucional
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE
Ministro
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Introducción

Agradezco a las autoridades de esta querida Facultad haberme invitado para examinar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, desde el ángulo de sus dificultades y desafíos.

Lo hago complacido, porque siempre he creído –y la experiencia me ha llevado a la convicción– que es útil, incluso necesaria, la integración entre el ejercicio de la docencia y el servicio de la Magistratura. Así es, porque la investigación y enseñanza, propias de la doctrina, permiten formular problemas con acierto y plantearles soluciones sensatas, haciendo crecer la ciencia jurídica y acercándola a la realidad que nunca debe ser olvidada. Y, además, pues esa integración enriquece la capacidad del juez para razonar sólidamente, confrontar fuentes de informaciones especializadas, comparar ordenamientos y, en definitiva, decidir persuasivamente, ojalá cumpliendo el anhelo siguiente: que la sentencia deje en paz a los litigantes, a uno porque la obtuvo en favor de sus tesis; al otro, a raíz de quedar convencido que su pretensión fue rigurosamente examinada y decidida con acierto.¹

Ese es uno de los sentidos de la justicia en la convivencia humana, del cual fluye nuestro ideal de hombre de reflexión, raciocinio y resolución con análisis y fines legítimos.

* Exposición inaugural del Seminario sobre “Sentencias de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad y sus Efectos”, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, en Santiago, el 4 de julio de 2007.

¹ Paul Ricoeur: *Lo Justo* (Santiago, Ed. Andrés Bello, 1999) pp. 223 ss.

I. Trascendencia del asunto

Lo explicado reviste caracteres singularmente importantes en relación con el tema que me ha sido asignado en este seminario. Trátase de un tópico desconocido aún en la literatura chilena. Enfocado con espíritu práctico, su análisis presupone tanto el ejercicio profesional como la destreza para formular puntualizaciones, efectuar distinciones, ensayar conceptos y definiciones, en definitiva, hacer crecer el conocimiento jurídico en el ámbito de la Justicia constitucional.

Tenemos que comenzar convencidos de que la declaración de inconstitucionalidad de preceptos legales es una novedad en Chile, cuya complejidad y secuelas todavía no alcanzamos a visualizar certeramente. Lo cierto es que nos enfrentamos a una institución sin precedentes en nuestro Derecho, de la cual son lugares comunes los generalmente conocidos, pero que, muy pronto después, ponen de manifiesto la urgencia de investigar los componentes de una decisión tan relevante. En el Tribunal Constitucional nos percatamos, meses atrás, de lo advertido y procuramos imaginar, de antemano, las consecuencias de la sentencia estimatoria respectiva. Progresamos bastante en esa dirección, pero lo ocurrido después de publicado aquel fallo² rebasó, ampliamente, cuanto se pudo haber anticipado.

Por eso, concurrimos esta tarde con un interés noble: entregar lo que sabemos por el estudio y la experiencia reunida, pero simultáneamente recibir observaciones y sugerencias, hallar nuevos enfoques y puntos de vista, contestar dudas y corregir soluciones. En definitiva, queremos avanzar en el despliegue de una institución que, sin duda, desenvuelta con acierto se erigirá en un instrumento de modernización, perfeccionamiento y concreción de nuestro Derecho.

II. La sentencia de inconstitucionalidad

El objeto de mi exposición son los efectos de tal especie de sentencia y en él me concentraré hasta su término. Necesario es aclarar, sin embargo, que el análisis tiene que ser limitado a los dos tópicos siguientes: primero, el sentido y alcance de esa sentencia; y segundo, el acatamiento y cumplimiento de lo decidido en ella.

Recuerdo, con antelación, lo que enseñó el inolvidable amigo Louis Joseph Favoreu: una sentencia constitucional engendra consecuencias similares a un centenar de fallos de casación, desencadenando algo parecido a un sismo en

² Véase el Diario Oficial del 29 de marzo de 2007.

el ordenamiento jurídico.³ ¿Piensen ustedes, consecuentemente, cuánto más intensa es esa energía si se proyecta a la primera instancia y a las apelaciones, como está ocurriendo a propósito de la inconstitucionalidad pronunciada tres meses atrás!

1. Sentido y alcance

El paso de la inaplicabilidad a la inconstitucionalidad es inédito en nuestro Derecho, circunstancia que suscita diversas conjeturas: ¿se hará mediante acción popular o sólo pública? ¿sin cumplir requisito alguno quien la pida? ¿tendrá el Tribunal que satisfacer determinadas exigencias si obra de oficio? ¿serán esas exigencias las mismas o parecidas a las que rigen la admisibilidad en el caso de la inaplicabilidad?⁴ ¿qué significa carecer de efecto retroactivo la sentencia estimatoria respectiva? ¿puede encontrarse la respuesta diferenciando la nulidad, por un lado, de la derogación, por otro? El proyecto adecuatorio de la legislación orgánica del Tribunal hoy en trámite resuelve algunas de tales interrogantes,⁵ pero no todas.⁶

Para avanzar en el análisis se torna imperativo transcribir el texto del artículo 93 inciso 1° N° 7 e inciso 12° del mismo artículo de la Constitución:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

(...)

7°: 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;

(...)

En el caso del número 7°, 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. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio”.

³ *Los Tribunales Constitucionales* (Barcelona, Ed. Ariel, 1992) pp. 34 ss.

⁴ Véase Humberto Nogueira Alcalá: “La Ampliación de las Competencias Normativas de Control de Constitucionalidad del Tribunal Constitucional Chileno y la Ampliación de la Fuerza Normativa de sus Sentencias de Acuerdo con la Reforma Constitucional de 2005”, X Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (2006) pp. 241 ss.

⁵ Consúltense, v. gr., los artículos 32 letra C, 33 letra A y 33 letra B del proyecto de ley, en segundo trámite, que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, contenido en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, fechado el 15 de enero de 2007 (Boletín N° 4.059-07).

⁶ Ilustro este reparo mencionando lo dispuesto en los artículos 47 letra P y 47 letra Q del proyecto señalado en la nota anterior.

La reflexión sobre las interrogantes planteadas despierta inquietudes adicionales, tres de las cuales no pueden ser silenciadas: ¿sería sensato establecer filtros, en especial para la acción pública? Si la respuesta es afirmativa ¿pueden razonablemente repetirse los requisitos previstos para la declaración de admisibilidad, tratándose ahora de la inconstitucionalidad de preceptos legales o, por el contrario, esta última involucra cuestiones abstractas y que inciden en la subsistencia general de una disposición, asunto que atañe al sistema normativo y no a la aplicación de uno de sus mandatos legales en un caso concreto? ¿y cuánto repercute tener presente el valor de la seguridad jurídica en las respuestas a tales interrogantes?⁷

Imperativo es destacar determinadas características de la sentencia estimativa de inconstitucionalidad. Por ejemplo, es de pronunciamiento eventual en el sentido que la inaplicabilidad no culmina inexorablemente en ella; cabe dictarla cuando las hipótesis interpretativas que fluyen del precepto legal objetado se hallan, razonable y en principio completamente, decididas en los fallos pronunciados con anterioridad, circunstancia que induce a ser severo para pronunciarla; en fin, siempre ha de ser respetada la cosa juzgada formal y materialmente entendida, de manera que los trámites y resoluciones ejecutoriados en el asunto o gestión pendiente de rigor no sean alterados por un pronunciamiento ulterior.

2. Ilustración práctica

El asunto fue ya decidido, por primera y hasta hoy única vez.⁸ Trátase de un acontecimiento en el Derecho chileno, pues desde la publicación de ese fallo el precepto legal tachado quedó derogado.⁹ Como jerarquía y sustancia normativa, la ley se reubica así en la jerarquía preceptiva, quedando subordinada a los valores, principios y normas de la Carta Política.¹⁰ Inserto a continuación los considerandos 6°, 8° y 25° inciso 6° de esa decisión, dictada de oficio por nuestra Magistratura:

“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

⁷ Véase Jesús M. Casal H.: “La Cosa Juzgada en los Procesos Constitucionales”, en Víctor Bazán (coordinador): *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles. Libro en Reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos* (Buenos Aires, EDIAR, 2003) pp. 863 ss.; y Juan Colombo Campbell: “Las Sentencias Constitucionales, Tipología y Efectos”, en Humberto Nogueira Alcalá (coordinador): *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina. Presente y Prospectiva* (Santiago, Ed. LexisNexis, 2005) pp. 263 ss.

⁸ Sentencia pronunciada el 26 de marzo de 2007 (Rol N° 681), publicada en el Diario Oficial el día 29 del mismo mes y año.

⁹ Revítese el artículo 94 inciso 3° de la Constitución.

¹⁰ Miguel Ayuso: *De la Ley a la Ley. Cinco Lecciones sobre Legalidad y Legitimidad* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2001) pp. 67 ss.; y Andrea Greppi: *Concepciones de la Democracia en el Pensamiento Político Contemporáneo* (Madrid, Ed. Trotta, 2006) pp. 31 ss.

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.

Que, desde el punto de vista explicado, el artículo 116 del Código Tributario vulnera el artículo 5° de la Constitución, 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.

(...)

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”.

3. Acatamiento y cumplimiento

Demos el paso adelante reproduciendo el artículo 94 de la Constitución:

“Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido.

Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate.

En el caso del N° 16° del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 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”.

Cabe detenerse, primeramente, en el sentido y justificación del artículo transcrito.

Por de pronto, obsérvese que las resoluciones del Tribunal, en general, y las sentencias definitivas especialmente, deben cumplirse por los destinatarios de ellas, aunque no coincidan con las consideraciones ni la resolución que las decide. Felizmente, así ha sucedido sin excepción y confiamos que esta práctica se entronizará con la cualidad de tradición estrictamente respetada. El proyecto de ley en trámite tendría, sin embargo, que avanzar en la dirección aludida, reconociendo expresamente el efecto, vinculante e ineludible para todos, de nuestros pronunciamientos.

Sin embargo, obsérvese también que el Tribunal carece de imperio. Ello no significa, sin embargo, como se ha dicho en algún comentario ocasional, que el cumplimiento de las determinaciones del Tribunal quede entregado a la voluntad de los afectados por ellas.¹¹ Antes bien, el sistema en el Estado Constitucional de Derecho ha de contemplar los órganos, las acciones y los procedimientos de control que aseguren el acatamiento oportuno, completo y efectivo de las decisiones de nuestra Magistratura. El punto aludido es uno de los más delicados de la Justicia Constitucional y del Derecho Procesal correspondiente, porque presupone una disposición, constante y sin reticencias, de todos los órganos jurídicos y políticos competentes para honrar las sentencias del Tribunal y hacerlas obedecer si fuere necesario. Es, en otros términos, una cuestión de cultura elevada o madura, convivida en un ambiente de estabilidad institucional.¹²

Apartarse de una orden del Tribunal, eludirla, suspenderla, modificarla o transgredirla tiene que ser, por consiguiente, motivo de investigación y sanción por los órganos políticos y jurisdiccionales competentes, v. gr., a través de la acusación política, la nulidad de Derecho Público y la representación en el trámite de toma de razón para los actos administrativos. Si no sucede así, quiere decir que el sistema institucional se halla en crisis o está cercano a ella, ambas hipótesis inconciliables con una Justicia Constitucional verdadera.

¹¹ Revítese, en general, Tribunal Constitucional de Andorra (editor): *L'aplicació de las Decisions de las Jurisdiccions Constitutionals* (Principat D'Andorra, s/i., 2006).

¹² Véase Juan Colombo Campbell: "Las Sentencias Constitucionales. Tipología y Efectos", en Humberto Nogueira Alcalá (coordinador): *Jurisdicción Constitucional (...)* cit., pp. 263 ss.; y Domingo García Belaúnde: "Ejecutabilidad de las Sentencias Constitucionales", en la misma fuente ya citada en esta nota, pp. 367 ss.

Precisando el t3pico enunciado, creo que es necesario distinguir en 3l los dos aspectos que resumo a continuaci3n. Uno es el imperio, entendido como potestad, atribuci3n o facultad del Tribunal para impartir 3rdenes directas a la fuerza p3blica con el objeto de asegurar el cumplimiento de sus decisiones; y otro es el efecto vinculante que, para todos los 3rganos estatales y los particulares, siempre deben tener las sentencias de nuestra Magistratura, respecto de las cuales, al tenor del art3culo 94 inciso 1º de la Carta Pol3tica, no procede recurso alguno para contrariarlas, impugnarlas, condicionar o diferir lo resuelto en ellas.¹³

En punto al primero de aquellos aspectos, sin excluir la procedencia del imperio, creo que, en la realidad y por las razones ya expuestas, 3l es dif3cilmente aplicable a la implementaci3n de nuestros fallos. Distinta es mi conclusi3n a prop3sito del segundo de tales aspectos,¹⁴ porque nunca uno de dichos fallos puede quedar supeditado en sus efectos al margen o en pugna con lo decidido en 3l. Por consiguiente, nuestra Ley Org3nica ha de as3 reconocerlo expresamente, puntualizando que incumplirlo, objetarlo, evadirlo, desconocerlo o contradecirlo, cualquiera sean las circunstancias aducidas, quebranta la Constituci3n y las leyes, configur3ndose la nulidad de rigor. Esta tendr3a que ser pronunciada en procedimiento sumario y no de lata tramitaci3n, franque3ndose la acci3n p3blica con tal designio y, por cierto, la facultad de requerir el pronunciamiento de tal invalidaci3n por el Tribunal mismo.

4. Derogaci3n sin retroactividad

La irretroactividad impuesta en el art3culo 94 inciso 3º de la Constituci3n implica, por de pronto e indiscutiblemente, que la cosa juzgada debe ser siempre respetada, de modo que nuestras sentencias no pueden afectarla nunca. Puntualizado ese supuesto esencial, cabe efectuar una distinci3n para los fines de profundizar el an3lisis. Me refiero a que es 3til diferenciar las secuelas de tales fallos en el orden interno del Tribunal, por una parte, de las consecuencias que ellos tienen, o pueden generar, en las causas que se tramitan por los tribunales ordinarios o especiales, alcanzando a la casaci3n en la Corte Suprema, por otra.

En el primero de tales aspectos resulta sencillo categorizar los autos ingresados al Tribunal, partiendo de la fecha de publicaci3n de la sentencia de inconstitucionalidad en el Diario Oficial,¹⁵ desde la cual surte todos sus efectos y queda sometida a la prohibici3n sealada. As3, las causas que hab3an sido ingresadas a la Secretar3a del Tribunal hasta el 28 de marzo de 2007, inclusive, pueden ser subdivididas en las series siguientes:

¹³ Cons3ltese el editorial de "El Mercurio" de Santiago, dedicado al tema, correspondiente a la edici3n del 16 de abril de 2007.

¹⁴ C3sar Landa Arroyo: *Tribunal Constitucional y Estado Democr3tico* (Lima, Ed. Palestra, 2007) pp. 242 ss.

¹⁵ 29 de marzo de 2007.

- Ingresadas, pero ni siquiera proveídas por el presidente de nuestra Magistratura;
- Ingresadas, pero ya asignadas a una de sus dos salas;
- Asignadas sin que se haya dado cuenta e iniciado el estudio de la procesabilidad o admisibilidad pertinentes;
- Asignadas y con acuerdo de la sala ya adoptado en punto a pronunciar su falta de presupuestos procesales o su admisibilidad;
- Admitidas, sea a raíz de haber subsanado los defectos respectivos, o bien, atendido a que la sala la reputó tal desde ya;
- Admitidas y cuya sentencia interlocutoria fue dictada, pero no alcanzó a ser notificada;
- Admitidas y falladas, con la decisión notificada;
- Admitidas y puestas en conocimiento del pleno, sin vista de la causa;
- Causas cuya vista se realizó, pero sin haberse llegado aún a acuerdo;
- Las mismas causas, pero que llegaron a ser acordadas y notificadas; y
- Finalmente, tales fallos, vistos y decididos por el pleno, cuya decisión estimativa alcanzó a ser notificada.

Distinta, como se comprende, es la repercusión que la sentencia derogatoria de un precepto legal tiene en las causas en trámite ante los tribunales ordinarios y especiales, abarcando en esta expresión a cualquier órgano que ejerza jurisdicción. Desprender las implicancias que, para esas causas, tiene dicha sentencia es, sin duda, competencia de tales tribunales, siendo obligación de ellos respetar también la cosa juzgada.¹⁶ Por ejemplo, si no se aplicó, por cualquier causa, lo dispuesto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, relativo a la nulidad procesal, entonces debe colegirse que las actuaciones ya realizadas en los autos respectivos quedaron afinadas.

El criterio a seguir es claro: la sentencia de inconstitucionalidad deroga un precepto legal, pero no lo anula, porque su efecto es *ex nunc* y no retroactivo.

¹⁶ Téngase presente el artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes para los efectos del archivo de los autos respectivos.

Por ende, todo lo afinado en las instancias y en la casación se mantiene inalterado. Tal vez, el apoyo dogmático de esta conclusión se halle en comparar los artículos 12 y 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. Pero, en mi concepto, es más sólido el fundamento que he resumido, es decir, el que fluye del texto, contexto y espíritu de la Constitución.

Ciertamente, justifica una reflexión adicional el acápite del texto constitucional, según el cual "se entenderá derogado" el precepto legal cuya inconstitucionalidad hayamos pronunciado. Planteo, al respecto, las inquietudes siguientes: la sentencia de inconstitucionalidad ¿equivale a una norma derogatoria de la disposición tachada? ¿cuál es la diferencia entre tal derogación, por un lado, y la formulada por una ley, de otro? ¿son iguales, al menos en su efecto expulsivo del precepto mencionado? ¿trátase, en la hipótesis de la sentencia, sólo de una asimilación a la secuela abrogatoria, típica de una ley que suprime una norma del orden legal vigente?

III. Un planteamiento refutado

Esgrimiendo valores, principios y normas constitucionales se ha sostenido la pervivencia del precepto legal cuya derogación el Tribunal pronunció. Se aduce, por ejemplo, que tal ultractividad es exigida por el principio de igualdad, en sus diversas especies, porque lo contrario sería privilegiar sólo a quienes alcanzaron a obtener la satisfacción de su pretensión procesal. Otros, sin embargo, discrepan de esa tesis, atendido que la derogación de aquel precepto se halla prevista, sin matices ni salvedades, en el texto claro de la Carta Fundamental, de modo que no cabe, mediante interpretaciones de efectos integradores, correctivos o mutativos, alterar cuanto se desprende de ella.

Personalmente, no vacilo en adherir a la segunda de las posiciones resumidas. Lo hago omitiendo más comentarios acerca de la derogación, porque lo expuesto es suficiente. En cambio, creo necesario añadir una refutación breve al argumento relativo a la igualdad.

Efectivamente, la isonomía en y ante las normas jurídicas, desde la Constitución hacia abajo, no consiste en tratar siempre a todos y en todo de idéntica manera ni en darles o negarles invariablemente lo mismo. Ese criterio "matemático" sería a menudo injusto. Lo que el Código Político prohíbe¹⁷ es diferente, esto es, incurrir en diferencias o equiparaciones arbitrarias.

La variedad de situaciones procesales en que pueden hallarse las causas al momento de ser publicada oficialmente una sentencia de inconstitucionalidad

¹⁷ Artículo 12 N° 2 inciso 2°.

presupone, por consiguiente, respetar el principio de igualdad o isonomía en los términos descritos, esto es, y lo repito, excluyendo cualquiera aplicación discriminatoria, sea de favor o perjuicio.¹⁸ Y lo sería, sin duda, atribuir efectos jurídicos a una disposición legal derogada por orden constitucional inequívoca, de vigencia *in actum*.

La hermenéutica de contexto del Código Político permite sostener una salvedad, prevista en él mismo, esto es, el respeto del principio de la ley penal más benigna cuando sea pertinente aplicarlo.¹⁹

IV. Epílogo

He planteado más dudas e interrogantes que soluciones, a raíz de tratarse de una atribución nueva radicada en un Tribunal refundado, con un régimen jurídico también novedoso.

Sensato resulta, por ende, continuar investigando el asunto, ámbito fértil para tesis de licenciados, seminarios o talleres, por ejemplo. No se olvide que la Justicia Constitucional en Chile es joven y que la evolución del Derecho Procesal Constitucional es más reciente todavía.

Seguiremos atentos las exposiciones y debates de seminarios como este. Los jueces, sobre todo los jueces constitucionales, tenemos mucho que aprender entre nosotros mismos y de la doctrina. Unidos en la defensa y promoción de la Carta Fundamental, continuaremos concurriendo a la Universidad para la consecución de ese propósito. El Tribunal Constitucional espera que las instituciones de saber y cultura contribuyan al cumplimiento de nuestro objetivo.

¹⁸ Revélese Michel Troper: "Le Realisme et le Juge Constitutionnel", *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* N° 22 (París, Ed. Dalloz, 2007) pp. 152 ss.

¹⁹ Artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución.

Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley*

Arturo Fernandois Vöhringer

Profesor de Derecho Constitucional

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

I. Introducción

Ha cambiado nuestra Constitución. Pero lo ha hecho en una zona poco explorada. Sorprendentemente, hoy es una novedad llamar la atención sobre el cambio radical que trajo la reforma constitucional de 2005 en el juicio mismo de control de constitucionalidad, y no tan solo en el órgano que la ejerce. A dos años de su promulgación, la expectación la acapara el cambio de sede para el recurso de inaplicabilidad—desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional—, pero poca atención se presta a la alteración sustantiva del recurso propiamente tal. Esto es, el cambio en los parámetros intelectuales de apreciación mismos bajo los cuales el juez constitucional emite su sentencia.

En efecto, la Constitución abandonó el control de constitucionalidad meramente abstracto y ha creado un control concreto, radicado en la aplicación de la ley impugnada, y en la posible arbitrariedad que la aplicación arrastra.

Este cambio ha pasado relativamente desapercibido durante estos dos años, desde la entrada en vigencia de la Ley 20.050.¹ Pero se trata de una transformación radical, total, en la forma de concebir el recurso.²⁻³

* Nota del editor: en este artículo se ha procurado mantener el texto y estilo de la transcripción literal de la presentación del profesor Fernandois en el seminario.

¹ Pocos meses después de esta presentación (4-7-2007), Martínez Estay planteó una tesis análoga a la aquí desarrollada. Véase MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGNACIO, "Inaplicabilidad y Control de Aplicación de la Ley", en *La Semana Jurídica*, número 359, p. 3, semana del 3 al 16 de octubre de 2007.

² En el extranjero, véase NUNES DE ALMEIDA, LUIS, "El Tribunal Constitucional, y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones", en *Revista de Estudios Políticos* N°60-61, Madrid, 1988, p. 859. Nunes de Almeida ha sido magistrado del Tribunal Constitucional de Portugal desde 1983 y vicepresidente del mismo desde 1989.

³ Véase también HARO, JOSÉ VICENTE, "El sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad: ¿control abstracto o control concreto?", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías* / coord. por Alfredo Arismendi A., Jesús Caballero Ortiz, Vol. 1, 2003 (*Teoría general del derecho. Derecho constitucional*), ISBN 84-470-2091-6, págs. 1003-1014.

El control concreto se centra entonces en las circunstancias de hecho que originan la gestión pendiente, de manera que pueden estas circunstancias de hecho atenuar o agravar la inconstitucionalidad. De consiguiente, a contar de 2005, el control de la constitucionalidad de la norma se vincula indisolublemente con un conflicto real y concreto. A través de esta presentación, voy a explicar la relevancia de esta innovación, y cuáles son sus efectos e implicancias más importantes en la práctica.

Antes de continuar, quiero agradecer en primer lugar a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, al Instituto Libertad y Desarrollo, y a los profesores del Departamento de Derecho Público de esa casa de estudios que nos han convidado. También a todos ustedes, que están asistiendo en forma inéditamente masiva para tratarse de un tema constitucional. Los felicito por su constancia y perseverancia.

Después de la magistral presentación del presidente del Tribunal Constitucional, profesor José Luis Cea, que nos precedió en este estrado, creo que nuestro rol es más bien el de proponer alguna idea provocativa e interesante; no le llamaría audaz, pero alguna idea nueva en relación a este tema, de suyo interesante, que es el de la **inaplicabilidad y su declaración por el Tribunal Constitucional**.

II. La tesis de esta presentación

En rigor, lo que corresponde proponer para esta presentación es una *tesis*. Y creo que se justifica llamarla tesis, porque estamos frente a un problema, a un cierto vacío cuya solución debe fluir como conclusión interpretativa de ciertas premisas. La exposición anterior del profesor Cea Egaña exhibió los vacíos y desafíos que tiene la declaración de inconstitucionalidad. Bueno, también los tiene la declaración de inaplicabilidad del artículo 93 N° 6 de la Carta.

La tesis que quiero proponer en esta ocasión es entonces la siguiente: *“La inaplicabilidad es un llamado al Tribunal Constitucional para ponderar la arbitrariedad en la aplicación de la norma respectiva”*.

Es decir, quiero proponer que la declaración de inaplicabilidad del artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, convoca al Tribunal Constitucional para que este, en un control concreto de constitucionalidad, pondere cuán razonablemente se está aplicando la norma respectiva en la gestión pendiente ante otro tribunal y evalúe si de ello se deduce una inconstitucionalidad.

Por lo tanto, a través de esta exposición, intentaré demostrar cómo cambia el sentido del antiguo recurso de inaplicabilidad, desde un control preeminente-

mente abstracto a un control radicalmente distinto, focalizado en la aplicación de la ley.

Refreaseando la tesis, quiero insistir en que el actual artículo 93 N° 6 de la Carta Máxima faculta al Tribunal Constitucional para apreciar, evaluar y enjuiciar la razonabilidad o arbitrariedad con la que la norma legal ha sido aplicada en el caso concreto.

Esta y no otra es la salida que creo que corresponde para enmarcar al recurso de inaplicabilidad o acción de inaplicabilidad.

Para fundar la tesis recién enunciada, me voy a basar en cinco supuestos, que se desarrollan a continuación.

1. La Ley 20.050 modificó drásticamente el estatuto constitucional de la Inaplicabilidad.

Como primer paso, debe constatarse lo obvio, esto es, que la reforma constitucional de agosto de 2005 modificó el estatuto de este recurso, en dos sentidos: en cuanto al órgano competente para conocer esta acción, y en cuanto a la causal aplicable.

a) Alteró el órgano competente para conocer de ella.

Lo interesante aquí es verificar por qué se reemplazó al pleno de la Corte Suprema para conocer y resolver la inaplicabilidad.

Históricamente, desde el año 1925, fue la Corte Suprema el tribunal competente y ahora tenemos como tal al Tribunal Constitucional; un órgano crecientemente concentrado, técnico, jurisdiccional, especializado, del más alto nivel.

Este Tribunal, evidentemente, representa un cambio de filosofía en quién es el que debe ejercer este control. Y sus implicancias son que estamos convocando a un análisis más técnico, más profundo. Creemos que la academia, y el mundo jurídico aspira a que el Tribunal Constitucional ingrese en un control más profundo y especializado que el que, en algún minuto, sirvió la propia Corte Suprema.

b) Alteró la causal que permite acoger la inaplicabilidad.

La segunda razón por la cual la modificación es integral, consiste en que la reforma cambia la hipótesis que permite acoger la inaplicabilidad. El antiguo artículo 80 de la Constitución facultaba a la Corte Suprema, de oficio o a

petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución.

Esos eran los verbos rectores antes de la reforma: “declarar inaplicable” el precepto legal contrario a la Constitución, “para esos casos particulares”. Se aprecia de inmediato una abstracción en la confrontación ley-Constitución, pero sus efectos se extienden a “casos particulares”. ¿Control concreto? Veremos que no era así.

Hoy, en cambio, y creemos que aquí surgen todas las preguntas y la necesidad de una tesis, la Constitución altera el evento hipotético, puesto que el Tribunal debe resolver por mayoría de sus miembros en ejercicio la inaplicabilidad de todo precepto legal *cuya aplicación*, en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. Tenemos esta voz “aplicación” convocada para el evento del juzgamiento de la inaplicabilidad.

Sabemos por la historia de la Ley 20.050 que los proyectos de reforma constitucional traían incluso verbos más audaces. Una de las fórmulas rezaba: “*cuya aplicación produzca efectos inconstitucionales*”. Esto –que apuntaba derechamente a los efectos– se modificó a última hora, y se transformó en esta frase “*cuya aplicación, en cualquier gestión, resulte contraria a la Constitución*”.

A continuación, la propia Constitución en su artículo 93 establece los requisitos para la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad y encarga a una ley orgánica que complemente aquello. Pero más que los requisitos, y quiero huir de este tema, corresponde concentrarse en qué consiste el juzgamiento de inaplicabilidad bajo este nuevo tenor.

Entonces, el segundo supuesto con el cual intento probar la tesis es el que se sintetiza en el título siguiente.

2. Nuevo estatuto da lugar a un control concreto de constitucionalidad en un sentido distinto del control anterior

El nuevo estatuto de inaplicabilidad da lugar a un control concreto de constitucionalidad en un sentido distinto del supuesto control concreto anterior, vigente entre 1925 y 2005. Algunos sostienen que el control anterior de la Corte Suprema era concreto, por los efectos *inter partes* de la sentencia de inaplicabilidad. Creemos que el control anterior jamás fue concreto, porque no se nutría de las circunstancias fácticas de la aplicación de la norma. Hay aquí

entonces una confusión entre el juicio concreto y los efectos *inter partes* de la sentencia, que son dos cosas distintas, pero que se transformó en algo una y otra vez confundido durante la tramitación de la reforma.

La propia Corte Suprema negó permanentemente encontrarse ante un control capaz de analizar hechos; por el contrario, el máximo tribunal ordinario afirmó sistemáticamente en sus fallos que la inaplicabilidad exigía un mero contraste abstracto entre la Carta y el precepto legal tachado de inconstitucional. Como dicen Saenger y Bruna, la Corte Suprema afirmó “en repetidas oportunidades” que se trata de un recurso “de naturaleza abstracta y de puro derecho”.⁴ Los autores citan, entre otras, la sentencia rol N° 3.260, de 21 de enero de 2004, recurso Pedro Barría, en que la Corte Suprema dijo:

“Que el recurso de inaplicabilidad es una acción constitucional (...) es indispensable que exista una completa y perfecta contradicción entre una disposición constitucional y una ley ordinaria y para ello debe efectuarse una comparación entre un determinado precepto legal con una disposición precisa de la Carta Fundamental...”.

En otra sentencia anterior, la Corte había inaugurado esta doctrina, afirmando que el recurso de inaplicabilidad “*presenta una fisonomía estrictamente jurídica o de derecho estricto, lo que importa que para su resolución sólo corresponde efectuar un análisis comparativo entre las disposiciones legales comunes y el precepto o preceptos de la Constitución...*”.⁵

La Corte Suprema de Justicia, tribunal ordinario, concebía este recurso sólo como una comparación abstracta entre normas y jamás nutrida por los hechos de su aplicación.

¿Cómo se prueba entonces el supuesto de un cambio en la clase de control concreto?

a) Texto preciso de la Constitución.

En primer lugar, el texto preciso de la Constitución es el que cambia. Hay un llamado preciso a apreciar a la aplicación del precepto legal. Para constatar esta evolución, tan sólo hay que comparar el antiguo artículo 80, con el actual y vigente artículo 93 número 6.

⁴ SENER GIANONI, FERNANDO, y BRUNA CONTRERAS, GUILLERMO, *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 150.

⁵ CORTE SUPREMA, Inaplicabilidad rol 16.662-1992, Juan Carlos Duhart Arriagada.

b) En segundo lugar, la historia de la Ley 20.050.

Repasando la historia de la ley en cuestión, en los casos que se refirió al recurso de inaplicabilidad u opción de inaplicabilidad, hay una serie de constancias en abono de la tesis del cambio sustantivo en la forma de concebir el juicio de constitucionalidad. Por ejemplo cuando en la sala del Senado, revisando el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, diversos senadores sostienen, con ocasión del desplazamiento de la inaplicabilidad desde la Corte Suprema al Tribunal, que la mencionada Corte se abocaba a situaciones particulares. Esta sería un argumento, planteado por la propia Corte Suprema en su oficio, que aconsejaría mantener el recurso de inaplicabilidad en el pleno de ese tribunal: la Corte estaría acostumbrada a resolver asuntos particulares. Se opuso así la Corte al traslado del recurso al Tribunal Constitucional.

Pero de ello discrepa el senador José Antonio Viera-Gallo, quien recordó que el propio órgano jurisdiccional ordinario hizo constar en sus fallos que la inaplicabilidad era un raciocinio ilógico, de tipo abstracto, con la única finalidad de determinar si la norma cuestionada se ciñe o no al ordenamiento constitucional

Es decir, aquel era la negación del actual control concreto a que nos estamos refiriendo, inaugurado por la reforma constitucional de 2005.

c) El propio Tribunal Constitucional así lo ha entendido.

Estamos aquí empezando a dilucidar los primeros indicios del problema real que tenemos y determinar en qué consiste el control concreto bajo el actual texto de la Carta Fundamental.

Pero creemos firmemente que tanto el texto de la Constitución, como la entrada de la Ley 20.050 y el propio Tribunal (voy a citar una sentencia más adelante, dentro de esta presentación), coinciden en que el nuevo control concreto es un control distinto del control que ejercía la Corte Suprema.

Antes de desarrollar esa premisa, conviene hacer un paréntesis y abocarse al tercer postulado, que sería el siguiente,

3. Existe visible incerteza sobre el alcance preciso del nuevo control concreto de constitucionalidad

Creemos que existe un razonable vacío visible; incerteza llamaría yo.

¿En qué consiste la incerteza?

La incerteza consiste fundamentalmente en comprobar que en el Congreso y en doctrina se tiende a equiparar el control concreto de constitucionalidad, aquel que recae en la sentencia o análisis de inaplicabilidad, a los efectos *inter partes*.

Es decir, sería control concreto aquel cuya sentencia sólo produce efectos *inter partes*, puesto que se aplica al caso determinado. Esto es, la herencia de la Corte Suprema, la herencia del antiguo artículo 80. No obstante, creemos obviamente que esto no es correcto; no puede ser éste el sentido del control concreto.

Veremos que esta forma de entender el control concreto se genera desde los mismos informes despachados por la Corte Suprema al Senado, en las intervenciones de parlamentarios y también en la doctrina.

En cuanto a los Informes de la Corte Suprema al Senado, estos circundan sobre situaciones concretas y efectos de fallos históricos.

En estos documentos, que se registran en la historia de la Ley 20.050, lo que se hace precisamente es discrepar de la idea del constituyente de trasladar la competencia del recurso al Tribunal Constitucional, sosteniendo que es a la Corte Suprema, como máximo Tribunal Ordinario, a la que le corresponde el analizar los efectos de la inconstitucionalidad en situaciones concretas, puesto que se trata de un Tribunal acostumbrado a fallar sobre asuntos concretos y precisos.

Sin embargo, y aquí está la contradicción, sabemos que fallos de los recursos de inaplicabilidad de la Corte Suprema solían comenzar afirmando precisamente lo contrario, y precisando los alcances de la inaplicabilidad, intentando probar que el único rol que le correspondía a la Corte era una comparación abstracta entre la norma impugnada y la Constitución. Así lo sabemos y lo recuerdan los citados Saenger y Bruna en su obra sobre la inaplicabilidad.⁶ Y con eso, en el 94% de los casos se rechazaban los recursos, según los estudios del Profesor Gómez.⁷

La incerteza sobre el alcance del control concreto de constitucionalidad fluye también de las intervenciones de los parlamentarios, algunas de las que ya hemos referido, y que suelen ser contradictorias en cuanto no perciben el matiz entre el juzgamiento de la aplicación y los efectos *inter partes* de la sentencia.

⁶ SENER GIANONI, FERNANDO, y BRUNA CONTRERAS, GUILLERMO, op. cit., pp. 150-153.

⁷ Véase GÓMEZ BERNALFS, GASTÓN, "Funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad: crónica de un fracaso", en *Informes de Investigación del Centro de Investigación de la Universidad Diego Portales*, Facultad de Derecho, año 1999, 28 pp.

En la doctrina chilena, la desorientación también es visible. Con esto no estamos levantando ningún cargo ni ninguna acusación contra nadie, ni por omisión siquiera. Simplemente, estamos constatando que no hay una precisión en relación a en qué consiste el control concreto.

Entre nosotros el trabajo más pertinente al que hemos tenido acceso, es el del profesor Humberto Nogueira, titulado "*El control represivo, concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile*". Es un estudio muy acabado; empero, en él señala sencillamente que el control concreto tiene por objeto inaplicar preceptos legales que, en un caso específico, se consideran inconstitucionales, cautelando sólo los derechos e intereses subjetivos de las personas. Esta sería la única consideración que fundamenta los efectos *inter partes* de una sentencia constitucional.⁸

Es decir, Nogueira subraya que la sentencia se debe dirigir a los derechos e intereses subjetivos y no objetivos. Pero no precisa más allá cuál sería el tipo de razonamiento intelectual necesario para apreciar la inconstitucionalidad en esos derechos subjetivos. No profundiza sobre en qué consiste el considerar intereses objetivos o intereses subjetivos. Si uno revisa la historia del Tribunal Constitucional, como veré unos momentos más adelante, en su control preventivo y teóricamente abstracto, veremos que hay intereses objetivos, pero también subjetivos en sus sentencias. La afirmación usual en doctrina de que el Tribunal, en su control preventivo histórico, sólo cauteló intereses objetivos y abstractos, es temeraria. Los intereses subjetivos alcanzados por la norma impugnada siempre estuvieron vivos, y no pocas veces se hicieron llegar esos intereses subjetivos en escritos de "tégase presente", en ejercicio del art. 19 número 14 de la Constitución, en virtud del derecho de petición, al propio Tribunal. Y el Tribunal tiene la tradición de considerar muy delicadamente estos escritos.⁹ Ello es positivo porque toda norma, por abstracta que se piense, siempre tiene "dolientes", destinatarios de sus efectos. Y ello se hace visible, cuanto más específica y particular es la ley.

Por consiguiente, en Chile no tenemos doctrina que realmente se pronuncie sobre estos temas con precisión.

⁸ Véase también de NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, "La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional: del Doble Control Concentrado de Constitucionalidad a la Concentración del Control en el Tribunal Constitucional", en *Ius et Praxis*, 8 (1), 337-370, 2002.

⁹ Considérese el fallo rol N° 207, de febrero de 1995, en el caso llamado "Deuda Subordinada". El proyecto de ley fue impugnado por una cuarta parte del Senado, pero además se hicieron llegar escritos, informes y antecedentes por los afectados, peyorativamente denominados en doctrina "intereses subjetivos". Estos antecedentes fueron referidos en la sentencia que acogió el requerimiento.

Veamos en España e Italia. Si se recurre a la doctrina europea, desde Pizzorusso,¹⁰ en Italia, a Nunes de Almeyda en Portugal, o a los autores españoles que han escrito muchísimo sobre el control, y se intenta llegar a la definición de la variante concreta, lo que se encuentra son grandes tratados sobre los requisitos y los efectos de la sentencia, o la cuestión de constitucionalidad, ya sea en Italia, en España, en Alemania o en Portugal. Pero el control concreto en sí, en qué consiste ese juzgamiento, el razonamiento del juez constitucional, una vez más, es bastante pasivo. Nunes de Almeyda, que tiene su gran trabajo desde el año 1988 sobre este tema, tampoco profundiza demasiado en este específico aspecto.¹¹

Pasemos a un cuarto supuesto, que es el siguiente:

4. El Tribunal Constitucional de Chile demuestra conocer las características del control concreto, pero aún no aplica una revisión exhaustiva plena bajo este parámetro

Aquí hay una noticia alentadora: en mi opinión, demuestra conocer el control concreto con precisión. Pero, por diversas razones, entre ellas el escaso tiempo transcurrido desde la reforma, la falta de una ley orgánica completa o la falta de oportunidades, a mi juicio, aún no está en condiciones de aplicarlo, en el entendido que el control concreto es lo que los americanos llaman el "*strict scrutiny test*", o sea, la revisión exhaustiva y precisa de los hechos concretos que determinan la aplicación de una norma.

Creo entonces que, por un lado, el Tribunal conoce lo que es el control concreto más que toda la anterior doctrina y, desde luego, que la Corte Suprema también, pero no ha tenido la oportunidad, las condiciones de ingresar realmente a lo que nosotros entendemos que debe ser el control concreto.

¿Por qué afirmo que el Tribunal conoce lo que es el control concreto?

Porque en diversas sentencias, así lo insinúa.

a) Fallo inaplicabilidad "Arrollo Aguirre, Guillermo", rol 767-07, de 31 de octubre de 2007.

En esta sentencia el Tribunal hace un recuento sobre la naturaleza del control concreto bajo el nuevo texto de la Carta Fundamental, y precisa sus diferencias con el antiguo recurso de inaplicabilidad.

¹⁰ Véase PIZZORUSSO, ALESSANDRO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo II, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1984.

¹¹ NÚÑEZ DE ALMEIDA, LUIS, op. cit., 1988.

El juez constitucional insiste en que ahora se está en presencia de un recurso diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional es la aplicación del precepto legal impugnado, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad.

Por resultar elocuente y provenir del propio Tribunal, reproduciré los considerandos 5° y 6° de este fallo, que acogió el recurso.

QUINTO *Que, en resoluciones anteriores, como las contenidas en los roles N° 478, 546, Capítulo I, 473, 517, 535 y 596 este Tribunal ha precisado en sus consideraciones la naturaleza de la actual regulación de la acción de inaplicabilidad y sus diferencias con la prevista en la Carta Fundamental de 1980, destacando especialmente la constatación que, de la simple comparación del texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, se desprende que mientras la Corte Suprema realizaba una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, son los efectos generados por la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto;*

SEXTO *Que lo expresado deja de manifiesto que las características y circunstancias del conflicto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que se les atribuía antes de 2005, pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en el caso concreto sub lite, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con las disposiciones y principios de la Carta Fundamental.*

De aquí se desprende que el Tribunal tiene conciencia de que su apreciación de constitucionalidad se detona después de confrontar la norma con el caso concreto, una vez que se manifiesten los resultados de su aplicación. El Tribunal además habla de la doble hipótesis: la aplicación eventual del precepto y la eventualidad de sus efectos inconstitucionales. Esto por cuanto debe considerarse que las acciones de inaplicabilidad se pueden presentar respecto de preceptos legales por aplicar, aún no aplicados. Así se deduce de la frase del N° 6 del art. 93 de la Carta: “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;”.

Por lo tanto, en este evento, el cometido de esta Magistratura puede llegar a cumplirse ante una doble situación hipotética: la aplicación futura, por un lado, de la norma y, en segundo lugar, su eventual resultado de inconstitucionalidad.

b) Fallos roles 505 y 506 de marzo de 2007

En estas sentencias el Tribunal demuestra, a mi juicio, que conoce lo que es el control concreto, en el sentido correcto que hemos venido proponiendo. Voy a tomar estos fallos en materia de derecho de propiedad, los que, por haberme especializado en esas áreas, voy a desmenuzar. Son los casos *Pilmaiquén con Transelec* o *Panguipulli con Transelec*, que envuelven a varias empresas eléctricas, en relación a la aplicación del artículo 3° transitorio de la Ley 19.940, ley que regula, entre otras cosas, el sistema de transmisión de energía eléctrica. Esta es una ley cuyo artículo 3° transitorio dispuso la aplicación *in actum*, de determinados precios de su transmisión para contratos vigentes, modificando los precios pactados contractualmente. Se trabó un litigio en relación a si existía una intangibilidad en los contratos que los haría inexpugnables o bien este artículo debía aplicarse de todas formas. La pugna consistía en determinar si la norma legal era o no inconstitucional al respecto.

El Tribunal Constitucional, a mi juicio, entendió aquí lo que es el control concreto, porque ingresó un análisis preciso y detallado de si estaba o no involucrada la esencia del derecho de propiedad, en forma inédita, como no se había hecho realmente en el pasado. Reconoció expresamente, de paso y por primera vez en nuestra historia judicial, la institución de las expropiaciones regulatorias o *regulatory takings*, de la doctrina constitucional norteamericana. Habíamos escrito sobre este fenómeno, escasamente tratado en Chile.¹²

Recordemos que las grandes sentencias del Tribunal en materia de propiedad, desde *Publicidad Caminera I y II* en 1992 y 1993, *Playas* en 1996, *Rentas Vitalicias* en 2001 o *Impacto Vial* en 2003 –siendo esta última una excepción donde hay un cierto análisis profundo–, en general los fallos del Tribunal no han indagado en los hechos configurativos del conflicto, no han tenido un análisis detallado y preciso del caso concreto. En este caso en cuestión, por ejemplo, el Tribunal hizo una distinción entre los elementos del contrato. El precio sería un elemento de su esencia, pero una alteración cualquiera a la cuantía de ese elemento no implicaría privar de la propiedad al contratante, ni de la facultad de usar los servicios contratados por ese precio. La modificación del precio regula o limita el modo en que la requirente ejerce su derecho de propiedad de usar las instalaciones eléctricas. Pero –afirmó el Tribunal– desde luego ese contratante podría continuar usando esas instalaciones. Se distingue por lo tanto entre precio y el derecho a usar las instalaciones.

¹² FERNANDOIS, ARTURO, "Inaplicabilidad de la ley de monumentos nacionales: hacia el reconocimiento de la expropiación regulatoria en Chile", en *Sentencias Destacadas 2004*, Ed. Libertad y Desarrollo, 2005.

Es aquí donde el Tribunal reconoce la institución de las expropiaciones regulatorias. Indica el Tribunal que una alteración cualquiera del precio que no implique privación de propiedad, no equivale a afirmar que cualquier alteración en el precio no pueda hacerlo. En efecto, si la magnitud de la alteración fuese de tal naturaleza que impidiera la razón de ser del contrato, entonces la titular podría efectivamente sostener que se le ha privado de su propiedad.

Por una parte esta sentencia es un avance, porque el Tribunal está ingresando en marzo de 2007 a la zona más propia del control concreto. Pero mi crítica a ella surge porque se detiene en los prolegómenos y no avanza con la intensidad y detalle necesarios para desentrañar si hay una aplicación verdaderamente inconstitucional de la norma, en ese caso concreto. Esto exige, para una declaración de inaplicabilidad, ponderar las situaciones de hecho concretas, en detalle. En este caso, un control concreto habría sido determinar cuál es el sacrificio patrimonial del contratante a quien se le elevó el precio por el solo ministerio de la ley. Implica evaluar cuál es el monto, la cuantía del sacrificio patrimonial que este cambio regulatorio le produciría al respectivo requirente y si con ello efectivamente puede seguir en el servicio del contrato y ejercer su derecho correlativo de usar las instalaciones de transmisión eléctrica; ponderar si por la elevación legal del precio, por hacersele este tan gravoso y más allá de lo pactado, pierde otros derechos relevantes emanados del contrato (servicio de sus deudas, rentabilidad de sus activos en relación a los pasivos, etcétera). Ahí la ley se transforma en inconstitucional, "para el caso concreto".

En este caso se aprecia que el Tribunal, entendiendo perfectamente el fenómeno que se le presenta, aún no ingresa decididamente al detalle, a la minucia del control concreto. Es decir, no irrumpe en la ponderación precisa de los hechos para determinar si la aplicación de la norma realmente resulta inconstitucional.

Es cierto que para satisfacer un genuino control concreto, las partes deben cambiar radicalmente su filosofía en el tradicional litigio constitucional, formalista y abstracto. Es imposible que el Tribunal se involucre en los hechos de la aplicación, si las partes no proveen de las pruebas y antecedentes necesarios. He aquí el desafío siguiente: el probatorio del litigio constitucional en control concreto.

En las causas roles 505 y 506, los litigantes no acompañaron antecedentes suficientes, no tenemos una ley orgánica que así lo señale, y no hay facultad legal específica para probar; en definitiva no hay posibilidades formales de agregar antecedentes probatorios. Pero en rigor, ese es exactamente el ejercicio que le corresponde al Tribunal para que tenga sentido el artículo 93 número 6. Porque el afirmar que la esencia de un derecho está afectada o no lo está,

es un razonamiento propio del control preventivo abstracto. Pero el afirmar por qué la esencia, en este caso concreto, está afectada, y estoy hablando del derecho de propiedad o cualquier otro derecho, ello pertenece al control concreto, fundado en antecedentes precisos.

Y todo esto significa, y vuelvo a la tesis inicial de esta presentación, que si la esencia está afectada en la aplicación de esa norma, esa aplicación es arbitraria, absurda. Hemos llegado, por tanto, al último postulado para la prueba de nuestra tesis.

5. Único sentido posible del control concreto es juzgar la arbitrariedad, aplicando los parámetros del principio de proporcionalidad.

El control de constitucionalidad, entonces, es indisoluble de los efectos prácticos de la norma y de su aplicación bajo las tres máximas del principio de proporcionalidad.¹³ Nosotros sostuvimos esto incluso mientras regía el control abstracto.¹⁴ Ese control abstracto estaría completamente separado y disuelto de las aplicaciones concretas, pero fácilmente se comprueba que nunca fue del todo así. Podemos hablar de muchos casos al respecto, desde la sentencia rol 53, en 1985, la primera y única que ha acogido una inconstitucionalidad por razón de arbitrariedad e infracción a la igualdad, el artículo 19 número 2.¹⁵ Aquella se pronunció sobre el proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, porque contenía una equiparación irrazonable de sanciones similares para hechos distintos. Es decir, por ejemplo, la multa para quien sustraía un lápiz grafito era la misma por vía de pena sustitutiva de aquel que sustraía la urna completa, siendo la pena sustitutiva para ambos, de treinta días de reclusión. Ahí es cuando el Tribunal cita al constitucionalista argentino Linares Quintana,¹⁶ en una técnica literaria que ha repetido permanentemente en sus fallos.

Ya desde esa fecha creo, los efectos concretos de una norma están realmente atados al juicio de constitucionalidad.

Pero pasemos a constatar otros hechos que soportan esta quinta premisa de la tesis.

¹³ Nos referimos a las máximas de idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad propiamente tal.

¹⁴ Véase, por ejemplo, FERNANDOIS, ARTURO, "La ausencia de control del mérito en la jurisdicción constitucional: una errada doctrina del caso catalíticos", en *Revista de Derecho* de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXII, 2001.

¹⁵ Era la única sentencia en julio de 2007. Luego, en noviembre de 2007 el Tribunal Constitucional pronunció la sentencia en la inaplicabilidad "Arroyo Aguirre con Fisco de Chile", Rol N° 767-2007, fundada en la igualdad y no discriminación arbitraria.

¹⁶ LINARES QUINTANA, SEGUNDO, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, tomo IV, p. 263.

a) El Tribunal Constitucional, sin quererlo, ya ha efectuado un control concreto en el pasado.

En otras palabras, aquí cabe demostrar que el Tribunal ya se ha abandonado a la tentación del control concreto, desde antes de la reforma de 2005; que ha efectuado un control abstracto-concreto, juzgando la arbitrariedad en la aplicación de una norma.

Una forma directa de probar esto es recurrir a cierta clase de sentencias emanadas del órgano. Fíjense ustedes que el Tribunal tiene una tradición muy interesante en las sentencias que se han llamado "interpretativas". Es decir, sentencias que, declarando la constitucionalidad de una norma controlada, utilizan la fórmula "*en el entendido que*". Estos fallos son intrínsecamente fácticos, no abstractos, porque descansan en que la interpretación de la norma y por ende su aplicación, se practique en un determinado sentido concreto y no en otro.

Cito algunos como ejemplo:

Un primer caso es que el que hemos llamado de la "*Ley Adecuatoria a la Reforma Procesal Penal del Código Orgánico de Tribunales*", año 2000.¹⁷ Este fallo, en su considerando 19°, indicó que el Tribunal considera que la modificación introducida al artículo 284 del Código Orgánico de Tribunales es constitucional, *en el entendido* que la expresión "juez de letras" para estos efectos, comprende también a los jueces letrados en lo criminal, mientras ejercen sus funciones, como así está previsto en la aplicación gradual y progresiva del nuevo sistema.

En esta sentencia, el Tribunal ata a ciertas condiciones de hecho, su declaración de constitucionalidad.

Otro caso interesante es el de la sentencia "Trasplante de Órganos" (Rol 220-1995) En su considerando 24°, cuando el Tribunal se pronuncia sobre un proyecto que define algo tan sensible como la muerte, y autoriza el trasplante de órganos, afirma que "*este Tribunal declara constitucional la remisión al reglamento a que se refieren los considerandos 21° letra d) y 22°, que era una remisión para ciertos certificados del facultativo que acreditaría la muerte, nada menos, en el entendido de que éste no podrá alterar, condicionar, distorsionar ni disminuir los requisitos mínimos que la ley exige, toda vez que en mérito de ellos, no se declare inconstitucional en toda su integridad*".

¹⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 404-2000.

Aquí el Tribunal coloca directamente un marco fáctico al certificado del facultativo certificador de la muerte de una persona, única base que permite refrendar la constitucionalidad del proyecto.

Éstos son dos ejemplos de los muchos disponibles, en que sentencias del Tribunal atan a determinada forma de aplicar la norma, su declaración de constitucionalidad.

b) El control concreto es la tendencia irreversible de la Jurisdicción Constitucional Comparada.

Una segunda línea de ideas en abono del control concreto como fiscalización de la arbitrariedad en la aplicación de la ley, es constatar que este es el camino seguido abrumadoramente por la jurisprudencia constitucional comparada.

Algunos ejemplos expongo a continuación.

En Alemania, considérese la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, en el caso Monumentos Nacionales (1999).¹⁸ Lo que hace esta sentencia, análogamente a lo que hizo la sentencia de la Corte Suprema de Chile el año 2004 en el fallo "Maullín con Fisco",¹⁹ es ponderar exactamente si la Ley de Monumentos Nacionales priva de las facultades naturales del dominio a quien le toca ser declarado monumento nacional en alguna de sus propiedades. El tribunal alemán hace un análisis preciso y fáctico. Esta, junto a otras numerosas sentencias del Tribunal alemán, han siempre ponderado la aplicación concreta.

En Estados Unidos, el fenómeno de las expropiaciones regulatorias o *regulatory takings*, y su análisis absolutamente fáctico, es un ejercicio diario. Desde el fallo *Pennsylvania Coal Co. vs. Mahon* de 1922,²⁰ *Penn Central Station v. City of New York*,²¹ "*Loreto vs. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*" de 1982,²² y, entre otros más recientes, "*Lucas vs. South Carolina Coastal Council*" de 1992.²³ En todos estos, el Tribunal hace un análisis preciso y concreto ponderando los gravámenes concretos que importa la ley para el titular del dominio, identificando si se detona ahí una arbitrariedad, un exceso o un contrasentido. De aquí han surgido las teorías del valor económico del bien, de las expectativas del retorno de la inversión y de la igualdad ante la carga regulatoria, todos como bienes jurídicos concretos, amparados por la Constitución norteamericana.

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, Sentencia de la Sala Primera de 2 de marzo de 1999, - 1BvL 7/91.

¹⁹ Corte Suprema, Inaplicabilidad, Maullín con Fisco, 18 de Junio de 2004, rol 4309-2002.

²⁰ 260 U.S. 393, 43 S. Ct. 158, 67 L. Ed. 322 (1922).

²¹ 438 U.S. 104, 98 S. Ct. 2646, 57 L. Ed. 2d 631 (1978)

²² 458 U.S. 419, 102 S. Ct. 3164, 73 L. Ed. 2d 868 (1982)

²³ 505 U.S. 1003, 112 S. Ct. 2886, 120 L. Ed. 2d 798 (1992).

En temas de igualdad, Estados Unidos no se queda atrás en el control concreto. En la última sentencia relevante en materia de igualdad, *Grutter v. Bollinger*, (University of Michigan), de 2003,²⁴ también consta un análisis preciso de qué significa exactamente la acción afirmativa en los sistemas de admisión universitaria; por qué las preferencias raciales son compatibles con la cláusula de la igualdad y en qué casos y circunstancias concretas de aplicación de estas políticas –administrativas o legales– no lo serían. Ello ocurriría con el uso de cuotas predeterminadas y abandono de la selección personalizada de postulantes.

Similar tendencia se aprecia en casos ante la Corte Suprema norteamericana que envuelven expropiaciones puras y simples, y no tan solo expropiaciones regulatorias. En 2005, la sentencia *Kelo vs. City of New London*,²⁵ –quizá la más discutida en el último tiempo en Estados Unidos– se refiere a aquella norma que facultó a un municipio a expropiar una propiedad y transferirla a otros privados que implementarían un plan de remodelación. ¡Una expropiación que no transfiere al Estado ni a la ciudad! El expropiante no invoca fines de utilidad pública o utilidad nacional en su sentido estricto, como exige la Constitución chilena. En este fallo, la Corte Suprema de Estados Unidos declaró constitucional aquella normativa, bajo consideraciones tan fácticas como que la aplicación de esta institución generaría mayor empleo y determinados beneficios concretos a la ciudad.²⁶

Por último, ¿qué ocurre en Chile en esta materia? Apremiar la arbitrariedad en la aplicación de la ley, ¿es abocarse al mérito? ¿significa arrogarse atribuciones propias de la justicia ordinaria?

Como una forma de concluir, pienso que nuestro llamado al Tribunal para que en la declaración de inaplicabilidad aquel efectúe un análisis preciso y concreto de la aplicación de la norma, cuantificando en lo posible sus efectos con los antecedentes que proveen las partes, no constituye abocarse al mérito político legislativo de la norma ni superponerse a la justicia ordinaria.

Sabemos que el Tribunal no revisa el mérito; no debe hacerlo, nadie lo ha convocado a aquello. Pero eso no significa que toda la justicia constitucional deba basarse en abstracciones puras, ideales, incorpóreas, descontextualizadas. Si así fuere, no tendría sentido el nuevo artículo 93 número 6 de la Carta Fundamental, ni tampoco tendrían sentido instituciones constitucionales tan

²⁴ 123 U.S. 2325 (2003).

²⁵ 125 S. Ct. 2655 (2005).

²⁶ Para una crítica, véase MARCILYNN A. BURKE, much ado about nothing: *Kelo v. City of New London*, *Sweet Home v. Babbitt*, and other tales from the supreme court, en University of Houston, Public Law and Legal Theory Series 2006-W-02.

básicas como los tributos manifiestamente desproporcionados o injustos, la arbitrariedad, la esencia de los derechos.

¿Qué es un tributo manifiestamente desproporcionado o injusto? Es inevitable para el juez un mensuramiento concreto, apuntando a cuáles son las facultades jurídicas y materiales que el impuesto deteriora en el contribuyente. Un peaje caminero de alto valor impide el tránsito de las personas, dependiendo de su condición patrimonial: esta es la clase de antecedente a que la inaplicabilidad debe recurrir. Por otro lado, toda la problemática de la arbitrariedad, la igualdad, la isonomía, es insoluble de las ponderaciones fácticas. Debe mensurarse en base a la aplicación concreta; debe el Tribunal imaginar, como se hizo por el Tribunal en el rol 53, en 1988, para el caso del Proyecto de Ley de Partidos Políticos y su equiparación inconstitucional de multas. Enseguida, ¿cómo determino la afectación de la esencia de un derecho fundamental? Otro ejercicio intelectual insoluble de ciertos antecedentes básicos de tipo fáctico. En rigor el juicio de constitucionalidad no debe arrogarse análisis de mérito, pero debe ingresar a un cierto grado de análisis concreto, fáctico y práctico, so pena de abandonar la función que le ha encomendado la Carta Máxima.

Creo, finalmente, que esta es la única forma de compatibilizar la función del Tribunal con el *principio de responsabilidad del Estado Legislador*. Si se me otorga un minuto, les explico por qué esta última tesis.

La responsabilidad general del Estado por lesiones a las personas está contemplada en el artículo 38, inciso 2° de la Constitución. Pero el Estado no es sólo administrador y juez, sino también legislador. Cuando el legislador, a través de algún error normativo, una ley defectuosa, alguna ley inconstitucional, produce algún daño o lesiona derechos, debe responder. La doctrina ha propuesto que esta responsabilidad se detona, en el ámbito legislativo, cuando la norma es declarada inconstitucional.²⁷ El antecedente para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado legislador sería la declaración de inconstitucionalidad de una ley que, vulnerando el Estado de Derecho, produce lesión.

En consecuencia, la única forma viable de hacer efectiva la responsabilidad del Estado legislador es obteniendo que el Tribunal ingrese a un análisis concreto y declare la inconstitucionalidad con esta técnica que he propuesto. Dicho de otra forma, jamás podríamos hacer efectiva la responsabilidad del Estado legislador, si el Tribunal declara constitucional la norma, pretendiendo dejar salvas las acciones del afectado para que éste demande la indemnización respectiva. La constitucionalidad de la ley saneará completamente toda responsabilidad

²⁷ De esta idea es ZÚNIGA URBINA, FRANCISCO, en *Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador*, Santiago, LexisNexis, 2005.

estatal en la materia. Nunca un juez chileno va a acoger una indemnización si la norma está refrendada en su constitucionalidad. Por lo tanto, hay aquí una razón más para que Tribunal proceda a declarar, cuando corresponda, la inconstitucionalidad en un análisis concreto.

Finalmente, les transmito una pequeña infidencia sobre una causa que ilustra el problema del control concreto de constitucionalidad; creo que estoy autorizado, atendido que se trata de un encargo *pro bono* que nos ha tocado asumir. Hay una causa de inaplicabilidad pendiente en el Tribunal que exhibe un particular interés, porque afecta a todos nosotros, los abogados. Es la solicitud de inaplicabilidad del artículo 598 del Código Orgánico de Tribunales, que impone la obligación a todos los abogados de servir gratuitamente en las causas que el juez y la Corte de Apelaciones respectiva ordenen. Se cuestiona, en definitiva, la ley del "turno", existente únicamente para los abogados, y que proviene desde 1875, época de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales. Si se lee y pondera objetivamente esta carga pública en abstracto, ya nos resulta injusta, inconstitucional. Pero supongamos que nos parezca correcta. Ocurre que, en concreto, está acarreado numerosas situaciones que repugnan a la igualdad.

Es el caso de aquella joven madre que por tercera vez le asignan el turno, fuera de la ciudad en que vive, pero dentro de la jurisdicción de la Corte. Debe viajar diariamente. La madre se encuentra en plena lactancia, precisamente de su tercer hijo. El presidente de la Corte de Apelaciones rechaza todos los reclamos que ella eleva. La aplicación de esa norma, evidentemente, es arbitraria. Pugna con otros valores constitucionales: con la maternidad, con la familia, con la racionalidad. Y ocurre que la Corte de Apelaciones declaró inadmisibles el recurso de protección, de forma tal que resulta imposible trabar gestión pendiente alguna que nos permita presentar el caso en el Tribunal.

Evidentemente esta norma, en abstracto, podría resultar tolerable para algunos, aunque a mi juicio sirve a filosofías pretéritas, desterradas hoy de la Carta Fundamental. Pero aun así, lo que hace más grave a la norma es su aplicación concreta y práctica en casos como el mencionado; y creo que a juzgar eso está llamado el Tribunal Constitucional.

Espero con estas reflexiones haber motivado la discusión de ustedes sobre estos novedosos tópicos. Agradezco nuevamente al Instituto Libertad y Desarrollo y su investigador José Francisco García, a la Universidad del Desarrollo y al profesor José Manuel Díaz de Valdés todos por haberme invitado a esta grata jornada.



Ensayos y Estudios

Universidad del
Desarrollo

FACULTADES DE DERECHO



Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (*affirmative action*)

José Manuel Díaz de Valdés Juliá ¹

Profesor de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Abogado, Licenciado y Magister en Derecho Público

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Master of Laws

UNIVERSIDAD DE CAMBRIDGE

UNIVERSIDAD DE HARVARD

I. Introducción

Durante los últimos años se han comenzado a recepcionar en Chile, con creciente fuerza, las ideas propias de lo que se ha denominado “discriminación positiva” o “acción afirmativa”.

De origen norteamericano y progresiva difusión mundial,² la discriminación positiva es un fenómeno extraordinariamente polémico, capaz de dividir profundamente sociedades sobre la base de distintas concepciones de lo que es moral y jurídicamente correcto. Previsiblemente, tales diferencias se han trasladado al ámbito jurisdiccional, dando lugar a largas y sonadas batallas judiciales. De esta forma, la sociedad le está solicitando al derecho que cumpla con su rol, en cuanto a dar solución civilizada a los conflictos sociales de relevancia.

Ahora bien, la evaluación jurídica de la discriminación positiva presenta una serie de dificultades. Una de ellas es la gran carga valórica incorporada al debate. En efecto, se trata de un tema con profundas implicancias axiológicas que trascienden la mera consideración jurídica *stricto sensu*, y que hacen particularmente difícil un análisis desapasionado y científico. Es así como incluso los nombres utilizados por la doctrina para identificar a este fenómeno reflejan una postura a su respecto. Una posición favorable se puede traducir en nombres como “acción afirmativa”, “acción correctiva” y “discriminación positiva”, mientras que una visión negativa se encarnará en conceptos tales como “discriminación inversa” o “discriminación compensatoria”.

¹ Quisiera agradecer la acuciosa labor de investigación de mis ayudantes señores Nicolás Enteiche Rosales y Paulina Lobos Herrera.

² BARRÈRE (1997), p. 56.

Una segunda dificultad es la confusión conceptual reinante en la materia. Creemos que ello se debe, principalmente, a que la discusión acerca de la juridicidad o constitucionalidad de la discriminación positiva se ve influenciada, profunda y decisivamente, por factores extrajurídicos (e.g., sociológicos, antropológicos), que le sirven de supuesto. Evidentemente, tal influencia se ve reflejada en el lenguaje empleado por críticos y defensores, quienes en su discurso combinan y confunden una serie de conceptos jurídicos y no jurídicos, los que utilizados de esa manera aparecen como vagos y contradictorios. Palabras e ideas tales como meritocracia, compensación, igualdad real, discriminación, derechos de grupos, entre muchas otras, se usan en forma disímil y flexible, contribuyendo notoriamente a la confusión de quienes intentan penetrar en el debate jurídico sobre la discriminación positiva.

Finalmente, debemos considerar que la discriminación positiva presenta tanto importantes fortalezas y bondades, como también notables debilidades y problemas, todos los cuales se acentúan o atenúan dependiendo de las características particulares de cada medida concreta de discriminación positiva. Desde esta perspectiva, un análisis jurídico debiera siempre considerar las circunstancias del caso particular en estudio. Por lo mismo, resulta importante identificar nítida y separadamente las argumentaciones positivas y negativas que puedan ofrecerse acerca del fenómeno en comento, las que no siempre concurren como un todo en cada caso.

En este contexto, el presente artículo enfrenta el tópico de la discriminación positiva desde una perspectiva exploratoria. Junto con identificar los elementos que, en nuestra opinión, deben ser tomados en consideración al momento de evaluar jurídicamente manifestaciones específicas de discriminación positiva, se intentará singularizar las posibles argumentaciones sobre la materia. Todo ello contribuirá, esperamos, a una imprescindible aclaración conceptual. En otras palabras, intentamos construir un marco teórico y argumental que nos permita afrontar en mejores condiciones el análisis propiamente jurídico de la discriminación positiva.

En razón de lo anterior, este trabajo se ha dividido en tres secciones. La primera de ellas analiza ciertas consideraciones previas o supuestos que debieran tenerse presentes al momento de analizar los claroscuros de la discriminación positiva. La segunda sección identifica sintética y críticamente las principales justificaciones y defensas del fenómeno en estudio, mientras que la tercera se focaliza en sus vicios o defectos.

Hacemos presente que este artículo constituye la primera parte de un trabajo mayor, el cual continúa con el análisis de constitucionalidad de la discriminación positiva, sobre la base del marco teórico y argumental ofrecido en este texto. Ambos documentos, por tanto, deben considerarse como un solo todo.

II. Algunas consideraciones previas

1. Definición de discriminación positiva

Para los efectos de este artículo, entenderemos a la discriminación positiva como el conjunto de políticas públicas, y mecanismos de implementación de aquellas, destinadas a otorgar un trato preferente a individuos pertenecientes a grupos marginados o desfavorecidos de la sociedad, con el consecuente perjuicio para quienes, sin pertenecer a tales grupos, habrían obtenido el respectivo beneficio de no mediar la preferencia³ (en adelante, "DP").

Conviene realizar tres comentarios en relación a la definición precedente. En primer lugar, para que exista DP es necesario que sea posible identificar víctimas que sufran sus consecuencias. Por tales entendemos personas que hubiesen podido acceder al beneficio o bien en cuestión de no haber mediado la preferencia respectiva. En otras palabras, toda DP supone y contiene necesariamente una discriminación negativa: existen víctimas que pagan por el beneficio que se otorga.

La precisión anterior nos permite distinguir la DP de otras políticas públicas de beneficio a ciertos sectores de la población. Es así como, por ejemplo, una pensión de viudez a indigentes no constituye DP, pues si bien se trata de un beneficio especial a favor de un grupo, no es posible identificar a individuos perjudicados, vale decir, personas que hubiesen obtenido esa pensión de no haberse concedido exclusivamente a las viudas indigentes. Otro caso es el del fuero maternal, ya que si bien se trata de un beneficio para un sector determinado de la población, tradicionalmente discriminado, no existe otro grupo que habría podido acceder a dicho beneficio de no haber mediado la preferencia a favor de las mujeres.

En contraste, imaginemos que una empresa decide que el 50% de sus nuevas contrataciones deben ser mujeres. Supongamos que se abren diez puestos de trabajo y que, aplicando los criterios tradicionalmente utilizados por esa empresa, tales cargos serían adjudicados a siete hombres y tres mujeres. En virtud de la cuota del 50%, dos de aquellos hombres deberán ceder su lugar a otras tantas mujeres. Este sería un claro ejemplo de DP, por cuanto es posible identificar uno o más individuos directamente perjudicados (los dos hombres excluidos), quienes hubiesen obtenido el bien o beneficio (el empleo) de no haber mediado la preferencia a favor de las mujeres impuesta por la DP.

³ Definiciones de DP pueden encontrarse en MCCRUDDEN (1998), p. 1; ISSACHAROFF (1998), p. 671; VALLE (1973), p. 470; BARRÈRE (1997), pp. 30 y 81, y DONOSO (2001), p.199.

Volviendo a nuestra definición de DP, un segundo elemento a destacar es que esta forma de política pública no se plantea en el contexto de cualquier discriminación que se presente en una sociedad. Aquella sólo adquiere sentido frente a discriminaciones sistemáticas, entendiendo por tales aquellas que son continuas, extendidas y persistentes, y que causan efectos severos, apreciables y generales sobre la categoría de personas de que se trate.

Finalmente, no debe confundirse DP con cuotas. Entre ambas existe una relación de género a especie. Si bien las cuotas constituyen la versión más visible, existen muchas otras políticas públicas que también podemos clasificar de DP. Un ejemplo de aquellas sería otorgar puntaje adicional a las personas de ascendencia indígena que postulan a viviendas sociales. Otro caso sería la utilización del sexo o la raza como factores finales de selección entre dos candidatos que aparecen como igualmente calificados para un puesto de trabajo.

Para los efectos de este artículo, la consecuencia principal de la distinción precedente es que no todas las argumentaciones propias de las cuotas son aplicables a las demás formas de DP, consideración que ha sido fundamental en aquellos países que han prohibido las primeras sin abolir completamente las segundas.

2. Nuestros prejuicios

La discriminación positiva tiene mucho que ver con prejuicios, entendidos como la "opinión previa y tenaz, por lo general desfavorable, acerca de algo que se conoce mal".⁴ En efecto, la DP intenta revertir conductas sociales basadas en una serie sistemática de prejuicios simplistas y dañinos. Que la mujer sea menos competente que el hombre para desempeñar cargos directivos en una empresa; que los indígenas sean todos alcohólicos; que los pobres sean invariablemente flojos; que los orientales sean desaseados, entre otros, son ejemplos concretos de cómo los prejuicios contribuyen a la efectiva exclusión de algunos grupos humanos de una real igualdad de trato, más allá de lo que establezca la letra de la ley.

La aplicación constante y generalizada de estos prejuicios colabora eficazmente al desarrollo de una situación de "discriminación fáctica" (i.e., al margen de las disposiciones normativas formales), por la que grupos enteros de la población son objeto de exclusión laboral, educacional, en el desarrollo y aplicación de políticas públicas, entre otras. La evidente injusticia de esta situación es el punto de partida de la DP, la que intenta convertirse en instrumento para su cambio.

⁴ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001), p. 1822.

Para ello, afirma que el ordenamiento jurídico no puede limitarse a prohibir majestuosa e inútilmente la discriminación, sino que debe adoptar una actitud agresiva de identificación y castigo de las conductas que la evidencian así como de los prejuicios que la fundamentan.

En el plano jurídico, la DP recuerda y destaca que las normas constitucionales que disponen que todos los seres humanos “nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1° Constitución Política, en adelante “CP”), o que todos somos iguales en y ante la ley (arts. 1° y 19 N°s 2, 3 y 22 CP), no deben interpretarse como meras proclamaciones grandilocuentes. Aquellas deben ser capaces de producir efectos reales en la vida de la comunidad, combatiendo las discriminaciones originadas en prejuicios, por inveterados que sean, y garantizando en los hechos “el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (art. 1° inciso 5° de la CP). No sólo se trata de una exigencia impuesta por el principio de supremacía constitucional, sino también por el imperativo jurídico y moral de brindar pleno respeto y eficacia a los derechos fundamentales.

Sin embargo, la erradicación de los prejuicios que dan lugar a discriminación no es una tarea fácil para el derecho en general, y para la CP en particular, fundamentalmente en razón del diverso nivel de conciencia que existe en relación a los mismos. Es así como muchos de los prejuicios funcionan sin que quien los aplica se dé perfecta cuenta de ello. En efecto, muy poca gente se considera a sí misma como derechamente racista o sexista, lo que no significa que a la hora de contratar a alguien no vayan a aplicar arraigados prejuizgamientos contra los orientales o las mujeres. Y el tema no es blanco-negro; entre la plena conciencia y el total desconocimiento existen todas las variaciones posibles de gris, entendido como el mayor o menor grado de reconocimiento de los propios prejuicios y de su influencia en las decisiones del sujeto respectivo.

Lo anterior constituye un problema para el derecho, toda vez que le impone barreras de difícil penetración. En efecto, ¿cómo puede el derecho evaluar la intención racista o sexista del sujeto si las más de las veces ni siquiera él lo tiene claro?, ¿qué tan identificables son los prejuicios?⁵ Adicionalmente, aun si el discriminador es consciente de sus prejuicios, puede ser muy difícil para la víctima probarlo.

Frente a ello, debemos recordar que en materia de vulneración de derechos fundamentales la preocupación primordial es la protección de la víctima y sólo subsidiariamente el castigo del victimario. En este contexto, diversas manifestaciones de la DP postulan que es posible establecer conductas racistas

⁵ Véase a este respecto MITCHEL Y TETLOCK (2007), pp.1052-1054.

o sexistas, y por lo tanto reconocer víctimas, prescindiendo de la intención particular y concreta del victimario,⁶ basándose exclusivamente en los resultados agregados de sus acciones. Así por ejemplo, si en un pueblo donde las mujeres constituyen el 40 % de la fuerza laboral existe una fábrica en que sólo trabajan hombres, podría afirmarse que las mujeres suficientemente calificadas que han postulado a dicha fábrica han sido objeto de discriminación. No sería necesario a estos efectos comprobar la intención discriminatoria de quien contrata en la empresa.

Evidentemente que esta solución plantea una serie de interrogantes, tales como la determinación precisa de los "criterios de resultado" susceptibles de "probar" discriminación; la justicia de la eventual sanción al empleador; la determinación del remedio apropiado, entre otros.

No quisiéramos concluir esta sección sin realizar una aclaración. Una de las críticas que se formulan en contra de la DP es sobrevalorar la importancia de los prejuicios. De esta forma, se le imputa una suerte de determinismo social que niega la capacidad de superación del individuo, y que lo rebaja a una situación meramente pasiva frente a los "ataques" de la sociedad. Así, sería exagerado y simplista atribuir la deficiente situación actual de un individuo perteneciente a algún grupo desfavorecido exclusivamente a la discriminación ejercida contra ese grupo.

En principio estamos de acuerdo con que la mera pertenencia a un grupo no puede determinar la suerte de un individuo. Sin embargo, consideramos que la crítica en cuestión deja intacto el problema de justicia e igualdad antes planteado. En efecto, lo relevante en este contexto no es el relativo éxito o fracaso de una persona en el seno de una sociedad, sino el hecho real y tangible de la discriminación en su contra. Tal y como regla nuestra Constitución, los actos discriminatorios están prohibidos, independientemente del resultado agregado que aquellos puedan tener sobre una persona o grupo. El hecho de que la víctima haya podido sobreponerse cabalmente a las consecuencias de tales actos discriminatorios no es justificación para los mismos, los que continúan siendo jurídicamente impermisibles.

En definitiva, cualquiera sea el grado de influencia de los prejuicios en la vida de una persona, pareciera ser evidente que aquellos son los mayores responsables de las discriminaciones relevantes que observamos en la actualidad. Asimismo, la incapacidad del ordenamiento jurídico "clásico" para terminar con tales prejuicios en forma efectiva, es uno de los fundamentos más importantes que han impulsado el desarrollo de distintas formas de DP.

⁶ BARRÈRE (1997), p. 76.

3. La discriminación y el derecho

La discriminación en contra de ciertos grupos es un hecho cierto y real en nuestra sociedad. Frente a ello, cabe preguntarse acerca del grado de influencia o poder de que goza el derecho para cambiar realidades sociales persistentes y complejas como lo es la discriminación.

Al respecto, la realidad histórica y comparada⁷ pareciera demostrar que aquella subsiste más allá de las intenciones de constituyentes, legisladores, administradores y jueces. Ello no obstante los avances que el derecho puede facilitar en cuanto instrumento de mayor igualdad (e.g., prohibiciones de discriminar; garantías jurisdiccionales; sanciones severas a conductas discriminatorias; asesoría judicial a las víctimas; subsidios focalizados).

El relativo fracaso del derecho en esta materia es justamente lo que impulsa a los defensores de la DP a proponer alternativas más radicales de combate a la discriminación. Más aún, postulan que el derecho en vigencia debe ser revisado con gran detenimiento, con el objeto de descubrir si en los hechos combate la discriminación, o por el contrario, contribuye a su mantenimiento.⁸

4. La discriminación es evolutiva

Siendo un fenómeno social, la discriminación va cambiando no sólo de sociedad en sociedad, sino también a través del tiempo. Los criterios para discriminar se modifican. Los grupos afectados también. Para mayor complejidad, en ciertas ocasiones se mantiene tanto el grupo afectado como el factor de diferenciación, pero varía el grado o fuerza de la discriminación.

Así, por ejemplo, la religión es un factor de diferenciación que hoy posee menos fuerza en Occidente que hace 300 años. Recordemos, por ejemplo, la imposibilidad de los católicos de acceder al servicio civil inglés. O más recientemente, la prohibición de las actividades de los Testigos de Jehová en Grecia. Paradojalmente, la religión se ha fortalecido como factor de diferenciación en algunos contextos, cual es el caso de los cristianos en algunos países musulmanes o en ciertas regiones de la India, o de los católicos en China.

La raza pareciera ser un factor de diferenciación de gran fuerza, si bien los grupos afectados han ido variando. Es el caso de EEUU, donde la discriminación racial ha dejado de centrarse exclusivamente en las personas de raza negra,

⁷ Particularmente ilustrativa a este respecto es la experiencia de EEUU.

⁸ BARRÈRE (1997), p.34.

para incluir a los latinos e indígenas americanos, y hasta cierto punto, a los orientales.

En cuanto a la variación de la intensidad de la discriminación, un ejemplo elocuente es el de las mujeres, quienes en diversos países occidentales siguen siendo discriminadas, pero a un nivel muy inferior al existente tres o cuatro décadas atrás.

Ahora bien, la esencial mutabilidad de la discriminación presenta una serie de consecuencias importantes para el derecho.

En primer término, es fundamental tener muy claro que gran parte de las soluciones que se implementen para resolver discriminación social son temporales. Aquellas responden a una situación concreta, a un momento determinado en la vida de una sociedad, y no pueden presentarse como verdades inmutables. Es el caso de la DP, la cual ha sido consistentemente presentada como una solución temporal, tal y como lo ha recordado la Corte Suprema de los EEUU, quien incluso habría establecido un plazo al respecto.⁹ De lo anterior se colige que es imprescindible realizar una revisión y evaluación constante de las medidas e instrumentos antidiscriminatorios en general y de la DP en particular.

Por supuesto que existen medidas y normas antidiscriminatorias de mayor permanencia, tales como las prohibiciones generales de discriminar (e.g., art. 19 N°2 de la CP), pero incluso tales normas pueden actualizarse precisando grupos o criterios de discriminación.

En segundo término, la naturaleza evolutiva de la discriminación dificulta la identificación de sus manifestaciones, particularmente en sus formas nuevas o ascendentes. Es así como la discriminación por raza en Chile se dirigió tradicionalmente a los sectores indígenas de la población. Sólo recientemente hemos reconocido como discriminación ciertas situaciones que desde hace años perjudican a orientales (e.g., denegación de visas, exclusión de lugares abiertos al público general).¹⁰ Nuevamente, se impone una exigencia de atención constante de parte del derecho, de forma de desarrollar a tiempo las medidas necesarias para combatir las nuevas caras de la discriminación.

En tercer lugar, la constante evolución de la discriminación dificulta la ponderación de las aspiraciones y reclamos de los diversos grupos perjudicados. Este es un problema complejo incluso en una visión atemporal, pero se agrava

⁹ *Grutter v. Bollinger* (2003).

¹⁰ *Servicio Nacional del Consumidor v. Centro de Salud y Recreación Gunther Mund y Compañía Limitada* (1993).

notoriamente al introducir el factor tiempo. Así, por ejemplo, resulta extremadamente difícil determinar en el Chile de hoy si mujeres e indígenas constituyen la lista prioritaria de grupos que merecen la preocupación por parte del Estado y la sociedad. Alguien podría mencionar a los discapacitados, a las personas en extrema pobreza o a los homosexuales. Una vez definida esta "lista corta" de grupos, cabe preguntarse cuál de entre ellos requiere mayor atención y recursos, o en qué proporción en relación al resto, etc. Tal vez lo lógico sería señalar que todo lo anterior depende del grado de injusticia contenido en la discriminación respectiva: a mayor injusticia mayor prioridad. Pero justamente el punto en comento es la evolución constante e inevitable de las formas, criterios y grados de la discriminación. Lo que hoy pareciera ser prioritario no tiene porqué haberlo sido 20 años atrás... o en 20 años más.

Obviamente esto complica la lucha del derecho, del Estado y de la sociedad contra la discriminación, y los obliga a adoptar una aproximación lo suficientemente flexible para responder a los cambios mencionados.

Resulta evidente que la DP se ve particularmente afectada por la dificultad antes descrita, toda vez que ella supone necesariamente acciones concretas y excepcionales de beneficio a ciertos grupos particulares. La excepcionalidad y dudosa constitucionalidad de tales medidas exige con particular fuerza que los grupos beneficiados sean realmente aquellos en necesidad urgente e impostergable de mayor justicia. El constante cambio en la composición o urgencia de tales grupos, por tanto, dificulta la justificación de medidas y normas de DP. Adicionalmente, cabe destacar las dificultades que surgen de contrastar discriminaciones actuales con pasadas; ¿puede un grupo fuertemente discriminado en el pasado (e.g., indígenas) gozar de preferencia sobre un grupo actualmente discriminado (e.g., homosexuales) si el grado de discriminación –y por tanto las consecuencias– del primero fue/es mayor al del segundo? Debemos recordar que la DP se construye sobre la identificación de grupos desfavorecidos, los cuales compiten por el apoyo del Estado y la sociedad. En este contexto, la evolución de la discriminación en el tiempo agrega a la competencia grupos "históricos" de difícil comparación con los actualmente discriminados.

5. La discriminación contenida en normas jurídicas puede ser difícil de identificar

La discriminación no es un fenómeno siempre evidente, reconocible en la realidad sin mayor dificultad. Si bien es cierto que algunas de sus formas pueden ser bastante obvias y visibles (e.g., segregación racial en EEUU, limitación severa a los derechos políticos de las mujeres en países islámicos), la mayoría de ellas son mucho más sutiles y difíciles de identificar. En su dimensión normativa, algunos llaman al primer tipo "discriminación directa" y al segundo

“discriminación indirecta”.¹¹ En la primera la norma identifica con claridad al grupo perjudicado. No es necesario que la mención deba ser explícita (e.g., las mujeres no tendrán derecho de sufragio en las elecciones presidenciales), sino que basta con que sea evidente o fácilmente reconocible (e.g., sólo los hombres podrán sufragar en las elecciones presidenciales).

La discriminación indirecta, por el contrario, supone que la norma en cuestión a primera vista pareciera no ser discriminatoria. Se trata de normas cuyo texto no permite identificar un grupo perjudicado, o en que si bien se singulariza un grupo afectado, el criterio de diferenciación utilizado aparece como razonable en ese contexto. Sin embargo, en ambos casos la norma continúa siendo discriminatoria por cuanto su aplicación práctica resulta en un claro perjuicio para uno o más grupos reconocibles de la sociedad, sin que ello sea razonable. La discriminación indirecta, por tanto, destaca los efectos tangibles de la norma por sobre los efectos esperados o declarados en su texto.

Imaginemos como ejemplo una norma jurídica que prohíbe y castiga severamente el ausentismo laboral por razones de índole religiosa. A primera vista, se trata de una norma no discriminatoria, pues trata a toda la población por igual y no permite identificar un grupo particularmente perjudicado por la misma. En la práctica, sin embargo, una norma de este tipo sería altamente discriminatoria en el caso chileno. En efecto, la gran mayoría del país es católica, y esa mayoría puede practicar libremente sus ceremonias y conmemoraciones más importantes, por cuanto la mayor parte de ellas están reconocidas como feriados en el calendario civil (e.g., Navidad, Semana Santa, Asunción de la Virgen). Quienes se ven claramente perjudicados son los miembros de religiones minoritarias (judíos, islámicos, otros cristianos, etc.). De esta forma, nos encontramos frente a una norma indirectamente discriminatoria, pues establece un imperativo –y un castigo– que será sólo aplicable a los no católicos.

En definitiva, la existencia de discriminaciones indirectas u “ocultas” dificulta en forma relevante su reconocimiento y combate: aquellas son menos visibles, su realidad más discutible, y son contenidas por normas que guardan una apariencia de corrección que puede ser difícil de develar.

A todo lo anterior debe agregarse la consideración acerca de la intencionalidad del agente que discrimina. La falta de conciencia del agente discriminador, o su conciencia parcial, acerca del hecho de estar discriminado, sin duda que dificulta la identificación de la discriminación. Nos remitimos en esta materia a lo ya señalado en relación a los prejuicios.

¹¹ BARRÈRE (1997), p. 26.

III. Razones en favor de la discriminación positiva

1. La búsqueda de la igualdad

La DP surge en el seno de sociedades en que existen discriminaciones estructurales o sistemáticas, entendiendo por tales aquellas que son continuas, extendidas y persistentes, y que causan efectos severos, apreciables y generales sobre la categoría de personas de que se trate. Tales formas de discriminación han perdurado no obstante la implementación de los mecanismos jurídicos “tradicionales” para combatir y erradicar las diversas formas de discriminación. Entre tales mecanismos podemos mencionar la consagración expresa de un derecho genérico a la igualdad jurídica; prohibiciones constitucionales o legales específicas (i.e., identificando alguna forma particular de discriminación, ya sea por materia –económica, acceso a empleos públicos, tributación, etc.– o por criterios diferenciadores –raza, religión, sexo, etc.–); garantías o acciones procesales rápidas y eficientes para detener y sancionar infracciones a la igualdad jurídica; creación de entidades públicas destinadas al combate a la discriminación; otorgamiento de subsidios focalizados, entre otras.

En este contexto, la DP sostiene que no puede haber igualdad jurídica propiamente tal en una sociedad en la cual el derecho no ha sido capaz de extirpar una realidad práctica de discriminación sistemática. Ante el fracaso de los mecanismos jurídicos tradicionales en el combate a ciertas formas de desigualdad, se haría necesario la utilización de otros medios más radicales, tales como la DP.

Apelar a la igualdad como sustento de una determinada argumentación jurídica es una invocación poderosa, destinada a asegurar solidez y profundidad en el mundo jurídico y en la sociedad política. Lo anterior es plenamente aplicable a nuestra realidad nacional, donde la “igualdad es un principio cardinal en la Carta Fundamental”,¹² cuestión que se confirma al constatar que “no hay en la Constitución valor, principio, concepto o criterio más repetidamente mencionado que la igualdad. Lo es incluso más que la libertad y la seguridad”.¹³

En materia de DP, sin embargo, se produce un problema particular, y es que tanto su defensa como el ataque a la misma se fundamentan en argumentos y concepciones diversos de igualdad. Ambas alternativas, por tanto, parecen asumir la estatura jurídico-moral de defensora de derechos fundamentales y de un elemento estructural de la democracia, cual es la igualdad.

El problema se acentúa dadas las distintas concepciones de igualdad. Es así

¹² CEA (2004), p.126 (Tomo II).

¹³ CEA (2004), p.127 (Tomo II).

como la vieja distinción entre igualdad formal y material ha dado lugar a otras categorizaciones más modernas, tales como el derecho a ser tratado como un igual versus el derecho a igual tratamiento en los beneficios y cargas asignados;¹⁴ igualdad de bienestar versus igualdad de recursos,¹⁵ entre muchas otras.

Dentro de esta frondosidad conceptual, el término que se mantiene como predominante en Chile es el de igualdad de oportunidades, el cual encuentra consagración expresa en el artículo 1º inciso 5º de la CP. La dificultad se mantiene, sin embargo, en cuanto a la determinación del contenido exacto de dicha igualdad.¹⁶ Sabemos que va más allá de un concepto puramente formal, y que no alcanza a la plena igualdad material.¹⁷ En el terreno intermedio, sin embargo, existen diversas alternativas, el análisis de las cuales excede al objeto de este artículo.¹⁸ Baste señalar que dicha igualdad presupone la existencia de desfavorecidos y la necesidad de ayudarlos para al menos lograr un punto de partida o línea base común con sus semejantes.¹⁹

Desde la perspectiva de la DP, los puntos relevantes a este respecto son a lo menos dos: i) cualquier concepción que se adopte acerca del contenido preciso de la igualdad de oportunidades será incompatible con la situación de los grupos marginados, constatación que obliga a buscar mecanismos novedosos de combate a la discriminación sistemática, y ii) la igualdad de oportunidades exige acciones positivas de parte del Estado para lograr su progresiva consecución.²⁰

La primera aseveración justifica el carácter de denuncia de la DP. La segunda serviría para fundamentar sus contenidos, ya que en palabras de Francisco Zúñiga "El principio de igualdad de oportunidades autoriza a dar un paso adelante al autorizar discriminar, hacer diferencias, constituir privilegios a favor de categorías sociales o minorías étnicas marginadas o desfavorecidas".²¹

¹⁴ SQUELLA (1995), p. 428, basándose en Dworkin.

¹⁵ Véase RIVERA (1993) comentando la diferenciación originalmente propuesta por Dworkin.

¹⁶ A modo de ejemplo, véase a SEQUELLA (1995), p. 435; MCCRUDDEN (1998), pp. 553 y ss. en cuanto a la relación entre mérito e igualdad de oportunidades; ANDERSON (2004), pp. 89 y ss., y ZUÑIGA (2002), p. 249.

¹⁷ Tal y como señala GREEN (1998), ambos conceptos se vinculan a la igualdad de oportunidades, y no deben considerarse como contradictorios. Más aún, la división entre los mismos es flexible y depende de la realidad práctica en que se aplique. Cf. GREEN (1998) pp. 120-121.

¹⁸ Véase, a modo ilustrativo, GREEN (1998), p. 149.

¹⁹ Cf. CEA, (2004), p.125.

²⁰ COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1973-1974), sesión 40, p. 19 y sesión 45, p. 15. Véase también SILVA (1997), Tomo IV, pp. 70 y ss.; CEA (2002), Tomo I, pp.186 y ss.; y *Sentencia Rol 185-1994* (2007): Tribunal Constitucional de Chile, 28 de febrero de 1994 (Control de constitucionalidad, Ley 19.300).

²¹ ZUÑIGA (2002), p. 248.

En definitiva, la DP se enmarca dentro de las aspiraciones de una igualdad más sustanciosa que la que actualmente garantiza en forma efectiva el ordenamiento jurídico, apelando a la esencia de dicho valor-derecho, y a un sentido natural de justicia que repugna al mantenimiento de diferencias irracionales y persistentes al interior de la sociedad, con la complicidad más o menos silenciosa del Estado.

2. Vigencia real de los derechos de las minorías

La DP se presenta como una solución a problemas estructurales del sistema democrático. Siguiendo su matriz norteamericana, se postula que diversas minorías (no todas) se encuentran en una situación de desventaja en el libre juego democrático. Su exclusión y marginación las mantiene fuera de los círculos de poder, lo que a la vez impide que sus miembros luchen “desde adentro” por cambiar al sistema. De esta forma, el sistema de discriminación y exclusión se perpetúa.

Tomemos el caso de la minoría mapuche en Chile. Defensores de la DP afirmarían que en la medida que sus integrantes no logran acceder al Congreso, la Presidencia de la República, el Gabinete, la Corte Suprema y otras altas magistraturas de nuestro sistema republicano de gobierno, carecen del poder necesario para impulsar mecanismos de inclusión de su grupo en todos los niveles y círculos de la sociedad y del Estado.

Frente a este problema, la DP se presenta como una herramienta útil para permitir el acceso de tales minorías a las más diversas esferas del poder político, otorgándoles de esa forma los medios suficientes para abogar con oportunidades reales por la igualdad de los suyos.

El problema planteado se asemeja al conocido argumento de la “tiranía de las mayorías”, entendiéndose por tal la degeneración de la democracia donde la mayoría en el Parlamento, a través de la ley, puede disponer prácticamente cualquier cosa. La soberanía popular o parlamentaria se exagera al punto de que la minoría puede verse aplastada, arrasada y despojada de sus derechos más elementales por una mayoría inconsciente o despiadada.²²

Ahora bien, en la democracia contemporánea se ha enfrentado esta preocupación mediante la afirmación sin reservas de los derechos fundamentales en cuanto elementos indisponibles e inalienables que emanan de la mismísima dignidad humana, los que no quedan sujetos al juego de las mayorías y minorías

²² En palabras de Carl Schmitt, “La mayoría deja repentinamente de ser un partido; es el Estado mismo”. SCHMITT (1971), p. 49.

políticas. A ello se ha unido la instauración de controles de constitucionalidad encargados de hacer respetar tales derechos fundamentales, aun frente a las diversas magistraturas del Estado.

Esta solución, sin embargo, no sería suficiente en el contexto en estudio. Tal y como hemos repetido constantemente, una cosa es eliminar todo vestigio de discriminación directa del sistema jurídico... y otra lograr la completa eliminación de los prejuicios y la discriminación en una sociedad. Las defensas mencionadas frente a la tiranía de las mayorías sólo sirven para lo primero: eliminar de las normas jurídicas todo contenido expresamente discriminatorio. Por el contrario, la erradicación de la discriminación sistémica y no expresada, incluyendo la normativa indirecta, exige más: una serie de acciones –y eventualmente cambios normativos– destinadas a lograr una igualdad real y la inclusión efectiva de las minorías. Tales acciones, sin embargo, tienden a escapar al ámbito de las cortes constitucionales y se radican más bien en la esfera de competencias de los poderes ejecutivo y legislativo.

En este contexto, la DP se postula como un paso más en la lucha por la vigencia efectiva de los derechos de las minorías.

3. La neutralidad absoluta no es posible

La visión “tradicional” de la igualdad y la no discriminación promueve un ordenamiento jurídico completamente neutro, donde el sexo, la religión, la raza, la clase social, entre otros, no tengan relevancia alguna. Los norteamericanos han ejemplificado esta idea señalando que su constitución es moral y jurídicamente “*color-blind*”: ciega a las distinciones por raza, lo cual puede extenderse a los otros criterios mencionados.²³⁻²⁴

La postura anterior de “ceguera jurídica” puede someterse a diversas críticas. En primer término, cabe destacar que normas que a primera vista parecen neutras pueden tener efectos que distan mucho de tal neutralidad. Así, por ejemplo, una norma que exija una altura determinada para acceder a algún cargo o beneficio, sin que dicha exigencia constituya una condición de idoneidad

²³ Hay quienes discrepan de esta aseveración. Véase MCCRYSTAL (1994), p. 166, y GREEN (1998), p. 126, para quien el principio de “*color-blind*” es un argumento de política pública erróneo y no un imperativo moral. Véase también *Parents involved in community school v. Seattle School District No 1* (2007), y *Grutter v. Bollinger* (2003).

²⁴ Curiosamente, el origen del término *affirmative action* (discriminación positiva) se vincula más a esta idea de “*color-blindness*”, ANDERSON (2004), pp. 60-61. Con el objeto de aumentar la proporción de las minorías en el mundo laboral, se incentivaba a las empresas a contratar sin considerar la raza, el color o el credo. No obstante, el primero en utilizar el término de “*color-blind*” fue el Juez John Marshall Harlan en *Plessy v. Ferguson* (1896) disintiendo de la opinión de la mayoría.

para ello, podría ser en los hechos discriminatoria hacia las mujeres, o hacia los indígenas y orientales. Del mismo modo, requerir un título profesional para acceder a un cargo de representación popular puede implicar, en la práctica, la exclusión de clases sociales completas, según la realidad educacional de algunos países.

En segundo lugar, la neutralidad absoluta es atacada por cuanto el ordenamiento jurídico ha sido normalmente creado por personas que no pertenecen a los grupos excluidos o marginados. Tales personas, por tanto, dan forma a normas desde su condición no-marginada. Para ellos, lo normal en el mundo es ser no-marginado, y los excluidos constituyen lo *extraño* o *diferente*. En ese contexto, es fácil imaginar que un ordenamiento aparentemente neutro esconda una serie de prejuicios o ideas propias de los grupos no-marginados, y que resultan perjudiciales o extrañas para los excluidos. Es el caso de las personas de raza negra en Estados Unidos, donde las normas jurídicas han sido históricamente formuladas desde una perspectiva *blanco-céntrica* donde los blancos piensan que "lo normal" es ser blanco.²⁵

En tercer término, no debe subestimarse la influencia de quienes están llamados a aplicar la norma. Por muy neutral que aquella parezca, su aplicación e interpretación permiten a una variedad de actores (e.g. jueces, miembros de la Administración) gozar de una dosis considerable de influencia en la forma en que tales normas deben entenderse y en los efectos concretos que tendrán. En otras palabras, la supuesta neutralidad abstracta de una norma jurídica se ve necesariamente mediatizada en su aplicación por personas concretas, y ya sabemos que aun cuando tales personas no sean conscientemente racistas, sexistas, etc., no es posible obviar el contenido inconsciente de los prejuicios.

En cuarto lugar, factores tales como la raza, el sexo, la religión, entre otros, no debieran ser completa y absolutamente excluidos como criterios de diferenciación. Existen ciertos contextos donde es conveniente, o incluso necesario, considerar tales circunstancias. Así, por ejemplo, es legítimo que se exija ser católico para optar al cargo de director de un colegio de la Iglesia. Del mismo modo, tomar en cuenta la raza o clase social de una persona puede permitir aquilatar con mayor precisión su capacidad de surgir y superar dificultades. En palabras de Cecil Hunt, tales factores serían importantes para determinar: "who they are, how they got that way, where they want to go, why they want to go there, and the strength of their motivation to accomplish those goals" [*quiénes son, como llegaron a serlo, qué metas persiguen, por qué las persiguen y la fuerza*

²⁵ HUNT (2006) explica este planteamiento con mayor detalle en *The color of perspective: affirmative action and the constitutional rhetoric of white innocence*. Véase también GREEN (1998), p.124.

de su motivación para lograrlas].²⁶ En otras palabras, los factores señalados nos informan acerca de ciertas características o experiencias de vida que pueden ser relevantes para la adopción de una determinada decisión.

Finalmente, resulta completamente artificial negar la realidad de ciertas características de la persona, tales como su raza o sexo. Aquellas son parte de la identidad particular de cada ser humano concreto. No existen personas sin raza, o asexuadas, por lo que su desconocimiento puede repercutir negativamente en el diseño de las abstracciones que requiere realizar el ordenamiento jurídico.²⁷

En definitiva, pareciera ser más conveniente y honesto que el ordenamiento jurídico parta de la base de la existencia de factores como la raza, el sexo, la religión, etc. El reconocimiento consciente de esas diversidades le permitirá adoptar los mayores resguardos al momento de diseñar e implementar normas jurídicas, de forma que aquellas no escondan prejuicios y discriminaciones bajo una falsa apariencia de neutralidad.

4. Los problemas del argumento meritocrático²⁸

Existe una arraigada noción o regla de justicia, al menos en ciertos contextos como el educacional y el laboral, consistente en que la asignación de beneficios y bienes escasos en general, tales como el acceso a trabajos y cupos estudiantiles, deben ser asignados en razón del mérito de los diversos postulantes. A mayor mérito, mayor derecho a ese bien escaso.

Este argumento, que llamaremos “meritocrático”, entra fácilmente en conflicto con la DP. En efecto, si el mérito debe ser la consideración fundamental al momento de postular a un establecimiento educacional, o a un trabajo, no cabe entonces incluir en el análisis de tal candidatura factores como la raza, la religión o el sexo del postulante. Lo contrario implicaría aceptar que no siempre el mejor calificado obtendría el puesto en competencia, lo que a su vez sería no sólo tremendamente injusto hacia el más calificado, sino también perjudicial para la organización que selecciona. Dicha entidad se estaría privando de los mejores individuos posibles, en razón de privilegios especiales destinados a ciertos sectores.

El problema del argumento meritocrático, sin embargo, es que descansa sobre

²⁶ HUNT (2006), p. 528. Traducción libre.

²⁷ En palabras de Hunt: “Not only are there no unracial people, but there is no model or paradigm to dictate how to imagine one”. HUNT (2006), p. 527.

²⁸ En esta sección se ha recurrido repetidamente a las ideas de MCCRUDDEN (1998). Véase *Merit Principles*.

una serie de supuestos que no son fácilmente aceptables o demostrables. En primer término, iguala mérito a justicia: toda selección sería justa en la medida que se fundamente en las reglas de la meritocracia. En segundo lugar, supone que el mérito es algo cuantificable, y que existen herramientas idóneas para ello. Finalmente, asume un significado unívoco para "mérito", cuestión que está lejos de la realidad.

Respecto a la primera objeción, nos parece que se trata de una simplificación que no es aceptable. Si bien se trata de una materia que excede al objeto de este trabajo, baste por el momento señalar que diversos modelos de justicia nos proponen alternativas al mérito como criterio de asignación de beneficios o bienes, particularmente en determinados contextos. Así, por ejemplo, la asignación de pensiones de gracia a viudas sin recursos económicos obedece a un criterio de necesidad, y no de meritocracia. A menos, claro, que nuestra definición de mérito sea extraordinariamente amplia y flexible, cuestión que nos reconduce a la tercera dificultad planteada en el párrafo precedente.

El segundo supuesto que nos parece problemático dice relación con la cuantificación del mérito. Se trata éste de un tema muy discutido, ya que incluso los tests desarrollados como modelos estándar de medición de capacidades (como sería, por ejemplo, la PSU chilena) están bajo constante crítica por lo limitado de su capacidad de medición.²⁹ La dificultad crece cuando el mérito es evaluado según parámetros fuertemente subjetivos, cual es el caso de una entrevista personal. O cuando el mérito obedece a factores externos al sujeto mismo (e.g., calidades de los padres), cuestión que nuevamente nos enfrenta al problema de definir qué entendemos por mérito.

La tercera objeción es, por tanto, aquella que nos conduce al corazón del problema del argumento meritocrático: qué debemos entender por mérito. En nuestra opinión, se trata de un concepto que en gran medida es una función del contexto. Así, por ejemplo, cuando hablamos del "mérito" de un tenista, es muy posible que nos estemos refiriendo a su "talento" (entendido como una capacidad innata del sujeto), y tal vez en alguna medida al esfuerzo y dedicación con que ha enfrentado su actividad. Por el contrario, si hablamos de un estudiante universitario, su "mérito" podría entenderse como el desempeño pasado en evaluaciones objetivas y comunes a sus compañeros, y nuevamente podría estar unido, en cierta medida, a las calidades del esfuerzo del alumno para afrontar sus estudios. Si hablamos ahora de un abogado, su "mérito" puede ser su registro de casos ganados, o su nivel de conocimientos sobre el tema que interesa. Si nos referimos a un mecánico, su "mérito" podría

²⁹ GREEN (1998,) pp. 32 y 33; MCCRUDEN (1998).

corresponder a sus conocimientos de mecánica y su capacidad “comprobada” de arreglar autos. Es así como la palabra mérito puede entenderse como un talento o capacidad natural; como un conjunto de esfuerzos pasados que hace merecedor de cierto beneficio; como conocimiento; como experiencia; como una actitud de esfuerzo, disciplina y dedicación; como una característica física; como una conducta aprendida, entre otras diversas posibilidades.

Una alternativa de carácter más general sería definir mérito como “apropiabilidad” o adecuación a un trabajo o posición determinada, en razón de ciertos cánones objetivos. Ahora bien, el problema es que incluso esta definición se presta para varias interpretaciones posibles. Es así como la adecuación puede entenderse como características innatas de las personas (ser inteligente para entrar a la carrera de medicina, ser sordo para trabajar en un campo de tiro); capacidades adquiridas (hablar varios idiomas para acceder a un cargo diplomático); pasado estudiantil sobresaliente (tener excelentes notas en pregrado para entrar a estudiar un doctorado); promesa futura (tests psicológicos sobresalientes que sugieren un brillante desempeño al interior de la empresa), etc. Nuevamente, el contexto es clave para definir qué debemos entender por mérito.

Considerando todo lo anterior, la DP argumenta que la consideración a la raza, el sexo, la religión, etc., no se opone en todos los contextos a la meritocracia. Más aún, el flexible concepto de mérito podría llegar, en algunas situaciones, a comprender la raza, el sexo o la religión. Así, por ejemplo, si se requiere contratar a un líder comunitario para trabajar con comunidades mapuches, podría considerarse que pertenecer a esa etnia sería un mérito (tal y como han demostrado diversos nombramientos en la Corporación Nacional Indígena). Si se requiere un profesor para un colegio católico, profesar esa fe y demostrar un testimonio coherente de vida puede ser considerado un “mérito” en tales circunstancias. Y más indirectamente: una mujer indígena y profesional que está postulando a un puesto de alta exigencia podría invocar como uno de sus “méritos” tales condiciones en cuanto pruebas fehacientes de que ha debido superar barreras importantes en su vida gracias a su capacidad y tesón.

En definitiva, la argumentación a favor de la DP descansa sobre la necesidad de definir mérito en función del contexto. Ello destruye una concepción unívoca de meritocracia, lo que a la vez le permite superar la alegada antinomia meritocracia-DP. Tal antinomia se dará sólo en algunos contextos, y por tanto no puede considerarse como una regla cierta y absoluta que sirva para excluir siempre toda forma de DP.

En nuestra opinión, la DP realiza en esta materia una importante contribución, la que es independiente de la posición que se adopte en relación a la misma

DP. En efecto, la argumentación antes analizada pone en evidencia la necesidad que tiene toda persona o institución que selecciona, con el objeto de evitar cualquier forma de discriminación, de definir con precisión cuál es el concepto de "mérito" aplicable a un proceso particular de selección. No es una tarea fácil, toda vez que obliga a revisar los fines y razón de ser de la institución en cuestión, de forma de definir precisamente qué características debe tener la persona que se va a incorporar y qué medidas serían idóneas para alentar la contratación de tales individuos. Baste observar al respecto el enorme debate existente en EEUU acerca de la selección universitaria, y cómo las diversidades racial, sexual, geográfica, entre otras (potenciadas con medidas de DP), contribuirían o afectarían la persecución y cumplimiento de los fines propios de tales instituciones educacionales.³⁰

5. Efectos positivos³¹

La discusión propiamente axiológica y teórica sobre la DP ha venido a ser complementada con el análisis pragmático de sus consecuencias. Si bien no nos parece que este sea un criterio definitorio por sí mismo, resulta útil para evaluar algunas de las dimensiones de justicia que pueden verse involucradas, particularmente considerando los relevantes efectos que tales dimensiones pueden producir sobre la opinión pública.

En términos generales, los defensores de la DP afirman que esta mejora ostensiblemente la situación de las minorías o grupos desfavorecidos, aseveración que contaría con cierto fundamento científico gracias a estudios empíricos sobre la materia.³²

Es así como la DP ayudaría efectivamente a reducir la marginación o discriminación tradicionalmente sufrida por ciertos grupos. Lo anterior sería particularmente aplicable a aquellas formas de DP dirigidas a asegurar cierta igualdad de oportunidades en materia educacional y laboral. En la medida que indígenas, mujeres, entre otros, acceden a una mejor educación, y obtienen trabajos de élite, se producirían una serie de resultados positivos. En primer término, mejorarían sus ingresos, lo que a su vez debiera redundar en un mayor acceso a bienes de consumo (incluyendo mejores servicios educacionales, de salud y recreación para sus familias) y a un ascendente prestigio social.

³⁰ DWORKIN (2000a); BOWEN y BOK (1998); ANDERSON (2004).

³¹ Esta sección descansa en gran medida en los trabajos de BOWEN Y BOK (1998) *The Shape of the River*; DWORKIN (2000b) y DWORKIN (2000a), pp. 386 y ss. Véase también FORDE-MAZRUI (2004), y AIRES Y VARS (1998), entre otros.

³² En particular BOWEN Y BOK (1998).

En segundo lugar, tales personas se convertirían en íconos visibles de que se puede lograr una integración plena en una sociedad determinada. Ejercerían por tanto una suerte de liderazgo más o menos consciente sobre sus comunidades de origen, impulsando la repetición de sus modelos y multiplicando de esa forma los beneficios de su integración.

En tercer término, la convivencia entre miembros de grupos favorecidos y desfavorecidos al interior de centros educacionales y laborales sería una ventaja en sí misma, ya que permitiría el cuestionamiento de estereotipos por ambas comunidades. Se logra de esa forma un conocimiento real capaz de contribuir decididamente a la atenuación o erradicación de prejuicios, único proceso con fuerza suficiente para provocar un cambio de mentalidad profundo y de efectos en el tiempo. Así, por ejemplo, la mejor forma de convencer a los hombres que trabajan en un ambiente laboral tradicionalmente masculino de que las mujeres son igualmente capaces para ese trabajo, es mediante la experiencia práctica de observar mujeres desempeñándose con éxito en ese ambiente. Ese aprendizaje no sólo es invaluable, sino probablemente mucho más profundo y duradero en el tiempo que la mera repetición automática y semiconsciente de ideales de igualdad.

En cuarto lugar, la DP permitiría el mejor desarrollo de las potencialidades de toda la población, con el consecuente beneficio general. Se trata este de uno de los grandes problemas de la marginación, la cual provocaría la pérdida de grandes y diversos talentos, los cuales quedarían ocultos tras una raza, sexo, etnia, religión, etc. La DP permitiría rescatar tales capacidades y brindarles la posibilidad de su completo desarrollo para el mayor beneficio individual y social.

En definitiva, la DP demostraría en los hechos una serie de consecuencias positivas, un conjunto de avances en el terreno de la justicia existente en una sociedad. Se trataría, por tanto, de una herramienta adecuada para los fines que justificaron su creación.

IV. Razones en contra de la discriminación positiva

1. El fin no justifica los medios: incompatibilidad de la DP con el bien común

La DP se presenta como un medio necesario para la superación efectiva de diversas formas de discriminación sistemática históricamente presentes en una sociedad. Sin embargo, sabemos que no todas las herramientas son aceptables, por muy loable y legítimo que sea el fin perseguido.

Particular relevancia adquiere en este contexto la noción de bien común, en cuanto finalidad última del Estado y de su actuar. Aquel se entiende como “*las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible*”³³ (artículo 1° de la CP), el que a su vez supone el irrestricto respeto a los derechos y garantías que emana de la naturaleza humana (artículos 1° y 5° de la CP). Es claro, por tanto, que toda política pública debe considerar el carácter único e irrepetible de cada ser humano, y que por tanto no es posible beneficiar a un grupo mediante el sacrificio y la anulación de uno o varios individuos.

Aquel es justamente el problema de las variadas formas que puede adoptar la DP. Invocando el bien de la comunidad, y de ciertos grupos de la misma (los tradicionalmente desfavorecidos), intentan validar instrumentos que perjudican desproporcionadamente a ciertos individuos.

Veamos un ejemplo. Imaginemos que una universidad decide que el ingreso a la carrera de ingeniería debe reflejar un 40% de mujeres (i.e., un 40% de los alumnos de primer año deben ser mujeres). Supongamos que existen 100 cupos en esa carrera y que aplicando exclusivamente el criterio de mayor puntaje en la PSU habrían entrado 80 hombres y 20 mujeres. La nueva política de discriminación positiva obligaría a dejar fuera a 20 de aquellos hombres y a aceptar 20 mujeres con puntaje más bajo. ¿Sería ello compatible con el bien común? Nos parece que no. Si bien la política en cuestión puede estar animada en un interés legítimo (e.g., corregir aquellas diferencias que explican que sólo 20 mujeres obtengan suficiente puntaje en la PSU para entrar a la carrera de ingeniería), la carga que se impone a ciertos individuos (i.e., los hombres que deberán ceder su cupo) es demasiado onerosa. En otras palabras, se hace pagar a unos pocos la “cura” de un mal del que debiera responder toda la sociedad (i.e., la discriminación en contra de la mujer).

Las razones por las cuales las mujeres, en el ejemplo sugerido, obtienen menores puntajes en la PSU pueden ser variadas. Su remedio y corrección deben ser una preocupación prioritaria del Estado y de la sociedad. Pero ello no significa que aquellos puedan descargar su responsabilidad descansando en el sacrificio de unos pocos individuos. El medio elegido no es jurídica ni moralmente correcto. En el ejemplo ofrecido, la acción estatal podría dirigirse, por ejemplo, a la mayor

³³ Esta noción de bien común fue intensamente debatida en la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, imponiéndose la visión de incluir una definición en el texto constitucional que diera cuenta de la necesidad de armonizar el bien de la colectividad con el bien particular de cada individuo. Véase, por ejemplo, la intervención del comisionado Guzmán en la sesión 45. El origen doctrinal de este concepto debe buscarse en *Gaudium et Spes*, donde se define bien común como “*el conjunto de condiciones de la vida social, que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros, el logro más pleno y más fácil de la propia perfección*”, CONCILIO VATICANO II (1965).

fiscalización en materia educacional en los colegios de mujeres, o en la entrega de incentivos a las madres que deseen estudiar, o incluso en la modificación de la PSU para incluir otros factores de capacidad que pudiesen estar más igualitariamente distribuidos entre los sexos, entre otros. Todas estas medidas, y muchas más que pueden idearse, no presentan el inconveniente de cargar todo el peso de la corrección de una desigualdad histórica sobre los hombros de unos pocos individuos. No es justo ni proporcionado. Peor aún, para tales individuos el daño puede ser serio. Y más nefasto si tales personas pertenecen a otros grupos desfavorecidos (e.g., provienen de estratos socioeconómicos bajos, o de minorías étnicas), ya que en tales casos se intentaría corregir una desigualdad profundizando otra, y sabemos que no se desviste un santo para vestir otro.³⁴

El perjuicio es severo en el contexto de la medida, toda vez que no admite acomodo ni compromiso posible: los hombres afectados son totalmente excluidos de la posibilidad de estudiar esa carrera por el sólo hecho de ser hombres. Este punto es importante, por cuanto nos permite situar el problema en su correcta dimensión. En efecto, el fin de lograr un acceso más igualitario a la educación superior puede perseguirse implementando diversas medidas, tales como las mencionadas previamente. Sin embargo, la característica fundamental o pecado mortal del sistema de cuotas en comento es que su forma de alcanzar el fin propuesto es mediante la exclusión de hombres que, según las reglas del juego vigentes y sostenidas por el Estado (selección según puntaje PSU), habían obtenido el derecho a admisión.³⁵ El perjuicio es manifiesto, y obedece a una lógica similar al desconocimiento de derechos adquiridos.

La DP, por tanto, olvida que el bien común supone siempre el bien de todos y cada uno, y que por tanto nunca será justificable utilizar a las personas como medios para alcanzar un fin "superior". Puede ser el camino aparentemente más rápido, efectivo y por tanto tentador... pero no es legítimo. En palabras del juez norteamericano más influyente en materia de DP, al menos en el contexto de la discriminación racial: "Nothing in the Constitution supports the notion that individuals may be asked to suffer otherwise impermissible burdens in order to enhance the societal standing of other ethnic groups" [*No existen*

³⁴ HART (1974), p. 736, *The Constitutionality of reverse racial discrimination*, señala el caso de normas que a primera vista perjudican a los blancos en favor de los negros, pero que en la práctica demuestran que los perjudicados son un grupo de blancos que no tiene acceso a la representación política necesaria para influir en la institución que adoptó la medida de DP, y que es a su vez objeto de perjuicio y discriminación.

³⁵ En el debate norteamericano sobre la DP, se ha dado gran importancia al medio específico elegido para lograr mayor igualdad, y en particular a la carga que impone sobre los perjudicados por la medida de DP. Véase por ejemplo la opinión del juez Powell en *Regents of the University of California v. Bakke* (1978) y contrástesela con el fallo de mayoría redactado por O'Connor en *Grutter v. Bollinger* (2003).

bases constitucionales para imponer a los individuos cargas insoportables con el fin de mejorar la posición de otros grupos étnicos].³⁶

A mayor abundamiento, debemos recordar que el bien común incluye el pleno respeto de los derechos fundamentales. En el ejemplo propuesto, el derecho a la igualdad de los hombres se ve seriamente afectado, ya sea en su vertiente de igualdad de oportunidades (esencialmente vinculada al acceso a la educación), como en cuanto igualdad de trato (existiría un grupo perjudicado por el solo hecho de ser tal).

En razón de todo lo anterior, sostenemos que la DP es muy difícilmente conciliable con las exigencias que impone el bien común, criterio ordenador final de toda la actividad estatal.

2. No es un método suficientemente refinado o preciso

La DP es una herramienta que presenta una serie de imperfecciones, la seriedad de las cuales se ve resaltada en razón de su capacidad de vulneración de derechos fundamentales, cuestión que la vuelve incompatible con nuestra CP.

Analizaremos brevemente algunas de tales imperfecciones.

a) Confusión en cuanto a sus finalidades

Uno de los grandes problemas de la DP es que no obedece a fines claros y definidos. Por el contrario, distintas aplicaciones o medidas propias de DP responden a diversas y en ocasiones contradictorias finalidades.

i) La compensación por discriminaciones pasadas de grupos

Una alternativa es concebir a la DP como una forma de compensar las discriminaciones sufridas históricamente por ciertos grupos. En términos simples, la argumentación sería la siguiente: los indígenas (las mujeres, etc.) han sufrido siglos y siglos de discriminación por parte de las mayorías o minorías dominantes. Por tanto, nada sería más justo que invertir tal discriminación con el objeto de que los actuales miembros de aquellos grupos perjudicados obtengan beneficios a costa de individuos pertenecientes a los grupos históricamente beneficiados.

Esta visión, que a primera vista –y erróneamente– guardaría cierta relación o

³⁶ Opinión del juez Powell en *Regents of the University of California v. Bakke* (1978). Traducción libre.

similitud con una concepción de justicia conmutativa, presenta una serie de inconvenientes. En primer término, no existe base constitucional alguna que permita que ciertos individuos paguen por los errores de otros, aun cuando pertenezcan al mismo grupo de referencia (e.g. social, racial, sexual). En otras palabras, los hombres actuales no son culpables de la discriminación ejercida por los hombres de épocas pasadas en contra de las mujeres de aquellos tiempos, y no existe un vínculo tal entre los hombres actuales y pasados que permita transferir responsabilidad de estos a aquellos.³⁷ Dicha transferencia no sólo es contraria a caros principios jurídicos (tales como la subjetividad de la responsabilidad, el carácter personalísimo de ésta, la necesidad de antijuridicidad de la conducta al momento de su ocurrencia, entre otros), sino que repugna al sentido común, particularmente de aquellos individuos miembros de los grupos dominantes que se hayan comprometidos con la igualdad étnica, racial, sexual, social, etc. Podríamos graficar el pensamiento de tales sujetos de la siguiente forma: "si yo soy un hombre blanco que no he sido nunca racista o sexista en mi vida, y lo he demostrado de tal y cual forma, ¿por qué debiera ser castigado por el ordenamiento jurídico en razón del racismo o sexismo de mis antepasados?"

Ahora bien, la idea de compensación de discriminación pasada tiene otra vertiente, cual es subsanar o reparar el daño sufrido por los grupos discriminados, el cual los ha dejado en una permanente situación de inferioridad. Es así como la forma de indemnizar o enmendar la discriminación histórica sufrida, por ejemplo, por los mapuches en Chile, es entregar a los mapuches actuales una serie de beneficios.

Si bien esta versión es constitucionalmente menos maligna que la anterior, en cuanto excluye la "transmisión de culpa" o de responsabilidad, tampoco existen bases constitucionales que le sirvan de fundamento. Hay, sin embargo, una diferencia importante: la Constitución no prohíbe, en principio, beneficiar a ciertas personas por el sólo hecho de compensar el daño sufrido por los antepasados siempre y cuando ello no implique la vulneración de los derechos de otros (cuestión que es de la esencia de la DP, según la definiéramos al comienzo de este artículo). Ejemplos de lo anterior serían el fomento de la escolaridad mapuche en Chile mediante la destinación de fondos especiales para ello, o el establecimiento de becas para el aprendizaje del idioma aymará. Estas políticas públicas están dentro del universo elegible por el Gobierno, ya que se sitúan dentro del marco mínimo de razonabilidad exigido a la actividad ejecutiva-administrativa. Sin embargo, sería más conveniente que aquellas respondieran

³⁷ Aun la responsabilidad civil, que es relativamente más susceptible de "transferencia", exige cierta clase especial de vínculo entre el responsable original y el "derivado", tal y como la calidad de heredero, empleador, etc.

a otro tipo de finalidades, tales como garantizar la igualdad de oportunidades, antes que a la mera compensación de discriminaciones pasadas.

En definitiva, la lógica de la compensación se presenta, en el mejor de los casos, como pobre sustento de políticas públicas que no serían propiamente DP, y en el peor, como derechamente inconstitucional.

ii) La compensación por discriminaciones pasadas de individuos

Otro de los fines que puede invocar la DP es remediar la discriminación pasada sufrida por las mismas personas que acceden al beneficio en cuestión. Es decir, ya no se trata de una suerte de transferencia de haberes y deberes a través de generaciones, sino de compensar a la misma víctima de la discriminación presente en una sociedad.

En nuestra opinión, la finalidad señalada es constitucionalmente aceptable. Es más, tal compensación podría incluso ser exigida por las nociones más fundamentales de igualdad (como valor y como derecho), justicia y no discriminación.

iii) La futura igualdad de grupos hoy discriminados

Otra finalidad que suele invocar la DP es la promoción de la igualdad a futuro de los grupos discriminados. De esta forma, las acciones de DP serían contribuciones a un proyecto mayor que debiera culminar con la completa integración de los grupos desfavorecidos en un pie de igualdad. Es necesario considerar que el mero cese de las prácticas discriminatorias no deja a los perjudicados en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad en forma inmediata; las consecuencias de la discriminación son duraderas en el tiempo, y su eliminación requiere un esfuerzo especial.³⁸ A diferencia de la finalidad anterior, el

³⁸ Ello queda graficado en el ejemplo presentado por GREEN (1998), pp. 121-122, donde señala: *"La principal Universidad Estatal, una universidad pública donde sus alumnos son todos de raza blanca, está jugando un partido de fútbol americano con la Universidad Deltaville, una pequeña universidad de alumnos de raza negra. Al término de la primera mitad, la puntuación es 54-0 para la Universidad Estatal, una diferencia marcada no sólo por el hecho de que la Universidad Estatal es una Institución mucho más grande, sino por el relevante factor de que la Universidad Estatal jugó toda la primera mitad del juego con catorce hombres en el campo [tres más que el otro equipo], siendo su razonamiento que los negros son personas "inferiores" a quienes no debería permitírseles jugar contra blancos en igualdad de condiciones; de hecho, ellos deberían sentirse privilegiados de estar jugando con ellos. En el entretiempo, Deltaville obtiene una declaración judicial donde el juez sostiene que el juego ha sido injusto: 'El fútbol americano', señala el juez, 'es un juego que no distingue razas (color-blind), pensado para ser jugado por once jugadores por lado, ni más ni menos'. El entrenador de la Universidad Estatal acepta la decisión gentilmente y dice, 'salgamos y juguemos el juego'. 'Espere un minuto', contesta enojado el entrenador de Deltaville, 'ustedes debieran jugar la segunda mitad con ocho jugadores, sólo así será justo.' Entonces el entrenador de la Universidad Estatal termina la corta discusión señalando*

foco no es la persona en sí misma, sino su grupo de referencia, y por tanto los beneficios a individuos concretos sólo adquieren sentido en la medida en que su grupo efectivamente mejore su posición.

La valoración constitucional de esta finalidad es algo ambigua. En principio, comparte la legitimidad de la finalidad precedente en cuanto se vincula a la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades para todos, así como la integración armónica de todos los sectores de que nos habla el inciso 4° del artículo 1° de la Constitución. Por otra parte, sin embargo, debemos insistir en la necesidad de dar primacía a la persona por sobre su pertenencia a determinados grupos y el beneficio de estos últimos. En otras palabras, la persona debe mantener siempre el protagonismo en el diseño e implementación de las políticas públicas. Ello no se opone, por supuesto, al resultado agregado de una política pública que afecta a diversos individuos, pero nos obliga a mantener la atención en estos últimos. Lo anterior nos permite prevenir ciertos vicios que pudieran producirse. Por ejemplo, se impide que un determinado mecanismo de DP se suspenda o termine en cuanto se cumplan ciertas metas "macro" de integración del grupo de referencia, sin tomar en cuenta su aplicación igualitaria a los individuos que componen dicho grupo. Adicionalmente, permite perfeccionar las políticas específicas de DP para hacerla sensible a las características particulares de los integrantes del grupo que se quiere beneficiar. De este modo, un beneficio otorgado genéricamente a las mujeres, por ejemplo, podría focalizarse en aquellas mujeres que además son indígenas, o madres solteras. Una aproximación "individual" a estas situaciones permite resultados más acordes a los fines de justicia e igualdad que invoca la DP, y que exige nuestra Constitución.

En razón de lo anterior, sostenemos que la plena constitucionalidad de la finalidad en análisis exige entender a aquella de una forma levemente distinta. En efecto, lo que corresponde no es aspirar a la igualdad de los grupos discriminados en sí, sino a la igualdad de las personas que constituyen tales grupos en relación tanto a quienes no pertenecen a tales sectores, como a quienes sí pertenecen.

iv) La igualdad de oportunidades

La aclaración precedente nos lleva a la finalidad más general de las utilizables para justificar la DP, cual es la igualdad de oportunidades. Sabemos que este es

con autoridad: 'Ustedes escucharon lo que el juez dijo; el fútbol americano supone ser jugado con once jugadores, de cualquier otra forma, es injusto. Además es un juego que no distingue razas, ustedes no obtendrán tres jugadores extra sólo porque son negros. Dejen de lloriquear, salgamos y juguemos. Sólo están ocho touchdowns abajo' " (Traducción libre).

un concepto complejo, que muchos presentan como una respuesta evolutiva a la dialéctica entre igualdad formal e igualdad sustancial. Sin perjuicio de remitirnos en esta materia a lo señalado en el primer numeral de la sección III de este mismo texto, cabe recordar que esta finalidad es plenamente compatible con nuestra CP. Dicho texto señala expresamente en su artículo 1° inciso 5° que es un deber del Estado “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, con lo cual impone al Estado la obligación de realizar acciones positivas destinadas a garantizar este derecho.³⁹ En este contexto, la DP se presenta como uno de los instrumentos a disposición del Estado.⁴⁰

v) Otras finalidades: EEUU

Existen otras finalidades para la DP. La tradición norteamericana ha identificado la diversidad, la necesidad de atenuar la insuficiente o disminuida representación de ciertos grupos en variados contextos, la necesidad de crear líderes de comunidades marginadas, entre otros. La primera de ellas, la diversidad, ha sido especialmente invocada en el contexto de la educación y en relación a la raza,⁴¹ y en particular dentro del proceso de admisión a universidades de elite. Tales procesos aplican mecanismos de DP para obtener un cuerpo estudiantil suficientemente diverso, vale decir, integrado por distintos grupos raciales. Cada grupo debería contener un número de individuos suficiente para formar una “masa crítica” y no constituir una mera representación simbólica.⁴² Las universidades que invocan esta finalidad afirman que la diversidad es necesaria para otorgar una mejor y más completa educación, con lo que convierten a la DP en una medida necesaria para lograr su fin propio en cuanto instituciones educativas. En todo caso, esta justificación no está exenta de importantes críticas en EEUU.⁴³

La segunda finalidad de origen típicamente norteamericano es la necesidad de solucionar la menguada representación de ciertos grupos en el contexto laboral, estudiantil y dirigente. Se refleja aquí la aspiración de integrar a todos los sectores a la población laboralmente activa, y más aún, de aprovechar

³⁹ COMISIÓN DE ESTUDIO PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1973-1974), sesión 40 p.19 y sesión 45 p. 15. Véase también SILVA (1997), Tomo IV, pp. 70 y ss.; CEA (2002), Tomo I, pp. 186 y ss.; y *Sentencia Rol 185-1994* (2007): Tribunal Constitucional de Chile, 28 de febrero de 1994 (Control de constitucionalidad, Ley 19.300).

⁴⁰ ZUÑIGA (2002), p. 248.

⁴¹ *Grutter v. Bollinger* (2003); *Gratz v. Bollinger* (2003); *Parents involved in community schools v. Seattle School district N° 1* (2007).

⁴² Particular análisis sobre esta finalidad se puede apreciar en los casos *Grutter v. Bollinger* (2003) y *Gratz v. Bollinger* (2003).

⁴³ VOLOKH (1996); *Grutter v. Bollinger* (2003), voto de Rehnquist. Véase también opinión de Joseph Brown, SJ en *Affirmative Action Symposium* (2004).

al máximo las capacidades de cada individuo y de los distintos grupos en el esfuerzo común de contribuir al proceso económico nacional. Esta aspiración potenció con fuerza el desarrollo de la DP durante las décadas que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, primero en relación a las personas de raza negra y después también a las mujeres.⁴⁴

Otra finalidad de la DP sería la formación de líderes provenientes de los diversos grupos sociales, los cuales sirvan de modelo a sus respectivas comunidades. Tales líderes serían capaces de integrarse a la elite, y por tanto darían cuenta de que es posible la plena inclusión de los miembros de tales grupos a la sociedad.

Desde la perspectiva chilena, las finalidades propiamente norteamericanas antes mencionadas pueden resultar algo extrañas. Sin embargo, nos parece que todas ellas podrían ser legítimas y constitucionalmente aceptables en la medida que se convierten en aplicaciones particulares de los deberes del Estado contemplados en el artículo 1° inciso 5° de la CP y del bien común en general.

vi) Comentarios finales

Para concluir esta sección, sostenemos que la finalidad que pudiese invocar la DP que más se adecua a nuestra normativa constitucional es el aseguramiento de la igualdad de oportunidades. No obstante lo anterior, otras de las finalidades enunciadas pueden ajustarse a la CP en cuanto concreciones particulares del Bien Común, siempre y cuando su implementación no signifique imponer gravámenes desproporcionados sobre ciertos integrantes de la comunidad o afectar sus derechos fundamentales. Lo que sí resulta primordial es identificar con claridad la (o las) finalidad (es) que inspira (n) una determinada política de DP (cuestión normalmente difusa), con el objeto de poder evaluar con certeza la adecuación entre el fin invocado y los medios elegidos para su concreción. Dicha congruencia es una cuestión fundamental dentro del análisis que gatilla cada uno de estos mecanismos de DP, particularmente en relación a la potencial limitación o afectación de derechos de terceros.

b) Problemas de categorización

La DP supone la identificación de ciertos grupos desfavorecidos, los cuales se contrastan con otros grupos que no sufren de tal desventaja. Funciona, por tanto, en una estructura algo maniquea: negros-blancos, mujeres-hombres, judíos-cristianos, etc.

⁴⁴ BOWEN y BOK (1998), capítulos II y III.

Esta estructura, sin embargo, presenta una serie de problemas. En primer término, ¿cómo identificamos a los grupos que requieren o merecen una especial protección vía DP?, ¿cuánta discriminación es necesaria, y cómo la medimos? Evidentemente se trata de una materia esencialmente controvertida, que por lo mismo pareciera propia de la decisión política, con los riesgos que ello supone. En general, los tradicionalmente beneficiados han sido comunidades étnico-raciales y la mujer. Sin embargo, la lógica de la DP es perfectamente extensible a otros grupos, tales como religiones minoritarias,⁴⁵ sectores socio-económicamente débiles, habitantes de zonas geográficas extremas, entre muchos otros.

Ahora bien, los factores que se utilizan para identificar grupos marginados pueden ser muy diversos. Algunos parecieran ser “naturales” o “impuestos por la naturaleza”: raza y sexo. Otros son más bien elegidos: religión, orientación sexual, lugar de residencia. Algunos son una mezcla entre condicionamiento social y alguna cuota de decisión personal: bajo nivel socio-económico. Por tanto, es imposible sostener que existe un criterio, o una clase de criterio uniforme, más allá de la sola desventaja social en que se encuentran todos estos grupos. Incluso el concepto de minoría no es generalizable a todos los grupos considerados, como lo prueba el caso de las mujeres, o de los negros en la Sudáfrica del *Apartheid*. Y por supuesto que ser minoría no es sinónimo de sujeto de discriminación *per se*.

Cabe considerar que diversas sociedades reconocen y dan mayor o menor importancia a distintos elementos o criterios de los mencionados (o a otros). Los “naturales” son los de mayor importancia y aceptación a nivel comparado, cuestión que puede vincularse tanto a su evidencia (no se puede ocultar la raza como sí se puede la religión o la residencia) como a la tremenda injusticia que conlleva ser perjudicado por algo que no se puede cambiar de ningún modo. En palabras de Dworkin, defensor de la DP: “Racial discrimination expresses contempt, and it is deeply unjust and wounding to be condemned for one’s natural properties” [*La discriminación racial expresa desprecio, y es profundamente injusto e hiriente ser condenado por características que son impuestas por la naturaleza*].⁴⁶

Sin embargo, más allá de las categorías “naturales” (fundamentalmente raza y sexo) todo comienza a ser muy discutible y casuístico.

La dificultad anterior se agudiza notoriamente si consideramos que la aplicación de la mayoría de los criterios mencionados no arroja respuestas químicamente

⁴⁵ VOLOKH (1996).

⁴⁶ DWORKIN (2000a), p. 407. Traducción libre.

puras, incluso de aquellos que hemos denominado “naturales”. Supongamos que una sociedad decide implementar DP a favor de las personas de raza negra... ¿se aplica ello a los mulatos?, ¿puede establecerse un porcentaje mínimo de sangre negra –suponiendo que ello pueda calcularse de alguna forma– para acceder a tales beneficios?, ¿o será más importante el contexto social de la persona mestiza, i.e. su efectiva convivencia en el seno de una familia negra en un barrio negro? Por otra parte, ¿qué sucede si la persona de raza negra que postula a un beneficio es médico egresado de una excelente universidad y tiene ingresos que lo sitúan entre el 5% más rico de la población?, ¿puede aún calificar como beneficiario de DP por el sólo hecho de ser negro?; ¿dónde trazar la línea entre negros efectivamente marginados y quienes no lo están? Las últimas preguntas son igualmente aplicables al sexo: ¿toda mujer debe por ese solo hecho ser sujeto de DP, o es necesario un contexto efectivo de discriminación? En el caso de otros factores, tales como la religión, el problema se agudiza. ¿Cómo comprobar la seriedad y veracidad de las creencias?, ¿qué sucede si una persona cambia de religión?, ¿pierde los beneficios?, ¿debe restituir lo recibido? En fin, los problemas de determinación de los beneficiados son serios, lo que a su vez abre amplias posibilidades para el surgimiento de abusos de la más diversa índole por parte de todos los involucrados (e.g., postulantes, funcionarios evaluadores, diseñadores de las políticas de DP).⁴⁷

Cabe agregar dos dificultades adicionales. En primer término, la posible superposición entre las categorías o grupos seleccionados. En efecto, una persona de ascendencia mapuche puede a la vez ser mujer, Testigo de Jehová y hallarse en situación de miseria. La pregunta evidente en estos casos es si existe un factor que sea determinante por sobre el resto, o si aquella persona puede acumular los beneficios que le corresponderían por cada una de sus “calidades”, cuestión que debiera depender de las finalidades que se busquen con cada una de los mecanismos de DP en juego, y de la gravedad de las discriminaciones involucradas. Ahora bien, lo anterior nos demuestra que una política coherente de DP debe necesariamente tomar en cuenta las posibles superposiciones de categorías beneficiadas que pueden producirse, y dejar de considerar a los grupos sociales en cuestión como compartimentos estancos. Ello plantea, sin embargo, problemas de diseño y aplicación de políticas públicas que pueden tornarse insolubles, los que a la vez se relacionan con la importancia relativa de cada criterio de asignación de beneficios especiales: ¿requieren más consideración los indígenas o las mujeres?, ¿las minorías religiosas o los indigentes?, ¿es peor la discriminación racial que la sexual?,⁴⁸ ¿en qué contexto?, etc.

⁴⁷ El mismo Dworkin reconoce este peligro. DWORKIN (2000a), p. 406.

⁴⁸ Si bien a nivel teórico toda forma de discriminación es igualmente inaceptable, la diversa situación de marginación de los grupos afectados en cuanto a su intensidad, persistencia y extensión, puede justificar importantes diferencias de prioridad. Recordemos que la DP es una política pública.

La segunda dificultad consiste en el carácter esencialmente evolutivo de los criterios y grupos beneficiarios de DP. Así, por ejemplo, los judíos han sido en diversas épocas perseguidos y marginados. En otras, sin embargo, han podido integrarse con gran éxito en las elites dirigentes. Es así como en la actualidad, por ejemplo, los judíos no pueden alegar con éxito ser parte de los grupos desfavorecidos de la sociedad norteamericana, como sí podrían hacerlo aquellos que viven en Irán. A la inversa, grupos tradicionalmente dominantes en ciertos países africanos se han convertido en objeto de violenta discriminación (e.g. tutsies en Ruanda). En definitiva, la evolución propia de las sociedades obliga a la constante revisión de las políticas de DP (véase la sección II.4 precedente). Lo anterior supone enfrentar la dificultad de determinar en qué momento un nuevo grupo ha comenzado a, o un antiguo sector ha dejado de ser objeto de una discriminación sistemática.

El conjunto de dificultades antes señaladas demuestran, a nuestro juicio, que resulta imposible generar un sistema coherente de discriminación positiva que sea fiel al ideal de justicia que propugnan sus defensores. Se trata de una herramienta demasiado gruesa que ignora distinciones fundamentales y cambiantes, y que no es capaz de integrar en un modelo sistemático y coherente el conjunto de políticas benéficas que debieran destinarse a los diversos grupos que las merecen y requieren.

3. Falta de la consideración debida al individuo y a su dignidad

El error conceptual y axiológico más grave de la DP es la consideración de la persona en función de un grupo de referencia, y no como personas únicas e irrepetibles, dotadas de una dignidad tal que impide su utilización como medio para lograr otros fines. A nuestro juicio, dicha concepción presenta dos consecuencias fundamentales:

a) Desconocimiento de la compleja multidimensionalidad de la persona

Con el objeto de lograr la mayor integración de los sectores desfavorecidos de la sociedad, la DP tiende a considerar a las personas según pertenezcan o no a tales grupos. Dicha pertenencia se convierte en el dato fundamental, necesario y suficiente, para la aplicación de políticas de DP.

Como consecuencia de lo anterior, la DP nos obliga a considerar a las personas parcialmente, omitiendo todos aquellos aspectos que no digan relación con el criterio que sirve de base para la identificación del grupo beneficiado por la DP. Es así como la persona llega sólo a ser un indígena, una mujer, un Testigo de Jehová, un indigente. El resto de las características de la persona no interesa.

La no consideración de cada persona como única e irrepetible, sin embargo,

es una simplificación inaceptable y peligrosa no sólo a nivel conceptual, sino que produce nefastas consecuencias en el diseño y aplicación de programas y herramientas específicas de DP. En efecto, si el único criterio relevante para conceder un beneficio es la pertenencia a un grupo, se dejan de tomar en consideración elementos que pueden ser tanto o más importantes que dicha pertenencia para determinar el grado de discriminación y la necesidad de acciones afirmativas.

Así, por ejemplo, supongamos que la realidad educacional de la población rural mapuche es extremadamente deficiente, lo que lleva al desarrollo de una política de DP consistente en asegurar un 10% de los cupos de las universidades estatales a los miembros de esa etnia, a quienes adicionalmente no se les cobrará arancel universitario. La lógica de la DP es simple: los mapuches están en una situación educacional muy desfavorecida, dentro de un contexto más general de persistente discriminación, y por la vía señalada se entregarán a tales personas las oportunidades y los recursos necesarios para mejorar su situación e integrarlos de mejor forma a la vida nacional.

El problema se produce, sin embargo, por la extrema simplificación sobre la que se construye este ejemplo de DP. En este caso, "mapuche" se hace equivalente a "menos educado" y con menos recursos económicos. La realidad es más compleja. Muchos mapuches viven en ciudades, han educado a sus hijos en colegios buenos o al menos de calidad mediana, algunos incluso han amasado fortunas... Tales familias mapuches no necesitan de una medida de DP para que sus hijos vayan a la universidad; aquellos ingresarán por sus propios medios y no tendrán problemas mayores al resto de la población para pagar por su educación. Sin embargo, lo más probable es que sean justamente estas familias las que más se beneficien de una política de DP como la señalada. En efecto, normalmente se tratará de familias sustancialmente más cercanas a la realidad universitaria, y que por tanto consideran mucho más frecuentemente dentro de su horizonte de aspiraciones la educación superior de sus hijos. Ello contrasta con la situación de las familias situadas en el entorno rural, que carecen de recursos y de proximidad al mundo universitario. De esta forma, lo esperable sería que el 10% de cupos se asigne en su totalidad, o al menos en su gran mayoría, a sujetos que no las necesitan y que en todo caso no son los destinatarios que inspiraron y justificaron la DP en comento. Se manifestaría, por tanto, un grave problema de focalización, por cuanto se trataría de políticas públicas que no lograrían beneficiar a quienes inspiraron y justificaron su diseño e implementación.

Los problemas anteriores se producen por cuanto la calidad de mapuche no es suficiente para asegurar, en los hechos, falta de oportunidades o marginación severa. El análisis debe hacerse caso a caso, y debe considerar otras caracte-

rísticas tales como la situación económica, el nivel cultural de la familia, las capacidades, etc. Solo así el beneficio llegará efectivamente a quien más lo necesita y responderá debidamente a la justificación de asegurar la igualdad de oportunidades.

Más aún, un análisis individualizado permite asegurar que otras personas, quienes no forman parte del grupo beneficiado, no se vean privadas de sus oportunidades y derechos a favor de otros que se encuentran en una situación similar o superior. En el ejemplo propuesto, la cuota del 10% puede significar el rechazo de una mujer caucásica que proviene de una familia de bajos ingresos, a favor de un mapuche que proviene de un colegio y de una familia de elite. Tales resultados son abiertamente contrarios a las nociones más elementales de justicia y contribuyen decididamente al desprestigio y rechazo de la DP.

Como se puede colegir del ejemplo, las cuotas suponen la versión más extrema de la DP en cuanto no permiten jamás un examen caso a caso, subsumiendo completamente al individuo dentro de una categoría (e.g., mujer, indígena), y provocando un gran riesgo de beneficiar a personas que no necesitan mayor protección, perjudicando a individuos más vulnerables. Es por ello que incluso en EEUU, país que más ha desarrollado la DP, se ha rechazado sistemáticamente la constitucionalidad de las cuotas. La razón es que tales mecanismos carecen de la flexibilidad necesaria para considerar las características personales de los involucrados, tanto de los miembros del grupo beneficiado como de quienes podrían resultar excluidos en favor de aquellos.⁴⁹

En síntesis, la exclusividad e irrepetibilidad de cada persona dificultan enormemente el diseño e implementación de mecanismos de DP, las que por su naturaleza tienden a simplificar al máximo la personalidad humana, restringiéndola a sólo una característica relevante: la pertenencia al grupo discriminado que se desea beneficiar.

b) Derechos grupales versus derechos individuales

La consideración de la persona exclusivamente en relación a su grupo de referencia explica por qué la DP se vincula íntimamente a una pseudonoción de derechos grupales. Al señalar que “las mujeres”, “los indígenas” y demás desfavorecidos tienen derecho a la igualdad de oportunidades, pareciera ser que tales facultades corresponden a un ente difuso conformado por individuos, y no a los sujetos individualmente considerados que componen cada uno de esos grupos. Lo anterior dista mucho de ser una mera disquisición sin mayor

⁴⁹ Ver *Regents of the University of California v. Bakke* (1978), opinión del juez Powell; *Gratz v. Bollinger* (2003), e indirectamente *Grutter v. Bollinger* (2003).

consecuencia. En efecto, cabe recordar que la DP produce efectos perniciosos sobre ciertas personas, i.e., aquellos que se ven desplazados o perjudicados en razón del beneficio que se otorga a los miembros de las minorías o comunidades desfavorecidos. Ahora bien, para justificar ese perjuicio, la DP enfrenta el interés individual de esa persona con el interés del grupo beneficiado. De esta forma, crea un escenario que le es moralmente favorable, ya que se sitúa al sujeto perjudicado en contraposición al bien de un conjunto. En términos simples, el conflicto no se traba entre dos personas con derechos similares, sino que entre una persona y un conjunto de personas. Naturalmente, esa forma de presentar el problema produce una simpatía o inclinación natural al derecho del grupo de personas, y una cierta animadversión hacia el individuo que “egoístamente” opone su interés particular al de un conjunto.

Volvamos por un momento a nuestro ejemplo de la cuota de 40% para la admisión de mujeres a la carrera de ingeniería. Imaginemos que uno de los hombres que debiendo haber entrado por puntaje, y que se lo excluyó en razón de la cuota, reclama argumentando que sus derechos han sido desconocidos y vulnerados. La defensa de la DP opondrá a tales derechos aquellos pertenecientes “a todas las mujeres”. De esa forma, el conflicto se plantea entre “todas las mujeres” o “el derecho de la mujer a la igualdad”, y los derechos de un individuo. Las consecuencias políticas y jurídicas de tal escenario son fáciles de entrever, así como el relativo fortalecimiento de la postura a favor de la DP. En efecto, si todas las mujeres han sido permanente y repetidamente discriminadas, ¿cómo no va a ser justo y correcto imponer una mayor igualdad mediante medidas generales de DP, aun si eso significa el sacrificio aislado de algunos sujetos?

Esta visión es errónea e incompatible con nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, para la CP no existen tales “derechos grupales”,⁵⁰ sino sólo “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (artículo 5° de la CP). De esta forma, sólo las personas, no los grupos, poseen derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la igualdad de trato y a la igualdad de oportunidades. Este principio básico, común a doctrinas tan disímiles como el liberalismo y el iusnaturalismo, no ha sido puesto en duda en forma seria y está firmemente enraizado en la conciencia jurídica nacional y comparada.

Regresemos una vez más al ejemplo de la cuota de mujeres en ingeniería y al reclamo interpuesto por el hombre que debió ceder su cupo a una mujer

⁵⁰ Si bien se ha defendido la existencia de instituciones afines, como los intereses difusos y los derechos de tercera o cuarta generación, aquellas no guardan relación con el derecho a la igualdad que opera como columna vertebral de la argumentación en favor de la DP. A su vez, el fundamento de los derechos de las personas jurídicas obedece a una matriz diversa, y que se reconduce a los derechos de las personas que las forman o integran.

que obtuvo menos puntaje en la PSU. Al momento de identificar el conflicto jurídico en cuestión, no debemos ya enfrentar un bien o derecho individual a otro de carácter grupal y por tanto comprensivo de muchos bienes o derechos individuales. Por el contrario, el problema se produce entre un bien o derecho individual (del hombre excluido) y otro bien o derecho individual (de la mujer incluida). Esta es la única forma de plantear la cuestión de una manera que sea en forma respetuosa de la dignidad humana y de los derechos que de ella emanan.

No está de más recordar a este respecto que escenarios como los planteados por los partidarios de la DP, en cuanto conflicto entre los derechos del individuo y del grupo, han tenido consecuencias nefastas en la historia de la humanidad. Baste recordar la experiencia de los sistemas totalitarios, quienes repetidamente utilizaron y utilizan argumentos similares para vulnerar derechos fundamentales. En contraste, si algo ha aprendido la democracia contemporánea es que sin respeto a los derechos esenciales del ser humano no hay justicia, igualdad, libertad ni paz social posibles.

4. Consecuencias no deseadas

Uno de los aspectos más polémicos en relación a la DP son la calidad, cuantificación y evaluación general de sus resultados. Si bien algo se ha avanzado en esta materia,⁵¹ la carencia de estudios pormenorizados y no generalistas en cuanto al grupo beneficiado o al contexto elegido dificultan enormemente la formación de opiniones informadas en la materia.

No obstante lo anterior, es posible identificar en forma teórica algunas eventuales consecuencias negativas de la implementación de medidas de DP. Mencionaremos brevemente algunas de ellas:

a) Exacerba odios y divisiones

Una de las grandes críticas a la DP es que en vez de contribuir a la progresiva irrelevancia de los factores raciales, sociales, sexuales, etc., pone gran énfasis en los mismos, manteniendo de esa forma su importancia para la sociedad.⁵²

Entendemos que en una sociedad ideal la raza, el sexo, la clase social, entre otros, no debieran ser elementos de importancia en la gran mayoría de las dimensiones sociales, tales como el acceso a la educación y al mercado laboral, participación en la vida política, etc. En razón de lo anterior, las normas

⁵¹ Particular mención merecen BOWEN y BOK (1998).

⁵² Reconocido incluso por algunos de los defensores de la DP. Véase DWORKIN (2000b), p. 80.

tradicionales antidiscriminatorias contenidas en nuestra CP y en tratados internacionales se concentran justamente en la prohibición de diferencias en razón de tales factores.

La DP hace exactamente lo contrario, ya que utiliza esas mismas categorías para diseñar e implementar discriminaciones, con la diferencia que ahora aquellas benefician a los grupos tradicionalmente perjudicados en razón de tales criterios. De esa forma, aquellos factores se mantienen plenamente visibles en la sociedad, consolidando las líneas divisorias en torno a los mismos. Lo anterior es plenamente aplicable a todas las formas de DP y no sólo a las cuotas, ya que todas ellas suponen “an explicit consciousness of race and some degree of preference based on perceived racial identity” [*una conciencia o reconocimiento explícito de la raza y algún grado de preferencia basado en una identidad racial que se puede percibir*],⁵³ y evidentemente que lo que se predica de la raza puede extenderse al sexo, condición social, y en general a cualquiera de los factores de diferenciación que utilice la respectiva DP.

Peor aún, las medidas de DP pueden producir rechazo y malestar en la población, y en particular en los directamente perjudicados por ellas. Incluso algunos de sus defensores la catalogan como un remedio desagradable, aunque necesario.⁵⁴ Lo anterior es la consecuencia lógica de décadas del discurso y de la lucha pro igualdad y antidiscriminación. En la medida que las sociedades se han convencido, al menos a nivel consciente y racional, que la discriminación es algo malo, algo que hay que combatir, la aplicación de medidas de DP produce una suerte de shock. Ello por cuanto se trata de implementar nuevas formas de discriminación, la cual hemos aprendido a considerar como algo intrínsecamente malo. La paradoja es evidente: ¿cómo va a ser correcto combatir la discriminación discriminando?; ¿cómo se va a remediar una injusticia cometiendo otra?; ¿cómo es posible que el derecho a la igualdad y a la no discriminación se aplique de forma tan desigual?⁵⁵

Así, por ejemplo, llevamos años convenciéndonos que hombres y mujeres son esencialmente iguales, con capacidades y talentos similares, y que los perjuicios contra las mujeres, si bien existen, deben tender a su progresiva eliminación por carecer de base racional. En este contexto, instaurar cuotas de ingreso de mujeres al trabajo o a la educación superior, u otros beneficios equivalentes,

⁵³ HUNT (2006), p. 517. Traducción libre.

⁵⁴ Cf. DWORKIN (2000a), p. 407.

⁵⁵ Paráfraseando al Juez Powel, quien señalara que “The guarantee of equal protection [norma de la constitución norteamericana que prohíbe la discriminación] cannot mean one thing when applied to one individual and something else when applied to a person of another color. If both are not accorded the same protection, then it is not equal”.

resulta inaceptable, por cuanto favorece a un grupo de la población (las mujeres) que hemos aprendido (o estamos aprendiendo) a considerar como igual a otro (los hombres).

Ciertamente la consecuencia de lo anterior es el rechazo, y en ocasiones la abierta animadversión. Dichos sentimientos hostiles pueden implicar para el grupo beneficiado por la DP un costo o retroceso aun mayor que el beneficio que se le está otorgando, sin considerar que, adicionalmente, el ambiente de esa sociedad se ha deteriorado en su conjunto, revitalizando la división entre los grupos beneficiados y perjudicados.

En definitiva, si bien la DP no es una diferencia de trato basada en prejuicios (véase sección II.2 precedente) como lo es la discriminación tradicional, ambos clases de discriminación mantienen una similitud esencial a los ojos del perjudicado. Es por ello que las medidas de DP atentan contra el discurso tradicional de la no-discriminación, haciendo objeto de resentimiento a los "nuevos privilegiados" por parte del resto de la sociedad, y de los "nuevos perjudicados" en particular.

b) Disminuye estándares de instituciones que utilizan la DP para seleccionar sus miembros

Uno de los riesgos de las políticas de DP es que aquellas prescinden de, o relativizan fuertemente, consideraciones exclusivamente meritocráticas. Si bien este último es un término cuestionado por la DP, tal y como lo analizamos en la sección correspondiente, podemos a lo menos identificar ciertos factores que en determinados contextos debieran acercarse a la idea socialmente aceptada de mérito. En síntesis, la meritocracia supone una selección fundada en la mayor adecuación objetiva del candidato en relación al lugar o posición que se pretende alcanzar. Es así, por ejemplo, como el rendimiento en la prueba PSU y las notas de enseñanza media pueden considerarse como un indicador de mérito para la entrada en la universidad. O la experiencia en un área laboral específica, los títulos universitarios y el conocimiento de idiomas ayudarían a determinar el mejor candidato para un trabajo determinado. Es cierto que los indicadores anteriores no son perfectos, incluso en el contexto puntual mencionado. Sin embargo, nos parece evidente que en la generalidad de las situaciones, ellos se acercan mucho más al ideal meritocrático y de adecuación objetiva que el uso de factores como la raza, el sexo o la condición socio-económica.

Por tanto, si bien concordamos con los defensores de la DP en que los criterios meritocráticos están sobrevalorados, no nos parece razonable postular su eliminación o reemplazo, sino más bien su complementación con factores de otra naturaleza en determinados contextos. En efecto, debe tomarse en cuenta que las consecuencias de utilizar factores de selección que se alejan de

la idea socialmente aceptable de mérito, por imperfecta que sea esta última, son considerables. Una de ellas es el resentimiento que se produce en contra de los "injustamente" beneficiados, particularmente por parte de aquellos que parecían estar objetivamente mejor calificados para el cargo o beneficio de que se trate. Nos remitimos en este punto a lo señalado en la sección precedente. En segundo lugar, el mérito otorga cierta certeza mínima de justicia y de tratamiento objetivo. Permite de esa forma excluir grandes dosis de subjetividad, prejuicio y discriminación de las decisiones de selección de personal o de asignación de bienes y beneficios, otorgando mayor claridad y certeza a quienes postulan a ellos. Eliminar, por tanto, el mérito como factor de selección, al menos en ciertos contextos, puede producir mayores perjuicios que beneficios para la causa de la igualdad.

Otra consecuencia del abandono o relajación de los criterios meritocráticos es la probable disminución de los estándares de calidad de la institución que utiliza o prioriza factores extrameritocráticos en su selección, problema central a analizar en esta breve sección.

Volvamos a nuestro ejemplo de la cuota de 40% de acceso a la carrera de ingeniería. En dicho ejemplo, el cumplimiento de la cuota obligaba a excluir 20 hombres que hubieran sido aceptados basados exclusivamente en su puntaje PSU, a favor de 20 mujeres que tomarían su puesto, quienes obviamente presentarían puntajes PSU más bajos, razón por la cual no ingresaron en un primer momento. Es evidente, por tanto, que como consecuencia de la cuota la carrera de ingeniería verá disminuido su puntaje de admisión, y que su alumnado no será de la misma calidad que aquel que hubiese tenido de no mediar la cuota. Es precisamente a este fenómeno al que se ha denominado disminución de estándares, ya que a consecuencia de la aplicación de políticas de DP se ha perjudicado la calidad de la institución que la ha implementado.

Ciertamente se podrá relativizar la idoneidad de la PSU para predecir el éxito universitario. También podrá sostenerse que la mayor diversidad en el cuerpo estudiantil podría mejorar el ambiente educativo.⁵⁶ Sin embargo, nada de lo anterior desmiente el simple hecho de que la carrera de ingeniería tendría mejores alumnos si no hubiese aplicado la cuota del 40% en favor de las mujeres.

Una vertiente adicional del problema antes señalado se produce en razón de que las personas que han ingresado a una institución gracias a sus políticas de DP podrían no ser capaces de hacer frente a las presiones propias del lugar al que acceden en esa institución. La razón es simple: el espacio de estas personas debiera estar siendo ocupado por otras más meritorias o capaces para ese

⁵⁶ VOLOKH (1996); ISSACHAROFF (1998); BREST y OSHIGE (1995).

contexto, lo cual implica que las exigencias pueden superar las capacidades de quien ingresó en razón de políticas de DP. Más aún, tales personas deben competir con otras más preparadas que ellos para tales exigencias. Así, por ejemplo, sería previsible que a las mujeres que ingresaron en virtud de la cuota del 40% a la carrera de ingeniería les sea mucho más difícil cumplir con los requerimientos académicos, las cuales han sido diseñados para personas con una PSU más alta.

La consecuencia de lo anterior es que las instituciones deben elegir: o mantienen sus políticas de DP y disminuyen los estándares de exigencia generales (no cabría, salvo transitoriamente, disminuir sólo los estándares de exigencia aplicados a los beneficiarios de DP), o mantienen tales estándares aunque ello implique la expulsión de gran parte de los aceptados en virtud del programa de DP. Ambas alternativas son insatisfactorias. O se sacrifica la calidad y competitividad de la institución (universidad, empresa, Administración Pública, etc.), o se desvirtúa completamente el programa de DP al eliminar al corto plazo todos, o la mayoría, de los aceptados en virtud de su aplicación.⁵⁷

Concluimos esta sección señalando que, en razón de lo expuesto, la DP no es gratis para las instituciones que las aplican: su implementación puede redundar en perjuicios para su calidad y competitividad, así como en tremendas y en ocasiones insoportables exigencias para los beneficiados.

c) Consolida la visión de inferioridad respecto de los grupos discriminados

La DP supone la existencia de grupos desfavorecidos y discriminados dentro de una sociedad, a los que se intenta integrar mediante una serie de medidas destinadas a proveerles beneficios especiales. En definitiva, la DP busca combatir arraigadas convicciones sociales en torno a la valía de ciertas categorías de personas, tales como los indígenas, las mujeres, etc. La discriminación en contra de tales grupos proseguirá en la medida que se les considere como algo distinto, como un "otro", noción que va ciertamente acompañada de la

⁵⁷ Hay autores que cuestionan esta disyuntiva. HOLZER y NEUMARK (2000), pp. 269-270, refutan que la aplicación de DP en la contratación de empleados afecte la competitividad de la empresa, especialmente en el mediano plazo. Otros autores como BOWEN y BOK (1998), niegan que los alumnos que ingresan a la universidad gracias a DP no sean capaces de responder satisfactoriamente a las exigencias del ambiente. Algo similar señala DWORKIN (2000a), p. 393, basado en los datos ofrecidos por BOWEN y BOK (1998). En general, quienes apoyan el argumento de diversidad cuestionan que incluir minorías disminuya la calidad de la institución respectiva, ya que la mayor diversidad produciría una serie de consecuencias benéficas que compensarían con creces, al menos en el ámbito educacional, los costos necesarios para obtenerla. Finalmente, están quienes atacan la concepción "tradicional" de mérito y su supuesta oposición con las políticas de DP. En esta materia conviene ver a MCCRUDDEN (1998).

convicción de ser superiores a ese "otro". Es así como al afirmar, por ejemplo, que la política "es cuestión de hombres", se está implicando no sólo que las mujeres son esencialmente distintas en ese contexto, sino también que son incapaces de desempeñarse exitosamente en él.

En dos palabras: la discriminación proseguirá mientras no se considere a los miembros del grupo discriminado como igualmente valiosos, capaces, talentosos, etc.

En este contexto, la DP aparece como una herramienta equívoca. Por una parte aspira a corregir patrones tradicionales de discriminación. Por otra parte, sin embargo, refuerza dichos patrones al estigmatizar a los sujetos beneficiarios de sus políticas como inferiores a quienes no gozan de ellas. De esta forma, asegura la continuación de la desvaloración del grupo desfavorecido y de la discriminación ejercida en su contra.⁵⁸

Si retomamos nuestro ejemplo de la cuota para entrar a la carrera de ingeniería, el argumento anterior se plasmaría en que los hombres aceptados (y también los excluidos) considerarán a sus compañeras mujeres como "necesitadas de ayuda" para ingresar. En otras palabras, ellas habrían requerido asistencia o beneficios especiales para lograr lo que ellos obtuvieron sin ayuda. Ellas, por tanto, son menos capaces, inferiores, no-iguales.

Un efecto colateral de la DP es que crea dudas acerca de las capacidades y méritos de todo el grupo desfavorecido, y no sólo de quienes efectivamente recibieron el beneficio. En nuestro ejemplo, el estigma de inferioridad no será aplicado sólo a las mujeres que entraron gracias a la existencia de la cuota, sino a todas las mujeres de primer año, incluso aquellas que entraron exclusivamente en razón de su puntaje PSU. Lo anterior se debe a que la distinción entre los dos grupos de mujeres no es visible a simple vista, y por tanto no será evidente para el grupo masculino. En consecuencia, toda mujer de primer año es una potencial "inferior", generalizando de esa forma el estigma a todo el grupo.

Diversos autores han intentado rebatir que la DP consolide la visión de inferioridad respecto de los grupos beneficiados. Para ello se basan en cierta evidencia empírica que demostraría que los beneficiados por medidas de DP no sienten estigma alguno en razón de tales beneficios,⁵⁹ que se sienten felices en las instituciones a las que accedieron en razón de la DP,⁶⁰ y que la inmensa mayoría de los miembros de tales grupos apoya la continuación de programas de DP.⁶¹

⁵⁸ VIVANCO (1999), pp. 183-184.

⁵⁹ BOWEN y BOK (1998); HUNT (2006).

⁶⁰ DWORKIN (2000a), p. 394, basado en BOWEN y BOK (1998).

⁶¹ HUNT (2006), p. 545.

Aun aceptando las opiniones precedentes, las cuales son objeto de aguda controversia metodológica, nos parece que estas críticas yerran en lo que es la esencia del argumento del estigma social. En efecto, tales opiniones se centran en lo que perciben los miembros del grupo beneficiado, en qué tan estigmatizados se sienten ellos por parte del grupo dominante. No cabe duda que dicha perspectiva es relevante, pero no constituye el meollo central del argumento del estigma social. Lo realmente importante para este último es lo que piensan los miembros del grupo dominante o no beneficiado respecto de los miembros de comunidades tradicionalmente discriminadas. Ese es el punto central, pues es justamente la consideración social que otorgue el grupo dominante al grupo discriminado la fuente de la desvaloración que explica la discriminación. Pensémoslo a la inversa: si el grupo dominante deja de percibir como inferiores al grupo dominado, por mucho que este último continúe sintiéndose como inferior, ya no va a tener problemas de acceso a las oportunidades e instituciones, las cuales son controladas por el grupo dominante.

En razón de lo anterior, las objeciones al argumento del estigma se basan en información y evidencia que no es directamente atinente al problema en análisis. Tales objeciones requieren, por tanto, validarse empíricamente en el contexto de los grupos dominantes, demostrando que las políticas de DP no consolidan o fortalecen su percepción de inferioridad respecto de los grupos beneficiados.

5. No ha logrado la erradicación de patrones arraigados de discriminación

Una de las críticas a la DP de mayor ascenso en los últimos tiempos es su fracaso para poner fin a las discriminaciones sistemáticas, no obstante sus alegados éxitos puntuales en ciertos contextos (los que también están sujetos a discusión).

El caso paradigmático es el de Estados Unidos, país que viene desarrollando variadas, masivas y amplias políticas de DP por décadas, particularmente en el acceso a universidades y el ámbito laboral, con énfasis en la incorporación de las personas de raza negra. Si bien los resultados de estas políticas son objeto de amplio debate, parece haber cierto acuerdo en que, al menos en materia de integración racial, aquellas están lejos de cumplir sus objetivos.⁶²

Cabe destacar a este respecto que la particular naturaleza de la DP (en cuanto discriminación para solucionar discriminación) ha obligado a concebirla siempre

⁶² VOLOKH (1996); *Gratz v. Bollinger* (2003), indirectamente *Grutter v. Bollinger* (2003).

como un mecanismo esencialmente temporal.⁶³ En la medida que los objetivos de la DP no se van logrando, sus mecanismos se extienden en el tiempo. Surgen entonces las críticas evidentes: qué sentido tiene prolongar una situación excepcional que no es capaz de cumplir con las metas que la justifican.

Este debate ha llegado incluso a la Corte Suprema de EEUU, quien pareciera haber establecido un plazo tentativo en el caso *Grutter*. En él la Corte, junto con recordar la esencial temporalidad de la DP, señala que su aceptación en el contexto de la educación superior para lograr suficiente diversidad racial, ya se extendía por 25 años, y que era de esperarse en 25 años más ya no fuera necesaria para dicha finalidad.⁶⁴

Ahora bien, cuestionar la efectividad de la DP no implica negar que ésta haya tenido algunas consecuencias positivas,⁶⁵ pero ciertamente que el mantenimiento de las grandes diferencias raciales en EEUU cuestiona seriamente la justificación pragmática de la DP.

Finalmente, debe considerarse que existen voces minoritarias que abogan por períodos sustancialmente más largos para la vigencia de mecanismos de DP. Para ello contrastan la “modestia” de las últimas décadas de DP en relación a siglos completos de acciones afirmativas a favor de los grupos que hoy sufren las consecuencias de la DP actual. En otras palabras, después de siglos de preferencias a favor de los hombres, los blancos, etc., no es posible concebir algunas décadas de DP a favor de los grupos afectados por esas prácticas centenarias como un período inaceptablemente largo.⁶⁶

6. Probable politización del sistema judicial

Dada la naturaleza esencialmente controvertida, particularmente desde la perspectiva jurídica, de los diversos mecanismos de DP, es esperable que tales dispositivos den lugar a abundante y publicitada litigación. Así lo confirman las experiencias norteamericana y europea.

Esa misma experiencia comparada, en particular la de Estados Unidos, demuestra que es altamente incómodo para los jueces involucrarse en estos casos, por

⁶³ BARRÈRE (1997), p. 30; FERNANDEZ (2004). Véase también la opinión de la Corte en *Grutter v. Bollinger* (2003). y la prevención de los jueces Ginsburg y Breyer, en *Grutter v. Bollinger* (2003) y *Gratz v. Bollinger* (2003).

⁶⁴ *Grutter v. Bollinger* (2003).

⁶⁵ La evidencia más elocuente en este sentido es presentada en BOWEN y BOK (1998).

⁶⁶ En palabras de HUNT (2006), “From a Non-White perspective, affirmative action has a much longer historical time line, almost the entire length of which was focused on private and public programs that channelled economic, educational, and employment preferences exclusively to Whites on the basis of race”.

cuanto se trata de juzgar la constitucionalidad de políticas públicas evolutivas y controvertidas.

En términos simples, podemos afirmar que cuando los tribunales se ven obligados a pronunciarse sobre políticas públicas, existen dos posibilidades. La primera es que sean extraordinariamente deferentes con el Gobierno-Administración (cual suele ser el caso chileno), limitándose a imponer un mínimo estándar de razonabilidad. La segunda es que decidan involucrarse más a fondo, con el peligro de hacer suyas opiniones de política partidista y de sustituir con su decisión aquella propia del Gobierno-Administración, afectando de esa forma los principios de colaboración o separación de funciones y de independencia judicial. Dentro de esta alternativa, se produce además el inconveniente de que la jurisprudencia puede variar de acuerdo a los cambios y evoluciones de las posiciones políticas en juego, y que las sentencias pueden reflejar acuerdos de mayorías inestables. A mayor abundamiento, las consideraciones de política pública pueden obscurecer significativamente aquellas propiamente jurídicas. Como resultado de lo anterior, la certeza jurídica se ve severamente afectada.

Es así como se ha sostenido en Estados Unidos que: “for the past 20 years, Justices with the critical votes in affirmative action decisions have been committed to compromise. In turn, from a conventional legal perspective, this judicial preference for compromise may be criticized for its lack of coherent principles: by failing to articulate an unequivocal approach to affirmative action, Bakke and its progeny maximize public uncertainty and foster arbitrary judicial action” *[durante los últimos 20 años, los jueces de la Corte Suprema cuyos votos eran cruciales en decisiones de discriminación positiva han optado por la búsqueda de acuerdos o consensos. Desde una perspectiva jurídica, dicha preferencia por el acuerdo o consenso puede criticarse por su falta de principios coherentes: al no haber sido capaces de articular una aproximación inequívoca a la discriminación positiva, Bakke y los casos que le siguieron maximizaron la incerteza y fomentaron las decisiones judiciales arbitrarias].*⁶⁷

Es cierto que el sistema judicial norteamericano está constituido y opera de una forma completamente distinta al nuestro, y que no es extraño que la Corte Suprema de EEUU se involucre fuertemente en materias de política pública. No obstante lo anterior, la naturaleza altamente polémica y jurídicamente discutible de la DP, unida a sus equívocas y opuestas invocaciones a los valores de justicia e igualdad, nos recomiendan ser extremadamente cautos en esta materia.

⁶⁷ BYBEE (2000), p. 264. Traducción libre.

V. Conclusiones

1. La discusión acerca de la DP nos obliga a ir más allá de una visión formalista del derecho, preguntándonos acerca del respeto en la realidad cotidiana de valores y principios tan fundamentales como la igualdad, la justicia y el bien común. Del mismo modo, se trata de un debate que nos invita a derribar mitos firmemente establecidos, tales como la supuesta objetividad y univocidad de la meritocracia, o la neutralidad aséptica del ordenamiento jurídico en materia racial, sexual, religiosa, entre otras.

2. La DP nace como un esfuerzo por superar la frustración producida por el divorcio existente entre las normas constitucionales y legales que aseguran la igualdad de oportunidades y prohíben la discriminación, y la injustificable situación de sectores que son víctimas de discriminaciones sistemáticas. Este fracaso de las herramientas jurídicas tradicionales se explica, al menos en parte, por las características propias de la discriminación, e.g., su vinculación a prejuicios no siempre conscientes e inveterados; su evolución constante, y su difícil identificación en el contexto normativo.

3. Si bien existen importantes razones a favor de la DP, fundamentalmente su contribución a la igualdad de oportunidades y al mayor bien común, consideramos que adolece de serias deficiencias y que puede causar problemas mayores a sus aportes.

4. El principal defecto de la DP es que supone necesariamente víctimas, i.e., individuos que se verán postergados y discriminados en favor de personas pertenecientes a grupos que son objeto de discriminación sistemática. Ello hace que sea muy difícil reconciliar a la DP con el bien común, el cual supone el bien de todos y cada uno de los individuos (incluyendo a las víctimas de la DP) y el pleno respeto a sus derechos fundamentales.

5. Por buenas que sean las intenciones, el fin no justifica los medios, y la DP es una herramienta que presenta severas imperfecciones. Entre ellas destacan:

- a) su confusión en cuanto a las finalidades que persigue;
- b) la consideración exageradamente simplista de la persona en cuanto sólo toma en cuenta una de sus dimensiones. Lo único relevante es su raza, sexo, religión, etc.;
- c) enfrenta serios problemas de focalización, lo que puede derivar en el beneficio de quienes no lo necesitan y el perjuicio de otros necesitados;

- d) produce consecuencias negativas: exacerba odios y divisiones entre beneficiados y perjudicados por ella, puede disminuir la calidad de las instituciones que la aplican, y refuerza la visión de inferioridad de los grupos beneficiados;
- e) su fracaso en la erradicación de discriminaciones sistemáticas y arraigadas (caso de EEUU), y
- f) puede promover la politización de los tribunales de justicia llamados a resolver acerca de su jurisdicción.

6. Un análisis jurídico acerca de una medida concreta de DP, por lo tanto, deberá hacerse cargo de estas imperfecciones, sopesándolas en el caso particular, y articulando un marco teórico que permita evaluar la legitimidad de la limitación de los derechos fundamentales de las víctimas.

7. Las cuotas son la forma más nociva de DP, ya que constituyen un mecanismo excesivamente rígido, que no admite compromiso alguno, afectando con particular fuerza los derechos de las víctimas. Adicionalmente, reniega de la individualidad multidimensional de toda persona, llevando al extremo el reduccionismo propio de la DP, en cuanto a tomar en consideración sólo la variable sobre la que se construye la cuota (raza, sexo, etc.).

Bibliografía

1. Libros

ADERSON, Terry (2004): *The Pursuit of Fairness: a History of Affirmative Action* (New York, Oxford University Press), 320 pp.

BARRÈRE UNZUETA M^a Ángeles (1997): *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres* (Madrid, Editorial Civitas) 123 pp.

CEA, José Luis (2002): *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile). 2 Tomos.

DWORKIN, Ronald (2000): *Sorveing Virtue*, segunda edición (Cambridge, Harvard University Press), 511 pp.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2004): *Principio constitucional de igualdad ante la ley* (Santiago, LexisNexis), 363 pp.

GREEN, Philip (1998): *Equality & Democracy: a new press back-to- Basics Book* (New York, The new press), 238 pp.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001) (Vigésimasegunda edición, edición especial para Grupo Editorial Planeta S.A.I.C., Buenos Aires) 2 Tomos.

SCHMITT, Carl (1971): *Legalidad y Legitimidad* (Madrid, Editorial Aguilar), 171 pp.

SILVA, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 11 Tomos.

BOWEN y BOK (1998): *The Shape of the River*, segunda edición (New Jersey, Princeton University Press), 472 pp.

2. Artículos

AYRES, Ian, y VARS, Frederick E. (1998): "When Does Private Discrimination Justify Public Affirmative Action?", *Columbia Law Review*, Vol. 98, N° 7: pp. 1577-1641.

BREST, Paul, y OSHIGE, Miranda (1995): "Affirmative Action for Whom?" *Stanford Law Review*, Vol. 47, N°. 5: pp. 855-900.

BROWN, Joseph, SJ (2004): "Affirmative Action Symposium", *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 28: p. 522.

BYBEE, Keith (2000): "The Political Significance of Legal Ambiguity: The Case of Affirmative Action", *Law & Society Review*, Vol. 34, N° 2: pp. 263-290.

DONOSO, Sebastián (2001): "Políticas de Tierra Bajo La Ley Indígena: Un Análisis Crítico", *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Vol. 5: pp.195-223.

DWORKIN, Ronald (2000): "Affirmative Action: Is It Fair", *The Journal of Blacks in Higher Education*, Vol. 28: pp. 79-88.

FORDE-MAZRUI (2004): "Taking Conservatives Seriously: A Moral Justification for Affirmative Action Reparations", *California Law Review*, Vol. 92: pp. 685-753.

HART, John (1974): "The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination", *The University of Chicago Law Review*, Vol 41: pp. 723-741.

HOLZER y NEUMARK (2000): "What does Affirmative Action Do?", *Industrial and Labor Relations Review*, Vol 53, N° 2: pp. 240-271.

ISSACHAROFF, Samuel (1998): "Can Affirmative Action be Defended?", *Ohio State Law Journal*, Vol 59: pp. 669-693.

MCCRISTAL, Jerome (1994): "Color Blind Remedies And The Intersectionality Of Opresión: Policy Arguments Masquerading As Moral Claims", *New York University Law Review*, Vol. 69: pp. 162-196.

MCCRUDEN, Christopher (1998): "Merit Principles", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 18, N° 4: pp. 543-579.

RIVERA, Jorge Eduardo (1993): "Igualdad de Bienestar Versus Igualdad de Recursos: Algunos Comentarios Sobre la Discusión y sus Implicancias", *Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 38: pp. 413-426.

SQUELLA, Agustín (1995): "Los Conceptos de Igualdad", *Análisis de Filosofía Jurídica y Social: Derecho y Modernidad*, Vol. 13: pp. 421-447.

TETLOCK, Philip, y GREGORY, Mitchell (2006): "Antidiscrimination Law and the Perils of a Mindreading", *Ohio State Law Journal*, Vol. 67: pp.1023-1121.

VALLE ACEVEDO, Aldo (1973): "Discriminación Inversa o Desfiguración de la Igualdad: una reflexión liberal y progresista", *Revista de Ciencias Sociales* Vol. 38: pp.459-487.

VIVANCO, Ángela (1999): "La garantía constitucional de igualdad ante la ley: ¿de qué igualdad estamos exactamente hablando?", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N° 1: pp.173-186.

VOLOKH, Eugene (1996): "Diversity, Race as Proxy, and Religion as Proxy", Vol. 43. *UCLA L. Rev.* 2059.

ZÚÑIGA, Francisco (2002): "Principio de no discriminación, principio de discriminación compensatoria e igualdad constitucional", *Análisis de Filosofía Jurídica y Social: Sobre La Cultura Jurídica Chilena* Vol. 20: pp. 237-260.

3. Jurisprudencia

Gratz et al. v. Bollinger et al. (2003): U.S. Supreme Court, 23 de junio de 2003, Rol 539 U.S. 244 (Certiorari to the United States Court of Appeals for the sixth circuit).

Grutter v. Bollinger et al. (2003): U.S. Supreme Court, 23 de junio de 2003, Rol 539 U.S. 306 (Certiorari to the United States Court of Appeals for the sixth circuit).

Parents involved in community school v. Seattle School District N° 1 (2007): U.S. Supreme Court, 28 de junio de 2007, Rol 551 U.S. (Certiorari to the United States Court of Appeals for the ninth circuit).

Plessy v Ferguson (1896): U.S. Supreme Court, 18 de mayo de 1896, Rol: 163 U.S. 537 (Error to the Supreme Court of the state of Louisiana).

Regents of the University of California v. Bakke (1978): U.S. Supreme Court, 28 de Junio de 1978. Rol: 438 U.S. 265 (Certiorari to the Supreme Court of California).

Servicio Nacional del Consumidor v. Centro de Salud y Recreación Gunther Mund y Compañía Limitada (1993): Corte Suprema, 6 de enero de 1993, Rol 621 (Discriminación Arbitraria, Prohibición Entrada a Lugar Público, Negativa Injustificada a Prestar Servicio).

4. Otras fuentes

Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* sobre la Iglesia en el Mundo Actual (Concilio Vaticano II).

La cláusula de “declaraciones y garantías” en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos

Enrique Alcalde Rodríguez

Profesor de Derecho Civil

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

I. Planteamiento del tema

En los contratos de compraventa de sociedades ha llegado a ser una verdadera “cláusula de estilo” el incorporar ciertas *declaraciones y garantías* que formula la parte vendedora y que, en definitiva, tienden a otorgar seguridades al adquirente en orden a cuál es la real situación económica, financiera, patrimonial y legal de la empresa. Así, por ejemplo, suelen incluirse con tal carácter aseveraciones en torno a la existencia o ausencia de contingencias tributarias, laborales, medioambientales, administrativas o judiciales que de una u otra forma y en mayor o menor magnitud pueden influir en el valor actual de una compañía o en la proyección de sus flujos futuros.

Dada la importancia jurídica y práctica de dicha cláusula –típica de las formas contractuales del sistema anglosajón–, conviene detenerse un momento en el análisis de lo que aquella representa desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, como asimismo, en lo que respecta a las consecuencias que se siguen de una falsedad, inexactitud u omisión acerca de lo declarado. Las conclusiones a que se arribe en la materia resultan, a nuestro juicio, particularmente relevantes en aquellos casos en los cuales las partes nada hayan estipulado para tales eventos, siendo entonces esencial determinar cuáles son los efectos que de ello se derivan a la luz de la normativa supletoria que habrá de regir el asunto.

II. Naturaleza jurídica de la cláusula

Nadie duda que en la hipótesis planteada el comprador goza del amparo y protección legal a fin de remediar o bien resarcirse de los perjuicios que tal situación le provoque. Cosa distinta, sin embargo, es determinar qué acción o acciones específicas son aquellas que puede entablar para fundamentar una eventual nulidad o resolución del contrato o exigir una indemnización basada en un incumplimiento del mismo.

1. Acción fundada en la existencia de un vicio redhibitorio

Una primera aproximación a la materia podría llevar a pensar que en las situaciones planteadas nos encontraríamos ante un *vicio oculto* que afecta las propiedades o características de la cosa vendida, siendo por lo mismo procedente, ante los supuestos de falsedad, inexactitud u omisión en torno a lo declarado, la acción *redhibitoria* o la denominada acción *quanti minoris*, según el caso. Lo anterior no deja de ser relevante si se considera, por un lado, el estatuto jurídico aplicable en la especie y, por el otro, el brevísimo plazo de que dispone la parte compradora a fin de ejercitar alguna de tales acciones.

Como es sabido, las *declaraciones y garantías* de que tratamos apuntan, en último término, a resguardar que los antecedentes que se han tenido en cuenta para determinar el valor de la compañía y, en consecuencia, convenir en el precio de las correspondientes acciones o derechos sociales, resulten fidedignos o verdaderos dentro de determinados límites o parámetros que se explicitan o deducen del mismo contrato. En nuestra opinión, si tales antecedentes, en definitiva, no se conforman con la realidad –e independientemente de si quien formuló la respectiva declaración deba o no responder de los perjuicios irrogados a la contraparte–, tal disconformidad no puede ser entendida como un vicio redhibitorio que autorice, ora la resolución ora la reducción del precio. Ello, desde el momento que no se trataría en la especie de un vicio por el cual “*la cosa vendida (acciones o derechos) no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente*” (artículo 1858, N°2 y 1868 del CC). En otras palabras, en estos casos la disconformidad entre lo real y lo declarado no se traduce en un impedimento para usar debidamente la cosa vendida según su destino natural –que es lo propio del vicio redhibitorio– sino que, únicamente, se verá afectado el valor o *cantidad* de aquello que en definitiva se adquirió.

Confirmando la conclusión antedicha, COLIN y CAPITANT, a propósito de las diferencias entre las hipótesis de error que permiten invalidar el contrato y la obligación de saneamiento de los vicios redhibitorios, destacan que la distinción esencial se relaciona con el hecho de que en esta última “la cosa es impropia para el uso a que se la destina. Por ejemplo, el error de un comerciante de instrumentos de música que adquiere un violín por creerlo salido de las manos de un constructor célebre, siendo en realidad apócrifo el instrumento, es desde luego un error acerca de la esencia de la cosa que dará lugar a la acción de nulidad; pero el carácter apócrifo del violín [*si bien incide sustancialmente en su precio*] no es un vicio redhibitorio que permita entablar la acción de saneamiento”.¹

¹ COLIN, Ambroise, y CAPITANT, Henri, *Derecho Civil. Contratos*, Vol. N° 2, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, pág. 318.

Participando de la misma idea, PLANIOL y RIPERT precisan que el comprador podrá ejercitar la acción de saneamiento únicamente si el vicio radica en una cualidad de la cosa que perturba su uso natural o corriente, sin que pueda ejercitarse “si solamente se trata de un defecto en la *cantidad*”.² En igual sentido se pronuncia POTHIER, señalando –como un supuesto diverso del vicio redhibitorio, aunque afecte el valor de la cosa y permita demandar perjuicios mediante la rebaja del precio– el caso de quien vende un bosque atribuyéndole diez años cuando en realidad tenía una antigüedad menor.³

La misma opinión expresada por los comentaristas del *Code* –que en esta parte fue seguido de cerca por Bello– es expuesta entre nosotros por ALESSANDRI RODRÍGUEZ. Así, dicho autor escribe:

“Aunque el artículo 1868 parece que da el carácter de redhibitorio a todo vicio de que adolezca la cosa, no es, sin embargo, así. Para que el vicio sea redhibitorio, tanto en el caso del artículo 1858 como en el del artículo 1868 debe hacerla inadecuada para su uso en mayor o menor extensión según el caso (*sic*)”. De ahí que reitere: “Los vicios y defectos que no hacen impropia la cosa para uso i consumo... no importan un vicio redhibitorio, porque a pesar de ellos puede ser utilizada i consumida perfectamente”. En armonía con lo anterior, más adelante agrega: “Los defectos de *cantidad* de la cosa vendida... no constituyen un vicio redhibitorio, porque aquí no hai (*sic*) un defecto inherente a la calidad o a la sustancia de la cosa, que son los únicos que dan derecho al saneamiento”.⁴

De todo lo expuesto en precedencia, es posible colegir, como conclusión primera para el caso de que tratamos, que la circunstancia de no ser reales o efectivas las declaraciones formuladas por la parte vendedora –si bien incide en el valor de aquello que se compró– no configuraría un vicio *redhibitorio* y no podría, por lo mismo, perseguirse una responsabilidad fundada en tal concepto.

2. Nulidad por error o dolo

Sobre la base de las hipótesis de “error-vice” que contempla nuestra legislación, y haciendo caso omiso de la discusión acerca de la naturaleza y efectos del llamado error esencial, creemos difícil –aunque no imposible– que en los

² PLANIOL, Marcel, y RIPERT, George, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo X, Cultural S.A., Habana, 1943, pág. 131.

³ POTHIER, *Tratado del Contrato de Compra y Venta*, Imprenta y Litografía de J. Roger, 1841, pág. 137.

⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, T. II, Soc. Imprenta-Litografía Barcelona, Santiago, 1917, págs. 276, 277 y 279. La cursiva es nuestra.

casos que nos ocupan sea posible configurar una causal de nulidad fundada en el error. Ello, en razón del carácter *espontáneo* que, a diferencia del dolo, posee quien experimenta la falsa representación de la realidad. Ocurre, pues, que para hallarnos en presencia de este tipo de vicio más que fundarse la ignorancia o equivocación en la declaración misma que se formula en el contrato, tendría que sustentarse en una omisión o reticencia del vendedor que afecte la identidad específica del objeto sobre que versa el contrato, o bien la propia sustancia o calidad esencial de la cosa vendida. Por ello, creemos que, en la práctica, las más de las veces el yerro constitutivo del error no será espontáneo, sino que *provocado*, configurándose por tanto la posibilidad de reprochar un comportamiento doloso. Si tal fuera el caso, y asumiendo que de no mediar aquél en definitiva no se habría contratado, la víctima podrá demandar la rescisión del contrato al tenor de lo prevenido en el artículo 1458 del CC.

Por otra parte, pensamos que la eventual demanda de nulidad no excluye la posibilidad de exigir, también, indemnización de perjuicios. Para sostener tal aserto nos basamos en la circunstancia de que la nulidad, además de su carácter de sanción legal, acarrea como consecuencia la necesidad de restituir a las partes al estado anterior al de la celebración del contrato nulo. En este sentido, nos parece evidente que tal efecto retroactivo también habrá de comprender el resarcimiento de los daños que hubiere podido padecer el comprador, v.gr., a través de la pérdida de una oportunidad de negocios. Asimismo, y sin pronunciarnos sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad a partir de la cual deriva esta acción indemnizatoria, creemos que el *espíritu general de la legislación* (art. 24 CC) conduce a estimarla procedente en las situaciones examinadas. De tal *espíritu* darían cuenta, a nuestro juicio, disposiciones legales como aquellas contenidas en los artículos 1353, 1455, 1458 y 1814, norma esta última sobre cuyo sentido y alcance nos extendemos más adelante.

Sin perjuicio de lo dicho, y sea que nos encontremos ante un caso de error o dolo, puede acontecer que el comprador opte por renunciar al ejercicio de la acción rescisoria, prefiriendo dejar subsistente el contrato. En esta situación –y como se verá en el número siguiente– creemos factible hacer efectiva la responsabilidad contractual del vendedor deduciendo una acción *autónoma* de indemnización de perjuicios.

3. Responsabilidad contractual y acción autónoma de indemnización de perjuicios o de rebaja del precio

Descartado el hecho de que la falsedad o inexactitud de las declaraciones y garantías que se analizan constituyan un vicio redhibitorio, corresponde ahora pronunciarse sobre las consecuencias que derivan de tales circunstancias en

aquellos supuestos en los cuales no concurra alguna hipótesis de error o dolo que autorice demandar la nulidad del contrato, o bien que, existiendo tal posibilidad, la parte afectada desee no obstante perseverar en el contrato.

A) Supuestos de culpa o dolo imputables al declarante.

Para dilucidar el tema, partamos por destacar que las mencionadas declaraciones y garantías, así como las obligaciones vinculadas con ellas, pertenecen a una categoría más amplia a la que puede aludirse bajo la denominación de "*deberes de información*", los cuales, dicho sea de paso, pueden tener su origen tanto en la ley como en una explícita estipulación contractual que admita integración mediante conceptos jurídicos indeterminados como el baremo de la buena fe.

Refiriéndose al lugar sistemático que ocupan tales deberes, señala BARROS que: "a) Los deberes de información se plantean con ocasión de la negociación o celebración de un contrato o con motivo de su ejecución. Por regla general, la información determinante para la formación del consentimiento (esto es, aquella que habría motivado a la contraparte a no contratar o a hacerlo en términos diferentes a los convenidos) da lugar a responsabilidad precontractual, porque es objeto de deberes de conducta que son exigibles cuando aún no existe contrato entre las partes; sin embargo, no debe desatenderse que esos deberes sólo dan lugar a responsabilidad si el contrato llega a celebrarse. Por el contrario, la información que debe prestarse en la fase de ejecución del contrato (como la referida al adecuado funcionamiento de una máquina que ha sido vendida) es inequívocamente objeto de obligaciones contractuales, sea que hayan sido expresamente pactadas o deriven del deber de cumplir el contrato de buena fe (artículo 1546).

b) El incumplimiento de deberes de información puede dar lugar a un vicio del consentimiento, en cuyo caso el demandante suele tener la acción rescisoria y una acción indemnizatoria por los perjuicios derivados de la nulidad. Pero aunque ello no ocurra, sea porque el error no es sustancial, sea porque el dolo no resulta determinante en la decisión de contratar, la acción indemnizatoria tiene por fundamento un deber de cuidado que no deriva del contrato propiamente tal (en tal sentido, la acción indemnizatoria que reconoce el artículo 1861 por vicios redhibitorios es por incumplimiento de deberes precontractuales). *La excepción está dada por las garantías contractuales que una parte conviene con la otra, relativas a cuestiones de hecho que esta última garantiza en virtud de una cláusula contractual expresa, las que naturalmente pasan a formar parte de las obligaciones contraídas en razón del contrato*".⁵

⁵ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, págs. 1015 y 1016. La cursiva es nuestra.

Ahora bien, a fin de indagar por las consecuencias que se siguen de una falta de veracidad de este tipo de declaraciones debe precisarse una cuestión previa y a la vez fundamental, a saber: si la correspondiente declaración fue o no sustancial o relevante para determinar el precio de la compraventa o para contratar de la manera que se acordó en la pertinente convención. Ello, naturalmente, constituye una *cuestión de hecho* que deberán establecer soberanamente los jueces del fondo y para cuyo efecto será esencial tener en consideración las normas que gobiernan la exégesis contractual. Por lo mismo, si la inexactitud de la declaración o garantía es meramente formal e irrelevante para contratar o convenir el precio, difícilmente podrá fundarse en tal circunstancia alguna acción de daños o perjuicios.

Supuesto el hecho de que las declaraciones o garantías de que tratamos hayan sido relevantes a la hora de determinar el precio de la compraventa, una segunda distinción exige precisar si la disconformidad entre lo declarado y la realidad es imputable a culpa o dolo de quien formuló la declaración.

En el caso de que haya mediado dolo, ya señalamos que podrá tener aplicación lo prevenido en el artículo 1458 del Código Civil, en términos tales que si éste ha sido determinante y obra de una de las partes, constituirá un vicio del consentimiento y dará derecho para solicitar la nulidad relativa del contrato. Si el dolo fuere incidental u obra de un tercero, el inciso segundo del citado precepto autoriza demandar la correspondiente indemnización de perjuicios contra aquel que lo fraguó o que se aprovechó de él. A nuestro juicio, es indudable que tal acción procede también en los casos en que el dolo fuere un vicio de la voluntad si la víctima del mismo opta por renunciar al ejercicio de la acción rescisoria y únicamente persigue que se le indemnicen los daños sufridos.

A modo de aplicación particular de la norma general que se ha citado, el inciso 3° del artículo 1814 del Código Civil regula la hipótesis en que se venda una cosa *a sabiendas* de que no existe (en el todo o en una parte considerable), en cuyo caso se genera para el vendedor la obligación de indemnizar perjuicios al comprador de buena fe.

En nuestro concepto, la acción indemnizatoria a que aludimos –sea que se fundamente en el artículo 1458 o 1814 del Código Civil– puede ser intentada con absoluta independencia de que se ejercite o no también una acción de nulidad, resolución o cumplimiento del contrato. En tal sentido, el artículo 1458 es claro en orden a permitir que la acción de perjuicios se entable sin pedir a un mismo tiempo la nulidad del contrato o su cumplimiento, aspecto este último en el que concuerda la doctrina.⁶

⁶ En este sentido, por ejemplo, BARROS señala: "Para que la información maliciosamente falsa dé

La misma conclusión es predicable tratándose del artículo 1814, en cuanto distingue si la cosa vendida no existe en su totalidad o sólo en una parte considerable. En el primer caso, el contrato no llega a perfeccionarse por falta de objeto (inciso 1°); en el segundo, queda al arbitrio del comprador perseverar en él o desistirse del mismo (inciso 2°); concediéndose, *en el caso de ambos incisos*, la acción indemnizatoria al comprador de buena fe si el vendedor ha procedido dolosamente.

En apoyo de nuestro aserto, pensamos que el hecho de que el comprador que opta por perseverar en el contrato, igualmente pueda demandar perjuicios conforme al inciso tercero del artículo 1814, demuestra, a nuestro juicio inequívocamente, que la referida acción es ejercitable con independencia y autonomía de otra acción que implique resolución, nulidad o cumplimiento del contrato. Bien lo expresa ALESSANDRI RODRÍGUEZ al señalar que la indemnización a que alude el artículo 1814 “no procede de la inexecución o resolución del contrato, como pudiera creerse, sino del dolo de los contratantes”.⁷ Por otra parte, en la situación que se examina ocurre que la misma *naturaleza* de las estipulaciones analizadas impide también exigir su ejecución forzada. Para comprender lo anterior baste preguntarse: ¿cómo se exige al deudor que aquello que declaró como cierto y efectivo y que en realidad no lo era, llegue a ser verdadero?

Establecido ya qué sucede en las hipótesis en que la falta de veracidad o inexactitud de las declaraciones analizadas se deba al dolo del declarante, corresponde analizar los efectos que derivan de una conducta *culposa* de dicha parte. La culpa, en este caso, correspondería a la falta de diligencia o cuidado en que incurriría el vendedor al declarar como verdadero algún hecho que en realidad no lo era.

A fin de arribar a una conclusión en la materia, debe tenerse presente, en primer lugar, que cuando uno de los contratantes exige del otro declaraciones contractuales formales acerca de los aspectos del negocio que le resultan relevantes, tal información “forma parte del acuerdo contractual mismo, porque cada parte ha negociado con la otra cuál información debe proporcionarle y las garantías de verdad respecto de los hechos que son de dominio de la contraparte y que estima esenciales para dar el consentimiento. Por lo mismo, el incumplimiento de las declaraciones y garantías da lugar a responsabilidad

lugar a responsabilidad no es necesario que resulte de un dolo principal, esto es, aquel que resulta determinante en la decisión de contratar; cualquier dolo que haya determinado a la contraparte a contratar en los términos que lo hizo da lugar a la acción reparatoria de los perjuicios resultantes”.

⁷ ALESSANDRI, op. cit., t. I, pág. 251. La cursiva es nuestra.

contractual, en los términos que se hayan convenido o, supletoriamente, según el derecho común”.⁸

En segundo término, es menester analizar a qué grado de diligencia o cuidado se hallaba sujeto el declarante o, lo que es lo mismo, de qué tipo de culpa responde el contratante que al formular la declaración “*garantiza*” a la contraparte su veracidad.

Como es sabido, toda obligación está regulada en la ley, en términos tales que se impone al deudor un cierto grado de diligencia, mediante la configuración de la responsabilidad con culpa (grave, leve o levísima), describiéndose así el comportamiento que debe observar el sujeto pasivo y el grado de cuidado y eficacia que debe imprimir en el desarrollo de la conducta debida.⁹ En la situación bajo estudio, cabe entonces preguntarse, ¿qué nivel de cuidado debe observar el vendedor al momento de asegurar que las declaraciones por él formuladas son fidedignas o verdaderas?

A nuestro juicio, la respuesta a la pregunta planteada no se agota en aplicar la regla supletoria de la voluntad de las partes que consigna el artículo 1547 del Código Civil y concluir, por tanto, que el deudor responde de culpa leve atendido el hecho que el contrato beneficia a ambas partes. Creemos, en efecto, que la respuesta requiere una consideración particular, propia de la *naturaleza de las obligaciones* que analizamos, lo que se impone como exigencia a partir de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil.

De acuerdo con la citada disposición legal, dado que los contratos deben ejecutarse de buena fe, obligan, en consecuencia, y entre otras cosas, no sólo a lo que en ellos se expresa, “*sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación*”. Pues bien, tratándose de las declaraciones y garantías que nos ocupan –y sin perjuicio de las peculiaridades que cada caso pueda presentar en la práctica– pensamos que la *naturaleza de la obligación* asumida en este tipo de cláusulas generalmente impone al deudor el deber de atenerse a la *suma diligencia o cuidado*, respondiendo, por ende, hasta de la culpa levísima.¹⁰ Ello por cuanto, quien formula la declaración, se halla, objetivamente, en mejores condiciones de afirmar o negar la exactitud de aquello que voluntariamente opta por declarar y, al mismo tiempo, “*garantizar*” a su contraparte, la que a su turno ha depositado en tal declaración su *confianza*.

⁸ BARROS, op. cit., págs. 1025 y 1026.

⁹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La Obligación como Deber de Conducta Típica*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1992, págs. 199-220.

¹⁰ Como es natural, dicha conclusión puede ser alterada según cuáles sean las circunstancias específicas y concretas del caso sometido a juzgamiento.

En este orden de ideas, la consideración del horizonte del destinatario de la declaración (*Empfängerhorizont*), de aquello que razonablemente pudo representarse la parte al tiempo de contratar sobre la base, entre otros, del principio de confianza, es reconocida unánimemente tanto en la literatura como en la jurisprudencia. Por ello, “la interpretación se efectuará de acuerdo a lo que fue reconocible como voluntad por aquel a quien la declaración estaba determinada; *de acuerdo a cómo se presentó la declaración para el destinatario, según la fidelidad y buena fe*”.¹¹

Al decir de BARROS, “la parte que tiene un estrecho conocimiento de la cosa o actividad objeto del contrato en razón de estar bajo su propia esfera de control, está obligada a informar sobre hechos esenciales para la decisión de la contraparte, a menos que a esta última le resulte exigible, por razones de equidad o de utilidad, que iguale por sus propios medios esta asimetría de información. Desde el punto de vista de la buena fe, la contraparte tiene la expectativa normativa de que será informada de aspectos esenciales de la cosa o del servicio que puede esperarse sean conocidos del vendedor o proveedor; desde un punto de vista económico, el deber de información se justifica porque quienes la poseen son las fuentes menos costosas y a la mano para proveerla. Bajo estas circunstancias, la omisión por quien conocía o debía conocer la información relevante constituye dolo por reticencia que da lugar a la acción de responsabilidad por los daños provocados”.¹² Sucede, asimismo, que no obstante la naturaleza de principio general de derecho que exhibe el *naeminen laedere*, éste queda automáticamente incorporado al contrato desde el instante mismo de su celebración, sea a través de su contenido expreso o tácito, y en este último caso por imperativo de la buena fe negocial. De ahí que su violación importe el incumplimiento de una *obligación preexistente* que no cabe confundir con la infracción del deber genérico de no dañar a otro en que no existe una obligación contractual previa.¹³

A nuestro juicio, si se agrega a las consideraciones transcritas el hecho de que no sólo la buena fe obliga a informar sobre los aspectos relevantes del negocio, sino que, en los casos analizados, existe una explícita declaración y garantía contractual en la materia –expresamente asumida por la parte vendedora– nos resulta evidente que la diligencia que deberá observarse al tiempo de formular la pertinente declaración en ciertos casos podría exceder del simple cuidado ordinario o mediano.

¹¹ JOHOW S., Christian, “Para una Nueva Lectura de los Artículos 1560 y siguientes del Código Civil. El Método de la Interpretación del Contrato en el Derecho Alemán”, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 6, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Santiago, 2002, pág. 115. La cursiva es nuestra.

¹² BARROS, op. cit., pág. 1020.

¹³ AGOGLIA, María Martha; BORAGINA, Juan Carlos, y MEZA, Jorge Alfredo, *La Buena Fe y la Obligación de Seguridad*, “Tratado de la Buena Fe”, AAVV, Director Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 257.

En consecuencia, tratándose de los casos reseñados precedentemente, bien sea que el declarante haya actuado con culpa o dolo –e independientemente de que se persevere o no en el contrato– procederá indemnizar los perjuicios que la falta de veracidad de las declaraciones –cuya exactitud se garantizó contractualmente– hubiese irrogado al comprador.

Aplicando las reglas generales (v. gr. arts. 1556 y 1558 del CC), y en ausencia de estipulaciones contractuales diversas, la indemnización se extenderá a todos los perjuicios que, siendo consecuencia inmediata y directa de la falta de veracidad de las declaraciones, se hayan causado a la parte compradora; comprendiendo en ella tanto el daño emergente como el lucro cesante y aun los perjuicios imprevistos, si la infracción es imputable a dolo o culpa grave del vendedor que formuló la declaración.¹⁴ Si bien en teoría son múltiples los daños que uno pudiese imaginar a resultas de una infracción a estos respectos, existe una prestación a la que normalmente se hallará obligado el demandado y que viene a ser fundamental a fin de que el acreedor quede indemne, a saber, una rebaja proporcional en el precio de la cosa comprada, en el evento que el pertinente contrato no sea declarado nulo o resuelto.

B) Supuestos de omisión excusable del declarante.

Queda pendiente, por último, analizar qué efectos produce la falta de efectividad de las declaraciones cuya exactitud una parte garantiza a la otra en el evento que ellas no resulten verdaderas no obstante que el vendedor, al formularlas, haya empleado el cuidado o la diligencia debida.

Pensamos que en tales casos, al no verificarse un incumplimiento imputable a dolo o culpa del declarante, obviamente no procede la indemnización de perjuicios. Cosa distinta es preguntarse si en tales hipótesis es o no posible exigir una rebaja proporcional en el precio, supuesto, claro está, que no nos encontremos en aquellas situaciones en las cuales se demande la inexistencia, nulidad o resolución del correspondiente contrato, donde naturalmente no cabe plantear esta duda.

Creemos que la respuesta a esta interrogante supone realizar una labor de *interpretación contractual*, de cuyo resultado dependerá la solución al tema.

En efecto, si aplicando, entre otros, los principios y reglas de los artículos 1560 y siguientes del Código Civil se concluye que la veracidad de la declaración de que se trata fue relevante en la determinación del precio, su falta

¹⁴ Relativamente al daño moral, recordemos que en los últimos años la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia se ha inclinado por aceptar su procedencia en el ámbito de la responsabilidad contractual.

de efectividad podría, entonces, traducirse en una disminución del mismo según estimación que hará el propio tribunal considerando las circunstancias particulares del caso sometido a su conocimiento y las probanzas rendidas en el pertinente proceso.

De otra parte, si recurrimos a la interpretación analógica que autoriza el inciso segundo del artículo 22 del Código Civil –y, desde luego, el *espíritu general de la legislación* y la *equidad natural* a que alude su artículo 24–¹⁵ creemos que no existen razones para no arribar a la solución propuesta sobre la base de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1814 ya comentado. En efecto, si faltando una parte “*considerable*” de la cosa que es objeto del contrato –**independientemente de cuál sea la razón o causa por la que ello acontezca** (es decir, mediando o no culpa o dolo)– se concede al comprador la opción para desistirse de él o darlo por subsistente pidiendo una rebaja a justa tasación,¹⁶ no se comprendería porque no ha de permitirse también una reducción del precio si aquello que falta –y que se consideró en la determinación del precio– no resulta de una entidad tal como para fundamentar la inexistencia de la convención.

Adicionalmente, y según se advertirá, de no aceptarse esta tesis podría legitimarse un *enriquecimiento injusto*. Desde esta perspectiva, cabe observar, con *Gorla*, que si la atribución patrimonial se mantuviera firme, a pesar de la no realización de la adquisición querida en los términos convenidos, se produciría un enriquecimiento en contra del fin o causa del promitente o enajenante. Por lo mismo, el concepto de “*causa*”, como fin de la atribución patrimonial, implica la idea de un presupuesto o, en sentido genérico, de una condición de dicha atribución, por lo que no realizándose el fin en la forma estipulada, es decir, faltando tal presupuesto, el mantener la atribución en iguales términos iría contra la voluntad del promitente o enajenante.¹⁷

Acude en auxilio de las precedentes conclusiones la consideración que ha de hacerse respecto de la buena fe *objetiva*, estándar de recíproca lealtad y corrección que no sólo ha de estar presente durante la etapa de ejecución del contrato y en las fases pre y postcontractual, sino que también, como acontece

¹⁵ Para nosotros, el artículo 24 del Código Civil no se ha limitado a consagrar una regla de interpretación *subsidiaria*. Incluso basándonos exclusivamente en los datos que aporta el funcionamiento real y práctico de la actividad judicial, pensamos que el carácter *subsidiario* que se le pretende atribuir a los principios generales del Derecho únicamente se restringe –como por lo demás se infiere del propio tenor literal del artículo 24 de nuestro Código– a las hipótesis en que existe un vacío o *laguna legal*, en cuyo caso resulta imperativo fallar conforme al “principio constitucional de inexcusabilidad”. Empero, ello no importa de manera alguna que, en los restantes casos, los tribunales deban prescindir del espíritu de la legislación, ni menos de la equidad, la cual, en definitiva, identificándose con lo justo del caso concreto, constituye preocupación esencial de toda jurisdicción. En el sentido expuesto puede verse nuestro libro *Los Principios Generales del Derecho*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, pág. 131.

¹⁶ ALESSANDRI, op. cit., t. I, pág. 257.

¹⁷ GORLA, Gino, *El Contrato*, Editorial Bosh, Barcelona, 1959, págs. 313, 314, 318 y 319.

con el tema analizado, concurrir al tiempo de *celebrarse* la convención, donde subsisten los deberes que rigen durante las tratativas preliminares.¹⁸

En este mismo contexto, cabe también recordar que si la norma contenida en el artículo 1546 de nuestro Código obliga a ejecutar el contrato de *buena fe*, por igual consideración sus términos deberán ser interpretados conforme a dicho baremo. Por ello, con razón expresa *Messineo* que la declaración de voluntad contractual debe ser entendida de acuerdo con el criterio de recíproca lealtad entre las partes, exigiendo al juez interpretar tal voluntad como lo exige la *buena fe*, aunque, en la hipótesis concreta, uno de los contratantes, o ambos, no se hubieren inspirado en este deber de conducta.¹⁹

III. Conclusiones

1. La circunstancia de no ser reales o efectivas las declaraciones formuladas por la parte vendedora –si bien incide en el valor de aquello que se compró– no configura bajo respecto alguno un *vicio redhibitorio* y no puede, por lo mismo, perseguirse una responsabilidad fundada en tal concepto, sea con el fin de demandar la resolución del contrato o una reducción en el precio.
2. La garantía de veracidad y efectividad de las declaraciones formuladas por el vendedor constituyen una obligación que nace de la misma compraventa y, por lo mismo, la responsabilidad que se genera en este ámbito queda regida por el estatuto de la responsabilidad contractual.
3. En el caso de que la inexactitud o falsedad de los hechos que se afirman como efectivos por el vendedor se deba a dolo de dicha parte, es procedente exigir la pertinente indemnización de perjuicios. La acción destinada a este efecto puede ser intentada autónomamente y, por tanto, desligada de una reclamación de nulidad, resolución o cumplimiento forzado. Este último, por su parte, no es susceptible de ser exigido atendida la propia naturaleza de la obligación infringida.
4. La posibilidad de demandar una reducción en el precio debe reconocerse aun en el caso que el vendedor, al formular la pertinente declaración, haya procedido con el cuidado o la diligencia debida. Tal diligencia, asimismo, corresponderá, generalmente, al sumo cuidado, respondiéndose por ende hasta de la culpa levisima.

¹⁸ En este sentido ver LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los Contratos*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pág. 401.

¹⁹ MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, T. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, pág. 110.

Bibliografía citada

AGOGLIA, María Martha; BORAGINA, Juan Carlos, y MEZA, Jorge Alfredo, *La Buena Fe y la Obligación de Seguridad*, "Tratado de la Buena Fe", AAVV, Director Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.

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

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, T. II, Soc. Imprenta-Litografía Barcelona, Santiago, 1917.

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

COLIN, Ambroise, y CAPITANT, Henri, *Derecho Civil. Contratos*, Vol. N° 2, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.

GORLA, Gino, *El Contrato*, Editorial Bosh, Barcelona, 1959.

JOHOW S., Christian, *"Para una Nueva Lectura de los Artículos 1560 y siguientes del Código Civil. El Método de la Interpretación del Contrato en el Derecho Alemán"*, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 6, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Santiago, 2002.

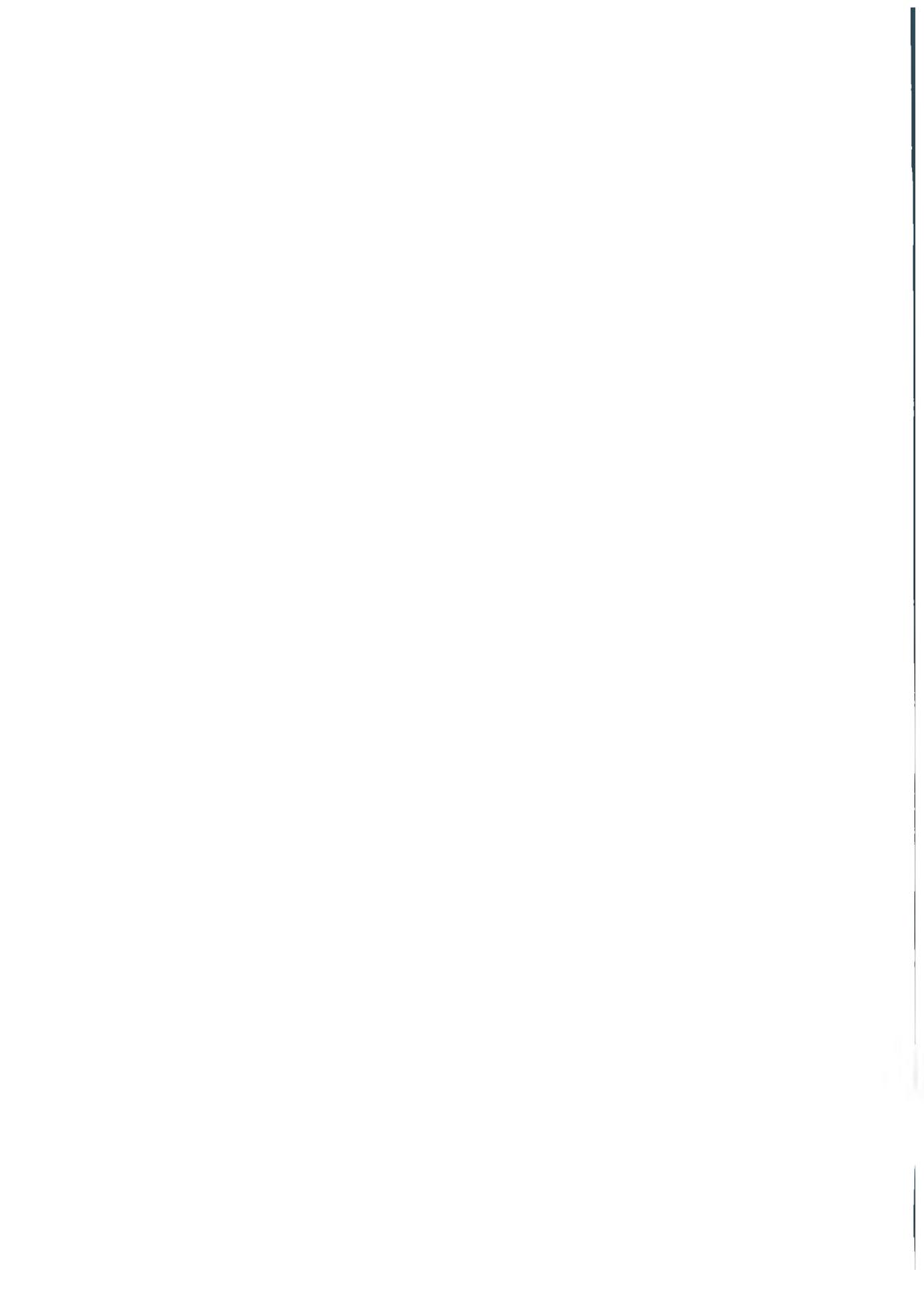
LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los Contratos*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, T. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986.

PLANIOL, Marcel, y RIPERT, George, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo X, Cultural S.A., Habana, 1943.

POTHIER, *Tratado del Contrato de Compra y Venta*, Imprenta y Litografía de J. Roger, 1841.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La Obligación como Deber de Conducta Típica*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1992.



Tratamiento tributario de la compensación económica¹

Jaime García Escobar

Profesor Titular de Derecho Tributario
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Virna Velásquez Garrote

Relatora Titular
CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL

El presente artículo posee dos finalidades: la primera, es reafirmar la tesis de los suscritos en cuanto a que la compensación económica que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil constituye una renta ordinaria;² y, la segunda, es hacer un análisis a lo establecido en el numeral primero del artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta.

La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil

Resulta procedente recordar que los artículos 61 y siguientes de la Ley de Matrimonio Civil conceden el derecho al cónyuge que, a consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, se le compense el menoscabo económico sufrido por este motivo.

Ahora bien, el artículo 62 de la citada ley establece que para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará especialmente: la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial y previsional de éstos; la buena o

¹ Este artículo es un complemento de aquel titulado “¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?”, publicado en el número once correspondiente al mes de enero de 2005, de la revista *Actualidad Jurídica*.

² En aquella publicación, en síntesis, los suscritos estimaron que, atendido lo dispuesto en el artículo 2° N° 1 de la Ley de Impuesto a la Renta, norma que define este concepto como: “...los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera sea su naturaleza, origen o denominación”, habida consideración que la compensación económica no se encontraba expresamente exenta de impuestos o no era un ingreso no constitutivo de renta, ella debía tributar.

mala fe; la edad y estado de salud del cónyuge beneficiario; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral; y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

En el citado artículo de la Revista Actualidad Jurídica, estimábamos que la compensación económica debía tributar, toda vez que constituye un aumento de patrimonio (es renta a la luz de lo dispuesto en el artículo 2° N° 1 de la Ley de Impuesto a la Renta) y no se encuentra expresamente exenta ni se contiene en la enumeración de los ingresos no constitutivos de renta, regulados en el artículo 17 del referido cuerpo legal.

Naturaleza jurídica de la compensación económica

Ahora bien, a fin de reafirmar nuestra tesis en cuanto a que la compensación económica es tributable, resulta necesario remitirnos a las diversas teorías que se postulan en doctrina cuya finalidad es determinar la naturaleza jurídica de ésta. Al respecto, transcribiremos algunas de las reflexiones de la profesora Paulina Veloso Valenzuela,³ en que se sintetizan las diversas posturas doctrinales que se ventilan en doctrina, respecto de esta problemática. La antedicha profesora señala que:

“...En el caso de Chile hay razones para estimar que tiene algunas características de los alimentos; otras, de la indemnización de perjuicios, y ciertos elementos comunes con el enriquecimiento sin causa.

“En efecto, se puede considerar como alimentos en cuanto para su determinación se tiene en cuenta, en cierta medida, las necesidades del acreedor y las facultades del deudor; de otra parte, en el evento que se establezca el pago de cuotas periódicas, para los efectos del cumplimiento, se le asimila a los alimentos, según expresa disposición legal del art. 66.

“ Pero no constituye alimentos, en cuanto la causa de la figura radica en las circunstancias del artículo 61 y no en el estado de necesidad. Los alimentos se justifican derivados de la obligación de socorro presente en el matrimonio; la compensación supone la ruptura del vínculo. Además, lo que es muy relevante, no admite modificación en caso que varíen las circunstancias. En los países cuya legislación se ha citado, en cambio, es modificable; y termina con las nuevas nupcias o convivencia estable del cónyuge beneficiario. No así en la

³ Veloso Valenzuela, Paulina, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, Revista Actualidad Jurídica, Ediciones Universidad del Desarrollo, año 2006, volumen N° 13, páginas 171 y siguientes.

legislación nacional. Se agrega que en Chile excepcionalmente constituye una pensión periódica; no así en el derecho comparado, en que es frecuente que se considere como pensión, con la periodicidad de los alimentos.

“De otra parte, se asemeja a la **indemnización de perjuicios** en la medida que se define como una compensación por el menoscabo, esto es, en otras palabras, una indemnización por el daño. A su vez, el hecho generador del daño es un elemento normalmente voluntario de la pareja, consistente en la decisión de ambos (o de uno con el acuerdo tácito del otro) de asumir las tareas del hogar y no incorporarse al mercado de trabajo o hacerlo en menor medida, decisión que genera daño en el futuro.

“Obsta, en cambio, a la idea de responsabilidad la circunstancia de que no supone culpa.

“Ahora bien, asumiendo que la dedicación a las tareas del hogar genera en quien lo hace un empobrecimiento en el futuro, porque tendrá una mayor dificultad ocupacional; y, de otra parte, un enriquecimiento por parte del cónyuge beneficiado con esas tareas, se acerca en cuanto a su naturaleza, a la restitución por enriquecimiento sin causa. Se discute, sin embargo, si es sin causa. En nuestro concepto, puede estimarse que es incausado. La habría si subsistiere el matrimonio; dejaría de haberla, en el evento de la ruptura.

“En definitiva, se trata de una institución sui generis que presenta sólo cierta cercanía con instituciones conocidas en el derecho civil, como los alimentos o la indemnización de perjuicios o la restitución por enriquecimiento sin causa”.

El distinguido profesor don Juan Andrés Orrego⁴ también efectúa un análisis relativo de la naturaleza jurídica de la compensación económica, llegando a conclusiones muy similares a las de la profesora Paulina Veloso. El análisis que realiza el profesor Orrego, es el siguiente:

“Como lo ha expresado el profesor Carlos Pizarro,⁵ la compensación económica se explica, considerando que con el divorcio y la nulidad expira el deber de socorro que tienen los cónyuges entre sí y, en particular, la obligación de proporcionarse alimentos. Por ello, para evitar el evidente desequilibrio económico que se puede originar después de la ruptura matrimonial, el legislador ha creado la institución de la compensación económica.

⁴ Orrego Acuña, Juan Andrés, “La compensación económica, en la Ley de Matrimonio Civil”, en *Temas de Derecho de Familia* (Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, año 2007), págs. 225-254.

⁵ Exposición efectuada en Seminario citado de la Universidad Diego Portales.

“El profesor Gustavo Cuevas M. la define como *“la indemnización que debe pagar uno de los cónyuges al otro con el objeto de restablecer, al término del matrimonio por nulidad de este o divorcio, el equilibrio de las condiciones pecuniarias de vida.”*⁶

“El profesor Pizarro se ha preguntado también cuál sería la naturaleza jurídica de esta institución. En principio, afirma, se podría estimar que tiene un carácter alimenticio, atendiendo a las siguientes razones:

- Se toma en cuenta la situación económica del cónyuge beneficiario, o sea, el cónyuge más débil. Por lo tanto, no es suficiente que el cónyuge pruebe que se dedicó a la crianza de los hijos o a las labores propias del hogar;
- Cuando se fija el pago de la compensación económica en cuotas reajustables, se considerará alimentos para su cumplimiento (artículo 66, inciso 2° de la Ley de Matrimonio Civil).

“Sin embargo, agrega Pizarro, podría tener esta compensación un carácter indemnizatorio, atendiendo a las siguientes razones:

- El juez debe constatar que el cónyuge más débil sufrió un menoscabo económico, a consecuencia de haberse dedicado a las labores de la crianza y del hogar;
- Además, el juez fija una cantidad de una vez y para siempre, que tiene un carácter inmutable, a diferencia de lo que ocurre con los alimentos, que, según sabemos, son esencialmente revisables, si cambian las condiciones que ameritaron establecerlos. La compensación económica, aun aquella cuyo servicio se haya fijado en cuotas, debe pagarse con prescindencia de la situación que en el futuro ostenten el deudor y el acreedor.

“Con todo, tampoco sería indemnizatoria la naturaleza de la compensación, para el profesor Pizarro. Afirma lo anterior, porque usualmente la indemnización de perjuicios se fija de acuerdo a la extensión del daño, prescindiendo la ley, por regla general, de la buena o mala fe del autor del daño. Sin embargo, en la Ley de Matrimonio Civil se atiende a dicha buena o mala fe del cónyuge deudor.⁷ No hay por ende responsabilidad estricta u objetiva.

⁶ Cuevas M. Gustavo, artículo titulado “Indemnizaciones reparatorias de la nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley número 19.947) y Regímenes Matrimoniales”, en publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo *Curso de Actualización Jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil*, Santiago, año 2004, pág. 74.

⁷ En realidad, según veremos, también ha de considerarse la buena o mala fe del cónyuge acreedor de la compensación económica.

“Concluye Pizarro que la compensación económica no tiene el carácter de alimentos ni tampoco indemnizatorio. Podría entenderse, señala Pizarro, que su fundamento estaría en la reparación del enriquecimiento injusto o sin causa, considerando que si uno de los cónyuges logró una situación económica más expectable que el otro, en parte no despreciable ello se debió al apoyo que recibió del cónyuge más débil.

“Gustavo Cuevas M., por su parte, coincide con Pizarro acerca de que no estamos ante el pago de alimentos, como prolongación de la obligación de socorro de los cónyuges, pues ella no tiene por objeto cubrir las necesidades de uno de los cónyuges después del matrimonio, sólo reparar el desequilibrio económico que produjo el matrimonio y su disolución por divorcio o nulidad. Descarta también Cuevas que se trate de una reparación puramente indemnizatoria, sin perjuicio de que ella, según veremos más adelante, procedería *independientemente* de la compensación económica. Concluye el profesor Cuevas afirmando que estamos ante una reparación de carácter objetivo, que tiende a restablecer el equilibrio económico de los cónyuges al momento de disolverse el matrimonio por nulidad o por divorcio.⁸

“Eduardo Court Murasso hace un distingo acerca de la naturaleza jurídica de la institución, según la causal en virtud de la cual se decreta. Así, estima que podría sostenerse que la compensación constituye una verdadera indemnización de perjuicios fundada en el enriquecimiento sin causa, en especial, si se otorga tomando en cuenta la duración de la vida en común de los cónyuges. En cambio, si la compensación se concede únicamente en atención a la edad, estado de salud y situación previsional del cónyuge, tendría más bien un carácter asistencial. Por último, si se otorga atendiendo a la mala situación patrimonial del cónyuge beneficiario o a su baja calificación profesional o a sus pocas posibilidades de acceder al mercado laboral, la compensación tendría un marcado carácter alimenticio, similar al que la doctrina predicaba de la antigua porción conyugal, antes de su reforma por la Ley 10.271 del año 1952.⁹

“En el derecho comparado, como señalan Barrientos y Novales, se observa que la institución tuvo inicialmente un carácter alimenticio y a la vez indemnizatorio, entendida como la prolongación del deber de socorro y como reparación al cónyuge inocente del divorcio, cuando éste se producía por falta atribuible al otro cónyuge (antiguo artículo 301 del Código Civil francés, modificado en el año 1975). A partir de la Ley número 75-617, del 11 de julio de 1975, que modificó el artículo 301 del Código Civil galo, desaparece la concepción de

⁸ Cuevas M. Gustavo, ob. cit., págs. 74 y 75.

⁹ Court Murasso, Eduardo, *Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada*, Editorial Legis, Bogotá, año 2004, págs. 98 y 99.

una pensión alimenticia y la consiguiente prolongación del deber de socorro, debilitándose también o desapareciendo el fundamento indemnizatorio. A partir de la citada reforma, se declara explícitamente que el divorcio pone fin al deber de socorro (salvo cuando se fundaba en la ruptura de la vida en común), sin perjuicio que uno de los cónyuges podía estar obligado a dar al otro una prestación destinada a compensar, en cuanto fuere posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio hubiera creado en las condiciones de vida respectivas. Ahora, se trata de asegurar el restablecimiento del equilibrio de las condiciones pecuniarias de vida de los cónyuges. Un criterio semejante ha mantenido y reafirmado la Ley 439, de 26 de mayo de 2004, en vigencia desde el 1 de enero de 2005, y que fijó el actual tenor del artículo 301 del Código Civil francés.¹⁰ Idéntico criterio se observa en el derecho español. El artículo 97 del Código Civil dispone: *“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial...”*. Así las cosas, Barrientos y Novales concluyen que *“Bien se ve que esta pensión no tiene el carácter de una indemnización para el cónyuge inocente de la ruptura de la comunidad de vida o del divorcio, ni tampoco se trata de una pensión que tenga el carácter de alimentos en caso de necesidad, sino que simplemente su fundamento y naturaleza están determinados por la necesidad de restablecer un desequilibrio económico producido entre la situación existente al momento de contraer matrimonio y el de la ruptura, en consideración con la posición del otro cónyuge”*.¹¹

Las memoristas Roxana Pino y Verónica Espinoza¹² estiman que la naturaleza jurídica de la compensación económica es una indemnización por lucro cesante, ya que, a su juicio: *“...el artículo 61 atiende a esa finalidad, cuando propone compensar al cónyuge débil patrimonialmente en los siguientes supuestos: “... (1) No pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, (2) o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería...”*.

Señalan las memoristas que *“En cuanto a una indemnización por daño emergente o daño moral, definidos a pie de página, no tendría cabida en la CE porque el texto legal no se refiere a ellos, restringiendo la causal de procedencia a un supuesto que conlleva solamente un detrimento en términos de lucro cesante, esto es, rentas no percibidas”*.

¹⁰ Barrientos Grandón, Javier; Novales Alquézar, Aranzazú, ob. cit., págs. 410 a 412.

¹¹ Barrientos Grandón, Javier; Novales Alquézar, Aranzazú, ob. cit., pág. 414.

¹² Pino Díaz, Roxana, y Rosas Quintana, Verónica, *“La compensación económica y el acuerdo reparatorio. Una perspectiva tributaria”*, memoria de prueba, Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco, año 2005.

En la imposibilidad de encuadrar totalmente a la compensación económica dentro de alguna de las categorías jurídicas conocidas, don Pablo Rodríguez Grez estima que la compensación económica es un derecho sui géneris que es una consecuencia directa e inmediata del divorcio o de la nulidad del matrimonio.

En conclusión, pareciera ser que, a grandes rasgos, las posturas doctrinales relativas a la naturaleza jurídica de la compensación económica las podríamos reducir a las siguientes:

- a) Indemnización de perjuicios a título de daño emergente o lucro cesante;
- b) Pensión de alimentos;
- c) Restitución por enriquecimiento sin causa; y
- d) Figura sui géneris que es una consecuencia del divorcio o nulidad

De esta forma, debemos puntualizar algo meridianamente claro: no existe doctrina que sostenga que la naturaleza jurídica de la compensación económica sea la de una indemnización por daño moral.

Situación tributaria de la compensación económica

En el ámbito tributario, pareciera ser que la compensación económica constituye un aumento de patrimonio, y que como tal, debe tributar, a menos que estuviere exenta o se encontrare dentro de alguno de los casos que establece el artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta.

Al efecto, el primer número del citado artículo establece que es un ingreso no constitutivo de renta:

“1°. La indemnización de cualquier daño emergente y del daño moral, siempre que la indemnización por este último haya sido establecida por sentencia ejecutoriada...”.

A este respecto, el Servicio de Impuestos Internos en el Párrafo 6 (11) 31.02 del Volumen 6 del Manual del S.I.I., ha señalado lo siguiente:

“(A) Para que la indemnización por daño moral no constituya renta, se requerirá que ella haya sido establecida por sentencia ejecutoriada.”¹³

¹³ Asociación de Fiscalizadores de Impuestos Internos, *Manual de Consultas Tributarias* N° 273, septiembre 2000, Ediciones Técnicas Tributarias.

Ahora bien, el Director del Servicio de Impuestos Internos, en aplicación de la facultad que le otorga el artículo 6° letra A N° 1 del Código Tributario, dictó dos oficios a través de los que estableció que la correcta interpretación del tratamiento tributario de la compensación económica es la de ser un ingreso no constitutivo de renta por tratarse de una indemnización de daño moral, y en la medida que el monto de ésta se encuentre establecido por sentencia ejecutoriada.

En efecto, los oficios N° 4.605 y 4.606, de 2005,¹⁴ en sus aspectos más relevantes, señalan que:

“... 4. Para facilitar el análisis, es necesario comenzar por esclarecer qué naturaleza jurídica tiene la compensación económica establecida por el artículo 61 de la Ley N° 19.947. Al respecto, este Servicio estima que no podría considerarse daño emergente ni lucro cesante, pues, sea en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, ambos conceptos suponen, entre otras cosas, una disminución en la esfera patrimonial de la víctima. Así, el daño emergente consistente en la pérdida o disminución patrimonial, actual y efectiva que sufre la víctima; en tanto que el lucro cesante se define como la pérdida del incremento neto que habría tenido el patrimonio de la víctima de no haber ocurrido el hecho por el cual otro es responsable.

“5. Esclarecido lo anterior y puesto que no existe otra categoría jurídica bajo la cual subsumir la denominada compensación económica, sólo resta considerarla, para efectos tributarios y enfrente de la Ley de la Renta, como daño moral.

“No obstante que el daño moral carece de definición legal, se ha conceptualizado como “todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, créditos, afectos, creencias, etc.” (Por todos, Arturo Alessandri, en su libro *De la Responsabilidad Extracontractual*). O también, como aquel daño que “afecta los atributos o facultades morales o espirituales de la persona” (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 39, sección 1ª, pág. 203).

“Según se aprecia, el daño moral, a diferencia del daño emergente y lucro cesante, pretende compensar los daños sufridos en la esfera más íntima y, por tanto, no patrimonial de la víctima. No altera lo expuesto el que la propia Ley N° 19.947 emplee la expresión “menoscabo económico”, pues, de lo contrario, la dedicación al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común debiera considerarse, por sí misma, un daño patrimonial indemnizable. Lo que

¹⁴ www.sii.cl

confiere caracteres extrapatrimoniales a la compensación es el hecho que tales cuidados o labores propias del hogar común pueden restringir o cancelar las posibilidades de un desarrollo personal en otras esferas. Por cierto, no es que la imposibilidad o entorpecimiento de una actividad remunerada o lucrativa no tenga efectos económicos; sin embargo, tal como se concibe la compensación analizada, es claro que se pretende compensar el sufrimiento o daño ocasionado en la esfera de los afectos o sentimientos del cónyuge que ha debido renunciar o postergar un proyecto personal de desarrollo profesional o laboral, daño que se manifiesta con ocasión del divorcio o nulidad del matrimonio.

“6. En consecuencia, considerando que la Ley N° 19.947 ha creado una nueva categoría denominada “compensación económica”; que dicha categoría no puede considerarse, para los efectos de la Ley de la Renta, como daño emergente ni tampoco como lucro cesante; y, por las razones expuestas precedentemente, debe estimarse que la denominada “compensación económica” tiene la calidad de daño moral. Esto es, de un ingreso no constitutivo de renta, siempre que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del N° 1 del artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, se declare mediante sentencia judicial ejecutoriada”.

Extrañísimamente, el Servicio postula una nueva teoría respecto de la naturaleza jurídica de la compensación económica, esto es, se trata de la indemnización de un daño moral, teoría que, como hemos analizado, nunca ha sido sustentada por la doctrina. De esta forma, el ente fiscal descarta a priori las diversas teorías que se esgrimen para intentar explicar este instituto jurídico, y sin más, la estima como una indemnización de daño moral.

Desde ya aparece como discutible que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6° letra A N° 1 del Código Tributario, el Director del Servicio de Impuestos Internos, quien goza de facultades de interpretar LA LEY TRIBUTARIA, intente determinar el sentido y alcance de normas contenidas en la Ley de Matrimonio Civil. Pareciera que ello excede con mucho de sus facultades.

En todo caso, adentrándonos en esta curiosa interpretación, la verdad sea dicha, ella resulta a lo menos opinable, y ello al margen de toda consideración dogmático-teórica. En efecto, cabe preguntarse: ¿Es posible sostener que la compensación económica es una indemnización de daño moral? ¿Cuál sería este daño moral? Cuando la pareja decide que uno de sus miembros se quede en el hogar al cuidado de los hijos, ¿puede sostenerse que ello generará un daño moral? La respuesta es que NO. La pareja puede tomar esta decisión, lo que difícilmente, a nuestro juicio, pudiere generar en el futuro una indemnización por un daño moral. Como bien lo señala el Servicio, citando al profesor Arturo Alessandri, el daño moral se define como: “todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes,

libertad, honor, créditos, afectos, creencias, etc.". ¿Sufre el cónyuge que se ha quedado al cuidado de la familia un detrimento moral? Pareciera que la respuesta definitivamente es que no sufre tal menoscabo, dolor o molestia.

Es por ello que estimamos que el oficio antes referido está equivocado cuando sostiene que: "...no existe otra categoría jurídica bajo la cual subsumir la denominada compensación económica, sólo resta considerarla, para efectos tributarios y enfrente de la Ley de la Renta, como daño moral".

Creemos que la compensación económica es una renta tributable, toda vez que se trata de un incremento de patrimonio, mismo que no se encuentra exento y que tampoco puede incluirse en el numeral primero del artículo 17, a título de indemnización por daño moral, vale decir, tampoco se trata de un ingreso no constitutivo de renta. De esta forma, tratándose de una renta que debe tributar, debe afectarse con impuesto de Primera Categoría y con Impuesto Global Complementario o Adicional, según sea el caso.

De esta forma, si se estima como no deseable que ésta tribute, en atención a factores sociales o a principios propios del Derecho de Familia, debiera agregarse un numeral 31 al artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta, a través del cual se declare que la compensación económica es un ingreso no constitutivo de renta. Cabe hacer presente que a este respecto, a través de la Ley N° 19.347, de 1994, se agregó un numeral 30 a la citada disposición legal, por intermedio de la cual se señaló que no son renta:

"La parte de los gananciales que uno de los cónyuges, sus herederos o cesionarios, perciba del otro cónyuge, sus herederos o cesionarios, como consecuencia del término del régimen patrimonial de participación en los gananciales".

Cabe hacer presente que el abogado tributarista don Alvaro Meckenburg ha sostenido¹⁵ que otra solución al problema que nos ocupa podría ser la de distribuir las sumas recibidas entre todos los períodos tributarios durante los cuales el matrimonio estuvo vigente, con el objetivo de atenuar la progresividad de los tramos del Impuesto Global Complementario. Para materializar esta iniciativa, sería necesario que el Director del Servicio de Impuestos Internos dictara una instrucción, fijando las condiciones y procedimiento.

Estimamos que, resultando ser una alternativa interesante, ella nos parece practicable a nivel de Impuesto de Primera Categoría, mas no para el caso del Impuesto Global Complementario, toda vez que éste último no es un tributo

¹⁵ Diario El Mercurio de 17 de noviembre de 2007.

que se aplique sobre base devengada, sino que nace una vez que la renta está percibida, retirada, distribuida, etc.

Ahora bien, con fecha 11 de octubre de 2007, el Director del Servicio de Impuestos Internos dictó el oficio N° 2.890, y a ello se refiere el segundo objeto del presente trabajo. En este instructivo, se le consulta al Director si se mantiene el criterio sustentado en los oficios N°s 4.605 y 4.606, en el sentido que la compensación económica no debe tributar, estimándola como la indemnización de daño moral, en el caso en que son las partes quienes determinan el monto y la forma en que se materializará el cumplimiento de la citada compensación, esto es, a través de un avenimiento o transacción que éstas presentarán al Tribunal. Se hace presente que éstas, una vez aprobadas por el juez, producen los mismos efectos que una sentencia judicial ejecutoriada, por constituir un equivalente jurisdiccional.

La respuesta del Director del Servicio es del siguiente tenor:

"... 2. Sobre el particular, cabe señalar que no es posible confirmar el criterio que expone en su escrito, sino que por el contrario, el tratamiento tributario del artículo 17 N° 1 de la Ley de la Renta no es aplicable cuando la indemnización por daño moral ha sido establecida por las partes y no por el juez, quien cumple sólo con la función de aprobar el acuerdo alcanzado para los efectos de poner término al proceso con autoridad de cosa juzgada.

"3. En efecto, si bien es efectivo que este Servicio a través de sus Oficios N°s 4.605 y 4.606, ambos de fecha de 18.11.2005, dispuso en relación con la compensación económica establecida por el artículo 61 de la Ley N° 19.947, que considerando que no existe otra categoría bajo la cual subsumir la denominada compensación económica, sólo resta considerarla, para efectos tributarios y frente a la Ley de la Renta, como daño moral, aclarando que con la misma se pretende compensar el sufrimiento o daño ocasionado en la esfera de los afectos o sentimientos del cónyuge que ha debido renunciar o postergar un proyecto personal de desarrollo profesional o laboral, daño que se manifiesta con ocasión del divorcio o nulidad del matrimonio, concluyendo ambos pronunciamientos que debe estimarse que dicha compensación económica tiene la calidad de un daño moral, esto es, de un ingreso no constitutivo de renta, siempre que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del N° 1 del artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, ella se declare mediante sentencia judicial ejecutoriada.

"4. Los Oficios anteriormente indicados evidencian que si bien el criterio de este Servicio es considerar que la naturaleza jurídica de la compensación económica establecida en el artículo 61 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, como

la de una indemnización por daño moral, no es menos cierto que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 17 N° 1 de la Ley de la Renta, la indemnización por daño moral constituirá un ingreso no renta sólo en la medida que haya sido establecida por sentencia ejecutoriada.

"5. En tal sentido, cabe señalar que no cumplen con este supuesto aquellas indemnizaciones que han sido establecidas mediante una transacción o avenimiento, aun cuando hubieren sido aprobadas mediante resolución judicial, ya que en tal evento no cabe duda que la indemnización ha sido establecida por el instrumento que se somete a la aprobación judicial, y no por la sentencia misma.

"En otras palabras, no puede considerarse que la compensación económica acordada y definida por el acuerdo de las partes de que da cuenta el avenimiento o transacción ha sido "establecida por sentencia ejecutoriada", y por lo tanto, no puede calificársele como un ingreso no constitutivo de renta del artículo 17 N° 1 de la Ley de la Renta.

"6. Lo anterior encuentra sustento en el concepto mismo de renta, contenido en el artículo 2° N° 1 de la ley del ramo, que la define como "los ingresos que constituyan utilidades y beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera sea su naturaleza, origen o denominación", el que es sumamente amplio y deja fuera únicamente aquellos ingresos que no significan un incremento de patrimonio, así como aquellos que la ley expresamente ha declarado como no constitutivos de renta; ingresos estos últimos que son de carácter excepcional y que, por tanto, deben interpretarse restrictivamente.

"7. Se concluye entonces que las sumas recibidas por un cónyuge originadas en una indemnización convencional pactada con el otro mediante un avenimiento o transacción, de acuerdo a lo previsto en el artículo 63 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, constituye para la parte que la reciba un ingreso afecto a la tributación normal establecida en la Ley de la Renta, esto es, al impuesto de Primera Categoría y Global Complementario o Adicional, según proceda".

Por esta vía, el Servicio de Impuestos Internos está sosteniendo una tesis, que se apega estrictamente al tenor literal del numeral primero del artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta: el legislador quiere que la indemnización del daño moral (sea o no, en lo relativo a la compensación económica), se decrete a través de un largo juicio y no por acuerdo de las partes, toda vez que si es a través de este último mecanismo, no se aplica el numeral primero del artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta, y en consecuencia, se trata de una renta afecta a impuesto. Tal como indica el profesor Sergio Endress, "La norma legal entrega

al juez la fijación del beneficio no constitutivo de renta, para evitar la creación de éstos por colusión entre los interesados. De esta forma, los contribuyentes podrían calificar como daño moral, por ejemplo, montos de lucro cesante, sustrayéndolos del pago de impuestos, por el simple acuerdo entre partes.

La tesis del Servicio de Impuestos Internos se basa, insistimos, en el tenor literal de la citada disposición legal, toda vez que ésta efectivamente exige que la indemnización se encuentre establecida por sentencia ejecutoriada para que se trate de un ingreso no constitutivo de renta.

Debemos reconocer sin embargo que, conforme al principio de legalidad de los tributos y exenciones, no podríamos aplicar una interpretación analógica de "sentencia ejecutoriada", comprendiendo en ella a los equivalentes jurisdiccionales, pues precisamente han sido excluidos en el tenor y sentido del numeral primero del artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta. De otro lado, como señala el profesor Endress, incluir los equivalentes jurisdiccionales en la noción de "sentencia ejecutoriada" pugna con el "telos" de la norma, que atribuye a un tercero independiente de las partes la fijación de las indemnizaciones en el juicio.

Don Juan Colombo Campbell¹⁶ los define como "...actos procesales destinados a resolver ciertos conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada".

"Su denominación se debe a Carnelutti, quien en su clásica obra *Sistema de Derecho Procesal Civil* introdujo los que él denomina "equivalentes jurisdiccionales", que no son sino cualquier medio, diverso de la jurisdicción, como él dice, apto para la legítima composición del litigio...".

Por otra parte, el profesor Colombo Campbell señala que "Los equivalentes jurisdiccionales producen como principal efecto procesal, la acción y excepción de cosa juzgada... Los textos que los reconocen, y que se comentarán más adelante, indican especialmente que los equivalentes generan la cosa juzgada, como ocurren en la transacción, la conciliación y el avenimiento".

No se aviene con el signo de los tiempos que el numeral primero del artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta declare que para que una indemnización de daño moral sea ingreso no renta deba encontrarse establecida por sentencia ejecutoriada, olvidándose de esta forma de los equivalentes jurisdiccionales.

¹⁶ Colombo Campbell, Juan, *Los Actos Procesales*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, páginas 377 y siguientes.

Conclusiones

El estudio que hemos realizado nos permite arribar a las siguientes conclusiones:

1. No está claramente identificada la naturaleza jurídica de la compensación económica. La doctrina se debate entre diversas alternativas, entre las que se cuentan la siguientes: se trataría de una indemnización de perjuicios a título de daño emergente o lucro cesante; una pensión de alimentos; una restitución por enriquecimiento sin causa; o una figura sui géneris que es una consecuencia del divorcio o nulidad.
2. No existe doctrina que sostenga que la naturaleza jurídica de la compensación económica sea la de una indemnización por daño moral.
3. Los oficios emitidos por el Servicio de Impuestos Internos, N°s 4.605 y 4.606, del año 2005, y N° 2.890, del año 2007, no se avienen con las diversas interpretaciones que la doctrina realiza respecto de la naturaleza jurídica de la compensación económica, al estimar que se estaría en presencia de una indemnización por daño moral.
4. Atendida la interpretación de la ley que hace el Servicio de Impuestos Internos, y dado el concepto amplio de renta establecido por el numeral primero del artículo 2° de la Ley de Impuesto a la Renta, se puede sostener que la compensación económica debe tributar como una renta ordinaria, esto es, con Impuesto de Primera Categoría e impuesto personal (Global Complementario o Adicional, según corresponda).
5. Si se estima como no deseable que ésta tribute, debiera agregarse un numeral 31 al artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta, a través del cual se declare que la compensación económica es un ingreso no constitutivo de renta
6. Debiera modificarse el numeral primero del artículo 17 de la Ley de la Renta, en el sentido que es un ingreso no constitutivo de renta la indemnización del daño moral, sea que se establezca a través de sentencia ejecutoriada o por intermedio de alguno de los equivalentes jurisdiccionales.
7. Al terminar el presente artículo, hemos tenido conocimiento que los señores parlamentarios Juan Antonio Coloma y Marcelo Forni, por una parte, y don Jaime Naranjo han presentado sendas iniciativas para solucionar el problema materia del presente artículo.

El proyecto de los legisladores Coloma y Forni se basa en incorporar en el artículo 17 de la ley de Impuesto a la Renta, como ingreso no constitutivo de renta a la compensación económica que establece la Ley de Matrimonio Civil.

Por su parte, el proyecto del Senador Naranjo consiste en modificar el artículo 63 del citado cuerpo legal, de forma "...que todas las transacciones de compensación sean –una vez aprobadas por el tribunal competente– consideradas como sentencia ejecutoriada".¹⁷

Estimamos que, tratándose de una problemática de naturaleza impositiva, lo más adecuado es darle a la compensación económica el tratamiento tributario de un ingreso no constitutivo de renta.

Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera sea la iniciativa que en definitiva prevalezca, éstas no vienen más que a confirmar la efectividad de la tesis sustentada en el presente artículo, esto es, que la compensación económica debe tributar como una renta ordinaria.

¹⁷ Diario Financiero de 20 de noviembre de 2007.

Bibliografía

1. *Ley de Impuesto a la Renta*, Textos legales del Servicio de Impuestos Internos, año 2007.
2. Revista *Actualidad Jurídica* de la Escuela de Derecho de la Universidad del Desarrollo, N° 11, correspondiente al mes de enero de 2005.
3. Veloso Valenzuela, Paulina, "Algunas reflexiones sobre la compensación económica", Revista *Actualidad Jurídica* de la Escuela de Derecho de la Universidad del Desarrollo, N° 13, año 2006, páginas 171 y siguientes.
4. Orrego Acuña, Juan Andrés, "La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil", en *Temas de Derecho de Familia* (Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, año 2007), páginas 225-254.
5. Cuevas M. Gustavo, artículo titulado "Indemnizaciones reparatorias de la nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley Número 19.947) y Regímenes Matrimoniales", publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo *Curso de Actualización Jurídica. Nuevas tendencias en el Derecho Civil*, Santiago, año 2004, página 74.
6. Court Murasso, Eduardo, *Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 analizada y comentada*, Editorial Legis, Bogotá, año 2004, páginas 98 y 99.
7. Pino Díaz, Roxana, y Rosas Quintana, Verónica, "La Compensación económica y el acuerdo reparatorio. Una perspectiva tributaria", memoria de prueba, Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco, año 2005.
8. Asociación de Fiscalizadores de Impuestos Internos, *Manual de Consultas Tributarias*, N° 273, septiembre 2000, Ediciones Técnicas Tributarias.
9. www.sii.cl
10. Diario El Mercurio de 17 de noviembre de 2007.
11. Diario Financiero de 20 de noviembre de 2007.
12. Colombo Campbell, Juan, *Los Actos Procesales*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, páginas 377 y siguientes.

La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente como ley penal más favorable a contar de su plena vigencia.*

Jaime Pacheco Quezada

Profesor Titular de Derecho Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. Introducción

El presente documento tiene por finalidad analizar las posibilidades de aplicación de la Ley N° 20.084 (en adelante LRPA), como ley penal más favorable,¹ a partir de su plena entrada en vigencia, esto es, a contar del 8 junio de 2007.

La renovación de esta discusión resulta relevante, por cuanto, a partir de la fecha indicada, ya no serán obstáculo para su eventual aplicación los argumentos hasta ahora esgrimidos, principalmente por los tribunales superiores de justicia para desestimar tal aplicabilidad, tales como que la vigencia de la ley se encuentra diferida² o que sus sanciones resultan imposibles de aplicar por no contarse con la infraestructura y programas socioeducativos necesarios en su caso,³ de modo entonces que la discusión de fondo acerca de la real o eventual favorabilidad de la LRPA es un debate que está por venir.⁴

* Resumen de la exposición efectuada en las jornadas de capacitación de los defensores penales juveniles, organizada por la Unidad de Defensa Penal Juvenil, de la Defensoría Penal Pública, Santiago, 25 de abril de 2007.

¹ Sobre el concepto, requisitos de procedencia y reconocimiento normativo del principio-garantía de la ley penal más favorable: ver Documento de Trabajo N° 4/2006 "Análisis y Orientaciones sobre la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente como Ley Penal más favorable". Julio 2006, Unidad de Defensa Penal Juvenil. Consulta sobre este documento a: udpj@defensoriapenal.cl.

² Sentencia Corte de Apelaciones de Chillán de 22 de junio de 2006, Rol N° 65-06.

³ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, de 30 de enero de 2006, Rol N° 880-05.

⁴ Según cifras extraoficiales, a la fecha de este trabajo existirían alrededor de 800 adolescentes cumpliendo efectivamente penas privativas de libertad y alrededor de 8.000 causas en actual tramitación, con lo cual la discusión adquiere relevancia también desde un punto de vista cuantitativo.

2. Consideraciones previas

A pesar de ser pacífico el reconocimiento de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, pacífico es también el reconocimiento de la dificultad que encierra el poder determinar cuándo nos encontramos ante una ley de estas características, principalmente en la hipótesis de cuando una nueva ley establece un tratamiento punitivo menos riguroso que la anterior.

Por la dificultad denunciada, resulta pertinente efectuar una referencia previa a algunos principios interpretativos que orientan la elección de la ley más benigna y que a la larga pueden operar como criterios delimitadores y fundantes del carácter más favorable de la Ley N° 20.084. En este orden de ideas, tres al menos son los aspectos que deben tenerse en consideración:

- a. Fundamento del principio de retroactividad de la ley penal más favorable.
- b. Alcance del concepto de ley penal para estos efectos.
- c. El principio de alternatividad o prohibición de la *lex tertia*.

2.1. Fundamento de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable

Constituyendo la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable una excepción al principio general de irretroactividad de la ley penal, los fundamentos de uno y otro son distintos. Así este último encuentra su razón de ser en la garantía del *nullum crimen nulla poena sine lege previa*, que constituye una manifestación del principio de legalidad y además en el reconocimiento del principio de culpabilidad, entendido como capacidad de motivación, ya que si al momento del hecho no existe la prohibición, mal puede exigírsele al sujeto que se motive por algo que no existe.⁵

En cambio, el principio de la retroactividad de las leyes penales favorables al imputado encuentra su fundamento, en palabras de Silva Sánchez,⁶ en el principio de la prohibición de exceso. En efecto, si un comportamiento ha sido despenalizado, implica necesariamente concluir que la pena anteriormente impuesta ya no cumple fines ni de prevención general ni de prevención especial, con lo cual la pena anterior deviene en innecesaria. Por su parte, si la nueva ley implica una disminución en la reacción penal, quiere decir que se estima

⁵ Hassemer W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona 1984, p. 320.

⁶ Silva Sánchez, J.M., "Legislación Penal Socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables; En el caso de las Leyes Penales en Blanco", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en homenaje al profesor Klaus Tiedemann*, Estudios Jurídicos, Serie Derecho Público, 1995, pp. 697 y ss

ahora que la intensidad o medida de la sanción anterior no es la necesaria para asegurar la eficacia preventiva general y especial del sistema y se torna, por tanto, excesiva.

De esta forma el mantenimiento de una pena que ahora se considera innecesaria o excesiva solo puede encontrar justificación en la mera retribución del hecho pasado,⁷ vulnerándose con ello el principio de proporcionalidad, ya que se mantendría un reacción punitiva que no se corresponde con la actual valoración jurídica, que el legislador efectúa respecto del comportamiento que se despenaliza o de la intensidad de la sanción que el mismo merece.

La fundamentación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna, en el sentido propuesto, permite afirmar la favorabilidad de la LRPA, en relación con el sistema punitivo propio de adultos, por cuanto dicha normativa conlleva, ya a nivel de valoración legislativa, la afirmación que la sanción tiene una finalidad específica, que no se observa en la sanción de adultos, el fin resocializador,⁸ el que su vez implica un tratamiento punitivo, cuantitativa y cualitativamente más benigno para el adolescente, por ende ya a este nivel de análisis abstracto el mantenimiento de una pena que no conlleve naturalmente esa finalidad específica importa, por una parte, alejarse o desconocer el mandato del legislador, y por otra, mantener en una situación de desventaja al adolescente al continuar sujeto a una sanción que se ha tornado innecesaria o excesiva.

Continuando con el razonamiento, puede concluirse entonces, y ahora a un nivel de análisis del caso concreto, que un sentenciador que mantenga una sanción propia del sistema penal de adultos, que a partir de la vigencia plena de la LRPA deviene en ineficaz, excesiva e innecesaria para los fines de prevención especial, explícitamente reconocidos por el legislador, está efectuando una modificación legislativa por vía judicial, al impedir que rijan en plenitud la nueva valoración legislativa que se ha efectuado respecto del contenido e intensidad que debe tener la reacción punitiva estatal, frente a los ilícitos cometidos por adolescentes.⁹

⁷ Silva Sánchez, J.M., ob. cit., p. 699.

⁸ Ver art. 20 de la Ley N° 20.084.

⁹ Sobre el particular, la Corte de Apelaciones de Concepción, conociendo de un recurso de nulidad que decía relación con la aplicación de la LRPA como ley más favorable, sostuvo: “ (...) en la conceptualización de la ley más favorable, creemos que debe también considerarse si con la aplicación de la nueva ley se cumplen o no los fines tenidos en cuenta por el legislador al dictarla...”. Sin embargo, a pesar del considerando expuesto, dicho tribunal no resolvió en consecuencia. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 880-05, de 30 de enero de 2006.

2.2. Alcance del concepto de ley penal

En la aplicación retroactiva de la ley más benigna, existe acuerdo en que ella debe ser entendida en un sentido amplio, referido a todo precepto del cual resulten consecuencias penales o que constituya un presupuesto para la aplicación de la pena. En este sentido nuestra jurisprudencia y doctrina han reconocido la aplicación como ley más favorable de disposiciones de naturaleza civil (ej. rebaja de la mayoría de edad)¹⁰ o de aquellas que dicen relación con la forma de cumplimiento de una pena o su suspensión.¹¹

Particular interés presentan en este punto las normas procesales con una fuerte incidencia en el derecho penal material, respecto de las cuales autores como Cury¹² postulan un tratamiento similar al de las leyes penales sustantivas, dentro los cuales está la posibilidad de su aplicación retroactiva como ley más benigna.

En este sentido, surge la problemática de determinar la naturaleza de instituciones como la sustitución o revisión de condenas a que se refieren los arts. 53 y 55 de la Ley 20.084, o la valoración de la LRPA, en relación con la ley N°18.216, aspectos sobre los cuales volveremos más adelante.

2.3. El principio de alternatividad o prohibición de *lex tertia*

En nuestra doctrina hay consenso en torno a que, en el procedimiento de determinación de la ley más favorable, le está vedado al sentenciador mezclar o considerar fragmentariamente los preceptos de ambas leyes,¹³ considerando de cada una solo aquello que beneficia al imputado, pues con ello el sentenciador estaría creando un tercera ley que nunca ha estado en vigor.¹⁴ Lo que corresponde es comparar la gravedad o intensidad de la reacción penal de la antigua ley, con todas sus circunstancias, con la gravedad de la reacción penal contenida en la nueva ley, considerando también todas sus circunstancias.

Cabe sí indicar que en doctrina comparada se admite la posibilidad de la *lex tertia*, por cuanto se sostiene que en derecho penal hay casos de combinaciones de leyes que se permiten, como por ejemplo las leyes penales en blanco

¹⁰ Corte Suprema, Sentencia de 16 de mayo de 1945, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. VIII, p. 131.

¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia 23 de enero 2007, Rol 4280-06.

¹⁰ Cury, E., *Derecho Penal, Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2005, p. 119.

¹⁰ Cury, op. cit., p. 229. En el mismo sentido Garrido Montt, M., *Derecho Penal, Parte General*, T. I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 109.

¹⁰ Cury, op cit., p. 229.

que exigen su integración con otras disposiciones, en el caso de la *lex tertia* más favorable, también ocurre así, no hay lesión al principio de legalidad, sino simple interpretación integrativa a favor del reo perfectamente posible.¹⁵

La consideración de las legislaciones en disputa con todas sus circunstancias implica que la elección de la ley más favorable ha de determinarse para el caso concreto, siguiendo la tradicional fórmula postulada entre nosotros por Cury,¹⁶ en el sentido de elaborar dos borradores de sentencia, con base en las leyes en conflicto.

Lo relevante de la consideración de este principio, a los efectos que aquí interesa, es que la determinación de la ley penal más favorable va a estar dada exclusivamente a favor de aquella que aplicada íntegramente al caso concreto conlleve en definitiva una situación de mayor ventaja material para el imputado, con independencia de la naturaleza, novedad o denominación de la sanción.

3. Aspectos generales en relación con la favorabilidad de la LRPA

Antes de entrar al análisis en particular de las disposiciones de la LRPA, que puedan dar lugar a una aplicación retroactiva, como ley penal más benigna, resulta pertinente efectuar algunas consideraciones de carácter general, en relación con los argumentos vertidos por alguna doctrina,¹⁷ que sostiene que en determinados supuestos, dicha ley carecería de las características de favorabilidad, que en este trabajo se postula.

Los cuestionamientos que nos interesan dicen relación, en primer término, con la afirmación de que la LRPA no importa una alteración de la extensión temporal de las penas, y en segundo lugar, que su aplicación como ley penal más favorable no es posible respecto a sentencias ejecutoriadas.

3.1. En cuanto a la afirmación que la LRPA no afecta la extensión temporal de las penas

Se sostiene que la LRPA en virtud de lo dispuesto en sus artículos 21 y 22 ha mantenido inalterado todo el sistema de determinación legal de la extensión

¹⁵ Bustos, R. J., y Hormazabal M., Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I., Editorial Trotta. Madrid, 1997, p. 109. En el mismo sentido, Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General*. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 125.

¹⁶ Cury, E., op. cit., p. 229.

¹⁷ Matus, Jean P., "Informe sobre la aplicación retroactiva de la Ley N° 20.084", en *Revista de Derecho Penal N° 19*, Ed. Lex Nova, Valladolid, septiembre 2006, pp. 80 y ss.

temporal de la pena que contempla el Código Penal y que las reglas de sustitución de pena a las sanciones que ella establece son parte únicamente del proceso de individualización judicial de las mismas, cuyas reglas prudenciales operan una vez determinada legalmente la pena, y como estas reglas prudenciales tampoco han sido alteradas, no es posible afirmar la existencia de un sistema de determinación de la extensión temporal de la pena que sea más favorable a los adolescentes condenados.

Esta corriente de opinión sostiene además que el art. 18 de la LRPA solo es una aparente excepción, respecto de la alteración de la extensión temporal de las penas, ya que, aun cuando esa norma efectivamente establece un límite temporal, éste es solo aplicable a las sanciones que allí señala, esto es, internación en régimen cerrado o semicerrado, ambas con programas de reinserción social y en ningún caso a las penas privativas de libertad contempladas en el CP o en leyes especiales y que en caso de aplicarse esa limitación a las penas de reclusión o presidio se estaría ante la aplicación de una *lex tertia* o mejor dicho ante la construcción judicial de la pena, sin sometimiento a la legalidad.¹⁸

Al respecto, si bien en un primer momento puede admitirse que no se ha alterado el proceso cronológico de determinación legal de la pena que establece el Código Penal, ello no permite derivar de manera indiscutida las conclusiones referidas.

En primer término, el artículo 21 de la Ley 20.084 al disponer que la pena asignada al delito cometido por un adolescente es la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley al ilícito correspondiente, está estableciendo una alteración de la extensión del marco penal en abstracto, transformando los delitos (crímenes y simples delitos) en figuras cuya pena en abstracto es una pena de un grado divisible y es solo a partir de ese grado desde donde deberán efectuarse las rebajas o agravaciones pertinentes.¹⁹

Además de lo anterior, la alteración de la extensión e intensidad de las penas, por parte de la LRPA, viene dada por la circunstancia que el artículo 6° de la Ley N° 20.084, al sustituir todo el catálogo de sanciones del CP y de las leyes especiales, por las sanciones que taxativamente indica la escala general contenida en dicha disposición, hace improcedente la aplicación de las penas

¹⁸ Matus, Jean P, op. cit., p. 92.

¹⁹ Estrechamente vinculado al punto es el tema de establecer si el art. 21 de la Ley 20.084, al rebajar la pena en abstracto en un grado, permite sostener que esta normativa ha alterado la calificación de los hechos punibles como crímenes, simples delitos o faltas y la consecuente implicancia que ello tendría en todo el ámbito de aplicación de la Ley 20.084, sin embargo, dicho análisis escapa a los fines de este trabajo, no obstante que la decisión que se adopte al respecto obviamente tendrá incidencia en una eventual aplicación de la LRPA, como ley penal más benigna.

accesorias que el Código Penal señala llevan consigo los crímenes y simples delitos.²⁰ Por último, otra clara alteración de la extensión del marco temporal está dada por la limitación que impone el artículo 22 inciso final, respecto de las penas privativas de libertad, al prescribir que en ningún caso su duración podrá exceder los límites máximos a que se refiere el art.18 de la LRPA.

En cuanto a las reglas prudenciales de determinación judicial de la pena, tratándose de adolescentes, han sufrido una importante modificación, ya que a la tradicional consideración de la entidad y número de la circunstancias agravantes o atenuantes, se incorpora ahora la consideración de la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social,²¹ consideración que viene a plasmar a nivel judicial la opción legislativa de dotar a las sanciones de la LRPA de un claro contenido preventivo especial.

Esta última exigencia implica entonces una obligación ineludible para el sentenciador, ya que éste carece de potestad para dejar de cumplir la voluntad del legislador, en orden a que todas las sanciones (incluidas las impuestas por sentencia ejecutoriada) deben estar subordinadas a dicha finalidad, de suerte entonces que en la individualización judicial de la sanción la finalidad preventiva especial no opera como fundamento de la misma, sino como un límite de la pretensión punitiva.

Consecuencia de la obligación antes dicha, es que pretender la imposibilidad de aplicar el límite temporal de extensión de las penas privativas de libertad a adolescentes condenados a penas de presidio o reclusión, implica desconocer la nueva valoración que con carácter general ha efectuado el legislador, en el sentido que ningún delito cometido por un adolescente, cualquiera sean las circunstancias que concurran, merece una sanción más severa que la indicada en el art.18, e importa la subsistencia de penas excesivas y carentes de toda finalidad resocializadora.

Por otra parte, el argumento esgrimido resulta excesivamente formal, pues da a entender que las penas de reclusión o presidio son de naturaleza diversa de las penas de internación en régimen cerrado o semicerrado, desconociendo el común contenido material de todas ellas, la privación de libertad que conllevan.²² El reconocimiento de la naturaleza privativa de libertad de las penas de

²⁰ La única pena accesoria que contempla la Escala General de Penas del art. 6° de la Ley 20.084 es la prohibición de conducir vehículos motorizados.

²¹ Art. 24 letra f) Ley 20.084.

²² Al respecto cabe recordar la definición de privación de libertad que se contiene en las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad: Regla 11 b): *Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un esta-*

internación, es expreso en la Ley N° 20.084, pues las denomina genéricamente penas privativas de libertad.²³

Que es el contenido material de la sanción lo que determina la naturaleza de la misma se demuestra incluso en la legislación penal de adultos, ya que aun cuando las penas de presidio y reclusión importaban teóricamente un régimen o modalidad diferente de cumplimiento, no por ello dejaban ambas de ser reconocidas como penas privativas de libertad, del mismo modo entonces las penas de internación en régimen cerrado o semicerrado no pierden ese carácter por conllevar ambas la implementación de programas de reinserción social.

Desde otro orden de ideas, tampoco puede desestimarse la aplicación del límite temporal en la extensión de las penas privativas de libertad que contempla el art. 18 de la Ley 20.084, por una infracción al principio de legalidad que se derivaría de una supuesta construcción judicial de la sanción, por cuanto, el principio de alternatividad al que hacíamos alusión implica que el carácter de ley penal más favorable está dado exclusivamente por la circunstancia de resultar una pena conforme a la nueva legislación más benigna, ocurrido lo cual no puede dejar de ser aplicada en razón de su reciente incorporación al catálogo de sanciones.²⁴

Finalmente la tesis que se comenta pareciera asumir como una circunstancia inamovible la extensión temporal fijada en la sentencia primitiva. Ello no es así, ya que lo que queda inamovible son los hechos, y son esos hechos los que son objeto de una nueva valoración, conforme a la reciente legislación, lo cual obviamente puede llevar a una alteración de la extensión temporal de la condena previamente impuesta. Pensemos, por ejemplo, en un adolescente condenado conforme a la legislación penal de adultos, por robo calificado, concurriendo además dos circunstancias agravantes, a una pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio; valorado ese mismo hecho y esas mismas circunstancias conforme a la LRPA, la sanción máxima sería de diez años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

3.2. Supuesta inaplicabilidad de la Ley 20.084 respecto de las sentencias condenatorias ejecutoriadas

Para sostener esta afirmación, se parte de la base que el propósito del legislador al establecer el art. 18 del CP no ha sido el que se permita la revisión de los

blecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

²³ Art. 15 Ley 20.084

²⁴ En el mismo sentido: Bascuñán, A., "La ley penal", en *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1, 2004. p. 219.

hechos establecidos por un fallo anterior, ni siquiera para determinar la posible existencia de los hechos constitutivos de una nueva atenuante, sino permitir una modificación de la sentencia, siempre que se tratara de una simple aplicación del nuevo texto legal a los hechos establecidos en el fallo.

En consecuencia, se estima, que solo sería posible modificar sentencias ejecutoriadas para aplicar alguna de las penas sustitutivas del art. 6° de la Ley N° 20.084, si los fundamentos de hecho, para decidir sobre su necesidad y especialmente sobre su capacidad para cumplir las finalidades que establece el art. 20, pueden extraerse de los hechos establecidos en el fallo.²⁵

Sin embargo, se agrega que ello no es posible, ya que si bien podría argumentarse que la aplicación de las reglas de sustitución y la correspondiente tabla demostrativa del art 23 no supone otro ejercicio que la determinación de la extensión de la pena aplicable y que tal extensión se encuentra determinada en la sentencia firme, el Tribunal debe tomar una decisión sobre cuál es la naturaleza de la sanción a imponer y para ello, de acuerdo al art. 24 de la LRPA, deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, entre otros factores, a la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social, antecedentes que las partes no habrán aportado y por ende no se encontrarán en la sentencia que se revisa.²⁶

Al respecto, se debe destacar que se reconoce la posibilidad de revisar las condenas anteriores cuando éstas contengan los hechos que permitan al tribunal establecer la idoneidad de la naturaleza de la sanción, razón por la cual no se pretende una inaplicabilidad absoluta de la LRPA respecto de condenas ejecutoriadas. Al respecto cabe hacer presente que tratándose de adolescentes condenados a penas privativas de libertad, por lo general existirá un informe presentencial del cual pueden desprenderse tales hechos.

Pero en el supuesto de admitirse que la sentencia que se revisa no contenga tales hechos, cabe preguntarse ¿la idoneidad de la sanción para cumplir con los fines de la LRPA está determinada exclusivamente por un fundamento fáctico?

Estimamos que al menos tratándose de penas privativas de libertad, que indudablemente será el supuesto donde tendrá mayor incidencia esta discusión, dar una respuesta afirmativa a la interrogante planteada no es posible de un modo categórico. Por el contrario, ha sido el propio legislador quien ha es-

²⁵ Matus, J. P., op.cit. p. 93.

²⁶ Matus, J. P., op.cit. p. 94.

tablecido una valoración normativa de carácter negativo de la pena privativa de libertad, en orden a su idoneidad para alcanzar el fin resocializador. Esta valoración negativa se contiene en el art. 26, que establece claramente que la privación de libertad se utilizará como medida de último recurso, y en el art. 18 al limitar su duración.²⁷ Del mismo modo, la Convención Internacional de los Derechos del Niño establece esa misma valoración en su art. 37 letra b) y art. 40.4. Precisamente por la consideración de esta valoración normativa negativa de la sanción privativa de libertad, es que una de las características distintivas de los sistemas de responsabilidad penal juvenil viene dada por la alteración de la regla general en materia de respuesta punitiva, pasando la pena privativa a ser la excepción y la regla general, un catálogo diverso de sanciones no privativas de libertad.²⁸

De esta forma, frente a la disyuntiva de aplicar una pena privativa de libertad versus una no privativa, esta última aparece siempre normativamente más idónea para alcanzar el fin resocializador. En un sentido más amplio, no es impropio afirmar que, dado que la LRPA establece un sistema de responsabilidad penal especial y diferenciado para adolescentes, naturalmente sus sanciones tienen una naturaleza más benigna y por ende resultan más idóneas para alcanzar el fin resocializador, que las penas propias del sistema penal de adultos, las cuales incluso pueden responder a fines meramente retributivos.²⁹

En definitiva, ante un adolescente condenado por sentencia ejecutoriada a una pena cuya extensión es superior o igual al primer tramo del art. 23 de la Ley N° 20.084, estimamos que respecto de la primera situación ineludiblemente procede ajustar dicha sanción a la extensión máxima que contempla el art. 18 de la LRPA y que además en ese evento y en el segundo caso, cualquiera de las penas que contempla el numeral 1° del art. 23 resulta más idónea que una pena de presidio mayor en su grado mínimo, que no contiene un componente resocializador, teniendo presente además que aun cuando se imponga la más gravosa del tramo, se puede efectuar con posterioridad su revisión, por la vía de la sustitución o remisión de condena.

4. Aspectos particulares de la favorabilidad de la Ley 20.084

Ahora sí, nos referiremos a algunos aspectos puntuales en los cuales la LRPA se presenta como una ley penal más favorable y por ende se puede impulsar su aplicación retroactiva.

²⁷ En el mismo orden de ideas: los arts, 32, 35, 41, 53 y 54 de la Ley 20.084

²⁸ Ver art. 6° LRPA.

²⁹ Será entonces de cargo del ente persecutor desvirtuar este indicio normativo de idoneidad de la sanción.

4.1. Favorabilidad por despenalización

i) Las faltas.

De conformidad con lo previsto en el inc. 3° del art. 1° de la Ley 20.084, solo serán responsables en el caso de faltas los adolescentes mayores de dieciséis años y exclusivamente por las faltas consistentes en consumo personal de sustancias estupefacientes o psicotrópicas de la Ley 20.000; la de desórdenes públicos (art. 491 N° 1); la de amenazar con armas blancas o de fuego (art. 494 N° 4); las lesiones leves (art. 491 N° 5); el incendio de cosas de menos de una unidad tributaria mensual (art. 494 N° 19 en relación con el art. 477); el hurto falta (art. 494 bis); la falta de daños de menos de una unidad tributaria mensual (art. 495 N° 21); el ocultamiento de la propia identidad (art. 496 N° 5), y la falta de arrojar piedras en parajes públicos o hacia casas o edificios (art. 496 N° 26).

La consecuencia de carácter general que se desprende de la disposición transcrita es que con ella se consagra la despenalización de las faltas cometidas por adolescentes que no se encuentren comprendidas en la enumeración a que alude el artículo 1° de la LRPA, cualquiera sea la edad de éstos.

Sin embargo, si bien pareciera consagrarse una despenalización general en materia de faltas tratándose de adolescentes menores de 16 años y una despenalización parcial para los mayores de esa edad, no se debe olvidar que conforme al art. 102 M de la LRPA, en caso de incumplimiento de la sanción impuesta por el Tribunal de Familia, éste remitirá los antecedentes al Ministerio Público, para los efectos previstos en el inc. 2° del art. 240 del CPC, con lo cual la despenalización de las faltas se relativiza.

Respecto de las faltas comprendidas en el artículo 1° inc. final de la LRPA. y que fueran cometidas por adolescentes (mayores de 16 menores de 18 años), se debe tener presente, que de acuerdo al art. 6° de la LRPA, las penas de las faltas sólo son: la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, la reparación del daño causado, multa y amonestación. De esta forma el art. 6° de la LRPA viene a establecer un nuevo marco punitivo para las faltas cometidas por adolescentes, constituyendo claramente una ley penal más favorable, al menos respecto de la amonestación; así ocurre, por ejemplo, claramente respecto de la actual sanción del hurto falta.

Tratándose de la pena de multa, el art. 9° de la LRPA establece que ella será conmutable, a solicitud del infractor, por la sanción de servicios en beneficio de la comunidad, a razón de 30 horas por cada tres UTM. Se debe destacar que de la redacción de la disposición se desprende que la conmutación no es

una facultad privativa del tribunal, por cuanto utiliza la expresión imperativa “será conmutable, a solicitud del infractor”, en consecuencia, y tal cual lo ha reconocido algún sector de la doctrina, estableciendo la ley antigua y la nueva sanciones de diferente naturaleza, para determinar cuál es más favorable, un criterio es atender a la opinión del imputado;³⁰ en consecuencia, si éste estima que le resulta más favorable la prestación de servicios en favor de la comunidad que la multa, puede solicitarse su aplicación.

A su turno, el art. 9° de la LRPA dispone que el juez podrá imponer a beneficio fiscal una multa que no exceda de diez UTM. Se debe llamar la atención en cuanto a que con ello se supera la cuantía establecida para las faltas en el artículo 25 del CP (hasta 4 UTM), colocando con ello al adolescente en una situación más gravosa respecto de la que tendría un adulto en la misma situación, razón por la cual no cabe sino ajustar la cuantía de la multa al límite máximo contenido en el art. 25 del CP y concluir que la eventual conmutación de la multa por servicios en beneficio de la comunidad solo podría tener como máximo una extensión de 40 horas.

ii) En materia de delitos sexuales.

El art. 4° de la LRPA establece una regla especial para delitos sexuales, al establecer que “no podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 quáter del CP., cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concorra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 del CP, según sea el caso, a menos que exista entre aquella y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos”.

Con independencia de la naturaleza jurídica que se le asigna a esta disposición,³¹ concurriendo los presupuestos que la norma indica, diferencia de edad y ausencia de las circunstancias de los art. 361 y 363 del CP, no corresponde proceder criminalmente, con lo cual la disposición deviene claramente en más favorable.

iii) En materia de prescripción.

De acuerdo al art. 5° de la LRPA, la prescripción de la acción penal y de la pena

³⁰ Alternativa que encuentra su respaldo en el derecho a ser oído, reconocido en el art. 12 CDN.

³¹ Para algunos se trata de una excusa legal absolutoria, ver; Matus, Jean P., op. cit., p. 88. En el mismo sentido, Oficio del Fiscal Nacional N° 76, Santiago, diciembre de 2005. Para otros, constituye una causal de atipicidad por falta de lesividad de la conducta.

será de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, de seis meses.

De esta forma la LRPA establece nuevos plazos de prescripción para los delitos cometidos por adolescentes, los cuales son más favorables que los anteriores, a saber:

- a. Crímenes, sin distinción, 5 años.
- b. Simples delitos, 2 años.
- c. Faltas, 6 meses.

En consecuencia, todo crimen cometido por un adolescente mayor de dieciséis y menor de dieciocho años con anterioridad al 8 de junio de 2002 estaría prescrito, como también todo simple delito cometido con anterioridad al 8 de junio de 2005.

Respecto de este punto, estimamos procedente la aplicación de la media prescripción,³² ya que no estamos frente a supuestos de prescripción de corto tiempo, toda vez que, al constituir la LRPA un estatuto jurídico especial y diferenciado para los adolescentes, estamos frente al régimen general de prescripción aplicable a las personas menores de 18 años.³³

iv). Respecto de cuasidelitos.

Conforme al art.1° de la LRPA, tiene por finalidad regular la responsabilidad penal de los adolescentes por los "delitos" que cometan. A su turno el inciso 2° del art. 1° dispone que serán aplicables supletoriamente las disposiciones contenidas en el Código Penal y en leyes penales especiales.

Como la LRPA no contiene una referencia expresa a lo que ha de entenderse por delito, debemos estarnos a lo que por tal se entiende en el Código Penal, y conforme a tal normativa (arts. 1° y 2°) la expresión delito está referida a los tipos dolosos, toda vez que tratándose de los tipos imprudentes, el CP los denomina expresamente cuasidelitos.

Refuerza la exclusión de los tipos imprudentes del catálogo de ilícitos por los cuales han de responder penalmente los adolescentes, el carácter excepcional que reviste la punibilidad de este tipo de infracciones, a los casos expresamente previstos por la ley,³⁴ como asimismo la propia naturaleza del injusto impruden-

³² Ver art. 103 CP.

³³ En sentido contrario: Matus, Jean P., op. cit., p. 88.

³⁴ Art. 10 N° 13 Código Penal.

te, que tiene su esencia en la falta del debido cuidado, la cual aparece como propia o inherente al comportamiento de una persona en pleno proceso de desarrollo y formación.³⁵ No altera esta conclusión la circunstancia que el inc. 3° del art. 1° de la LRPA contemple entre las faltas punibles la falta de daños (495 N° 21), figura que contempla una hipótesis imprudente, por cuanto, ya tratándose de adultos, la doctrina ha denunciado la incoherencia de dicha disposición,³⁶ por lo que mal puede estimarse que una disposición cuya coherencia sistemática es dudosa sea la base sobre la que descansa la justificación de la inclusión de los tipos imprudentes en el catálogo de delitos respecto de los cuales han de responder penalmente los adolescentes.

Con esta interpretación se concreta la aspiración contenida en los instrumentos internacionales³⁷ y sostenida por la doctrina,³⁸ en orden a que el catálogo de los delitos por los que han de ser responsables los adolescentes debe ser menor que el de los adultos.

2. Favorabilidad por tratamiento más benigno

i) En relación con condenas impuestas o a imponer.

Sobre el análisis particularizado de este punto nos remitimos al trabajo efectuado por la Unidad de Defensa Penal Juvenil,³⁹ limitándonos a indicar las conclusiones generales a que arriba dicho estudio.

1. Con respecto a una pena privativa de libertad propia del sistema de adultos, siempre aparecen como más favorables las penas de la Ley 20.084, cualquiera sea la naturaleza de éstas.

De esta forma, aun cuando se trate de sustituir una pena privativa de libertad del sistema de adultos por una internación en régimen cerrado, de igual duración, esta última aparece como más favorable, por los lugares y condiciones de cumplimiento.⁴⁰

En caso de encontrarse actualmente un adolescente cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad, no superior a tres años y un día, corresponde

³⁵ En el mismo sentido Bustos, J. *El Delito Culposos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 102.

³⁶ Bustos, J., op. cit., p. 19. En el mismo sentido: Garrido M., Mario, *Derecho Penal* T. IV. Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, septiembre 2000, p. 429.

³⁷ Art. 40 inc.3° b) del CDN; Directrices de Riad, directriz 5.

³⁸ Belloff, M., "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta trasgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos", en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF N° 3, Buenos Aires, diciembre 2001, p. 22.

³⁹ Unidad de Defensa Penal Juvenil, op. cit., pp. 14 y ss.

⁴⁰ Ver arts. 42 y ss. de la Ley 20.084.

al menos su reemplazo por una pena de internación en régimen semicerrado (tramos 3 y 4 del art. 23).

2. El punto de discusión dice relación con el carácter más favorable o no de las sanciones no privativas de libertad, en relación con los beneficios contenidos en la Ley N° 18.216.

Un primer aspecto a resolver es el de la subsistencia de la aplicabilidad de la normativa contenida en la Ley N° 18.216, respecto de los adolescentes.

No obstante no existir una exclusión expresa de dicha normativa por parte de la Ley 20.084, razones tanto sistemáticas, como de orden práctico, nos llevan a sostener su inaplicabilidad cuando se trata de adolescentes.

En un primer orden de ideas, la subsistencia de la normativa contenida en la Ley N° 18.216 pareciera contradecir el carácter especializado y diferenciado del sistema punitivo que representa la LRPA, la cual no solo altera la regla tradicional, en cuanto al tipo de reacción penal, dejando a la pena privativa de libertad como último recurso, estableciendo un catálogo amplio y como primer recurso, de penas no privativas de libertad, sino que además contempla sus propios y especiales mecanismos alternativos o sustitutivos de la penas privativas de libertad.

La Ley 18.216 no recoge ese tratamiento o consideración especial de la calidad de adolescente y se estructura en torno a las necesidades de un adulto y como exclusiva alternativa a una pena privativa de libertad, cuyo contenido y finalidad, como se ha puesto en evidencia en este trabajo, son diametralmente opuestos al contenido y finalidad de la sanción juvenil.⁴¹

Además de lo anterior, el impacto real de la inaplicabilidad de los beneficios de la Ley 18.216 es menor, por cuanto, en la mayoría de los tramos en que sería dable su aplicación, es posible la aplicación de un instituto propio de la Ley 20.084, de carácter más favorable, tal vez, el único tramo en que quedaría un margen para la aplicación sería el comprendido entre 541 días a 3 años.

Sin embargo, en caso de estimarse que resulta procedente la aplicación de la

⁴¹ La incompatibilidad que se denuncia se pone de manifiesto si se piensa que la revocación de algunos de los beneficios de la Ley 18.218 conlleva por regla general el cumplimiento efectivo de la sanción inicialmente impuesta, la que necesariamente debe ser una privativa de libertad propia del sistema de adultos, ya que solo respecto de ellas operan los beneficios de la Ley 18.216, lo que implica admitir la posibilidad de haber aplicado estas sanciones, en lugar de las especiales contempladas en la LRPA, alternativa que en este trabajo no se comparte.

Ley N° 18.216,⁴² como regla general, podemos decir que las sanciones de reparación del daño causado y servicios en beneficio de la comunidad aparecen como más favorables, dada su naturaleza y duración.

Pero ¿qué sucede con los beneficios de Ley 18.216 y las sanciones de internación en régimen semicerrado y las de libertad asistida, en cualquiera de sus formas? Una vez más, acudimos a las conclusiones generales que se desprenden del estudio sobre el tema efectuado por la Unidad de Defensa Penal Juvenil.

En relación con la remisión condicional:

1. Es menos gravosa que la internación en régimen semicerrado.
2. Es menos gravosa que la libertad asistida especial.
3. Es menos gravosa que la libertad asistida simple.

Como bien advierte el documento de trabajo de la Unidad de Defensa Penal Juvenil,⁴³ esta favorabilidad de la remisión condicional de la pena se relativiza al tener presente las consecuencias de un eventual quebrantamiento de la medida, la posibilidad respecto de las penas privativas o restrictivas de libertad igual o inferior a 540 días de operar a su respecto la suspensión de la condena,⁴⁴ o bien la posibilidad de sustitución o remisión de las sanciones de la Ley 20.084.

En relación con la reclusión nocturna:

1. Aparece como equiparable a la internación en régimen semicerrado.⁴⁵
2. Es más gravosa que el resto de las sanciones.

En relación con la libertad vigilada:

1. Es menos gravosa que la internación en régimen cerrado o semicerrado.
2. En atención a que está pensada y diseñada para adultos, aparece como menos conveniente que la libertad asistida en cualquiera de sus formas.

ii). Sustitución y remisión de condena.

El punto de partida a analizar es la naturaleza jurídica que se atribuye a estas disposiciones, en el sentido de determinar si constituyen una de esas institucio-

⁴² Así lo sostuvo la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia Rol N° 88-06, 27 de marzo de 2006.

⁴³ Unidad de Defensa Penal Juvenil, op. cit., p. 20.

⁴⁴ Art. 41 Ley N° 20.084.

⁴⁵ Sin embargo, creemos que ello no es indiscutido, toda vez que de la sola lectura del art. 16 de la Ley 20.084 se desprende que somete al condenado a un régimen mucho más intrusivo que la reclusión nocturna.

nes procesales penales inextricablemente ligadas a la ley penal sustantiva más favorable, de tal manera que no fuese posible aplicar ésta sin aquéllas.⁴⁶

Sin perjuicio de la interrogante planteada, estimamos que en forma previa a la aplicación de estas instituciones se debe plantear la aplicación de la Ley 20.084 como ley penal más favorable, por cuanto, de la lectura de los arts. 53, 54 y 55 de la Ley 20.084 se desprende que ellas operan respecto de las sanciones previstas en esa ley, de forma tal que se requiere como paso previo el reemplazo de la sanción propia del sistema de adultos por algunas de las previstas en el art. 6° y de acuerdo a los tramos contemplados en el art. 23.⁴⁷

Este planteamiento presenta la ventaja, por una parte, de “limpiar el debate”, ya que obviamente las líneas y contenidos argumentales en uno y otro caso son distintos, así respecto de la eventual aplicación de la ley penal más favorable el debate es estrictamente de derecho, en cambio, la sustitución y remisión supone la revisión y ponderación de las actuales circunstancias y por ende un debate de preeminente contenido fáctico y por otra parte evita la discusión en torno a que tribunal es competente para emitir un pronunciamiento, ya que de acuerdo al art. 18 del CP, es competente para aplicar la ley penal más favorable aquel que hubiese dictado la sentencia, en cambio es competente para conocer de la solicitud de sustitución y remisión, el juez de control de ejecución, que de conformidad al art. 50 de la Ley 20.084, es el juez de garantía del lugar donde esta se cumple.

iii). Aplicación del art. 450 inc. 1° del Código Penal

La tesis que sustentamos es que a contar del 8 de junio de 2007 no resulta procedente la aplicación de la regla del art. 450 inc. 1° CP, que adelanta la punición en carácter de consumado para etapas imperfectas de ejecución de ciertos delitos.⁴⁸⁻⁴⁹

Punto de partida es el reconocimiento que la LRPA tiene por finalidad regular la responsabilidad de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedi-

⁴⁶ Unidad de Defensa Penal Juvenil, op.cit., p. 12.

⁴⁷ Cabe hacer presente que en el Documento referido en la nota anterior se atribuye a estas instituciones una naturaleza mixta, al contener normas sustantivas y procesales y por ende se sostiene la factibilidad de que adolescentes que estén cumpliendo condenas puedan derechamente solicitar su sustitución o remisión como ley penal más favorable.

⁴⁸ Argumentación que es extensiva a otras disposiciones penales que contemplan idéntico adelantamiento sancionatorio.

⁴⁹ Cabe hacer presente que la argumentación que se expone lo es teniendo presente lo resuelto por la Excma. Corte Suprema, en el sentido que el art. 450 inc. 1° del CP constituye una norma de determinación de pena.

miento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas.⁵⁰

En consecuencia, la LRPA constituye un cuerpo normativo propio, especial y diferenciado para las personas menores de dieciocho años, cuyo ámbito de regulación es la totalidad de los presupuestos que determinan la comisión de un delito por un adolescente, como asimismo, las consecuencias jurídicas que de ello derivan.⁵¹ Solo en lo no expresamente previsto por la LRPA serán aplicables las disposiciones del Código Penal y leyes especiales.

Esta especialidad de la LRPA tiene una de sus mayores manifestaciones en el catálogo de sanciones y en el procedimiento de determinación de las mismas.

En materia de sanciones la LRPA expresamente prescribe en su art. 6° que “en **sustitución de las penas** contempladas en el CP y en leyes complementarias, las sanciones que se aplicarán a los adolescentes serán las de la siguiente Escala General:...”.

Ahora bien, de acuerdo al diccionario de la RAE, sustitución es la *acción o efecto de sustituir*, y sustituir significa: “*poner a alguna persona o algo en lugar de otra persona o cosa*”. De esta forma, el artículo 6° de la LRPA, respecto de los delitos cometidos por adolescentes, ha puesto las penas que dicha disposición contempla en lugar de las penas que se contemplan en los tipos penales del Código Penal y en leyes especiales, conservándose de dichos cuerpos normativos exclusivamente la descripción de la conducta prohibida.

Esta derogación total de las penas del sistema penal de adultos respecto de los adolescentes, que consagra el art. 6°, encuentra respaldo en la historia del establecimiento de la ley, por cuanto se sostuvo que la instauración de un sistema de penas diverso al consagrado para adultos podía lograrse estableciendo un catálogo sustitutivo de sanciones, diverso del ya considerado en el Código Penal.⁵²

En lo que respecta al proceso de determinación de la sanción, los arts. 21 y 22 de la Ley 20.084 disponen que la pena asignada a los delitos cometidos por

⁵⁰ Art. 1° Ley 20.084.

⁵¹ En el Mensaje de la Ley 20.084 se reconoce expresamente la característica de especialidad de este sistema: “*El presente Proyecto de Ley tiene el propósito de reformar radicalmente la respuesta del Estado ante los actos que revistan carácter de crimen o simple delito cuando ellos sean cometidos por personas menores de dieciocho años, introduciendo, por primera vez en Chile, un sistema de responsabilidad penal especial para los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años*”.

⁵² Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletín N° 3021-07, p. 80.

adolescentes es la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito respectivo y que a partir de ese marco abstracto, se debe determinar la duración de la sanción, aplicando las reglas previstas en el párrafo 4 del Título III del Libro I del CP, con la sola excepción de lo dispuesto en el art. 69 de dicho código.

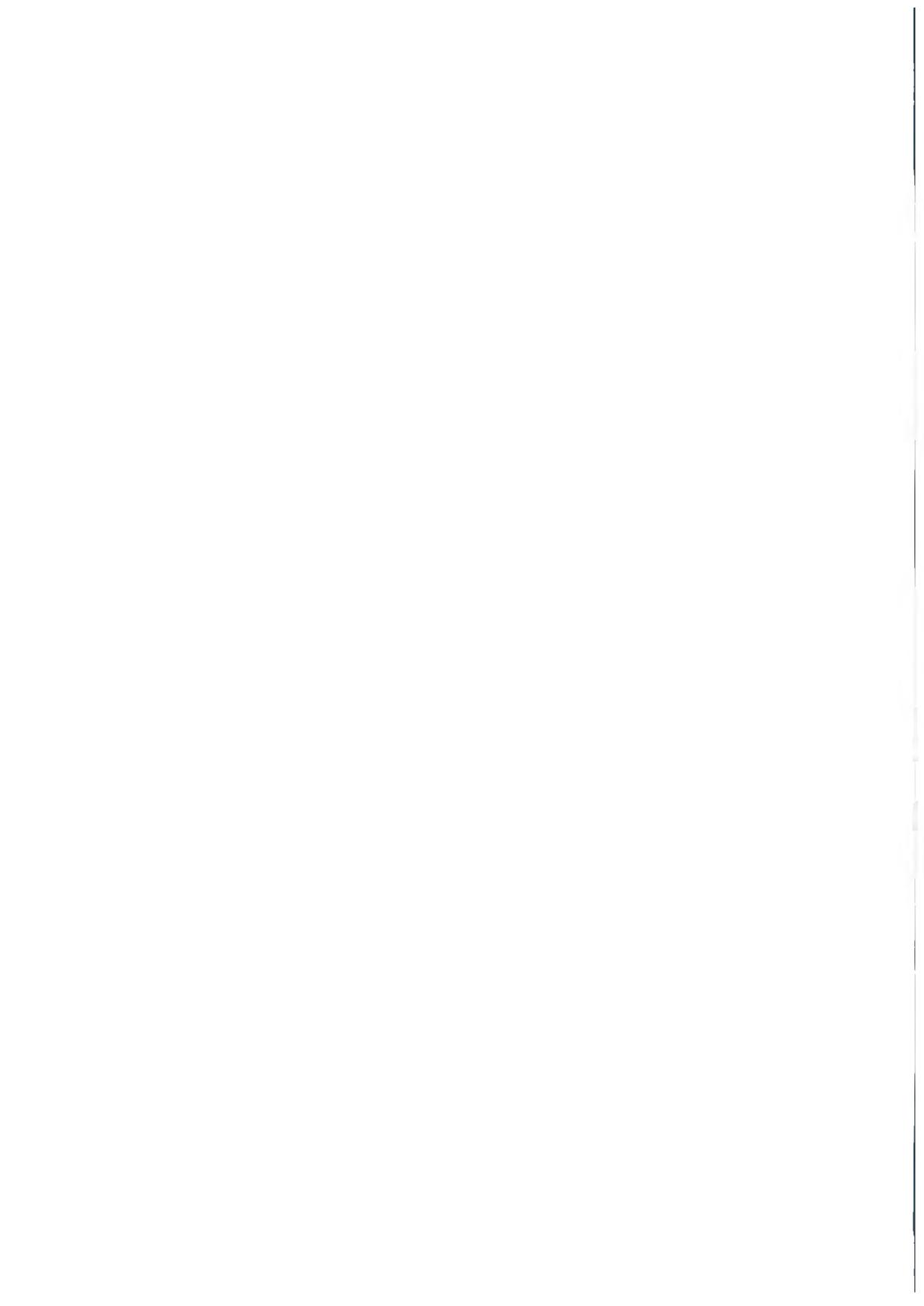
Estas normas al imponer al juez, en carácter imperativo, la aplicación de las reglas contenidas en el párrafo 4 del Título III del Libro I del CP, con la sola excepción del art. 69 del CP, consagran sin exclusión alguna la plena vigencia, respecto de los adolescentes, de las reglas generales relativas a la sanción de las etapas imperfectas de desarrollo del delito contenidas en los artículos 51 y siguientes del CP., como uno de los factores a considerar en la determinación del quantum de la pena.

No altera lo concluido lo previsto en el artículo 55 del CP, al indicar que la rebaja de sanción prevista para las etapas imperfectas de desarrollo en los arts. 51 y 52 no tendrán lugar en los casos en que el delito frustrado y la tentativa se hallan especialmente penados por la ley, por cuanto no puede entenderse que la referencia a los casos especialmente penados por la ley a que alude el referido artículo 55 alcance al artículo 450 inc 1°, ya que esta última disposición es considerada una regla de determinación de pena y no una norma que tipifica y sanciona en forma autónoma la etapas imperfectas, que son los casos a que alude el mencionado artículo 55, y al ser una regla de determinación de pena no expresamente comprendida en el nuevo mecanismo de determinación de sanciones contenido en la Ley 20.084, no puede entonces recibir aplicación.

A mayor abundamiento, la letra b) del art. 24 de la LRPA obliga al juez, para determinar la naturaleza de la sanción, atender al grado de ejecución de la infracción.

En suma, a contar del 8 de junio de 2007, las disposiciones transcritas impiden la aplicación del art. 450 inc. 1° del CP., en razón de la primacía del principio de especialidad que reviste todo el contenido normativo de la Ley N° 20.084.⁵³

⁵³ Cabe indicar que la inaplicabilidad del art 450 inc 1° del CP ha sido recogida por alguna jurisprudencia, así: TOP Concepción, Rit 266-05; TOP Talca Rit 123-05; y voto disidente Corte Apelaciones de Valparaíso, Rol 164-06.



La responsabilidad del Estado en la Ley 19.966 sobre régimen de garantías en salud. Historia de su establecimiento

Nicolás Entelche Rosales

Profesor Ayudante Derecho Administrativo

Ayudante de la Dirección de Investigación

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado-Administrador, sabemos que existen principalmente dos teorías que explican su fundamento basándose en elementos y estatutos jurídicos disímiles.

La primera es la denominada “responsabilidad constitucional u objetiva”,¹ la cual afirma que la Administración debe responder por la lesión que cause en su derecho a un particular, obviando la intencionalidad que el victimario tuvo al inferir el daño. Para ésta, las normas que configuran la responsabilidad del Estado se encuentran en la Constitución Política de la República.

La segunda es la “responsabilidad subjetiva”, la cual condiciona la procedencia de la obligación de reparar los daños causados a la imputación de un grado de culpa del sujeto activo. Dentro de esta segunda tesis, tenemos que distinguir dos vertientes: la primera que aplica lisa y llanamente las normas del Código Civil (artículos 2314 y siguientes), y la segunda que soslaya la procedencia de este cuerpo legal, aplicando similares parámetros (la imputabilidad como requisito de la indemnización de perjuicios en el incumplimiento de una obligación), pero sobre la base de la que se ha dado en llamar teoría de la responsabilidad por “falta de servicio” o por “culpa del servicio”.²

¹ Sustentada en la actualidad, principalmente, por Eduardo Soto Kloss en *Derecho administrativo. Bases Fundamentales. El principio de juridicidad*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile (1996), pp. 307-311.

² Sustentada en la actualidad, principalmente, por Pedro Pierry Arrau en *Responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 1 (2000), pp. 17-27 y en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 92, primera parte, sección Derecho (1995), pp. 17-30.

No es el objeto de este trabajo pormenorizar los fundamentos de la discusión doctrinaria que se ha suscitado a raíz de las diferencias entre una y otra. Sin embargo, es necesario distinguir que mientras la teoría “por falta de servicio” o “por culpa del servicio” encuentra su fundamento en el artículo 42 de la Ley N° 18.575³ (especialmente en la frase “falta de servicio”), la teoría de la responsabilidad constitucional u objetiva señala que la expresión “falta de servicio” solo procede ser utilizada a efectos de determinar si el Estado puede repetir o no contra el funcionario que haya causado el daño.

Resulta evidente, por tanto, que mientras la primera concepción (responsabilidad constitucional u objetiva) tiende a dar primacía de los derechos de la persona de la víctima, la segunda (responsabilidad subjetiva) busca resguardar los intereses patrimoniales del Estado victimario.

Especial aplicación ha tenido este tema en materia sanitaria,⁴ en razón de disímiles casos en que los Servicios de Salud han sido demandados –y aun condenados– por daños ocasionados a los pacientes en el ejercicio de sus funciones.⁵

El caso es que varias veces se ha intentado clausurar el debate por vía legislativa, y a favor del Estado. Una de esas ocasiones fue precisamente con la Ley 19.966 (3.9.2004),⁶ la cual establece nuevas garantías de salud, y que se ha querido elevar a la altura de un referente donde el legislador se habría pronunciado a favor de la referida “teoría por falta de servicio”.

En circunstancias que, según veremos, ni el texto aprobado ni la génesis de su establecimiento permiten suponer una voluntad uniforme e inequívoca del legislador en tal sentido.

Fijaremos nuestra atención en el Título III de la ley antes referida (19.966), el que se refiere a la “responsabilidad en materia sanitaria” en tres artículos (38, 39 y 40). Especialmente en su artículo 38, que reza así:

³ Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

⁴ Como ilustración, algunas de las principales leyes en la materia. El Decreto Ley N° 2.763, del año 1979, cambió la anterior institucionalidad encargada de las acciones de fomento y protección de la salud, la cual estaba centralizada en el Servicio Nacional de Salud. Tras sucesivas modificaciones (siendo la última la de la Ley 19.937, del año 2004, que “Establece una nueva concepción de la autoridad sanitaria”) la función “ejecutiva u operativa” de la salud pública quedó en manos de 29 Servicios de Salud distribuidos a lo largo de Chile. Sin perjuicio de que la atención primaria esté a cargo de las Municipalidades, conforme a la Ley 18.695.

⁵ Para mayor información se recomienda: Eduardo Soto Kloss, *Responsabilidad del Estado por daños producidos por sus Servicios de Salud. Notas para un estado de la cuestión en la jurisprudencia*, en *Ius Publicum* (U. Santo Tomás) 12 (2004) pp. 79-87; el comentario a *Parada Toloza* en IP 16 (2006), pp. 255-267, y recientemente el comentario a *Aillapán Sepúlveda* en IP 18 (2007), pp. 271-288.

⁶ La cual establece que un conjunto de enfermedades y condiciones de salud se encuentran asegurados en su acceso, oportunidad, calidad y cobertura financiera por el Estado.

“Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

“El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.

“Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada”.

Para aclarar el verdadero sentido y alcance de esta expresión en esta ley y así entender a cabalidad el Título III, utilizaremos el mecanismo de la interpretación jurídica,⁷ el que, para fijar el verdadero significado de una norma (fase formal), atiende a los criterios expresados en el Código Civil (artículos 19 a 24) aplicables al ordenamiento jurídico en general en materia de hermenéutica de la ley, los cuales están divididos en distintas subfases que prefieren entre sí.

En una primera subfase y siguiendo el artículo 19 inciso 1°, que consagra la procedencia del elemento interpretativo gramatical, al ser evidente la contradicción que existe en la doctrina acerca del significado de esta frase “falta de servicio” (para algunos habla del fundamento de la responsabilidad y para otros de la imputabilidad), sería inconducente tomarla en un sentido natural y obvio.

No existiendo una definición legal ni procediendo la de aquellos que profesan la misma ciencia o arte, entendemos agotada esta primera subfase y se hace imperativo acudir a una segunda, que contiene los demás elementos interpretativos, entre los cuales encontramos al elemento sistemático, lógico e histórico.

Es por medio de este último elemento interpretativo (elemento histórico), principalmente,⁸ que intentaré demostrar que el Título III en general, donde el artículo 38 en particular, al referirse al concepto “falta de servicio”, no se lo

⁷ Pablo Rodríguez Grez, *Teoría de la interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición (2004), p. 182.

⁸ La aplicación subsidiaria del elemento sistemático (aquel por medio del cual se busca dar el verdadero sentido y alcance a la norma interpretada acudiendo a otras normas, especialmente si versan sobre el mismo tema), se ve atenuada por la naturaleza misma de la institucionalidad que establece el plan AUGE, que se compone de normas con un carácter eminentemente técnico. No obstante esto, este trabajo abordará tangencialmente el Decreto Supremo N° 44 (9.01.2007) y las “Normas técnico médico y administrativo, para el cumplimiento de las garantías explícitas en salud del régimen general de garantías en salud de la Ley N° 19.966”.

La aplicación subsidiaria del elemento lógico (aquel por medio del cual se busca dar el verdadero sentido

puede vincular con el “por qué el Estado debe responder”. En otras palabras, no tiene relación alguna con el fundamento de la responsabilidad del Estado, sino que versa acerca de la imputabilidad o el “quién debe responder”, volviendo a la regla general consagrada en la Constitución Política. Con lo anterior se desvirtuará la idea de que esta norma (19.966) exigiría un grado de “culpa, negligencia o mal funcionamiento” del servicio en esta materia para que éste proceda a responder por el daño causado.

II. Génesis y tramitación de la Ley 19.966 en general y del actual artículo 38 en particular

Esta ley nace por mensaje del Presidente de la República, entrando a su primer trámite legislativo en la Cámara de Diputados con fecha 4 de junio de 2002, siendo despachado a la Cámara revisora con fecha 21 de enero de 2003. Hasta ese momento no existe el título de la “responsabilidad en materia sanitaria”.

1. Origen

Fue en su tramitación en el Senado que mediante indicación de fecha 30 de marzo de 2004, el Presidente de la República propuso incorporar el epígrafe de la “responsabilidad en materia sanitaria”, donde además del citado artículo 38 se contenían los actuales artículos 39 y 40.

En cuanto al artículo 38, la indicación aditiva del Presidente de la República tiene por objeto incluir un nuevo artículo 50 a la Ley 19.966 (actual artículo 38). Las actas señalan que este nuevo precepto:

“Establece la responsabilidad de los órganos de la administración del Estado en materia sanitaria, por los daños que causen a particulares por falta de servicio.

“El inciso segundo define la falta de servicio, y al efecto señala que hay tal “cuando por incumplimiento de las normas legales o reglamentos que rigen la actividad, el órgano no funciona, funciona mal o funciona tardíamente.

“Finalmente, el inciso tercero impone al particular la obligación de probar que el perjuicio es resultado de la acción u omisión del órgano, en el ejercicio de sus funciones y mediando falta de servicio”.⁹

y alcance a la norma interpretada por el contexto general de sus disposiciones o bien recurriendo a su intención o espíritu), es inútil, al no existir otras disposiciones en la ley que nos permita observar un tratamiento coherente del término “falta de servicio” dentro del Título III “responsabilidad en materia sanitaria” en la Ley 19.966.

⁹ http://www.bcn.cl/histley/19966/of_crevisora_150103.pdf, Primer Informe de la Comisión de Salud del Senado (30.4.2004), p. 83



Esta indicación se realiza dentro del contexto del Primer Informe de la Comisión Salud del Senado, el que pasamos a analizar.

2. Primer Informe de la Comisión Salud del Senado (30.4.2004)

2.1) Análisis de la intervención del profesor Pedro Pierry Arrau

Es importante hacer notar que la discusión de este Título comienza con una exposición general de la materia por el profesor invitado Pedro Pierry Arrau,¹⁰ y no con el análisis de la indicación aditiva del Presidente de la República, por lo que se hace necesario un análisis detenido de esta.

“(…) Si no se establecen reglas especiales, deben aplicarse las de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuerpo normativo cuyo artículo 4º consagra la responsabilidad del Estado por daños causados por los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones. El artículo 42 del mismo texto legal precisa que los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio, sin perjuicio del derecho del Estado a repetir en contra del funcionario que hubiera incurrido en falta personal.

“Reconoció que esta interpretación ha sido puesta en duda por los partidarios de la teoría de la responsabilidad objetiva, quienes argumentan a favor de su posición fundándose en la modificación introducida por la Ley N° 18.825, de 17 de agosto de 1989, al artículo 38, inciso segundo, de la Constitución Política de la República –norma relativa al derecho a reclamar por hechos lesivos ocasionados por la Administración, sus organismos o las municipalidades– y que consistió en la eliminación de la referencia a los tribunales contencioso administrativos, reemplazándola por otra a los tribunales, sin calificativos.

“Agregó que la tesis de la responsabilidad objetiva se vio debilitada porque, con ocasión de la discusión de la Ley de Probidad Administrativa, N° 19.653, se intentó suprimir el artículo 44, hoy 42, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y modificar el artículo 4º, dando una mayor apariencia de que se optaba definitivamente por aquella especie de responsabilidad. Sin embargo, las modificaciones no prosperaron, debido a que el Presidente de la República vetó las normas respectivas, justamente para evitar dicha interpretación.

“Señaló, además, que la Tercera Sala de la Corte Suprema, con especial dedicación a las materias administrativas, ha sostenido que la responsabilidad

¹⁰ En ese entonces abogado consejero del Consejo de Defensa del Estado, hoy en día Ministro de la Excelentísima Corte Suprema.

objetiva no se aplica como regla general en nuestro derecho, dándosele sólo un empleo excepcional, cuando así lo prescribe la ley.

“Aclaró que este debate doctrinario ha generado una jurisprudencia oscilante, habiendo sido condenado el Estado, en algunas ocasiones, sobre la base de una mera relación de causalidad.

“El Honorable Senador señor Viera-Gallo solicitó que explicara la diferencia entre responsabilidad objetiva y responsabilidad por falta de servicio.

“Sobre el particular, el profesor Pierry explicó que la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, pues no corresponde a lo que en el derecho civil se entiende como tal: aquella en que basta la existencia del vínculo o relación causal entre el hecho y el daño. En el derecho civil, agregó, el elemento culpa o dolo es esencial en la responsabilidad subjetiva (...) Precisó que la responsabilidad objetiva no supone necesariamente ausencia de culpa o dolo, sino que basta la relación de causalidad entre el hecho y el daño para generar la obligación de reparar perjuicios. Señaló que, en el caso de la falta de servicio, no es suficiente establecer la relación de causalidad, sino que se precisa que haya mal funcionamiento del servicio o no funcionamiento del mismo, con lo que se descarta la responsabilidad objetiva (...).”¹¹

Existen aquí ideas, a nuestro parecer, imprecisas o incompletas.

a) En primer lugar, la omisión a la cita del texto completo del artículo 38 inciso 2° de la Constitución. Es posible que si a los parlamentarios se les hubiera hecho notar el texto completo del artículo 38 inciso 2° de la Constitución,¹² al menos se habrían generado dudas acerca del significado de la norma constitucional, la que trata el tema que legislaban.¹³ Por el contrario, se hace notar una modificación por la Ley N° 18.825¹⁴ como argumento principal de la teoría de la responsabilidad constitucional u objetiva, en circunstancias que no resulta ser el basamento de la existencia de una responsabilidad constitucional, ni mucho menos. Sólo atiende al hecho de haber aclarado dicha ley de reforma constitucional en cuanto a cuál es el tribunal competente para conocer de las

¹¹ http://www.bcn.cl/histley/19966/of_crevisora_150103.pdf, Primer Informe de la Comisión de Salud del Senado (30.4.2004), pp. 83-86.

¹² “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”.

¹³ El sentido y alcance del artículo 38 inciso 2° por Eduardo Soto Kloss en *Bases para una teoría general de la responsabilidad del Estado en el derecho chileno*, Revista Gaceta Jurídica N° 56 (1985) pp. 2-11.

¹⁴ Esta ley vino a eliminar la expresión “tribunales de lo contencioso administrativo” del artículo 38 inciso 2° en la Constitución Política de la República, reemplazándola por “los tribunales que determine la ley”.

acciones de indemnización de perjuicios entabladas contra la Administración del Estado.

b) En segundo lugar, se alude al hecho de haber sido debilitada la tesis de la responsabilidad objetiva, por el veto supresivo del Presidente de la República respecto a la modificación de los artículos 4° y 44 (42 actual) de la Ley 18.575. Este punto tiene particular relevancia, ya que fue con ocasión de la elaboración de la ley sobre Probidad Administrativa, Ley N° 19.653,¹⁵ que se discutió la posibilidad de realizar cambios, entre otras materias, a la responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que se hace ineludible profundizar este punto.

Respecto a las modificaciones suprimidas por el veto presidencial (a las que se refiere el profesor Pierry como que debilitarían la teoría de la responsabilidad objetiva), es menester aclarar qué se vetó, y cuál fue el verdadero sentido y alcance que tuvo tal veto supresivo.

Revisando la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.653, se advierte que las normas vetadas no tenían por fin optar por un fundamento o “por qué el Estado debe responder del daño”; sólo se encargaban de temas formales, a saber, hacían aplicables las normas del Código Civil en materia de prescripción y aclaraban la diferencia entre Administración del Estado y Estado.¹⁶

Hay que hacer notar que estas modificaciones al artículo 4° de la ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que se suprimieron por el veto, provenían ya por iniciativa del Ejecutivo, en el caso de la prescripción, a instancia del profesor Pedro Pierry Arrau, quien sugirió a la Comisión Mixta así hacerlo.¹⁷ Incluso existía la opinión entre algunos, que se estaba consagrando con dichas modificaciones la responsabilidad subjetiva.¹⁸

¹⁵ El Proyecto de ley de Probidad Administrativa ingresó a trámite legislativo el año 1995, siendo promulgada como ley de la República en 1999.

¹⁶ Artículo 4°. “Los organismos del Estado con personalidad Jurídica, y el Estado en el caso de los órganos de su Administración que carecen de ella, responderán de las lesiones que causen en los derechos de cualquier persona. La acción para perseguir esta responsabilidad patrimonial prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha de la lesión. En todo caso, no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al funcionario que produjo el daño, y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del órgano público para repetir en su contra”.

Artículo 44 (actual 42). Se suprime en su conjunto, además de una serie de disposiciones en otras leyes.
¹⁷ <http://www.bcn.cl/histley/lfs/ley19653/63.pdf>, Cuenta del informe de la Comisión Mixta al Proyecto de Ley de Probidad Administrativa (11.5.1999), p. 70.

¹⁸ <http://www.bcn.cl/histley/lfs/ley19653/550.pdf>, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en las observaciones del Ejecutivo, en Segundo Trámite, al Proyecto de ley sobre Probidad Administrativa de los órganos de la Administración del Estado (20.10.1999), pp. 551 y 552, el Senador Bitar, “(...) Pienso que en la discusión del proyecto tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado y en la Comisión Mixta quedó claro que la responsabilidad del Estado no era objetiva (...)”.

Por tanto a través del veto supresivo no se excluye la responsabilidad objetiva del ordenamiento jurídico, sino que a lo más se suprimen normas que tenían por fin avanzar y modernizar el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador.¹⁹

Ahora bien, en cuanto a la intención del veto supresivo, aun cuando es necesario tener presente que en diversas instancias tanto el Presidente de la República como su Ministro Secretario General de la Presidencia fueron contrarios a que se estableciera la responsabilidad objetiva, hay que aclarar que el veto supresivo no tuvo la intención formal de desecharla o no considerarla. Esto fluye de las palabras del Ministro Secretario General de la Presidencia, señor Insulza:

“(...) Sobre esto no existe claridad doctrinaria –estoy consciente de ello–, como lo han señalado los senadores señores Bombal y Larraín. Se discutió mucho y nunca se hizo luz sobre el punto, caso en el cual preferimos dejar la ley tal cual está y no innovar a su respecto (...)”.²⁰

Lo propio emana del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en las observaciones del Ejecutivo en el 2° trámite al Proyecto de ley a que nos referimos en esta aclaración (19.653), el cual señala:

“(...) Sin embargo, atendida la inquietud de los parlamentarios de legislar en la materia, la importancia que el tema ha adquirido en los últimos años en nuestro país y en el Derecho comparado, así como las deficiencias técnicas que la situación tiene tanto a nivel material como procedimental, el Gobierno considera hacerse cargo de este tema en una instancia de alto nivel que analice estos aspectos. Informa que, para ello, el Presidente ha dispuesto la creación de una instancia de discusión y propuesta a cargo del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (...)”.²¹

¹⁹ <http://www.bcn.cl/histley/lfs/ley19653/550.pdf>, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en las observaciones del Ejecutivo, en Segundo Trámite, al Proyecto de ley sobre Probidad Administrativa de los órganos de la Administración del Estado (20.10.1999), p. 552, el Senador Larraín, “(...) La modificación que en su momento introdujo la Comisión de Constitución y con posterioridad la Comisión Mixta tuvo como propósito precisar que la responsabilidad recae en los organismos de la Administración con personalidad jurídica y directamente sobre el Estado Fisco, solo cuando los órganos de la Administración carezcan de ella. Adicionalmente se estableció un plazo de prescripción (...)”.

²⁰ <http://www.bcn.cl/histley/lfs/ley19653/550.pdf>, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en las observaciones del Ejecutivo, en Segundo Trámite, al Proyecto de ley sobre Probidad Administrativa de los órganos de la Administración del Estado (20.10.1999), pp. 558-559.

²¹ <http://www.bcn.cl/histley/lfs/ley19653/537.pdf>, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en las observaciones del Ejecutivo, en Segundo Trámite, al Proyecto de ley sobre Probidad Administrativa de los órganos de la Administración del Estado (13.10.1999), pp. 540-541.

c) Retomando la exposición del Profesor Pierry en la Comisión Salud del Senado, se hace necesario precisar, por último, que la diferenciación que ahí se hace entre responsabilidad “por falta de servicio” y responsabilidad objetiva no es tal.

Por un lado existe la responsabilidad “constitucional u objetiva”, fundamentada esencialmente en base al artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política, del cual se desprende que producida una lesión por la Administración del Estado (personificada en un funcionario) a un particular, el primero de ellos tendrá que responder. Por otro existe la responsabilidad “objetiva civil”, que se encuentra en una multiplicidad de normas de rango legal (ya en el Código Civil, o bien en leyes especiales) regulando situaciones específicas entre particulares y fundándose en el “riesgo creado”.²²

La diferencia entre ambos estatutos radica a nuestro parecer en lo siguiente:

c.1) La responsabilidad “constitucional u objetiva” se desarrolla en una relación vertical entre desiguales (Estado Administrador-particular) mientras la responsabilidad “objetiva civil” se desarrolla en una relación horizontal entre iguales (particular-particular).

c.2) En la responsabilidad “constitucional u objetiva” no existe “creación de un riesgo” por el Estado, mientras que la responsabilidad “objetiva civil” tiene como elemento esencial el hecho de que el dañador haya desplegado una “actividad peligrosa”.²³

c.3) No podría considerarse a la actividad sanitaria como una actividad riesgosa del Estado por el hecho de la existencia de una presunta incertidumbre en sus resultados. Si hacemos un análisis más profundo, bajo esa óptica toda actividad estatal sería riesgosa, esto resulta de la naturaleza misma de su función, el propender a satisfacer las necesidades de un sujeto distinto de sí en todo ámbito en que actúe.

Por tanto no debía haberse mencionado lo que el Derecho Civil entiende por “responsabilidad objetiva” (en oposición, claro está, a la responsabilidad subje-

²² La responsabilidad (que nosotros denominamos) “objetiva civil” es tratada por Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile (1999), pp. 193-205.

²³ El Código Civil da ejemplos de la responsabilidad “objetiva civil” fundados en el “riesgo creado” en sus artículos 2327 y 2328. Si se quisiera analogar la responsabilidad “objetiva civil” a la responsabilidad “constitucional u objetiva”, resultaría forzoso igualar, por ejemplo, la responsabilidad del dueño (creador de un riesgo) de un animal fiero (que no reporta utilidad para la guarda o servicio del predio) por el daño que causa este a otra persona, con la responsabilidad del Estado Administrador.

tiva). Tan improcedente es que ni siquiera la denominada responsabilidad por "falta de servicio" se basa directamente en una concepción civilista.²⁴

Los puntos anteriormente vistos tienen un denominador común: hacen aun más difícil el correcto entendimiento de la materia por los senadores.

2.2. Sentido e intención del artículo 39 (actual 38) en el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado

a) Luego de enfocarnos en algunos de los argumentos del profesor Pierry, los cuales (volvemos a reiterar) fueron esgrimidos con anterioridad a que los parlamentarios siquiera conocieran el texto de la indicación propuesta por el Presidente de la República en la materia, se verán los principales argumentos para consagrar el artículo 39 (actual 38) en este Primer informe de la Comisión Salud del Senado, el cual señala:

"En materia sanitaria, los órganos de la Administración del Estado serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio o por culpa o dolo de sus funcionarios. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir contra el funcionario que hubiera incurrido en falta personal.

"El cumplimiento de los protocolos médicos exonera de responsabilidad por falta de servicio al acto médico propiamente tal.

"El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, en el ejercicio de sus funciones y mediando dicha falta de servicio".

Con la sola lectura del artículo se hace evidente la adopción, en este momento, de la "teoría de la falta de servicio" por el legislador. Analicemos algunos argumentos que nos hacen concluir lo antedicho.

Al fijar la atención en el inciso primero del artículo 39, se observa que el fundamento de la responsabilidad del Servicio de Salud es el condicionamiento a un factor de imputación, a razón del concepto "falta de servicio" y su igualación a "culpa, negligencia o mal funcionamiento del servicio". Esto se obtiene tras reparar en la analogía entre la frase antedicha (falta de servicio) con la culpa o el dolo del funcionario.

Esto se ve reafirmado por el argumento del profesor Pierry, quien dice:

"(...) precisando el contenido del concepto de falta de servicio, expresó que

²⁴ Para apreciar la diferencia, véase la primera página del presente artículo.

consiste en que el Estado responda por sus funcionarios cuando estos actúan con culpa o dolo, cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo, o cuando funciona mal, sin que en estas dos últimas hipótesis se exija culpa o dolo del funcionario (...).²⁵

Lo que claramente se pretende que se consagre es la concurrencia de un requisito *sine qua non*, ya sea del servicio o del funcionario, la falta de cuidado ordinario en el cumplimiento de la obligación de no dañar, en este caso, al paciente. Cabe hacer notar la convergencia con el condicionamiento a la procedencia de la responsabilidad subjetiva del Código Civil en materia extracontractual (la exigencia de una actuación calificada por la motivación del que ocasiona un daño), de la que evidentemente nace, pero jamás se independiza.

Ratifica esto la segunda parte del inciso 1° del artículo 39 (actual 38) ya citado, en el que se señala:

"(...) No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir contra el funcionario que hubiera incurrido en falta personal".

La expresión "no obstante" refleja que se separa la primera parte, que se refiere al fundamento de la responsabilidad o "por qué el Estado debe responder", de la segunda, referida a "quién debe responder", no dejando lugar a dudas que no se refiere a la responsabilidad constitucional u objetiva.

Además es necesario reparar en el inciso 2° del artículo 39 (actual 38) ya citado, que señala:

"El cumplimiento de los protocolos médicos exonera de responsabilidad por falta de servicio al acto médico propiamente tal".

Por tanto, el cumplimiento de los protocolos funciona como límite de los casos en que se responderá o no por el Estado; esto lo analizaremos con ocasión del Segundo Informe de la Comisión Salud del Senado.

b) Teniendo suficientemente claro que se opta por plasmar la teoría de la "falta de servicio", cabe preguntarse: ¿Cuál fue la razón del establecimiento de esta teoría en el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado?

Citemos nuevamente un extracto de este Primer Informe:

²⁵ http://www.bcn.cl/histley/19966/of_crevisora_150103.pdf, Primer Informe de la Comisión de Salud del Senado (30.4.2004), p. 83.

“El señor Pierry inició su intervención explicando que el número de demandas por responsabilidad médica en contra del Estado ha aumentado en forma explosiva en los últimos años (...) En relación con el proyecto en informe, expresó que la regulación de la responsabilidad en el ámbito de la salud debería consagrar la que proviene de falta de servicio, y limitar las demandas a través de distintos mecanismos (...)”.²⁶

Se advierte que la motivación al consagrar positivamente la responsabilidad “por falta de servicio” es la preocupación por el aumento de las acciones judiciales por responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, en este caso, de los Servicios de Salud.

Esto no sólo se observa en el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado, sino que en otras instancias²⁷ en donde se aprecia reiteradamente el ánimo de limitar el ejercicio de un derecho constitucional.

Ahora, ¿es legítimo que una indicación presidencial (o cualquier acto administrativo) tenga por objeto el *impedir el libre ejercicio* de un derecho reconocido por la Constitución Política de la República?, ¿pero no es que la Carta Fundamental consagra completamente lo contrario?

El artículo 19 N° 26 garantiza a todas las personas:

“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Al exigirse la concurrencia de ciertos *requisitos* por la mentada “falta de servicio”, llámese culpa o negligencia, llámese mal funcionamiento, e incluso

²⁶ http://www.bcn.cl/histley/19966/of_crevisora_150103.pdf, Primer Informe de la Comisión de Salud del Senado (30.4.2004), pp. 83 y 84.

²⁷ A modo de ejemplos, el Senador Viera-Gallo señala “(...) Por último, se ha logrado un avance muy sustantivo en lo referente a la responsabilidad extracontractual del Estado, a fin de evitar la judicialización de la medicina, que subiría enormemente los costos, haría que los médicos fueran reticentes a ejercer su profesión, exigiendo mayor número de exámenes, y al final llevaría a una paralización del sistema, como ocurre en otros países (...)”. http://www.bcn.cl/histley/19966/disc_190504.pdf, discusión general del proyecto en Sala del Senado (19.5.2004), p. 37. Y “(...) esta es una innovación importante, porque debiera dar satisfacción a una inquietud médica y de todos los establecimientos, públicos o privados, que tratan a los pacientes, con respecto al peligro de que los conflictos de salud originen juicios que a su vez den lugar a indemnizaciones que podrían entorpecer el otorgamiento de los servicios (...)”. http://www.bcn.cl/histley/19966/disc_part_040804.pdf, discusión en particular del proyecto en Sala del Senado (4.8.2004), p. 46.

al condicionar²⁸ la responsabilidad del Estado a un criterio de “gravedad del daño”, que ni la Constitución ni la Ley 19.966 ni ningún otro cuerpo legal o reglamentario establece, se está al mismo tiempo violando un presupuesto del Estado de Derecho, cual es, “el pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, cuando –en su artículo 1° inciso 4°– manda al Estado ponerse al servicio de la persona humana y propender al bien común.

Como pasaremos a comprobar, la motivación que en un inicio se tuvo para instaurar este Título (la limitación de la responsabilidad de los Servicios de Salud, en pro de la marginación de los derechos fundamentales) no se va a llegar a plasmar en el texto definitivo del artículo 38.

3. Informe complementario de la Comisión Salud del Senado (17.5.2004)

El Presidente de la República, a fin de plasmar en el proyecto en informe los acuerdos previamente reseñados, con fecha 17 de mayo de 2004 formuló una indicación al artículo 39 cambiando su numeración a artículo 37 (actual 38), el cual queda redactado de la siguiente forma:

“Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

“Se entenderá que hay falta de servicio cuando por incumplimiento de las normas legales o reglamentos que rigen la actividad, el órgano no funcione, funcione mal o funcione tardíamente.

“El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, en el ejercicio de sus funciones y mediando dicha falta de servicio.

“Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria que sean condenados en juicio, por la concurrencia de culpa o dolo de los funcionarios en el

²⁸ El autor señala: “(...) La falta de servicio, como ya se ha señalado, admite graduaciones. En realidad la cuestión es a la inversa: no toda falta es sinónimo de falta de servicio, que consiste precisamente en aquella falta que es susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado. La falta misma que puede constituirla admite graduaciones y, en algunos casos, la falta de servicio sólo existe cuando la falta cometida ha revestido ciertas características de gravedad. Esta distinción es de enorme importancia tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado por la actividad médica (...)”.

Además menciona: “(...) La situación en la graduación de la falta entre grave y simple es similar. Tratándose de la responsabilidad médica donde se exige falta grave para comprometerla, si la falta no es de carácter grave, ello no significa que no exista la falta, ya que sí existe. Lo que ocurre es que ella no comprometerá la responsabilidad del Estado. En la falta del funcionario, si ella no es de gravedad como para constituir una falta personal, podrá haber falta disciplinaria, pero no comprometerá la responsabilidad del funcionario (...)”. Pedro Pierry Arrau *La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 1 (2000), pp. 17-27.

*ejercicio de sus funciones o habiendo utilizado elementos proporcionados por el servicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario”.*²⁹

Si bien, en este instante, se pretende reafirmar el fundamento dado en el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado, la redacción en este Informe Complementario sufre variaciones.

Por un lado se define la falta de servicio, por otro se elimina el anterior inciso primero que era absolutamente claro en cuanto a analogar la “falta de servicio” como “culpa, negligencia o mal funcionamiento del servicio”.³⁰ Tampoco se aprecia que el cumplimiento del protocolo médico exonere de la responsabilidad por falta de servicio al acto médico propiamente tal, pero que sí lo hace el cumplimiento de las leyes o reglamentos que rigen la materia (ya que interpretando a contrario sensu el inciso segundo del artículo 37, no habría “falta de servicio” en tal caso).

4. Discusión general del proyecto en Sala del Senado (19.5.2004)

Luego del Primer Informe complementario de la Comisión Salud del Senado, en la discusión en general del proyecto no se genera un debate que convenga ser destacado, salvo en cuanto a la intervención del senador Jorge Martínez Busch, el que plantea el tema acerca de la carga probatoria en materia sanitaria-pública.³¹

“(…) Señor Presidente, es indudable que éste es un gran esfuerzo que se hace para mejorar la atención de salud de la gran masa de nuestros compatriotas; pero, en esta discusión general de la iniciativa, me asalta una duda en cuanto a los alcances de su Título III, “De la responsabilidad en materia sanitaria”, en un sentido práctico, de cómo va a operar. Porque, en el inciso segundo del artículo 37, se define “falta de servicio” como el incumplimiento de las normas legales o reglamentarias que rigen la actividad. Esto presupone que los usuarios del sistema deben estar informados acerca de cuáles son esas normas legales y reglamentarias. Lo anterior resulta fundamental para determinar los alcances de una falta de servicio”.

²⁹ http://www.bcn.cl/histley/19966/ic_salud_170504.pdf, Informe Complementario de la Comisión Salud del Senado (17.5.2004), pp. 19 y 20.

³⁰ En el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado, el artículo 39 inciso 1° señalaba: “En materia sanitaria, los órganos de la Administración del Estado serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio o por culpa o dolo de sus funcionarios. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir contra el funcionario que hubiera incurrido en falta personal”.

³¹ Este tema es analizado profusamente por Eduardo Soto Kloss, *Del derecho como arte de lo justo al derecho como arte de magia, a propósito de la llamada “falta de servicio”*, en IP 17 (2006), pp. 85-96.

“Frente a esta situación, es necesario imaginarse el escenario en el cual va a funcionar la disposición, para evitar que sea un precepto escrito sin visualización de los procedimientos. Resulta evidente que para exigir la acción de las personas, sobre todo en materia de responsabilidad financiera, se requiere saber cómo va a operar la norma. De lo contrario, no tendría sentido. Ella lanza o plantea una señal que puede entusiasmar, pero después nos podemos encontrar con que no es factible aplicarla. Esto afectaría lo que yo llamo “credibilidad del servicio” y “credibilidad de la idea”, cuestión importante”.

“La norma establece que el particular “deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano”. ¿Cómo va a acreditar el daño el ciudadano común y corriente que recurra al sistema?”.

“Lo planteo por si es posible que en la discusión particular aparezca alguna forma de solución o clarificación al problema (...)”.³²

La alteración de la carga de la prueba ante el daño ocasionado por el Servicio de Salud, es el resultado concreto e inmediato de la teoría de la “falta de servicio”, ya que el Servicio de Salud respectivo no tendrá la obligación de probar que él no lo cometió, sino que el particular tiene que demostrar que mediante la “culpa, mal funcionamiento o negligencia del Servicio” se le ocasionó el perjuicio.

5. Segundo Informe de la Comisión Salud del Senado (21.7.04)

En esta oportunidad se decidió aprobar el artículo 38 como sigue:

“Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

“El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.

“Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada”.

³² http://www.bcn.cl/histley/19966/disc_190504.pdf, discusión general del proyecto en Sala del Senado (19.5.2004), pp. 56 y 57.

A diferencia del Primer Informe y el Informe Complementario de la Comisión Salud del Senado relativo a este proyecto de ley, en esta ocasión la discusión de las indicaciones realizadas por los senadores al proyecto no da lugar a mayor comentario.

Eso sí, es menester analizar profundamente una indicación al proyecto y constatar la forma en que fue modificado el artículo 38 (anterior 37 y actual 38).

“(…) La indicación N° 95, de los Honorables Senadores señora Matthei y señor Espina, propone incorporar la siguiente frase final al inciso segundo: “Tampoco serán indemnizables los daños en aquellos casos en que se haya dado cumplimiento a los respectivos protocolos médicos. (...) El Honorable Senador señor Espina hizo presente que esta idea se encuentra comprendida en el artículo 37 ya aprobado, debido a que los protocolos están incluidos entre las disposiciones reglamentarias que rigen la actividad médica (...)”.³³

Además de la reiterada intención de limitar el ejercicio de un derecho esencial a pretexto de evitar la “judicialización de la medicina”, en nuestra opinión existe otra motivación (igualmente improcedente) para consagrar la teoría de la responsabilidad “por falta de servicio” en materia sanitaria. Ésta es la sujeción de la responsabilidad del Estado Administrador a un hecho propio del Estado: las leyes y reglamentos que rigen la actividad o los protocolos médicos.

Para comprobar esto, analicemos las opiniones vertidas por el Dr. Hernán Sandoval y el Profesor Pedro Pierry Arrau en el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado y la indicación realizada en el Informe Complementario de la Comisión Salud por el Senador Viera-Gallo en consideración a dos pasajes de la redacción de los artículo 38 en etapas anteriores.

“(…) El doctor Hernán Sandoval, Secretario Ejecutivo de la Comisión de Reforma de la Salud, hizo presente que, en derecho comparado, se exime de responsabilidad al médico y al servicio cuando se han cumplido los protocolos de tratamiento. El señor Pierry concordó con lo anterior y añadió que, al cumplirse los protocolos, no hay falta de servicio, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan provenir de errores en los protocolos mismos (...)”.³⁴

“(…) El Honorable Senador señor Viera-Gallo hizo presente la conveniencia de reincorporar el inciso segundo del artículo 39, que disponía que el cumplimiento de los protocolos médicos exonera de responsabilidad por falta de servicio

³³ http://www.bcn.cl/histley/19966/i2_csalud_210704.pdf, Segundo Informe de la Comisión Salud del Senado (21.7.2004), p. 62.

³⁴ http://www.bcn.cl/histley/19966/of_crevisora_150103.pdf, Primer Informe de la Comisión Salud del Senado (30.4.2004), p. 86.

al acto médico propiamente tal, y propuso discutir el punto con ocasión del segundo informe (...)”.³⁵

El anterior artículo 39 disponía:

*“El cumplimiento de los protocolos médicos exonera de responsabilidad por falta de servicio al acto médico propiamente tal (...)”.*³⁶

El anterior artículo 37 (actual 38) a su vez señalaba:

*“Se entenderá que hay falta de servicio cuando por incumplimiento de las normas legales o reglamentos que rigen la actividad (...)”.*³⁷

Especialmente sinuosa resulta la redacción de estos pasajes, al confundirse la exoneración de responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, en razón de “cumplirse los protocolos médicos”,³⁸ y la exoneración de la responsabilidad del médico propiamente tal.

Nos encontramos frente a dos posibles hipótesis:

Primero, que el cumplimiento de los “protocolos médicos” exonere al Servicio de Salud de los daños ocasionados por sus funcionarios en cumplimiento de ellos.

Segundo, que el cumplimiento del protocolo médico sólo exonere al médico como persona natural de su responsabilidad administrativa.

Es ésta última hipótesis la que nos parece la adecuada. Sin embargo, si consideramos las opiniones vertidas por el profesor Pierry y el Dr. Hernán Sandoval, para ellos (y hasta el Segundo Informe de la Comisión Salud del Senado) el cumplimiento del “protocolo médico” por los funcionarios exonera la responsabilidad del Servicio de Salud.

³⁵ http://www.bcn.cl/histley/19966/ic_csalud_170504.pdf, Informe Complementario de la Comisión Salud del Senado (17.5.2004), p. 20.

³⁶ En el inciso primero del artículo 39 (actual 38) en el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado (30.4.2004).

³⁷ En el inciso segundo del artículo 37 (actual 38) en el Informe Complementario de la Comisión Salud del Senado (17.5.2004).

³⁸ Los protocolos médicos son definiciones y pautas que tienen por fin guiar la práctica frente a un determinado problema médico. Tales documentos están contenidos en resoluciones del Ministro de Salud denominadas “Normas técnico médico y administrativo, para el cumplimiento de las garantías explícitas en salud del régimen general de garantías en salud de la Ley 19.966”. Estas resoluciones consagran, por tanto, estándares de calidad, normas técnicas y reglas para la ejecución de hechos físicos y obras materiales e inmateriales a que deben sujetarse los órganos de la Administración en la prestación de sus servicios.

Yendo al fondo del asunto, es nuestro parecer que condicionar la responsabilidad del Estado Administrador a un hecho propio (las leyes y reglamentos que rigen la actividad, entiéndase los "protocolos médicos" contenidos en estos instrumentos) es la más peligrosa de las afirmaciones.

Si bien el médico, como persona natural, se podría eximir de la responsabilidad Administrativa al cumplir estos protocolos, el Servicio de Salud no se podría escudar apriorísticamente en el cumplimiento cabal de leyes y reglamentos que contienen la especificación de las condiciones y formas de tratar una enfermedad para evitar responder a la víctima por el daño que le causó.³⁹

Pero ¿qué sucedería si nos acogiésemos a la tesis contraria, es decir, si asumiéramos como posible que el Servicio de Salud esgrima como argumento para su absolución el cumplimiento de los protocolos médicos por parte de sus funcionarios?

Primero, *la actividad médica se desvirtuaría*, ya que sería preferible cumplir los parámetros singularizados en los protocolos antes que realizar un acto no contemplado en ellos que pudiera ser más efectivo a la hora de sanar al paciente.

"(...) el AUGE prioriza soluciones costo-efectivas (la mayor efectividad posible para resolver un problema de salud al menor costo), expresadas a través de protocolos, los que en teoría deben considerar para enfrentar cada patología aquellas soluciones que tienen la mejor relación efecto-costo. Lo anterior nuevamente es un gran cambio, ya que ahora la utilización de protocolos pasa a ser mucho más imperativa que antes de la reforma y "presiona" para que las soluciones que apliquen los profesionales sean aquellas que están protocolizadas e incorporadas en el AUGE".⁴⁰

Si bien el concepto económico es correcto, al tratarse de una actividad en la que el Estado Administrador satisface una necesidad pública esencialmente ligada a la persona humana, no puede dejar de considerarse que, aun cuando se cumplan estos criterios de costo-eficiencia, no necesariamente se adoptará la mejor decisión técnica al seguirse el tenor literal de un protocolo. Esto

³⁹ Por tanto el Servicio de Salud no podría aludir el cumplimiento de la reglamentación que se ha hecho a partir de la aplicación de la Ley 19.966. El Decreto N° 44 (9.1.2007) que "Aprueba garantías explícitas en salud del régimen general de garantías en salud" (este Decreto detalla las "condiciones y formas en que se garantizará el acceso, oportunidad, calidad y financiamiento" de un sinnúmero de "problemas de salud"), además de esto, existen las llamadas normas técnico médico y administrativo, para el cumplimiento de las garantías explícitas en salud del régimen general de garantías en salud.

⁴⁰ Héctor Sánchez Rodríguez (Instituto de Políticas Públicas y Gestión en Salud, Universidad Andrés Bello). *Implicancias del AUGE en medicina y cirugía. Ley de Garantías Explícitas*, en *Revista Chilena de Cirugía*, Volumen 58, N° 6 (2006), pp. 397 a 399.

sería elevar los protocolos a la categoría de verdad absoluta y transformar al médico en un mero tramitador de una instrucción, la cual es inoponible para el particular.

*Segundo, la responsabilidad del Estado quedaría degradada a simples actos reglamentarios, emitidos por el propio Estado responsable. Al extremo que, si cumple con los parámetros que él mismo estableció, no quedaría obligado a los daños que genere.*⁴¹

Para terminar, no podría decirse que los protocolos eximen, exoneran o siquiera atenúan la responsabilidad del Servicio Público de Salud, ya que al observar la redacción del artículo en este Segundo Informe de la Comisión Salud del Senado y en lo sucesivo, no existe elemento alguno que nos lleve a señalar tal afirmación.

Si bien la actividad médica puede regirse por protocolos médicos, los cuales pueden contener una probable ordenación de los pasos a seguir frente a determinada patología, jamás procedería que se convirtieran en elementos que limiten la procedencia de la responsabilidad. Por tanto, cumplir los protocolos médicos no puede ser la fórmula de exoneración de responsabilidad del Estado.

En el Primer Informe de la Comisión de Hacienda del Senado (3.8.04), no hubo modificaciones a este artículo, ni a la materia.

6. Discusión particular del proyecto de ley en Sala del Senado (4.8.04)⁴²

En la discusión en particular, se aprueban reglamentariamente cada uno de los artículos concediéndose a los senadores cinco minutos para exponer sus ideas. No se presentaron intervenciones relativas a la materia, a excepción de la del Senador Viera-Gallo, quien señala:

“(...) La falta de servicio es un concepto suficientemente precisado en la doctrina jurídica y en el Derecho Administrativo (...)”.⁴³

Ineludible resulta el eco de la exposición realizada por Pedro Pierry Arrau en el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado,⁴⁴ la cual aunque de gran

⁴¹ A modo de ejemplo, el cumplimiento de las normas técnicas de construcción de viviendas sociales exonerará a los responsables a cargo de su ejecución ante el derrumbe de ellas...

⁴² En el Primer Informe de la Comisión de Hacienda del Senado (3.8.04) no hubo modificaciones a este artículo, ni a la materia.

⁴³ http://www.bcn.cl/histley/19966/disc_part_040804.pdf, en la discusión en particular del proyecto en Sala del Senado (4.8.2004), p. 45.

⁴⁴ http://www.bcn.cl/histley/19966/of_crevisoras_150103.pdf, Primer Informe de la Comisión Salud del Senado (30.4.2004), pp. 83-86.

trascendencia, no engloba necesariamente a la "doctrina jurídica" en Chile (tal como el mismo aclaró en parte).⁴⁵

7. Tercer trámite constitucional. Aprobación con modificaciones en la Cámara de Diputados

No existe discusión ni cambios al artículo 38. Es con este último trámite que finalizan las etapas de elaboración de la ley, restando únicamente el envío de la misma al Presidente de la República (10.8.2004).

8. Texto actual de la Ley 19.966. Promulgación (25.8.2004) y publicación (3.9.2004).

El texto definitivo y actual del artículo 38 quedó como sigue:

"Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

"El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.

"Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada".

Como podemos apreciar, en la redacción definitiva del texto se eliminan las siguientes consideraciones, contempladas con anterioridad:

- La igualación del requisito de la culpa del funcionario con la "culpa, negligencia o mal funcionamiento" del Servicio de Salud a objeto que el Estado responda de la lesión causada al particular.
- La exoneración de responsabilidad por cumplimiento de las leyes y reglamentos que rigen la actividad, como de los protocolos médicos.
- La definición de falta de servicio como "culpa, negligencia o mal funcionamiento del servicio".

⁴⁵ Ver el 2.1 de este artículo.

III. Conclusiones

1. La introducción de la “falta de servicio” al régimen de responsabilidad establecido por la Ley 19.966 sólo concierne al tema de la imputabilidad (o el quién debe responder), precisando ciertos elementos que deben concurrir, si el Estado quiere repetir en contra del funcionario que cometió el daño. Se limita solo a eso.

En efecto, la evolución de la redacción del artículo 38 es concluyente en cuanto a que en un primer momento (en el Primer Informe y en el Informe Complementario de la Comisión Salud del Senado) el significado de la expresión “falta de servicio” era realmente el de “culpa, negligencia o mal funcionamiento del servicio” otorgándosele una correspondencia total y absoluta con el fundamento o por qué de la responsabilidad extracontractual del Estado, pero esto cambia radicalmente. Tal es así, que desde el Segundo Informe de la Comisión Salud del Senado en adelante, los incisos tendientes a consagrar tal teoría fueron eliminados, por tanto también se deberán entender eliminadas las consideraciones para establecerlos.

Sin agregarse algún elemento que haga pensar que nos encontramos frente a un estatuto jurídico consagrador de la “falta de servicio” como fundamento de un estatuto jurídico propio. Al concordar el texto actual del artículo 38 con sus versiones previamente desechadas, cabe decir que no existe modificación al estatuto jurídico general de la responsabilidad del Estado Administrador. Esta, por tanto, conserva sus rasgos de ser constitucional u objetiva (si hay un daño antijurídico, habrá necesidad de repararlo).

Por tanto, la falta de servicio corresponderá entonces a lo que se interpreta en la Ley N° 18.575 en su artículo 42, esto es, una omisión mancomunada del Servicio al ser imposible identificar al funcionario que ocasionó el daño. Por lo anterior, la única consecuencia que acarrea es la imposibilidad del ejercicio de la acción de repetición en favor del Estado.

2. Aun más, tras analizar la evolución y repensar los argumentos dados por la teoría de la “falta de servicio” como “culpa, negligencia o mal funcionamiento del Servicio”, se refuerza la convicción que esta resulta en todo improcedente al ordenamiento jurídico chileno, al imponer requisitos y condiciones que ni la Constitución ni la ley señalan en materia alguna. Tal es así que se olvida del artículo 1° inciso 3°, que consagra el principio de servicialidad, además de oponerse palmariamente a los artículos que configuran el estatuto jurídico de la responsabilidad constitucional y muchos otros.⁴⁶

⁴⁶ Artículos 7° inciso 3 (al crear un estatuto jurídico diverso al que un cuerpo normativo de mayor jerarquía ya ha establecido), 19 número 1 en relación al 19 número 24 (al no garantizar que ante un daño en el “ser” de la persona procederá la indemnización de perjuicios correspondiente), 19 número 2 (al

En este punto, el presente artículo se suma a los múltiples análisis hechos en la materia por otros autores que ratifican lo expuesto.⁴⁷

Es nuestra opinión, la teoría “por falta de servicio” riñe con el ordenamiento jurídico chileno. En el evento que una ley la consagre positivamente no podría aplicarse a razón de su finalidad, *el mantener la indemnidad patrimonial del vic-timario que lesiona a la víctima*,⁴⁸ cuando el propósito debiera ser radicalmente inverso, máxime si el primero tiene como fin último el mandato constitucional de servir y reparar a quien ha lesionado.⁴⁹

hacer diferencias arbitrarias entre los regímenes de responsabilidad aplicables al Estado distinguiendo arbitrariamente en relación a la actividad que esté ejerciendo), 19 número 9 (paradójicamente, al coartar los derechos de las personas que se atiendan en un Servicio de Salud a diferencia de las que los hacen en el sistema privado), 19 número 26 (al limitar el libre ejercicio de los derechos por razones extrajurídicas) 38 inciso 2° (al no considerarlo como una norma vinculante, sino como una disposición material).

⁴⁷ Andrés Vásquez Rogat, *Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud*, Editorial Jurídica Conosur (1999), pp. 49-51. Gustavo Fiamma Olivares, *La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 16 N° 2, julio-agosto (1989), pp. 430-440. Osvaldo Oelkers Camus, *Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado*, en Revista de Derecho Público (Universidad de Chile), N° 37-38, (1985), pp. 365-375, y en *La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio*, en Revista Chilena de Derecho, número especial, (Pontificia Universidad Católica de Chile) (1998), pp. 345-352. Jorge López Santa-María, *Responsabilidad por falta de servicio. Casuística Chilena reciente*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 94, parte primera, sección Derecho (1997), pp. 31-46.

⁴⁸ Ilustra este hecho la exposición del ex Ministro de Salud Sr. Pedro García Aspillaga, al proponer la incorporación de un proyecto de ley que consagre la teoría de la “falta de servicio” en materia sanitaria. En su opinión de la responsabilidad constitucional u objetiva a su juicio “(...) se pueden seguir situaciones que igualmente son inequitativas como 1) Un colapso del sistema sanitario (...) 2) Los criterios jurisprudenciales pueden terminar dependiendo de pericias forenses (...) 3) La transformación en un sistema de seguridad social (...) que indemniza al pobre en su pobreza y al rico en su riqueza”. Dr. Pedro García Aspillaga, exposición en el seminario *La judicialización de la medicina*, Actualidad Jurídica (U. del Desarrollo) 9 (2003), pp. 391-392.

⁴⁹ Se hace indispensable, finalmente, dar mi más sincero agradecimiento a los profesores Iván Aróstica Maldonado y José Manuel Díaz de Valdés Juliá, como a la ayudante del Departamento de Investigación Macarena Urzúa Valenzuela, por los consejos en la realización del presente artículo.

Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2

(Segunda Parte)

Francisco Pfeffer Urquiaga

Profesor Titular de Derecho, Economía y Mercado

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En un comentario anterior, publicado en el número 16 de esta misma revista, abordamos el estudio de los antecedentes de la Ley N° 20.190 –más conocida como MK2–, publicada en el Diario Oficial de 5 de junio de 2007, relativos a las reformas introducidas a la Ley General de Bancos, a la Ley de Mercado de Valores, a la Ley de Sociedades Anónimas, a la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, al Código Civil –pactos de subordinación de créditos valistas y compensación de derivados–, al Código de Comercio –creación de un nuevo tipo societario, como lo es la sociedad por acciones–, a la Ley de Timbres y Estampillas y a la Ley de la Renta. También nos referimos a la creación de la Agencia de Garantía o de Crédito, institución destinada a facilitar el otorgamiento o gestión de créditos sindicados.

Dejamos pendiente el estudio de los antecedentes referidos al nuevo régimen especial de fomento a la industria de capital de riesgo, a las reformas introducidas a las leyes sobre Administradoras de Fondos de Pensiones, Compañías de Seguros, Depósito y Custodia de Valores, Fondos de Inversión, Fondos Mutuos, Fondos de Inversión de Capital Extranjero y aquellas que crean una nueva Prenda sin Desplazamiento y el Registro de Prendas sin Desplazamiento.

De consiguiente, en esta segunda parte comentaremos los aspectos más importantes que son abordados por la ley en cita, relacionados con el fomento a la industria de capital de riesgo, con la nueva Prenda sin Desplazamiento y el Registro de Prendas sin Desplazamiento; y con las modificaciones introducidas a los siguientes textos legales:

- a) Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 1931, Ley sobre Compañías de Seguros;
- b) Decreto Ley N° 3.500, de 1980, sobre el Nuevo Sistema de Pensiones;
- c) Ley N° 18.815, sobre Fondos de Inversión;
- d) Ley N° 18.876, sobre Depósito y Custodia de Valores;
- e) Decreto Ley N° 1.328, sobre Fondos Mutuos;
- f) Ley N° 18.657, que autoriza la creación de Fondos de Inversión de Capital Extranjero.

Como se dijo en el comentario anterior, el Mensaje del Ejecutivo –boletín N° 39–349– destacó como objetivos de la reforma el desarrollo de la industria de capital de riesgo y el financiamiento de nuevos proyectos; el abarataamiento de los costos de transacción y de contratación comercial sofisticada; el fortalecimiento de los mecanismos de fiscalización, potestades de control, sanción y coordinación; y, en general, el perfeccionamiento del mecanismo de ahorro voluntario, de manera de hacerlo más flexible y competitivo.

I. Normas destinadas a fomentar la industria de capital de riesgo

Uno de los principales objetivos de la Ley N° 20.190 ha sido el de fomentar el desarrollo de la industria del capital de riesgo. En esa dirección se encaminan las reformas que permiten la creación de sociedades por acciones; que regulan a la Agencia de Garantía o de Crédito; aquellas que autorizan a la CORFO para adquirir, bajo determinadas circunstancias, cuotas de fondos de inversión; las reformas introducidas a la Ley N° 18.815, sobre Fondos de Inversión; la regulación de la nueva Prenda sin Desplazamiento y el Registro de Prendas sin Desplazamiento; las reformas introducidas a la Ley de la Renta y la regulación de un nuevo estatuto destinado a fomentar el desarrollo de la industria de capital de riesgo, contenido en el artículo 1° transitorio de la citada Ley N° 20.190.¹

A continuación abordaremos someramente cada uno de estos tópicos.

A) Nuevo estatuto de fomento al desarrollo de la industria de capital de riesgo.

El nuevo estatuto de fomento a la industria de capital de riesgo quedó regulado en el artículo primero transitorio de la Ley N° 20.190.

¹ A la creación de la Agencia de Garantía o de Crédito, a la regulación de la sociedad por acciones y a las reformas introducidas a la Ley de la Renta nos referimos en la primera parte de este comentario, en Revista *Actualidad Jurídica* N° 16, de julio de 2007, Universidad del Desarrollo.



Se dijo en el Mensaje que el funcionamiento adecuado del mercado de capitales debiera extenderse a los proyectos de inversión emergentes o sin historia, pero con amplio potencial de crecimiento; que dadas sus características propias, estos proyectos buscan financiarse con los recursos aportados por inversionistas especialistas en la denominada industria de "capital de riesgo"; y que 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 la industria y los servicios.

Cuando un fondo de capital de riesgo o inversión financia un proyecto de estas características, éste invierte con el propósito de vender su participación en algunos años más a un precio muy superior una vez que el proyecto genere flujos y la utilidad esperada. Las utilidades están gravadas con los impuestos correspondientes a dicha renta y el precio de venta del capitalista de riesgo exitoso será igual al valor presente de dichas utilidades futuras. Si se grava la ganancia de capital se estarán gravando doblemente los mismos flujos, lo que constituye de hecho una enorme barrera de entrada para el financiamiento de estos nuevos emprendimientos. Un sistema de financiamiento de capital de riesgo que elimine estas barreras de entrada representa una gran oportunidad para que nuevos emprendedores tengan la oportunidad que se merecen.

Con tal finalidad el proyecto propuso, primeramente, considerar ingreso no renta la parte de la ganancia de capital accionaria que haya sido devengada durante el período en que uno o más fondos de inversión participaron en más de un tercio de la propiedad de una sociedad anónima cerrada o sociedad por acciones, esta última considerada como nuevo tipo social que se introduce en la Ley. Se dijo que esta liberación del impuesto beneficiaría a los accionistas que hayan mantenido acciones durante todo o parte del período de permanencia de los fondos de inversión en la propiedad de la empresa y a los partícipes de estos fondos de inversión; que la ganancia de capital liberada de tributar correspondería a la diferencia entre el precio de transferencia de las acciones y el valor de éstas a la fecha en que se incorporaron los fondos de inversión a la sociedad, en a lo menos un 30% del capital; que por el precio de entrada, en el caso de los accionistas que ingresaron antes que los fondos de inversión, se considerará como valor de las acciones el valor libro de la sociedad al final del año anterior a aquel en que el fondo alcanzó la participación superior a un tercio, corregido por aportes o retiros y distribuciones de capital, y respecto de los accionistas que ingresaron después que los fondos de inversión, el mayor valor entre el valor anterior y el precio de adquisición pagado por el accionista; que para gozar de la exención se requiere una participación de los fondos de inversión igual

o superior a un tercio en forma continua durante un período de a lo menos tres años; que el objetivo de esta medida es incentivar a los inversionistas a invertir en proyectos nuevos o de capital de riesgo, mediante el aumento de la rentabilidad de este tipo de inversiones obtenido al rebajarse la carga tributaria que eventualmente podría afectar a los mismos, particularmente aquellos que logran ser vendidos a sobreprecio, esto es, aquellos proyectos que han logrado un razonable éxito en su plan de negocios. Adicionalmente, se dijo, con la idea de favorecer principalmente al inversionista original, se propuso establecer una exención máxima de UF 10.000 por persona, en el pago de impuestos sobre las ganancias de capital.

Durante su tramitación en el Senado, en una primera instancia, se elevó el monto máximo de la ganancia de capital que se considera ingreso no renta hasta 150.000 UF por empresa. Se reformuló el beneficio, haciéndolo más operativo e impidiendo su abuso, en cuanto a que los requisitos para acceder a este beneficio se orientaron a asegurar la independencia entre la Administradora, los aportantes del fondo y la empresa receptora de la inversión, para evitar colusión entre personas que pretendan administrar su patrimonio y pagar menos impuestos.²

Se dijo en la Comisión de Hacienda del Senado que la normativa propuesta busca un incentivo en dos niveles: para las personas que inviertan dinero en los fondos de inversión que se dediquen al capital de riesgo por las ganancias de capital que deriven esos fondos de inversión y que sean repartidas a quienes invirtieron su dinero en el fondo; y para quienes formaron la sociedad antes, los accionistas que arriesgaron más al principio, a los que se quiere incentivar para que busquen que fondos de inversión participen en el proceso y hagan crecer la compañía.

Dado que el tratamiento tributario de excepción que se regula en este artículo transitorio pasa por la calificación del concepto de capital de riesgo, y dada la ambigüedad con que éste concepto venía definido en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, en la Comisión de Hacienda del Senado se discutió acerca de los inconvenientes que traería aparejados esa falta de precisión.³

² Primer Informe, Comisión de Hacienda del Senado, 27 de octubre de 2006.

³ Es interesante tener presente el debate que se trabó al interior de la Comisión, al tratar sobre la subjetividad del concepto que haría procedente el acceso al beneficio tributario que regula esta disposición transitoria. El honorable senador señor García preguntó en qué momento se califica un proyecto como de alto riesgo. El señor Director del SII respondió que hay dos oportunidades: la decisión del fondo de inversión y el juicio de los inversionistas. Después de esto, a su juicio, no debiera haber más discusión sobre el tema hasta que, posteriormente, si hay ganancias de capital a las que se busca dar el tratamiento del artículo transitorio, dentro de un proceso de fiscalización ordinario, el SII, revisando los antecedentes, confirme que se dan las condiciones para aplicar la exención o señale que no

Como consecuencia de esta discusión se optó por aprobar un sistema objetivo, en donde la calificación del concepto que permitiere el acceso al beneficio tributario no pasara por la discrecionalidad de la administración.

Así, en el caso de las sociedades de inversión de capital de riesgo que son fondos públicos, se exige que tengan un objeto único y se consideran requisitos respecto de la empresa en la cual se invertirá, como volumen de ventas, años de existencia y que no se trate de parte relacionada, entre otros. En el caso de las sociedades de inversión de fondos privados, que tienen menos exigencias, el beneficio tributario sólo opera si se supera determinada rentabilidad anual. En este último caso, el inversor sabe que si supera esa rentabilidad, obtendrá los beneficios tributarios y que, en caso contrario, simplemente deberá acogerse a la normativa tributaria común.

Luego de los perfeccionamientos de que fue objeto el proyecto en su paso por el Senado, el beneficio tributario de considerar como ingreso no renta los ingresos percibidos por los aportantes de fondos de inversión de capital de riesgo en aquella parte que corresponda al mayor valor obtenido por el fondo de inversión respectivo en la enajenación de acciones de sociedades anónimas cerradas o sociedades por acciones que no se transen en bolsa, quedó sujeto al cumplimiento de requisitos de plazo (la enajenación de dichas acciones se verifique después de transcurridos a lo menos veinticuatro meses de haberlas adquirido); de concentración (al momento de efectuar la enajenación, el monto invertido por el fondo de inversión en la sociedad cuyas acciones se enajenan no supere el cuarenta por ciento del total de aportes pagados por los aportantes al fondo); y de relaciones de propiedad (el adquirente de las acciones y sus socios o accionistas, en el caso de ser sociedad, o sus partícipes, en el caso de ser un fondo, no se encuentren relacionados, en los términos del artículo 100 de la ley N° 18.045, con el fondo de inversión enajenante, sus aportantes o su sociedad administradora, ni con los socios o accionistas de ésta).

Para calificar a esta franquicia, los fondos de inversión deberán incorporar en su reglamento interno los requerimientos y obligaciones establecidos en la

está de acuerdo. El honorable senador señor García llamó a buscar una fórmula que permita definir antes cuándo un proyecto es susceptible de ser financiado con capital de riesgo, puesto que si deben esperarse 5, 8 o hasta 14 años para saber si se tendrá derecho a la exención, la medida propuesta no constituirá incentivo alguno. Consideró que las reglas del juego debieran estar claras desde el comienzo. El honorable senador señor Novoa sostuvo que los requisitos que se exigen a las sociedades para que se pueda invertir en ellas son de carácter objetivo. En cambio, en la definición de capital de riesgo el criterio es subjetivo. Sobre el particular subrayó que si bien es cierto que la materia es nueva y por lo tanto al aprobarla en los términos en que se propone no se haría en principio daño a nadie, el hecho concreto es que tampoco serviría para nada, porque no va a existir interés por crear fondos. Primer Informe, Comisión de Hacienda del Senado, 27 de octubre de 2006.

ley, lo que será verificado por la Superintendencia de Valores y Seguros. Para el sólo efecto de calificar la procedencia del tratamiento tributario previsto en la ley, se entenderá que capital de riesgo es aquel capital que se invierte en proyectos que presentan, al momento de efectuar la inversión, una alta expectativa de retorno y alto riesgo.

De este modo, el acceso al beneficio tributario quedó sujeto a requisitos objetivos, definidos en la ley, los que sólo deben ser fiscalizados en su cumplimiento por la Superintendencia de Valores y Seguros. Se eliminó así el elemento subjetivo que hacía poco viable el éxito del mecanismo.

Con la finalidad de que los fondos efectivamente se destinen al financiamiento del capital de riesgo, se dispuso que la totalidad de los activos del fondo de inversión se dirijan exclusivamente a la inversión en sociedades que sean sociedades anónimas cerradas o sociedades por acciones que no coticen sus acciones en bolsa; que hayan sido constituidas en Chile dentro de los siete años comerciales anteriores a la inversión por parte del fondo; que realicen sus actividades mayoritariamente en Chile, sin perjuicio de sus exportaciones o prestación de servicios al exterior; que al momento de la inversión por parte del fondo de inversión no haya alcanzado un volumen anual de ingresos por ventas o servicios, excluido el Impuesto al Valor Agregado que hubiere afectado dichas operaciones, que supere en cualquier ejercicio comercial las cuatrocientas mil unidades de fomento, según su valor al término del año respectivo; que al momento de la inversión por parte del fondo de inversión, no tengan utilidades tributables retenidas que, debidamente reajustadas, excedan del equivalente a veinte por ciento del monto de su capital pagado, también reajustado; que no formen parte de ningún grupo empresarial incluido en la nómina publicada por la Superintendencia de Valores y Seguros en conformidad a lo dispuesto en el Título XV de la Ley N° 18.045; y, que no tengan por giro, ni realicen negocios o actividades, salvo las indispensables para el desarrollo de su actividad principal: (a) inmobiliarias o de casinos; (b) de concesiones de obras públicas o servicios sujetos a tarificación; (c) de importación de bienes o servicios; (d) de inversión, sea en capitales mobiliarios o en otras empresas; (e) de servicios financieros o de corretaje, ni (f) de servicios profesionales.

A fin de evitar la concentración de los fondos en un solo proyecto, por el riesgo que ello implica, se establecen una serie de exigencias de desconcentración, en términos de que para mantener la franquicia tributaria el monto de la inversión máxima a realizar por el fondo de inversión en una misma sociedad no podrá superar, al momento de efectuar cada inversión, el cuarenta por ciento del total de aportes pagados por los aportantes al fondo, debiéndose regularizar cualquier exceso de inversión que se produzca, sea

por la vía de aumentar el capital pagado o de reducir el monto invertido, dentro del plazo máximo de veinticuatro meses, salvo el caso de la primera inversión que realice el fondo de inversión, que podrá regularizarse hasta en treinta y seis meses; para prevenir la concentración en el control de las inversiones del fondo, se establece que la sociedad administradora y los aportantes del fondo de inversión, salvo que se trate de un aportante que califique como inversionista institucional según lo defina la Superintendencia de Valores y Seguros mediante norma de carácter general, no podrán poseer, directa o indirectamente, más del quince por ciento de las cuotas del fondo respectivo; y el fondo de inversión y su sociedad administradora deberán registrarse ante el Servicio de Impuestos Internos y entregar, en la forma y plazo que dicha autoridad señale, información periódica y pública relativa a la sociedad administradora, al fondo de inversión y a cada uno de los proyectos que formen parte de su portafolio de inversiones.

En suma, se trata de una exención que beneficia a los fondos de inversión públicos que hagan inversiones de capital de riesgo, con una definición de capital de riesgo, y que inviertan en ciertas sociedades, a las que se exigen requisitos objetivos. Y el beneficio consiste en que toda la utilidad que ellos obtengan cuando enajenen las acciones de la empresa en la que han invertido no tributa. Para mantener en el tiempo los beneficios tributarios antes indicados y para asegurar que los fondos efectivamente se destinen al desarrollo de la industria de capital de riesgo, se condiciona al cumplimiento de los referidos requisitos el mantenimiento del citado beneficio tributario.

Adicionalmente se contempla en la misma disposición un beneficio tributario para aquellos inversionistas que estaban participando en las sociedades en las que invirtió el fondo público antes de que el fondo invirtiera; esto es, aquellos que tomaron el riesgo en las primeras etapas. El beneficio consiste en que pueden utilizar como costo para una futura enajenación el mismo valor al que el fondo compró las acciones. Su costo sube sin que ellos paguen impuestos, de manera que si a continuación de que entre el fondo a la sociedad ellos venden sus acciones, no tributan, en la medida que lo hagan a un valor similar. Con ello se sitúan las acciones a valor de mercado, sin que paguen impuestos, premiándolos por haber asumido el riesgo en las etapas tempranas.

Por indicación del Ejecutivo –N° 148– se agregó un tercer beneficio. De este, que tiene requisitos más bajos, pueden participar tanto los fondos públicos como los privados y consiste en la liberación de impuestos por aquella rentabilidad que ellos obtengan por sobre un 11,6% anual, que es la rentabilidad que rinde el índice general de precios de acciones (IGPA) promedio en los últimos años. Lo que ellos obtengan sobre el IGPA, que es la rentabilidad que ha dado la Bolsa, es libre de impuestos.

Es nuestra opinión que el conjunto de beneficios tributaros asociados a la industria de capital de riesgo será un potente incentivo al desarrollo de esta actividad, ya que ello supone eliminar una de las principales barreras a la entrada que aquejaba a este sector, como lo era la doble tributación que afectada a los inversores que operaban en esta industria. La falta de historial financiero y la traba de orden tributario ya no serán un impedimento en la obtención de financiamiento para el desarrollo del sector, todo lo cual generará importantes externalidades positivas al resto de la economía.

B) Autorización a la CORFO para adquirir cuotas de fondos de inversión.

La idea de autorizar a la CORFO para suscribir y pagar cuotas emitidas por fondos de inversión creados al amparo de la Ley N° 18.815 y administrados por sociedades anónimas sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, surgió de una indicación sustitutiva presentada por el Ejecutivo cuando el proyecto se estaba tramitando en el Senado.

Se dijo por representantes del Ejecutivo que se trata de un mecanismo adicional al fomento del capital de riesgo, que tiene por objetivo promover la industria de capital de riesgo y, en general, la inversión en capital de riesgo, autorizando a CORFO para que compre o invierta en cuotas de fondos de inversión.

Se precisó que la experiencia internacional indica que la mejor forma de apoyo al capital de riesgo es a través de aportes de capital; que actualmente CORFO participa en capital de riesgo otorgando préstamos, pero que este instrumento no permite compartir riesgos ni permite que CORFO se pueda retirar de la inversión una vez terminado su rol de fomento.⁴

En suma, frente a la evidencia de que los préstamos y garantías no son suficientes para que se desarrolle esta industria, sino que necesariamente debe darse el impulso vía inyecciones de capital, se optó por autorizar a la CORFO para hacer esos aportes a través de la adquisición de cuotas de fondos de inversión.

Con todo, la habilitación de la CORFO quedó sujeta a las siguientes limitaciones.

² Se precisó que en la actualidad CORFO apoya a la industria de capital de riesgo, pero lo hace vía deuda y no vía inversión directa; que a esa fecha había dos líneas de CORFO que comprometían US\$ 130 millones, que están invertidas en 19 fondos de inversión, lo que ha significado un gran impulso a la industria de los fondos de inversión, que a su vez invierten en capital de riesgo. Primer Informe Comisión de Hacienda del Senado, 27 de octubre de 2006.

Sólo estará vigente por siete años a contar de la fecha de entrada en vigencia de esta ley.⁵ No obstante, se autorizó a CORFO para pagar dichas cuotas durante los cuatro años siguientes a la expiración del plazo de siete años anterior.

Las inversiones que se realicen en virtud de esta autorización deberán sujetarse a las siguientes normas: El plazo de duración de los fondos no podrá ser superior a 14 años y sus activos deberán encontrarse invertidos mayoritariamente en acciones de sociedades anónimas cerradas y sociedades por acciones, que no tengan más de siete años de existencia y cuyas ventas netas en los ejercicios anteriores no excedan las cuatrocientas mil unidades de fomento anuales.

Sin embargo, en ningún caso se podrán beneficiar empresas que tengan las siguientes actividades: a) Sociedades cuyo negocio principal sea la prestación de servicios financieros; b) Sociedades cuyo objeto sea la participación en concesiones de obras de infraestructura de uso público reguladas por la Ley de Concesiones de Obras Públicas; c) Sociedades cuyo negocio principal sea inmobiliario; d) Sociedades anónimas abiertas al momento de realizar la inversión por parte del fondo.

La CORFO, sus autoridades y sus funcionarios no podrán participar en la administración de los recursos de los fondos en los cuales hayan invertido, ni en la administración de las sociedades en que inviertan dichos fondos. Sin embargo, deberá participar y votar en las asambleas de aportantes de los fondos, especialmente en las materias señaladas en los artículos 21 y 22 de la Ley N° 18.815, salvo cuando se refieran a lo señalado en el inciso anterior.⁶

Las autoridades que conforme a las leyes que rigen a CORFO tomen las decisiones de adquisición y enajenación de cuotas, y sin perjuicio de las demás normas aplicables, responderán como administradores de fondos de tercero según lo señalado en el artículo 161 de la Ley N° 18.045.

El valor de la totalidad de las cuotas y compromisos de suscripción de cuotas adquiridos por la CORFO bajo esta autorización no podrá exceder de 2.000.000 de unidades tributarias mensuales al momento de asumir cada compromiso de suscripción. Sin embargo, por decreto supremo expedido

⁵ El artículo octavo transitorio de la Ley N° 20.190 dispuso que la entrada en vigencia del artículo 19 de la ley –que se refiere a la autorización de la CORFO– se contará desde la publicación del decreto que deberá dictar la misma CORFO.

⁶ Sin embargo, deberá participar y votar en las asambleas de aportantes de los fondos, especialmente en las materias señaladas en los artículos 21 y 22 de la Ley N° 18.815.

a través del Ministerio de Hacienda se podrá autorizar un monto superior, que no exceda las 3.500.000 unidades tributarias mensuales.

La inversión de CORFO en cuotas de un fondo en particular no podrá ser superior al 40% de las cuotas emitidas y pagadas por dicho fondo.

Si como consecuencia de la liquidación de un fondo, CORFO recibiere acciones de las sociedades en que estuviere invertido, tendrá un plazo de dos años para la enajenación de las acciones recibidas, la que en todo caso deberá efectuarse mediante remate en una bolsa de valores. El Consejo de CORFO podrá prorrogar este plazo por hasta dos años adicionales.

La inversión de CORFO en cuotas de fondos de inversión deberá efectuarse a través de uno o más programas de fomento a la industria de capital de riesgo, que establecerá CORFO cumpliendo con los criterios, condiciones y límites que se establezcan mediante decreto expedido conjuntamente por los Ministerios de Economía, Fomento y Reconstrucción y de Hacienda.⁷

CORFO deberá publicar al menos una vez al año un informe que contendrá el detalle de las inversiones realizadas durante la vigencia de los programas, incluyendo, al menos, la individualización de los fondos en los cuales participa o participó durante ese año la administradora de dichos fondos, el monto de recursos invertidos y comprometidos, los dividendos y disminuciones de capital percibidos, como también el porcentaje de propiedad de CORFO en cada uno de los fondos en cuestión.

Los fondos en los cuales CORFO posea cuotas, así como las sociedades en que dichos fondos inviertan, no podrán solicitar préstamos, créditos, garantías o recursos financieros adicionales a CORFO. Podrán sin embargo participar en los programas de CORFO destinados a financiar asistencia técnica en formación y gestión.

Se trata, a no dudarlo, de un mecanismo que potenciará el desarrollo de esta industria al incrementar significativamente la demanda por cuotas de fondos de inversión orientadas al desarrollo de la industria de capital de riesgo.

⁷ Dichos programas, que se publicarán en la página web de CORFO, considerarán, a lo menos, lo siguiente: a) Los requisitos de elegibilidad que deberán cumplir los fondos y las administradoras. b) Las condiciones de la participación de CORFO. c) Las obligaciones especiales de información que recaerán sobre las administradoras.

C) Reformas introducidas a la Ley N°18.815, sobre Administradoras de Fondos de Inversión.

Sin perjuicio de las otras modificaciones comentadas que igualmente inciden en el desarrollo de los fondos de inversión, las principales reformas introducidas a la ley que regula a las sociedades administradoras de fondos de inversión son las siguientes:

1. Subcontratación de servicios externos.

Se deja expresamente establecida la facultad –artículo 3° C nuevo– de las administradoras para conferir poderes especiales o de celebrar contratos por servicios externos para la ejecución de determinados actos, negocios o actividades necesarios para el cumplimiento del giro.

Esta norma equipara la situación de las administradoras de fondos de inversión con las administradoras generales de fondos que ya estaban autorizadas a hacerlo. Asimismo, se establece que el costo de dichas contrataciones, cuando se refiera a subcontratación de administración de cartera, será de cargo de la administradora.

De este modo, si una administradora de fondos de inversión subcontrata servicios de administración, deberá asumir el costo y la responsabilidad de la subcontratación.

Con ello se evitará que se usen los fondos de inversión privados para administrar recursos del mismo administrador con el objeto de rebajar la carga tributaria.

2. Elimina restricción de endeudamiento y otras rigideces.

Se elimina la restricción al endeudamiento, condicionándolo a que se establezca un límite máximo en el reglamento interno del fondo. Antes de la vigencia de la ley, el endeudamiento máximo era de 50% del patrimonio, pudiendo elevarse a 100% si el reglamento interno lo especifica. De esta manera, los fondos podrán incrementar aun más su endeudamiento y por lo tanto aumentar la escala de los proyectos y la rentabilidad esperada del fondo. La norma busca eliminar los topes y consignar que es el reglamento el que deberá explicitar cuál es el tope y la política en la materia. La disposición permitirá mayor apalancamiento de los fondos y una actuación en inversiones más dinámica

De igual modo se flexibiliza la norma en materia de diversificación de las inversiones del fondo, entregando al reglamento la precisión de tales límites.

No obstante lo anterior, se establecen en la ley menciones mínimas de la política de diversificación en cuanto se señala que el reglamento contendrá, a lo menos, según corresponda, límites de inversión respecto del activo total del fondo, en función de cada entidad, grupo empresarial y sus personas relacionadas y bienes raíces, conjunto o complejos inmobiliarios, estos últimos, según lo defina la Superintendencia, sin perjuicio de cualquier otro límite que se establezca mediante instrucciones de general aplicación.

Por último, se aclara que las administradoras y sus relacionados no tendrán derecho a voto por más del 25% de las cuotas por ellos mantenidas, aunque su propiedad puede llegar hasta el 40%. Además, se precisa que en este caso el voto de todos ellos se rebajará proporcionalmente, salvo que consientan unánimemente en distribuirse el voto de manera distinta hasta alcanzar dicho porcentaje, y el saldo no se computará para efectos de determinar los quórum de votación.

3. Restringe el desarrollo de actividades inmobiliarias a través de fondos de inversión.

El artículo 5° de la Ley N° 18.815 establece los bienes, valores, derechos, títulos e instrumentos en que se podrán colocar e invertir los fondos administrados por la respectiva sociedad.

Se derogan los números 10), 13) y 23) del precepto en cita, por lo que la sociedad administradora ya no podrá invertir directamente los recursos del fondo en bienes raíces ubicados en Chile, cuya renta provenga de su explotación como negocio inmobiliario; tampoco en cuotas o derechos en comunidades sobre bienes muebles e inmuebles ni menos en bienes raíces ubicados en el extranjero.

De igual modo se elimina, en el inciso sexto del citado artículo 5°, la frase “siempre que estas últimas actividades sean encargadas a terceros mediante los procedimientos y con los resguardos que establezca la Superintendencia, por norma de carácter general”.

Con ello se buscó eliminar la posibilidad de que los fondos tanto públicos como privados inviertan directamente en actividades productivas inmobiliarias, ya que esa no fue la finalidad con que originalmente fueron creados.

Se explicó en la Comisión de Hacienda del Senado que la modificación busca ajustar la operatoria de los fondos de inversión a los objetivos que les son propios y al espíritu con que fueron creados. Se puso de relieve que un fondo de inversión es un vehículo pasivo, que compra activos de entidades

que a su vez realizan actividades económicas o productivas. En la práctica, se dijo, lo que ha ocurrido es que los fondos de inversión a veces utilizan, como mecanismos de inversión, activos para desarrollar actividad inmobiliaria, lo que contraría el sentido básico de su diseño, por lo que se busca explicitar que eso no corresponde.

De este modo, lo que se permite es que los fondos de inversión desarrollen el negocio inmobiliario, pero sólo a través de su participación como aportantes de sociedades que desarrollen tal giro.⁸

Se aprobó una norma transitoria para resguardar el derecho de los fondos de inversión que a la fecha de publicación de la Ley N° 20.190 estaban desarrollando las citadas actividades. Se dispuso que la derogación de los números 10, 13) y 23) del artículo 5° regirá a contar del día 1 de enero de 2012 y que en caso que al 1° de enero de 2012 los fondos no hayan ajustado su activo y cartera de inversiones a lo que permite la ley modificada, se deberá proceder sin más trámite a la liquidación del fondo de inversión respectivo. Para ello, la asamblea de aportantes deberá designar un liquidador, que estará legalmente investido de todas las facultades y atribuciones que sean necesarias para la adecuada realización de los bienes del fondo. Si la asamblea de aportantes no designare un liquidador, éste podrá ser designado, a solicitud de parte interesada, por la Superintendencia de Valores y Seguros.

En suma, se recuperó el sentido originario de la norma que la práctica comercial había desvirtuado, influida por la ventaja tributaria en ella involucrada.

4. Elimina el tratamiento tributario de excepción que en el hecho utilizaron los fondos de inversión.

Como se recordará, la Ley N° 19.705 innovó en materia de fondos de inversión, creando los fondos de inversión privados, que son aquellos que no

⁸ Para el debido entendimiento de la operatoria de funcionamiento de los fondos de inversión, resulta interesante reproducir las siguientes intervenciones que se dieron al interior de la Comisión. El honorable senador señor Novoa opinó que esa constituye la solución de fondo del problema, que todas las actividades del fondo se desarrollen a través de una persona jurídica distinta. El honorable senador señor Sabag consultó si en este momento se están desarrollando actividades inmobiliarias por los fondos, porque a su juicio, si lo estuvieran haciendo, estarían aportando a esa actividad y paralizarlos ocasionaría trastornos a una actividad floreciente. Preguntó si las compañías de seguros pueden realizar actividad inmobiliaria. Los representantes del Ejecutivo expresaron que la norma alude sólo a los fondos de inversión y que se aplica sólo a los fondos nuevos y a los ya existentes les afectará la disposición desde el momento en que modifiquen su reglamento interno. El honorable senador señor Novoa apuntó la conveniencia de establecer la norma como regla general, para garantizar que el fondo sea transparente. Propuso, asimismo, aplicar la regla para las futuras inversiones que realice el fondo, con independencia de las modificaciones a su reglamento, de modo de no sujetar la transición al cambio del reglamento. Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, de 9 de enero de 2007.

hacen oferta pública de sus cuotas, sino que por el contrario, se colocan “privadamente” entre un reducido número de inversionistas, teniendo la calidad de fondos “desregulados”. Esta figura se opone a los fondos de inversión “públicos” –los únicos existentes a esa fecha– que están sujetos a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros. La idea que se expresó en ese momento fue que los fondos privados se podrían dedicar a cualquier tipo de negocio, en contraposición a los públicos, que sólo pueden invertir en aquello que autoriza la ley, según el artículo 5° de la Ley N° 18.815. No se quiso poner límite al rubro de inversión de tales fondos.⁹

Dado que la redacción quedó amplia, permitiendo que los fondos privados fueran usados como titulares directos de un negocio comercial o industrial –lo que jamás fue el objetivo–, los empresarios que organizan su negocio bajo esta figura no pagan el Impuesto de Primera Categoría, como ocurre con cualquier forma societaria a la que se recurra e incluso haciéndolo directamente como empresario individual, generándose una “asimetría tributaria” que contradice la neutralidad que debe mantener el sistema impositivo.¹⁰

A fin de contrarrestar tal asimetría, la propuesta original del Ejecutivo fue limitar el negocio inmobiliario de los fondos públicos, dejándolo subsistente, y sancionar a los fondos privados, haciéndolos tributar como sociedades anónimas, si ellos, en la práctica, se comportaban como sociedades anónimas. Ante tal propuesta, el honorable senador señor Novoa sugirió la prohibición de la gestión inmobiliaria directa de los fondos, en todas sus formas, ya fuere en la adquisición y venta de inmuebles, ya en el desarrollo inmobiliario. Lo anterior no significa que los fondos no puedan invertir en sociedades inmobiliarias, pero la inversión se realiza a través de una sociedad, que es la que hace la inversión, y no directamente a través del fondo.

⁹ Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, de 16 de marzo de 2007

¹⁰ El Director del Servicio de Impuestos Internos expresó que un fondo inmobiliario que desarrolla la misma actividad que una sociedad anónima no paga impuestos, mientras sí lo hace la sociedad anónima. Esto es, se produce una distorsión dentro del sistema, porque existe un instrumento o “vehículo” privilegiado que para hacer lo mismo que los demás, no paga impuestos. Por ello, lo que se está proponiendo en las indicaciones es corregir un error en el diseño. El efecto que podría darse respecto de los fondos de pensiones es consecuencia de arreglar el mencionado error. La industria de fondos de inversión ha sido concebida como un vehículo pasivo de inversión. La idea es que la gente adquiera cuotas de un fondo y que éste, a su vez, invierta tanto en Chile como en el extranjero en distintas áreas, entre las cuales, por ejemplo, ahora se desea potenciar el capital de riesgo. Pero el vehículo de inversión se ha desnaturalizado en el caso de las inversiones inmobiliarias, transformándose en una vía para no pagar impuestos. Si un fondo de inversión actuase como tal, lo normal sería que invirtiera parte de sus recursos en acciones de una sociedad inmobiliaria; sin embargo, no es así, y en su lugar, se constituye directamente en empresa inmobiliaria, aprovechando el tratamiento tributario diferenciado que tienen en relación a una empresa del rubro, lo que viene a crear una falta de equivalencia entre personas jurídicas que realizan la misma actividad económica. Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, de 9 de enero de 2007.

Aprobada en ese sentido la norma, según se explicó en el número 3) anterior, y para corregir la señalada asimetría de orden tributario, se agregó como inciso cuarto, nuevo, en el artículo 32, una disposición mediante la cual se le da el mismo tratamiento de una sociedad anónima a un fondo de inversión, respecto de los siguientes desembolsos u operaciones: (i) aquellos que no sean necesarios para el desarrollo de las actividades e inversiones que la ley permite efectuar al fondo; (ii) los préstamos que los fondos efectúen a sus aportantes personas naturales o contribuyentes del impuesto adicional; (iii) la cesión del uso o goce, a cualquier título, o sin título alguno, a uno o más aportantes, su cónyuge o hijos no emancipados legalmente de éstos, de los bienes del activo del fondo, y (iv) la entrega de bienes del fondo en garantía de obligaciones, directas o indirectas, de los aportantes personas naturales o contribuyentes del impuesto adicional. El pago del impuesto será de responsabilidad de la sociedad administradora respectiva. En lo no previsto en este artículo se aplicarán todas las disposiciones de la Ley sobre Impuesto a la Renta y del Código Tributario, que se relacionan con la determinación, declaración y pago del impuesto, así como con las sanciones por su no declaración o pago oportuno.¹¹

Con la finalidad de no afectar a los fondos que a la fecha estaban desarrollado tales actividades, se aprobó una disposición transitoria mediante la cual se precisó que las modificaciones en comentario regirán a contar de la fecha de publicación de la Ley N° 20.190 para los fondos de inversión constituidos con posterioridad al 27 de noviembre de 2006, y para los fondos constituidos con anterioridad a dicha fecha, regirá a contar del día 1° de enero de 2012.

De esto modo, se elimina el incentivo tributario que a su vez se había transformado en la causa que desnaturalizó a los fondos de inversión, tanto públicos como privados, que operaban en el rubro inmobiliario.

En concordancia con lo anterior, también se modificó el artículo 41 de la Ley N° 18.815, en el sentido que a los fondos privados sí les serán aplicables las normas tributarias explicadas en lo precedente y las limitaciones de inversión consultadas en el artículo 5° de la citada Ley N° 18.815.

¹¹ En relación con el impacto que la medida tendría en los Fondos de Pensiones el Ministro señor Velasco señaló que será mínimo o casi nulo para los afiliados al sistema de AFP. Al respecto, expresó que, de los 86 mil millones de dólares que actualmente tienen los fondos de pensiones, lo invertido en el sector en comento asciende a cerca de 700 millones de dólares, esto es, el 0,8% del total. Sostuvo que, con la modificación, habrá un 17% de la tasa de rentabilidad de la inversión que no se traspasará a las AFP. Añadió que, traducido a un período de inversión de 5 años, que es el promedio, y considerando tasas de rentabilidad normales, el impacto final sería de 0,001% del fondo. Enfatizó que, en vista de lo anterior, se estimó que la adecuación no tendría un impacto relevante y que, por otra parte, se estarían equiparando las condiciones o reglas del juego para un sector de la economía. Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, de 16 de marzo de 2007.

5. Establece un nuevo marco regulatorio para las administradoras de fondos de inversión que sean filiales de bancos.

A instancias del Ejecutivo y cuando el proyecto estaba ya en el Senado, se agregó en el artículo 14 la regulación a que deben someterse las administradoras de fondos de inversión que sean sociedades filiales de bancos.

Se establece que sólo podrán invertir en cuotas de fondos cuyos reglamentos internos contemplen la inversión de, a lo menos, un 50% de los recursos en los valores e instrumentos referidos en los números 8) y 9) del artículo 5°, pudiendo estar invertido el 50% restante en aquellos valores e instrumentos indicados en los números 1) al 7). No obstante, para los instrumentos del número 5) del mismo artículo, podrán mantener invertido hasta un 20% del activo.

Las sociedades cuyas acciones hayan sido adquiridas por estos fondos se considerarán como vinculadas a la propiedad del banco, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 84, N° 2, de la Ley de Bancos, cuando la inversión supere el 5% del capital de la respectiva sociedad.

El límite a que se refiere el inciso segundo del artículo 69 de la Ley de Bancos no se aplicará a las inversiones que efectúe el banco en sociedades filiales que se dediquen a la administración de fondos de inversión. En este caso, la inversión no podrá exceder del 1% del total de sus activos, aplicándose al exceso lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 69 de la Ley de Bancos.

Con ello se pretende incentivar a los bancos para que participen más activamente en el desarrollo de los fondos de inversión que apuesten por el capital de riesgo, ya que la norma privilegia la inversión en tales instrumentos.

6. Otras reformas menores.

Se aumentó de 6 meses a 1 año el plazo para contar con el mínimo de 50 aportantes y de 3 a seis años el plazo para suscribir las cuotas de los fondos a que se refieren los artículos 1° y 17 de la Ley N° 18.815.

Se establecen menciones mínimas para la política de liquidez, al señalarse que ésta deberá señalar a lo menos el porcentaje mínimo del activo del fondo que se mantendrá invertido en activos líquidos, indicando cuáles serán éstos y razones financieras de liquidez.

De igual modo se permite que sea la propia sociedad administradora la que precise, en su reglamento interno, las materias que otorguen derecho a retiro a los aportantes disidentes, así como la forma en que se valorarán las cuotas a restituir.

Se obliga a mantener los títulos representativos de inversiones en empresas de depósito y custodia de valores.

No prosperó la iniciativa del Ejecutivo de establecer en el reglamento interno del fondo el porcentaje de distribución de beneficios, eliminándose la obligatoriedad de repartir entre los aportantes el 30% de éstos. Como fundamento de esta iniciativa que no prosperó se dijo que con ello se busca facilitar la inversión de los fondos en empresas y proyectos que generan bajos flujos de ingresos en el corto plazo, como aquellos dedicados al capital de riesgo. Además, se busca permitir una reinversión de las utilidades obtenidas, todo lo cual permite alinear incentivos al entregar al administrador su participación de los excedentes sólo al momento de la liquidación final del fondo.

Todo lo anterior permitirá que los fondos seleccionados puedan establecer en sus reglamentos internos políticas de endeudamiento y dividendos acordes a los requerimientos de la industria de capital de riesgo, así como de los requerimientos que permitan otorgar a las instituciones garantes los resguardos necesarios.

En suma, la reforma apunta a introducir mayores grados de flexibilidad en la administración de fondos, en términos de dejar mayor espacio para que sea la propia sociedad administradora la que, vía reglamento interno, sea la que defina los principales criterios conforme a los cuales tales recursos serán administrados.

D) Nueva prenda sin desplazamiento y creación de nuevo Registro de Prenda sin Desplazamiento.

En fundamento de la propuesta del Ejecutivo se dijo en el Mensaje que como parte del análisis desarrollado con relación al fomento del capital de riesgo, se ha considerado que la mayor o menor facilidad de acceso al crédito es un factor relevante en la generación de nuevos proyectos de inversión; y que el incentivo a tales inversiones puede lograrse no sólo a través de asistencia o fomento directo, sino que también en virtud de mejoras efectivas en la infraestructura y tecnología contractual que organiza la industria del crédito de otros productos financieros accesorios.¹²

Se sabe que las garantías son elementos claves en la industria financiera, al elevar la calidad crediticia de un deudor, dándole acceso al financiamiento si no lo tuviere o bien permitiéndole obtenerlo en condiciones más competitivas.

¹² Mensaje del Ejecutivo, de 30 de junio de 2003.

Antes de la vigencia de la Ley N° 20.190, nuestro sistema legal contemplaba siete tipos de prendas, ninguna de las cuales solucionaba por sí sola todas las necesidades que la actividad comercial y crediticia requiere.¹³

Algunas de ellas requieren la entrega física del bien, lo que las restringe enormemente. Técnicamente se les denomina "con desplazamiento". Otras –prenda agraria, industrial y de venta de cosas muebles a plazo–, si bien no requieren la entrega física de la cosa prendada, tienen diversas limitaciones derivadas del tipo de bienes y negocios a los que se aplican. La Ley de Prenda sin Desplazamiento, que es la más moderna y amplia, contiene también ciertas rigideces y limitaciones, como lo es la forma en que se realiza la publicidad –publicación de extracto de escritura de contrato en el Diario Oficial los días 1° ó 15 de cada mes–, con lo cual el acreedor prendario debe revisar la totalidad de las publicaciones antes mencionadas para asegurarse que el bien no tenga otros gravámenes anteriores, lo que se traduce en mayor incertidumbre para el acreedor prendario, y por ende, eleva el costo de financiamiento para los proyectos de inversión.¹⁴

Por consiguiente, la propuesta del Ejecutivo se inspiró en la idea de sustituir todas las prendas sin desplazamiento existentes hasta la fecha, por una única prenda sin desplazamiento, prohibiéndose la constitución de las otras prendas especiales, esto es, la actual prenda sin desplazamiento, la agraria, la industrial y la de compraventa a plazo, a fin de eliminar la incertidumbre que se produce respecto de bienes gravados con más de una de aquellas prendas. Con todo, se dispone que las prendas constituidas bajo el imperio de dichas leyes mantienen su vigencia y continúan rigiéndose en todo de acuerdo con tales reglas a menos que las partes de las mismas, voluntariamente, deseen migrar al nuevo sistema.¹⁵

Adicionalmente se propuso la creación del Registro de Prendas sin Desplazamiento, centralizado y electrónico, que facilitará la información y seguridad en la creación de nuevas prendas. Este sistema tendrá carácter nacional y será administrado por el Servicio de Registro Civil e Identificación.

En su paso por el Senado se le introdujeron ajustes de orden formal, mejo-

¹³ Tales prendas eran: la prenda civil, regulada por el Código Civil; la prenda comercial, regulada por el Código de Comercio; la prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos, regulada por la Ley N° 4.287; la prenda agraria, regulada por la Ley N° 4.097; la prenda sobre compraventa de cosas muebles a plazo, regulada por la Ley N° 4.702; la prenda industrial, regulada por la Ley N° 5.687; y la prenda sin desplazamiento, regulada por la Ley N° 18.112.

¹⁴ Mensaje del Ejecutivo, de 30 de junio de 2003.

¹⁵ De consiguiente, sólo se mantienen vigente los regímenes que regulan las prendas con desplazamiento, esto es, la prenda del Código Civil, del Código de Comercio y la prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos, regulada por la Ley N° 4.287.

rando el orden de los artículos, reubicándolos en los títulos correspondientes. Asimismo, para que el régimen de esta ley sea general, se amplió el espectro de activos susceptibles de ser prendados y se incluyó la prenda de los derechos emanados del contrato de concesión de recintos o instalaciones deportivas de Chiledeportes, y una disposición genérica para el resto de prendas de concesión que inicialmente habían quedado fuera de la nueva ley de prenda. Se añadió una sanción penal específica para el deudor prendario que, defraudando al acreedor prendario, ocasione la pérdida o el menoscabo de los derechos otorgados en garantía, debido a que la redacción anterior utilizaba un vocabulario que sólo permitía sancionar al que ocasionase la pérdida o el menoscabo de cosas físicas; y se establece para estos delitos la misma pena que para el fraude. Buscando una mayor rapidez, se disminuye de 5 a 3 días hábiles el plazo para enviar los datos del contrato de prenda al registro; y para mayor seguridad, se amplía la lista de excepciones que puede interponer el deudor ante la ejecución de la prenda, aceptando también la falsedad o nulidad del título.

En suma, la nueva ley de prenda sin desplazamiento finalmente aprobada tiene las siguientes características principales:

El contrato de prenda sin desplazamiento tiene por objeto constituir una garantía sobre una o varias cosas corporales o incorporales muebles, para caucionar obligaciones propias o de terceros, conservando el constituyente la tenencia y uso del bien constituido en prenda. En lo no previsto por la ley se aplicarán las disposiciones del contrato de prenda del Código Civil.¹⁶

Se autoriza su constitución por escritura privada ante notario. El contrato de prenda sin desplazamiento es solemne. El contrato, su modificación y su alzamiento deberán otorgarse por escritura pública o por instrumento privado, en cuyo caso, las firmas de las partes concurrentes deberán ser autorizadas por un notario y el instrumento deberá ser protocolizado en el registro del mismo notario que autoriza. En este caso, respecto de terceros la fecha del contrato será la de su protocolización.

Dentro del plazo de tres días hábiles, exceptuados los días sábado, contado desde la fecha de suscripción de la escritura pública en que consta el contrato de prenda, su modificación o su alzamiento o, tratándose de instrumentos

¹⁶ Se acogió una sugerencia de los profesores Juan Pablo Román y Raúl Varela Morgan para aplicar supletoriamente, respecto de las situaciones no previstas en la ley, sólo las normas del Código Civil según se asemeje a la prenda o a la hipoteca civil, puesto que se trata de normas de más fácil aplicación, eliminándose la remisión al Código de Comercio que inicialmente existía. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, 13 de enero de 2004.

privados, desde su fecha de protocolización, el notario deberá enviar para su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, una copia autorizada del contrato de prenda, de su modificación o su alzamiento y una copia de los documentos en que consten las obligaciones garantizadas que se hubieren protocolizado en su registro, si éstas no estuvieren indicadas precisamente en el contrato de prenda. La omisión de las diligencias señaladas no afectará la validez del contrato de prenda ni la de su modificación o alzamiento, ni impedirá su anotación o inscripción, pero hará responsable al notario respectivo por los daños que se originen como consecuencia de la omisión.

El derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. La prenda sólo será oponible a terceros a partir de esa fecha. No será oponible contra el tercero que adquiriera el bien empeñado por venta al detalle en una fábrica, feria, bolsa de productos agropecuarios, casa de martillo, tienda, almacén u otros establecimientos análogos en que se vendan cosas muebles de la misma naturaleza.

En caso de bienes sujetos a inscripción obligatoria en algún otro registro, la prenda será inoponible a terceros, mientras no se anote una referencia del contrato de prenda al margen de la inscripción correspondiente.

Se permite constituir prenda sobre todo tipo de cosas corporales o incorporeales muebles, presentes o futuras, valores, derechos y contratos.

Entre ellas cabe destacar la prenda sobre el derecho de concesión de obra pública, de concesión portuaria, de concesión de construcción y explotación del subsuelo, de concesión onerosa sobre bienes fiscales, de explotación de concesiones de servicios sanitarios, de los derechos emanados del contrato de concesión de recintos o instalaciones deportivas del Instituto Nacional del Deporte y, en general, de aquellos derechos de concesión que, según las leyes bajo las cuales se regulen, sean susceptibles de ser prendados, conforme a los requisitos establecidos en las mismas.

Se admite la constitución de prenda sobre créditos nominativos, la que deberá ser notificada al deudor del crédito pignorado, judicialmente o por medio de un notario con exhibición del título, prohibiéndole que lo pague en otras manos, salvo que mediere su aceptación por escrito; y en caso contrario, le será inoponible. Una copia del título que consigne el crédito nominativo que se otorgue en prenda será protocolizada al tiempo de suscribirse el contrato de prenda y en éste deberá hacerse mención de la protocolización de aquél.

Igualmente se admite la prenda sobre valores emitidos sin impresión física del título que los evidencie. En este caso la prenda deberá anotarse en el registro de anotaciones en cuenta que se lleve para estos efectos. Tratándose de valores depositados en una empresa de depósito de valores constituida de acuerdo a la Ley N° 18.876, el acreedor prendario podrá solicitar la anotación de la prenda directamente a dicha empresa.

También se acepta la constitución de prenda sobre bienes o derechos futuros. Pero mediante su inscripción no se adquirirá el derecho real de prenda sino desde que los bienes o derechos empeñados lleguen a existir. Y una vez que los bienes o derechos señalados existan, se entenderá constituido el derecho real de prenda desde la fecha de su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.

Las cosas que no han llegado al país podrán ser empeñadas, siempre que el constituyente de la prenda sea el titular del conocimiento de embarque, guía aérea, carta de porte o documento que haga las veces de cualquiera de los anteriores, conforme a las normas que regulan la circulación de tales documentos.

Se permite la llamada "prenda flotante", lo que facilita la entrega en garantía del capital de trabajo. En el caso de prendarse grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho, tales como existencias, inventarios, materias primas, productos elaborados o semielaborados o repuestos, o maquinarias, redes o sistemas; los componentes de los mismos podrán ser utilizados, reemplazados, transformados o enajenados, en todo o en parte, salvo pacto en contrario. Los bienes transformados así como el producto elaborado con los componentes de dichas existencias, quedarán de pleno derecho constituidos en prenda. Aquellos componentes que salgan de la universalidad o grupo de bienes empeñados quedarán subrogados por los que posteriormente lo integren, hasta la concurrencia del total constituido en prenda. Cuando se pignoraren universalidades o grupos de bienes en la forma señalada, el contrato de prenda deberá indicar el valor del conjunto de bienes sobre los que recaiga la prenda, salvo que las partes acuerden expresamente no asignarle un valor. En este último caso, no será aplicable lo dispuesto en el artículo 1496, N° 2, del Código Civil, y el contrato de prenda deberá señalar las particularidades tendientes a individualizar los bienes prendados, señalando si son fungibles o no, determinando en el primer caso su especie, cantidad, calidad, graduación y variedad. En caso que dos o más bienes prendados se confundieren, mezclaren o transformaren en uno indivisible o que su división causare detrimento en el valor de la cosa, los acreedores prendarios mantendrán sus derechos en el bien resultante a prorrata de sus créditos, sin preferirse por la antigüedad de sus cauciones.

La prenda sobre las cosas que la ley reputa como inmuebles por destinación o adherencia no tendrá otro efecto que ser una prenda sobre bienes futuros. En consecuencia, se le aplicarán las reglas sobre prenda de tales bienes, entendiéndose que las cosas llegan a existir cuando son separadas del inmueble al que acceden o cesa la afectación a un predio, por la voluntad o el hecho de su dueño y el consentimiento del acreedor hipotecario, si fuere el caso.

La prenda sin desplazamiento constituida sobre bienes corporales muebles que posteriormente se transformen en inmuebles por destinación o adherencia, subsistirá sin que sea necesario el acuerdo del acreedor hipotecario y gozará de preferencia sobre la hipoteca, si se anotare al margen de la correspondiente inscripción hipotecaria. Si no se practicare esta anotación, la ejecución de la hipoteca producirá la purga de la prenda, sin necesidad de notificación al acreedor prendario. Esta disposición resuelve la duda que se planteaba en estos casos entre dos garantías reales, la prenda y la hipoteca.

Se podrá constituir una o más prendas sobre un mismo bien, prefiriéndose por el orden cronológico de sus respectivas inscripciones en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.

Cualquiera clase de obligaciones, presentes o futuras, estén o no determinadas, podrán caucionarse con prenda.

A efectos de proceder a la realización de la prenda, se regula un procedimiento especial –juicio ejecutivo en obligaciones de dar, con modificaciones–, que facilita la ejecución –al reconocer mérito ejecutivo al contrato de prenda y restringir las excepciones que podrá oponer el deudor prendario– y que autoriza la realización de la prenda, no obstante haberse deducido excepciones.

Se tipifican tres delitos especiales. Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 473 del Código Penal: 1) El que defraudare a otro disponiendo de las cosas constituidas en prenda en conformidad a la ley, sin señalar el gravamen que las afecta o constituyendo prenda sobre bienes ajenos como propios, o alzando la prenda que haya cedido; 2) El deudor prendario y el que tenga en su poder la cosa constituida en prenda en conformidad a la ley que, defraudando al acreedor prendario, la altere, oculte, sustituya, traslade o disponga de ella, y 3) El deudor prendario que, tratándose de prendas de créditos o de cualquier otra clase de derechos constituidos en prenda en conformidad a la ley, defraude al acreedor prendario, ocasionando la pérdida o el menoscabo de los derechos otorgados en garantía.

Finalmente se crea el Registro de Prendas sin Desplazamiento, que llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación, de conformidad con la ley y en la

forma que determine el reglamento que al efecto dicte el Presidente de la República mediante decreto supremo emanado conjuntamente del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Justicia.

El Servicio de Registro Civil e Identificación inscribirá en el mencionado Registro de Prendas sin Desplazamiento los documentos que al efecto reciba. Las inscripciones se realizarán por estricto orden de presentación.

En caso de que se negare una inscripción, la persona perjudicada con la negativa podrá ocurrir ante el juez de primera instancia del departamento, quien en vista de esta solicitud y de los motivos expuestos por el Servicio de Registro Civil e Identificación, resolverá por escrito y sin más trámite lo que corresponda. Si manda el juez hacer la inscripción, ésta tendrá la fecha y hora de la primera presentación al Registro. Si el juez la denegare, el decreto en que se niegue la inscripción será apelable en la forma ordinaria.

Al entrar a regir este nuevo estatuto, todos los regímenes que regulaban prendas sin desplazamientos quedaron derogados, subsistiendo en la actualidad sólo la prenda con desplazamiento regulada en el Código Civil, en el Código de Comercio y en la Ley N° 4.287, sobre prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos.

Lo anterior facilitará el manejo y constitución de esta forma de garantía, con los consiguientes efectos favorables, en término de costos, para los deudores que requieran financiamiento.

II. Perfeccionamiento y fortalecimiento de diversos marcos regulatorios

A) Reformas introducidas al DFL N° 215, sobre Compañías de Seguros

Como se dijo en lo que antecede, ha sido uno de los objetivos de la Ley N° 20.190 el de perfeccionar los marcos regulatorios existentes y el de uniformar los criterios que les sirven de fundamento.

En esa dirección se introdujeron las siguientes reformas a la ley de Compañías de Seguros.

1. Licencia para constituir compañías de seguros de vida

Se reformó el procedimiento para otorgar licencias para operar compañías de seguros de vida.

Con el propósito de uniformar el proceso de otorgamiento de licencias para desarrollar actividades económicas en industrias reguladas, se uniformó el procedimiento para otorgar licencias en todas ellas.

Tal como se explicó en la primera parte de este trabajo, en materia de licencias bancarias se modificó el sistema, introduciendo un grado adicional de discrecionalidad, al permitir que la autoridad pondere, como requisito a constatar, que los organizadores no hubieren tomado parte en actuaciones, negociaciones o actos jurídicos de cualquier clase, contrarios a las leyes, a las normas o las sanas prácticas bancarias, financieras, o mercantiles que imperen en el país o en el extranjero.

De este modo, en lo sucesivo, serán las mismas exigencias, en cuanto a la obtención de autorizaciones, las que se deberán cumplir para desarrollar la actividad bancaria, de seguros de vida y de administración de fondos de pensiones.

El detalle de las exigencias y nuestra opinión sobre las mismas están en la primera parte de este trabajo, a la que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.¹⁷

2. Se ajusta legislación de seguros a tratados de libre comercio suscritos por el país.

Los crecientes compromisos asumidos por el país al suscribir tratados de libre comercio hicieron necesario introducir una serie de ajustes a la legislación de seguros. Con ello no se hace más que responder al principio de la reciprocidad, en cuanto a que el país debe reconocer los mismos derechos y prerrogativas que otros países le han reconocido al nuestro.

En ese propósito se inscribe la autorización para comercializar en Chile la contratación de seguros de transporte marítimo internacional, aviación comercial internacional y mercancías en tránsito internacional a las entidades aseguradoras extranjeras establecidas en el territorio de un país con el cual Chile mantenga vigente un tratado internacional en el que se haya permitido la contratación de los seguros antes indicados.

En el mismo propósito se anota la autorización para que cualquier persona natural o jurídica pueda contratar libremente en el extranjero toda clase de seguros, a excepción de los seguros obligatorios establecidos por ley y

¹⁷ Véase páginas 249 a 253 de revista *Actualidad Jurídica* N° 16, de julio de 2007. Universidad del Desarrollo.

aquellos contemplados en el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, los que sólo podrán contratarse con compañías establecidas en el territorio nacional. Asimismo, las entidades aseguradoras y reaseguradoras podrán suscribir riesgos provenientes del extranjero.

Con la misma finalidad se aprobó la disposición mediante la cual se autorizó a las compañías constituidas en el extranjero para establecer una sucursal en el país, para lo cual deberán establecerse como una agencia del Título XI de la Ley N° 18.046 y obtener la autorización señalada en el Título XIII de la misma ley.

Para obtener la autorización de establecimiento de una sucursal, la compañía de seguros extranjera deberá acreditar a la Superintendencia que la entidad cumple las disposiciones que establece la ley para la autorización de compañías de seguros. La autorización de establecimiento de la sucursal, como cualquier modificación o revocación de la misma, constará en resolución de la Superintendencia, la cual se sujetará a los requisitos de publicidad y registro dispuestos en los artículos 126 y 127 de la Ley N° 18.046.

Las compañías de seguros extranjeras autorizadas en los términos anteriores gozarán de los mismos derechos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que las compañías de seguros nacionales de igual grupo, salvo disposición legal en contrario. El patrimonio que las compañías de seguros extranjeras asignen a su sucursal en el país deberá ser efectivamente internado y convertido a moneda de curso legal en conformidad con alguno de los sistemas autorizados por la ley o por el Banco Central de Chile. Los aumentos de capital que no provengan de la capitalización de reservas tendrán el mismo tratamiento que el capital inicial.

Ninguna compañía de seguros extranjera autorizada en los términos anteriores podrá invocar derechos o privilegios derivados de su nacionalidad, respecto a las operaciones que efectúe en Chile. Toda contienda que se suscite en relación con las operaciones de la sucursal en el país, cualquiera que fuere su naturaleza, será resuelta por los tribunales chilenos, en conformidad con las leyes de la República. Las operaciones entre una sucursal y su casa matriz u otras compañías relacionadas se considerarán para todos los efectos realizadas entre entidades distintas. Lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad de la compañía de seguros extranjera, de acuerdo a las reglas generales, por las obligaciones que contraiga la sucursal que haya establecido en Chile. Los acreedores domiciliados en Chile de la sucursal de la compañía de seguros extranjera, por sus créditos convenidos en el país, gozarán de preferencia sobre los bienes y derechos de ésta situados en el territorio nacional. Para la administración de sus negocios, las compañías de

seguros extranjeras autorizadas en los términos de los incisos anteriores no estarán obligadas a mantener un Directorio, pero deberán tener un agente ampliamente autorizado para que las represente con todas las facultades legales. Las responsabilidades y sanciones que afectan al Directorio de las entidades aseguradoras, o a los miembros de éste, corresponderán y podrán hacerse efectivas sobre el agente de las compañías de seguros extranjeras autorizadas en los términos de los incisos anteriores. Las remesas de las utilidades líquidas que obtengan las sucursales de las compañías de seguros extranjeras se harán previa autorización de la Superintendencia y con sujeción a las disposiciones legales vigentes y a las normas que imparta el Banco Central de Chile, y siempre que aquéllas cumplan los requerimientos patrimoniales y de solvencia establecidos en esta ley.

Se trata de sucursales al estilo de las de los bancos extranjeros, es decir, deberán cumplir con las mismas obligaciones que las compañías chilenas en términos de requerimientos de capital, cumplimiento de las leyes chilenas, supervisión, etc. Las sucursales no tendrán como requisito la existencia de un directorio, pudiendo designar un representante en Chile para esos efectos. Es una regulación muy parecida a la de las sucursales que bancos extranjeros puedan abrir en nuestro país, y que se regulan en el DFL N° 3, de 1997, Ley General de Bancos.

3. Se amplía la competencia de la SVS para resolver controversias entre asegurados y aseguradores

Si bien en la propuesta del Mensaje la idea era ampliar de 120 UF a 500 UF la cuantía de todas las disputas entre asegurado y compañía aseguradora sometidas obligatoriamente al arbitraje de la SVS, lo que finalmente fue aprobado por el Congreso Nacional fue sólo ampliar tal competencia para el caso de los seguros obligatorios. El objetivo es permitir que exista una adecuada protección para quienes, no pudiendo acudir a tribunales, se vean afectados por una situación anómala ligada a la contratación de seguros obligatorios. Es decir, se busca proteger al pequeño asegurado.

4. Mayores facultades para la SVS, nuevos instrumentos de inversión y flexibilización de límites de inversión

Se faculta a la SVS para emitir pólizas denominadas en pesos. Hasta la fecha sólo se permitía la emisión de pólizas en UF. Ello claramente contribuirá a la nominalización de la economía.

También se la faculta para pedir información de la solvencia de los principales accionistas en el caso de compañías de seguros de vida, para avanzar hacia

una medición de la fortaleza patrimonial del grupo, con el objetivo de garantizar que no exista doble apalancamiento de capital ni pérdidas ocultas, de manera similar a lo dispuesto en el artículo 16 bis de la Ley de Bancos.

Se establece la facultad para que la SVS pueda ampliar límites de inversión para seguros con cuenta de inversión y APV (sólo compañías de seguros de vida). La medida apunta a aumentar la competitividad en ese mercado.

Por último, se amplían las facultades de la SVS para intervenir en compañías de seguros con debilidad financiera, en forma similar a las facultades de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Se autoriza a las compañías de seguros a otorgar créditos o invertir en títulos respaldados por créditos como parte de sus reservas técnicas o patrimonios de riesgo. Se flexibilizan estos instrumentos, autorizando nuevas inversiones. Se permite a las aseguradoras otorgar créditos o invertir en títulos con mérito ejecutivo respaldados por créditos, como respaldo de sus reservas técnicas y patrimonios de riesgo. Esta facultad va de la mano con la restricción de no prestar a relacionados, para evitar su mal uso. Para ello, también es importante la facultad de la SVS de establecer los procedimientos para provisionar los créditos o considerarlos incobrables y para fijar límites y determinar cómo debe llevarse la política de administración de riesgos (clave para este tipo de negocio). El hecho de permitir a las aseguradoras el acceso a inversión en créditos permite a las personas naturales y empresas acceder a nuevos oferentes distintos a las entidades bancarias.

Se autoriza a las aseguradoras de crédito para invertir una parte de sus reservas técnicas en préstamos a aseguradoras de seguros de crédito. Este tipo de inversiones es poco riesgoso, por cuanto las compañías no están corriendo más riesgo que el que asumieron al otorgar el seguro, ya que prestan a clientes conocidos y contra su misma indemnización. Además, estas compañías son expertas en evaluar riesgos de crédito.

Se amplía la gama de inversiones de las compañías de seguros a futuros instrumentos que fije la SVS, sujetas a las normas y límites por ella establecidos, pero que en todo caso no podrá ser superior al 5% de las reservas y patrimonio de riesgo de las compañías.

Se establecen límites a las inversiones en los instrumentos en que pueden estar invertidos los recursos asignados a reservas técnicas o patrimonio de riesgo. Se establecen límites para las nuevas inversiones autorizadas y para las inversiones más riesgosas: límite a otorgar créditos o invertir en títulos respaldados por créditos (entre 1% y 5%, según establezca la SVS); límite

de 20% a préstamos a asegurados de pólizas de seguros de crédito; límite por emisor de 1% para inversiones de las compañías de seguros en renta fija de clasificación inferior a BBB, y límite especial conjunto de 10% para la suma de las inversiones de las compañías de seguros en los instrumentos considerados más riesgosos.

Se consagran mayores exigencias de custodia de títulos. Para las compañías de seguros lo custodiable se amplía al patrimonio de riesgo.

En suma, una reforma que moderniza a la industria de los seguros, recepcionando en la legislación local obligaciones asumidas en tratados internacionales; que uniforma criterios para otorgar licencias y autorizaciones para actuar en industrias reguladas; y que amplía los instrumentos de inversión de la reserva técnica y flexibiliza las operaciones de estas compañías, al entregar mayores facultades a la SVS.

B) Reformas introducidas al DL N° 3.500, sobre sociedades administradoras de fondos de pensiones

1. Licencia para constituir sociedad administradora de fondos de pensiones

Se reformó el procedimiento para otorgar licencias de operación de sociedades administradoras de fondos de pensiones.

Como ya se dijo en lo que antecede, con el propósito de uniformar el proceso de otorgamiento de licencias para desarrollar actividades económicas en industrias reguladas, se uniformó el procedimiento para otorgar licencias en los bancos, compañías de seguros de vida y sociedades administradoras de fondos de pensiones. El detalle de las exigencias y nuestra opinión sobre las mismas están en la primera parte de este trabajo, a la que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.¹⁸

2. Fortalecimiento de las facultades de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP)

En la propuesta del Mensaje del Ejecutivo se consultada la facultad de la SAFP para que en determinados casos límite pudiera designar un administrador provisional del fondo de pensiones. Esto permitiría –se dijo– tener una herra-

¹⁸ Véanse páginas 249 a 253 de revista *Actualidad Jurídica* N° 16, de julio de 2007. Universidad del Desarrollo.

mienta adicional para controlar una situación de inestabilidad financiera de una compañía, que pueda comprometer el riesgo sistémico o las garantías estatales otorgadas.¹⁹

Tal iniciativa no prosperó y en su lugar se prefirió facultar a la SAFP para requerir que las personas naturales o jurídicas que, personalmente o en conjunto, sean controladoras de una administradora conforme al artículo 97 de la Ley N° 18.045, o posean individualmente más del diez por ciento de sus acciones, envíen a la Superintendencia información fidedigna acerca de su situación financiera. La Superintendencia, mediante normas generales, determinará la periodicidad y contenido de esta información, que no podrá exceder de la que exige la Superintendencia de Valores y Seguros a las sociedades anónimas abiertas; para instruir, por resolución fundada, a una administradora, que se abstenga de efectuar con recursos de los fondos de pensiones, las transacciones que específicamente determine con o a través de personas relacionadas a ella, hasta por un plazo de tres meses, renovable por igual período, cuando la situación financiera, ya sea de la administradora o de sus personas relacionadas, ponga en riesgo la seguridad de los fondos de pensiones; y para instruir, por resolución fundada, a una administradora, que se abstenga de efectuar con recursos de los fondos de pensiones, 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 las personas relacionadas a la administradora hubieran sido sancionadas por incumplimiento, en forma reiterada o grave, de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que les sean aplicables conforme a su objeto social, siempre que tal situación ponga en riesgo la seguridad de los fondos de pensiones.

¹⁹ Se dijo en el Mensaje que la redacción propuesta salva la totalidad de los reparos de inconstitucionalidad formulados por el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 7 de marzo de 1994, conociendo del proyecto aprobado por el Congreso que modificara, entre otros, el D.L. N° 3.500, de 1980, y que proponía crear la figura del administrador delegado. Según aquel proyecto, el mencionado administrador debía tomar la administración de la AFP en los mismos casos que se contemplan en la redacción que ahora se propone. La diferencia fundamental del actual proyecto radica en que ahora sólo se faculta al administrador provisional para tomar exclusivamente la administración de los fondos de pensiones. En efecto, la redacción que se postula no priva a los órganos sociales de la AFP de sus facultades de administración, respecto de los bienes de su propiedad, sino sólo de la administración de los Fondos de Pensiones, los cuales son, en concepto del legislador del artículo 33 del DL N° 3.500, de 1980, vigente, “un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administradora, sin que ésta tenga dominio sobre aquellos”, puesto que a las administradoras, en conformidad con el actual artículo 23 del mismo cuerpo legal, sólo les cabe administrar los fondos de pensiones, por mandato legal, sin que exista confusión patrimonial entre sus bienes y los de los fondos de pensiones. Del mismo modo, se faculta a la Superintendencia para acotar el rango de transacciones que se pueden llevar a cabo entre las distintas instituciones que conforman un grupo económico.

3. Mayores exigencias de títulos custodiables

Como medida de seguridad y expresión de los efectos del caso Inverlink, se modifica el artículo 44 del DL N° 3.500 y se aumenta del 90% del total al 98% de lo susceptible de custodia en materia de títulos representativos de inversiones del fondo.

Adicionalmente se ajusta la sanción por incumplimiento, no pudiendo ser la multa inferior al 1% ni superior al 100% de la cantidad que faltare para completar el depósito de que se trata, piso que en la norma vigente era 10%.

También se establece que se disolverá por el solo ministerio de la ley la administradora que hubiere presentado un déficit de custodia superior al dos por ciento del valor total de los fondos de pensiones y de los encajes respectivos, más de dos veces en un período de tres meses, sin que aquella hubiere restituido la diferencia de custodia al día siguiente de haber sido requerida para ello; y que producida la disolución de la administradora, la Superintendencia deberá dejar constancia de ello mediante la dictación de la resolución respectiva.

4. Emisión desmaterializada del bono de reconocimiento.

Por último, entre otras reformas que no prosperaron,²⁰ se autorizó la emisión del bono de reconocimiento en forma material, mediante un documento que cuente con las características necesarias para impedir su falsificación, o desmaterializadamente; esto es, sin que sea necesaria la impresión de una lámina física en la que conste el bono respectivo, no afectándose por ello la calidad jurídica ni la naturaleza de los bonos.

Los bonos que se emitan bajo la modalidad desmaterializada deberán depositarse en una empresa de depósito de valores autorizada por la Ley N° 18.876. Para estos efectos, las instituciones de previsión emisoras deberán acordar con una empresa de depósito de valores autorizada por la citada ley,

²⁰ El proyecto inicial del Ejecutivo consultaba la facultad de las AFP para adquirir acciones de una cámara de compensación. Se explicó, para no legislar al respecto, que en nuestro país no existe una legislación general para las cámaras de compensación, lo que implica que no se cuenta aún con los estándares internacionales que se requieren en este ámbito. Por ello la normativa del caso se incorporará en un proyecto de ley que el Gobierno presentará próximamente. Por lo anterior, se estimó que no es prudente incorporar a las AFP en un negocio que no cuenta con la normativa necesaria. Tampoco prosperaron las propuestas para modificar los artículos 45, 47 y 48, relativos a inversiones de las AFP. En cuanto al cobro de IVA por las comisiones del Ahorro Previsional Voluntario, pasó a ser regulado como reforma al DL N° 825.

que no emitirán bonos en forma material, sino que llevarán en sus registros un sistema de anotaciones en cuenta a favor de la empresa, y que ésta se encargará de llevar los registros de los tenedores de los bonos de reconocimiento. bajo el mismo acuerdo y condiciones, se podrá convenir la desmaterialización de los bonos de reconocimiento emitidos originalmente de forma material. La impresión física de un documento en el que conste el bono de reconocimiento sólo será procedente en los casos en que esté autorizada por la Ley N° 18.876 o por las normas de la Superintendencia de Valores y Seguros. Dicha impresión deberá contar con las características necesarias para impedir su falsificación y su costo será de cargo del requirente.

C) Reformas introducidas a la Ley N° 18.876, sobre Depósito y Custodia de Valores.

Como se sabe, las empresas de depósito de valores fueron autorizadas en nuestro país en diciembre de 1989, por Ley N° 18.876. Son de giro exclusivo y su objeto es única y exclusivamente recibir en depósito valores de oferta pública.

Mediante la reforma que comentamos se le introdujeron las siguientes modificaciones:

1. Se les amplía el giro y el universo de títulos que pueden recibir en depósito

Podrán realizar las actividades complementarias al objeto referido que determine la Superintendencia de acuerdo a norma de carácter general.²¹

Adicionalmente se autoriza para que puedan ser objeto del depósito regulado en esta ley, los valores de oferta pública inscritos en el Registro de Valores que lleva la Superintendencia de Valores y Seguros, en adelante, la Superintendencia, los emitidos por los bancos o por el Banco Central de Chile, los emitidos o garantizados por el Estado y, en general, cualquier otro valor que autorice la Superintendencia mediante norma de carácter general.

²¹ El honorable senador señor Ominami consultó cuáles eran las actividades complementarias que podían realizar las empresas de depósito. El señor superintendente de valores explicó que como el DCV tiene características monopólicas, se desea ampliar su espectro de actividades y que pueda, por ejemplo, llevar las cuentas de lo que residentes en Chile pueden tener sobre títulos extranjeros. Primer Informe, Comisión de Hacienda del Senado, 27 de octubre de 2007.

2. Se reconocen en la ley el traspaso electrónico de valores, la información electrónica y las cuentas mandantes

Se modifica la ley para permitir efectuar de manera electrónica los depósitos y retiros de acciones en los casos de sociedades anónimas cuyos registros sean administrados por una empresa de depósito y custodia de valores. Para ello, se eximen de las formalidades propias del traspaso de dominio cuando se trate de este tipo de operaciones. De esta manera, debido a que la empresa de depósito mantiene el registro de accionistas, ésta puede abonar y acreditar automáticamente las cuentas respectivas previa comprobación de la existencia de los títulos, flexibilizando este proceso.

En suma, se reconocen las comunicaciones electrónicas, en caso del traspaso de valores, porque así como el rango de instrumentos que se pueden custodiar va cambiando, cada día es más común que los instrumentos sean desmaterializados.

Se establece expresamente que cuando los valores que se entreguen en depósito sean acciones de sociedades anónimas o cuotas de fondos de inversión, cuyos respectivos registros de accionistas o aportantes sean administrados por la empresa o por una filial de ésta constituida de acuerdo con el artículo 23 de esta ley, tal entrega se podrá hacer mediante una instrucción dada a la empresa por el depositante a través de los medios escritos o electrónicos que señale el reglamento interno, y ejecutada por la empresa o su filial, mediante anotaciones simultáneas, tanto en la cuenta que corresponda de las que mantenga el depositante, como en el registro del emisor respectivo. Dado que hoy los depositantes manejan diversos tipos de cuentas, la entrada o salida de los valores a la custodia se hace mediante anotaciones en la cuenta que corresponda. La ley en sus orígenes sólo contempló una cuenta única a nombre del depositante, en la que se mezclaban los valores propios con los de los clientes. Actualmente los depositarios-intermediarios manejan tres tipos: (i) las cuentas propias, para su cartera propia, y (ii) cuentas mandantes, para los valores que terceros les entregan en depósito. Las cuentas mandantes son de dos tipos: las llamadas "ómnibus", que contienen valores de muchos clientes cuya desagregación el DCV no conoce, pero sí el intermediario; y las cuentas individuales a nombre de los clientes que así lo soliciten, cuya identidad sí le consta al DCV.

De este modo se avanza hacia la automatización de los procesos electrónicos, al salvar uno de los dos traspasos que se hacen en papel en caso de entrada o salida a custodia de acciones o cuotas de fondos de inversiones cuyo registro se lleva en el DCV.

3. Deber de informar a la Superintendencia fundamento de tarifas

Dado que el servicio que prestan estas entidades no tiene competencia, se dispuso en la ley que deberán proporcionar un estudio tarifario, el cual será de conocimiento público, respaldando la estructura de remuneraciones a ser aplicadas por los servicios prestados. El estudio debe fundamentarse en la estructura de ingresos y costos relevantes proyectados por la empresa para su normal funcionamiento. Para ello, se deberán tener en consideración los principios de equilibrio financiero de la empresa y de equidad entre los usuarios. Los contenidos mínimos para la elaboración del estudio serán establecidos por la Superintendencia a través de una norma de carácter general. Con todo, el referido estudio deberá ser actualizado a lo menos cada dos años o con ocasión de ajustes a las tarifas de la empresa. Sin perjuicio de lo anterior, la Superintendencia podrá requerir en cualquier oportunidad una actualización del referido estudio.

D) Reformas introducidas al DL N° 1.328, sobre Administradoras de Fondos Mutuos, y a la Ley N° 18.657, sobre Administradoras de Fondos de Capital Extranjero.

Mediante la reforma que comentamos al DL N° 1.328 se le introdujeron las siguientes modificaciones:²²

1. Eliminación de límite por emisor para fondos mutuos índice.

Se permite que a un fondo índice, es decir, aquel donde las inversiones del fondo tienen una composición idéntica a la que tenga un determinado índice de medición de fluctuaciones de precio de valores de renta fija y/o variable existente, nacional o internacional, no le sean aplicables los límites por emisor del 10% y por grupo empresarial.

Así, tratándose de un fondo mutuo cuyo reglamento interno establezca una política de inversión que contemple que las inversiones del fondo tendrán una composición idéntica a la que tenga un determinado índice de medición de fluctuaciones de precio de valores de renta fija o variable, nacional o internacional, no le serán aplicables los límites que contemplan los numerales 5), 6) y 7) del artículo 13.

En todo caso, la Superintendencia determinará, mediante norma de carácter general, las características que deben cumplir los índices, los porcentajes

²² Se ha seguido para esta explicación al Mensaje del Ejecutivo, de 30 de junio de 2003.

máximos de inversión en instrumentos emitidos o garantizados por una misma entidad y en el conjunto de inversiones en valores emitidos o garantizados por entidades pertenecientes a un mismo grupo empresarial, ambos sobre el activo del fondo. Asimismo, podrá establecer rangos máximos dentro de los cuales la distribución de la cartera que replica un índice podrá desviarse.

2. Subcontratación de servicios externos

A fin de uniformar las normas que regulan a los fondos de inversión, fondos mutuos y fondos para la vivienda, se incorpora la facultad de las administradoras de conferir poderes especiales para encargar determinadas actividades, entendiéndose comprendidas entre estas la delegación de la administración de cartera.

A este respecto, las administradoras generales de fondos ya están de hecho autorizadas a hacerlo, pero no así el resto de las administradoras. Asimismo, se establece que el costo de dichas contrataciones, cuando se refiera a subcontratación de administración de cartera, será de cargo de la administradora. Asimismo, se obliga a la administradora a mantener los títulos representativos de acciones en una empresa de depósito y custodia de valores.

A la ley que regula los fondos de inversión de capital extranjero se le introduce, como única modificación, una reforma de idéntico tenor al que se comenta en este número.

3. Cuentas corrientes a nombre de varios fondos mutuos

Se explicita, además, la facultad que las administradoras, para los efectos de mantener dinero efectivo en bancos, perteneciente al o los fondos que administren, puedan abrir a nombre de uno o más fondos, una o más cuentas corrientes bancarias, las cuales serán inembargables.

4. Límites de inversión de fondos mutuos

Se amplía el porcentaje de cuotas que pueden adquirir personas relacionadas a la administración del fondo, desde "el 15% de las cuotas" al "40% del patrimonio".

Como medida de protección e información, se establece la obligación de la administradora de informar a la Superintendencia, en la forma y detalle que ésta determine, de las solicitudes de aportes y rescates que efectúen directa o indirectamente las personas relacionadas a la administración, dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha en que se realicen.

Se elimina el límite por emisión y por emisor para la inversión en instrumentos de Estados con clasificación de riesgo igual o superior a Chile.

Se permite a los fondos mutuos invertir en bonos emitidos por entidades de su grupo empresarial. En la actualidad sólo podían invertir en bonos garantizados por el mismo.

Para aclarar la redacción, se cambia en el texto legal vigente el término "emisor", que no es adecuado cuando se habla de bonos emitidos o garantizados por una misma entidad, y se aclara que se trata de un límite para relacionados y no un límite por entidad.

Se aumenta el límite por emisor de inversión en fondos mutuos y de inversión nacionales desde un 10% hasta un 25%. Por otro lado, se precisa la facultad de los fondos mutuos de invertir en títulos representativos de deuda emitidos o garantizados por entidades de su grupo empresarial.

5. Procedimiento para clasificaciones discordantes de instrumentos fondos mutuos

Se restablece la facultad de la Superintendencia de Valores y Seguros para establecer procedimientos alternativos de valoración de clasificaciones de riesgo distintas para las inversiones de fondos mutuos. En Chile existen cinco clasificadoras, que son las más representativas, y podría ocurrir que una de ellas clasificara mal a una compañía y las otras no. Para no perjudicar a nadie, se contempla la posibilidad de dictar una norma de carácter general que reconozca esta situación de hecho y que fije requisitos para salvaguardar la norma de que se debe reconocer siempre la categoría más baja.

En suma, se trata de una sustancial reforma a la legislación que regula el funcionamiento del mercado de capitales en nuestro país, en términos de que se perfeccionan y mejoran una gran cantidad de marcos sectoriales, se incorporan modernas instituciones de larga raigambre en la legislación comparada y se recogen experiencias y prácticas comerciales ocurridas recientemente en nuestro medio empresarial.



El contrato de opción¹

José Miguel Sarroca Poblete

Abogado, Magíster en Derecho de los Negocios (MBL)

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

Profesor Auxiliar de la Cátedra de Derecho Internacional Privado
y Coordinador Académico de la Escuela de Postgrado

de la Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

A. Introducción

La doctrina nacional en lo que se refiere al contrato opción en general, y en cuanto derivado financiero en particular es muy escasa, especialmente en lo que dice relación con un análisis jurídico de la institución, que creemos es de suyo importante.

Estas líneas se dividen en dos secciones. La primera destinada a describir los elementos y características de la opción, y la segunda pretende calificar jurídicamente la institución.

B. Antecedentes del contrato de opción

Es conocida la anécdota comentada por el filósofo griego Aristóteles,² quien narra la historia del enriquecimiento de Thales, un hombre que obtuvo el control de todas las prensas de olivos de la localidad de Mileto, y que previó que la próxima cosecha de olivos podría ser muy abundante, para lo cual adquirió *opciones* que permitieran el uso de las prensas. Luego, una vez que su vaticinio se cumplió, alquiló aquéllas a un precio mayor que las *opciones* que tenía, obteniendo de esta forma una considerable fortuna.

Por otra parte, era muy frecuente que los fenicios, los griegos y los romanos negociaran contratos con cláusulas de opción sobre las mercaderías que transportaban en sus naves.

¹ Este artículo es un extracto que forma parte de una monografía intitulada *Derivados Financieros*, cuyos autores son Alejandro Celis Núñez, MBL y profesor ayudante de Derecho Comercial de la Universidad Adolfo Ibáñez; Andrés Tavolari Goycoolea, MBL de la Universidad Adolfo Ibáñez, y el suscrito.

² *Política*, Editorial Espasa Calpe, 2007.

Sin embargo, los historiadores coinciden en que el origen del negocio se encuentra en el siglo XVII en Holanda, y particularmente en el mercado de los tulipanes. En aquella época aparece el primer mercado de opciones organizado, en el cual se negociaban las compras o ventas de bulbos o papas de tulipán en una fecha futura predeterminada. A través de estos contratos los comerciantes holandeses aseguraban el precio de compra de sus tulipanes que debían ser entregados a sus clientes en el futuro. Así también los agricultores podían adquirir el derecho a vender su cosecha futura a un precio predeterminado. Sin embargo, cerca del año 1640, los precios sufrieron fuertes fluctuaciones que llevaron a la quiebra a muchos especuladores, lo cual trajo como consecuencia que en Europa comenzara a restringirse el uso de las opciones en el mercado.

Fue a comienzos del siglo XVIII cuando dicho mercado en Europa comienza a desarrollarse nuevamente, y particularmente en Inglaterra teniendo las opciones un nuevo objeto: las acciones. En efecto, en dicho país se negociaban opciones de compra o venta de acciones de las principales compañías inglesas. Sin embargo, una fuerte caída de los precios de las acciones de una de aquellas empresas trajo consigo que las opciones fueran consideradas por mucho tiempo como operaciones ilegales, lo que concluyó a inicios del siglo XX.

En Estados Unidos de Norteamérica el mercado de las opciones sobre acciones tiene más de doscientos años de antigüedad. Fue el 26 de abril de 1973 cuando se inicia el primer mercado organizado con la creación del Chicago Board Option Exchange, en el que comienzan a celebrarse contratos de opción sobre lotes de cien acciones de dieciséis empresas norteamericanas solventes. Así el primer día se negociaron novecientos once contratos, y al año siguiente, se llegó a una cifra cercana a los veinte mil. Hoy es posible llegar a una cifra cercana a los dos mil contratos de opción diarios.³

En el mundo se ha generalizado el uso de este instrumento derivado, no sólo referido a las acciones, sino a otros tipos de activos tanto financieros como no financieros.

C. Concepto de opción

En la doctrina nacional y extranjera es posible encontrar diferentes conceptos en torno a la institución que nos ocupa:

- i. "Son instrumentos financieros cuyo tenedor tiene el derecho, que puede ejercer o no, dependiendo de las condiciones del mercado, para comprar

³ Lehman, Sergio, y Budnevich, Carlos; *Derivados en el mercado de capitales chileno, beneficios y cobertura de riesgos para el emisor*. Trabajo de investigación, julio de 1998, página 12.

- o vender un determinado activo, a un precio de ejercicio definido en la opción".⁴
- ii. "Es un contrato especificado en un instrumento financiero que otorga el derecho a comprar o vender una acción, sujeto a ciertas condiciones, como es el precio, y que es válido por un plazo determinado".⁵
 - iii. "Es aquel contrato en virtud del cual define el titular, que adquiere del emisor, contra el pago de una prima, el derecho, pero no la obligación, de comprar o vender un activo subyacente, a un precio convenido, llamado precio de ejercicio o *strike price*, y en o hasta una fecha determinada, llamada de expiración".⁶
 - iv. "Es un contrato que proporciona a su poseedor (el comprador) el derecho (no la obligación) a comprar (opción de compra) o vender (opción de venta) una cantidad de activos, a un precio establecido, en una fecha determinada".⁷
 - v. "Contrato que da derecho a su poseedor a vender o comprar un activo a un precio determinado durante un período o en una fecha prefijada".⁸
 - vi. "Operación por la cual una de las partes, llamada el titular, mediante el pago de una suma de dinero, llamada prima o premio, se reserva el derecho a comprar o vender a la otra parte, llamada el lanzador, una cantidad de títulos valores de una misma especie llamadas lotes estándar, a un precio de ejercicio establecido, con facultad de ejercerlo hasta una fecha de vencimiento determinada".⁹

Además la Superintendencia de Valores y Seguros define el contrato de opción como *un contrato a través del cual su comprador o titular adquiere a un precio denominado prima de la opción, el derecho a comprar (opción de compra) o vender (opción de venta), durante un plazo o en una fecha determinada y a un precio pre-*

⁴ Lehman, Sergio, y Budnevich, Carlos; *Derivados en el mercado de capitales chileno, beneficios y cobertura de riesgos para el emisor*, ob. cit., pág. 12.

⁵ Parada Daza, Rigoberto; *Mercado de futuros financieros y de opciones*. Editorial Andrés Bello, 1993, página 65.

⁶ Engler Palma, María Cecilia; *Mecanismos jurídicos de administración de riesgos*. Editorial Conosur, 1997, página 56.

⁷ Fernández, Pablo; *Opciones, futuros e instrumentos derivados*. Editorial Deusto, 1996, página 19.

⁸ Lamothe, Prosper; *Opciones financieras, un enfoque fundamental*. Editorial Mc Graw-Hill, 1993, pág. 3.

⁹ Bollini Straw, Carlos; Goffar, Mario; *Operaciones bursátiles y extrabursátiles*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, página 272.

*fijado llamado precio de ejercicio de la opción, un número determinado de unidades de un activo objeto previamente definido y debidamente caracterizado.*¹⁰

D. Proposición de concepto

Analizando las definiciones anteriormente señaladas concluimos que todas ellas carecen de elementos esenciales propios de esta institución. Así las cosas, estas definiciones no califican a esta institución como un contrato, en circunstancias que no cabe duda de que estamos en presencia de aquél, según veremos. También, algunas de estas definiciones circunscriben el ámbito de aplicación de las opciones al campo de las acciones, olvidando que su ámbito de aplicación es mucho mayor. En efecto, las opciones no sólo pueden recaer sobre estos títulos valores, sino también sobre otros tipos de activos. Así, para entender mejor la operación, hemos pretendido abarcar todos sus elementos esenciales, para señalar el siguiente concepto:

“La opción es un contrato en virtud del cual una de las partes, llamada comprador, titular o poseedor, adquiere el derecho pero no la obligación de comprar o vender en o hasta una determinada fecha, un activo, que recibe el nombre de activo subyacente, a un precio determinado denominado el precio de ejercicio, asumiendo la otra parte, que recibe el nombre de vendedor o suscriptor, la obligación de vender o comprar tal activo a dicho precio, si el primero decide ejercer su facultad contractual, todo ello generalmente a cambio del pago de una suma de dinero llamada prima o premio”.¹¹

E. Elementos del concepto

- i) *Contrato*; la opción constituye un contrato, esto es, una especie de acto jurídico bilateral que consiste en un acuerdo de voluntades entre dos o más partes destinada a crear derechos y obligaciones para una de ellas o para ambas partes. En efecto, la opción es un acuerdo de voluntades entre

¹⁰ Norma de Carácter General N° 200 de la Superintendencia de Valores y Seguros, de 7 de agosto de 2006, la cual establece normas sobre operaciones de cobertura de riesgos financieros, inversión en productos derivados financieros y operaciones de préstamo de acciones.

¹¹ Atendiendo al derecho que adquiere el titular de la opción, podemos clasificar lo anterior en: (i) opción de compra o *call*, esto es, un contrato en virtud del cual el titular adquiere el derecho a comprar un determinado activo subyacente a un precio de ejercicio en una fecha de expiración, obligándose el vendedor a enajenar tal activo al precio señalado en el contrato si el titular ejerce su derecho, todo ello a cambio del pago de una prima; y (ii) opción de venta o *put*, esto es, un contrato en virtud del cual el titular adquiere el derecho a vender un activo subyacente a un determinado precio de ejercicio en una fecha de expiración, obligándose el suscriptor a adquirir tal activo en dicho precio si el titular ejerce su opción, todo ello a cambio del pago de una prima o premio.

el *titular* y el *suscriptor*, en virtud del cual el primero adquiere usualmente a cambio del pago de una prima o premio, el derecho o la facultad de comprar o vender a un determinado precio un activo, todo ello en o hasta una fecha determinada en la convención, asumiendo el último la obligación de venderlo o comprarlo según el caso, al precio de ejercicio referido, ello en el supuesto de que el comprador decida ejercer positivamente su opción de compra o venta. Por consiguiente es esencial a esta institución que el comprador adquiriera un derecho a comprar o vender, pudiendo o no pesar sobre él la obligación de pagar una prima o premio, aspecto que no es de la esencia de la operación. Correlativamente para el vendedor es esencial la obligación de vender o comprar. Así lo anterior constituye una primera aproximación a la determinación de la naturaleza jurídica de esta institución.

- ii) *Las partes*; en la operación concurre el concurso de voluntades de dos partes. Por un lado está el *comprador, titular o poseedor* de la opción, quien en virtud del contrato adquiere el derecho (pero no la obligación) a comprar o vender el activo subyacente al precio de ejercicio fijado en la convención. El ejercicio de su derecho está circunscrito a una determinada época, que también se fija en la misma convención. No es de la esencia de la operación que esta parte se encuentre obligada a pagar una prima o premio al vendedor. No obstante lo anterior, lo usual será que exista la referida obligación, ello en atención a que esta recompensa económica será lo que normalmente llevará al vendedor o suscriptor a celebrar el contrato. Es muy importante señalar que la única obligación del *titular* será la de pagar la prima o premio al vendedor, y sólo en el evento que haya sido establecido en el contrato. En caso alguno resulta obligado a comprar o vender el activo subyacente, por cuanto lo que se está adquiriendo es un derecho, aspecto esencial que distingue al contrato de opción del contrato de *forward*.¹² Por otro lado encontramos al *vendedor o suscriptor*, quien en virtud del contrato adquiere la obligación (y no el derecho) de vender o comprar el activo al precio de ejercicio, si el *titular* decide ejercer positivamente su opción de compra o venta. En la operación esta parte usualmente adquirirá el derecho a exigir del comprador el pago de la correspondiente prima o premio, aspecto no esencial de la institución.

¹² “Es una figura jurídica en virtud de la cual los sujetos intervinientes convienen en entregar y recibir respectivamente, en una fecha futura especificada en el documento que da cuenta de la misma, una cantidad de dinero a un tipo de cambio (si se trata de divisas) o a un tipo de interés (si es préstamo o depósito), convenido en el momento de su celebración y reflejado en ella”. *Derecho Comercial, Tomo II*, Ricardo Sandoval López, Editorial Jurídica de Chile, página 403. Otra definición señala que es un “contrato a través del cual el comprador o vendedor adquiere la obligación de comprar o vender a una fecha futura preestablecida, un número determinado de unidades de un activo objeto previamente definido y caracterizado, a un precio predefinido al momento de su celebración” (*Norma de Carácter General N° 204* de 28 de diciembre de 2006 de la Superintendencia de Valores y Seguros).

En resumen: en la opción nos encontramos con derechos y obligaciones para las partes, tanto esenciales como no esenciales. El comprador tiene el derecho esencial de comprar o vender el activo al precio de ejercicio, y la obligación no esencial de pagar la prima o premio. Correlativamente, el vendedor tiene la obligación esencial de vender o comprar el activo al precio de ejercicio, si el titular opta por comprar o vender respectivamente, y el derecho no esencial de exigir el pago de una prima o premio por la operación.

- iii) *El activo*; la opción de compra o venta recae sobre un activo que se denomina activo subyacente. Generalmente se suele circunscribir la operación de opción sólo al ámbito de las acciones. Sin embargo, el campo de aplicación va más allá. En efecto, el activo sobre el cual recae el derecho del titular de comprar o vender puede consistir, entre otros, en: acciones, índices bursátiles, tasas de interés, divisas, futuros, mercancías, opciones compuestas. Así también, cuotas de fondos, instrumentos de renta fija, productos, *commodities*¹³ y títulos representativos de estos activos.
- iv) *El premio o prima*; constituye la suma de dinero que paga el titular de la opción al suscriptor de la misma. Recordemos que lo usual será el establecimiento de esta obligación para el comprador, pero ella no es esencial a la institución. En el evento de que se establezca, ella debe ser pagada normalmente al momento de perfeccionarse el contrato de opción, ello sin perjuicio de algo distinto que estipulen las partes. El premio no constituye un pago parcial o anticipado sobre el activo subyacente, sino que un pago total y completo realizado por el comprador. Dicho de otra forma, al premio no debe tratarse como un anticipo del precio a pagar en el contrato definitivo posterior, sino como un pago no reintegrable al comprador si este decide no hacer ejercicio del derecho de opción. En efecto, podemos decir que es el precio que paga el comprador al vendedor, para que se produzca la adquisición del derecho y su correlativa obligación. El monto de la prima, en consecuencia, dependerá de una serie de factores, tales como la relación entre el precio de mercado del activo subyacente y el precio de ejercicio señalado en el contrato, la fecha de expiración del contrato, etc. Así, este elemento sin lugar a dudas es el principal incentivo que el vendedor o suscriptor tiene para celebrar el contrato de opción, sin perjuicio que lo anterior no es un aspecto esencial en el contrato.

¹³ "Se entenderá como *commodities* a aquellos productos que provengan directa o indirectamente de la agricultura, ganadería, silvicultura, actividades hidrobiológicas, extracción de hidrocarburos y minerales metálicos y no metálicos, o cualquier otra actividad que pueda ser entendida como agropecuaria o de extracción mineral de acuerdo a normas nacionales o extranjeras" (*Norma de Carácter General N° 204*, de 28 de diciembre de 2006, de la Superintendencia de Valores y Seguros).

- v) *El precio de ejercicio*; es el precio al cual se va a comprar o vender el activo subyacente, si el comprador decide ejercer su derecho de opción. Es decir, si estamos en presencia de una opción de compra, el precio de ejercicio corresponde al precio al cual el *comprador* adquirirá el activo subyacente si ejerce su opción y el precio al cual el *vendedor* va a estar obligado a enajenar en el evento anterior. Ahora bien, si estamos en presencia de una opción de venta, lo anterior corresponderá al precio al cual el *comprador* enajenará el activo subyacente y correlativamente el precio al cual el *vendedor* de la opción tendrá que adquirirlo, todo lo anterior en el evento que el titular de la opción de venta decida ejercerla positivamente.
- vi) *Fecha de expiración*; es un elemento esencial de la operación en estudio. Es la época¹⁴ en que la opción podrá ser ejercida por el titular de la misma. Ella podrá ser una fecha específica, caso en el cual el derecho sólo podrá ser ejercido *en dicha fecha*, o bien puede contener un plazo de vencimiento, caso en el cual el titular podrá ejercer el derecho de opción *hasta dicha fecha*. Una vez materializada la fecha determinada en el contrato, se extingue el derecho del titular. Atendiendo a este importante elemento surge una clasificación doctrinaria de las opciones: (i) *europaea* y (ii) *americana*. Estaremos en presencia de la primera cuando la opción se puede ejercer *en la fecha* especificada en el contrato, y nos encontraremos en la segunda situación cuando la opción se puede ejercer *hasta la fecha* determinada en el contrato.¹⁵ La clasificación anteriormente aludida tiene un origen histórico, pues tradicionalmente en Estados Unidos de Norteamérica las opciones sobre acciones se han podido ejercer en cualquier día desde la adquisición del derecho hasta la época fijada en el contrato. En cambio cuando surge el primer mercado organizado en Europa, sus promotores deciden que los contratos de opción negociados en dicho mercado tendrían una única y exclusiva fecha de ejercicio. Sin perjuicio de lo anterior, en la actualidad tanto en el mercado norteamericano como en el europeo se negocian ambos tipos de modalidades de opciones.
- vii) *Otros elementos*; de carácter accesorio, como la forma en que el titular comunicará al emisor su decisión de ejercer el derecho, o bien si se trata de una opción de ejercicio automático que no requiere de tal comunicación. También podrán incorporarse en el contrato cláusulas destinada a proteger las partes de posibles incumplimientos contractuales, tales como garantías, la posibilidad de resolver el contrato, etc.

¹⁴ Entendiendo época como momento o instante.

¹⁵ Así en la *opción europea* el titular de la opción tiene una fecha específica para ejercer su derecho (vgr. el día 31 de marzo de 2008), mientras que en la *opción americana* el titular de la opción puede ejercer su opción hasta una determinada fecha (vgr. desde la celebración del contrato de opción, esto es, desde el día 2 de enero de 2008 hasta la fecha de expiración, esto es, el día 31 de marzo de 2008).

F. Características de la opción como contrato

- i) *Es un contrato*: en general cuando una de las partes concede a la otra la facultad de decidir sobre la celebración de otro contrato, en un momento o en un período determinado. Sería el caso por ejemplo del *leasing* y del contrato de opción sobre activos subyacentes. En efecto, el vendedor otorga al titular o comprador de la opción el derecho a decidir sobre la celebración del contrato definitivo, y en el contrato de opción la voluntad de ambas partes habrá concurrido desde el momento mismo de su celebración. Así el contrato definitivo es independiente del contrato de opción, toda vez que el contrato de opción es un verdadero contrato preparatorio de otro contrato, que normalmente será una compraventa, sin perjuicio de señalar que no existe inconveniente legal en que sea cualquier otro contrato el que en definitiva se celebre.
- ii) *Es un contrato civil o mercantil*: por ejemplo, si en el contrato interviniera un banco comercial y un cliente, la operación será mercantil para el primero y civil o mercantil para el segundo.¹⁶
- iii) *Es consensual*: vale decir que para que nazca a la vida jurídica basta el solo acuerdo de voluntades entre las partes intervinientes, sin que deban cumplirse formalidades propiamente tales o solemnidades.¹⁷ Aquí es importante señalar dos observaciones: (1) en este aspecto encontramos una de las diferencias que tiene esta institución con el contrato de promesa reglamentado en el Código Civil,¹⁸ y que para algunos autores constituiría una promesa unilateral de contrato, opinión que no compartimos, según lo veremos al tratar la naturaleza jurídica de la institución; (2) no obstante ser un contrato consensual, en la práctica se estipulará por escrito como una formalidad de prueba.
- iv) *Es bilateral*: pues lo normal es que ambas partes resulten obligadas en virtud del contrato. En efecto, el titular se encuentra obligado al pago de la prima o premio, y el suscriptor o vendedor se encuentra obligado a vender o comprar el activo subyacente si el comprador ejercita positivamente su opción. Excepcionalmente el contrato podrá ser unilateral cuando no se estipule el pago de una prima para el vendedor, pues en tal

¹⁶ Ver artículo 3° del Código de Comercio.

¹⁷ En el derecho moderno la tendencia general es que se considera que la voluntad, manifestada de cualquier manera que permita conocerla, es apta, por sí sola, para engendrar un acto jurídico; Víctor Vial del Río, *Teoría General del Acto Jurídico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Vol. I, página 150; en igual sentido Enneccerus-Kipp-Wolf, *I Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Editorial Bosch, año 1948, pág. 119.

¹⁸ Ver artículo 1554 del Código Civil.

caso el titular no tendrá obligación alguna, resultando por tanto obligado sólo el suscriptor de la opción.

- v) *Es generalmente oneroso conmutativo*: ello si se estipula el pago de una prima para el vendedor. En efecto, si así sucede, la operación reportará un beneficio para ambas partes y la prima será equivalente al derecho de opción que adquiere el titular. El beneficio para el titular viene dado por la circunstancia de que tiene un derecho de opción incorporado en patrimonio que va a poder ejercitar si económicamente es conveniente. Por lo tanto el beneficio se materializa desde el mismo momento o instante de la celebración del contrato de opción, independiente de si decidirá ejercer su opción.
- vi) *Es preparatorio*: de otro contrato definitivo que se va a celebrar si el titular decide ejercer positivamente su opción. Se debe señalar que el contrato de opción es independiente del contrato definitivo.
- vii) *Es privado*: toda vez que tiene un amplio campo la aplicación de la libertad contractual entre las partes que concurren a su celebración.
- viii) *Es atípico*: toda vez que no se encuentra reglamentado orgánicamente en la ley.¹⁹

¹⁹ La regla general es que los contratos de opción sobre activos subyacentes no se encuentren sujetos a limitaciones, y ello es plenamente justificable atendido a que constituye un principio inspirador de nuestro ordenamiento jurídico el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual. Sin embargo, en ciertos casos y tratándose de determinadas personas/entidades, nuestro legislador estableció limitaciones a esta institución. En efecto, al legislador no le es indiferente que en el contrato de opción intervenga un banco comercial, una administradora de fondos de pensiones, una compañía de seguros y/o reaseguros, un fondo mutuo o bien un fondo de inversión. El legislador junto con la superintendencia respectiva han establecido las condiciones y requisitos que una opción debe cumplir, para que las entidades señaladas puedan ser parte en este contrato. En este sentido las limitaciones se pueden dividir en: a) limitaciones de carácter cambiario y financiero, v.gr. capítulo IX del compendio de cambios internacionales del Banco Central de Chile, que establece las normas relativas a la información de las operaciones con instrumentos derivados; también el capítulo III.D.1 del compendio de normas financieras del Banco Central de Chile; b) limitaciones relativas a inversionistas institucionales, v.gr. los artículos 21 y 22 del DFL 251 y su norma de carácter general N° 200, que establece normas sobre operaciones de cobertura de riesgos financieros, inversión en productos financieros y operaciones de préstamos de acciones efectuadas por compañías de seguros y/o reaseguros; el artículo 13 N° 10 y su norma de carácter general N° 204, que norma la inversión de los fondos mutuos en instrumentos derivados; el artículo 5° de la Ley 18.815 y su norma de carácter general N° 113, que contiene las limitaciones a instrumentos derivados que efectúen los fondos de inversión.

G. Naturaleza Jurídica

- i. ¿Cómo podríamos calificar a la opción? En una primera aproximación, la opción es una especie de acto jurídico unilateral, particularmente una oferta de celebrar un contrato que efectúa el suscriptor al titular de dicha opción. Sin embargo, tal calificación la debemos desechar, toda vez que la oferta no obliga al oferente a celebrar el contrato ofrecido y caduca, entre otras causales, por su muerte, todos aspectos que no concurren en la institución que es objeto de nuestro estudio.
- ii. En nuestra opinión, la figura en estudio constituye un verdadero *contrato*, esto es, una especie de acto jurídico bilateral que consiste en el acuerdo de voluntades entre dos o más partes encaminado a crear derechos y obligaciones sea para una de ellas o para ambas. En efecto, estamos en presencia de un verdadero concierto de voluntades entre el titular y el suscriptor, en virtud del cual el segundo se obliga a celebrar el contrato definitivo en las condiciones señaladas, en el evento de que el primero ejerza su opción en la época de vencimiento y que ha adquirido a virtud del contrato, y obligándose generalmente al pago de una prima o premio.
- iii. Preciado el carácter contractual de la institución, nos corresponde ahora determinar la naturaleza jurídica del contrato, esto es, encuadrarlo dentro de las clases de contratos que se encuentran reglamentados en nuestra legislación o bien si estamos derechamente en presencia de una figura contractual. Sin embargo, nos parece pertinente detenernos en dos aspectos que a nuestro juicio representan mucha importancia y que conviene precisar:
 - (1) La naturaleza jurídica del contrato no va a depender de la denominación que de él hagan las partes, sino que será determinada sobre la base de los hechos que configuran la convención.

No deben confundirse dos procesos que son diferentes: el proceso de interpretación y el de calificación de la convención. Cuando se interpreta el contrato se está determinando el alcance de los efectos del mismo, esto es, de los derechos y obligaciones que este crea. En cambio calificarlo es determinar la naturaleza del mismo encuadrándolo dentro de los contratos que se encuentran reglamentados en la ley o bien dentro de un contrato no reglamentado en ella, todo esto independiente de la denominación que le den las partes (las cosas son lo que son y no lo que se dice que son). Por otra parte, se debe destacar que los procesos de interpretación y calificación del contrato están íntimamente relacionados, pero ello no quiere significar que siempre

concurran ambos. En efecto, puede suceder perfectamente que una convención sea objeto de interpretación, pero no de calificación. Tal sería el caso por ejemplo de que no exista discusión alguna de que estamos en presencia de un contrato de compraventa, pero sí se discute el alcance de una de las cláusulas incorporadas al contrato.

- (2) A la inversa puede suceder que un contrato sea objeto de calificación, pero no de interpretación. Así sucedería por ejemplo cuando está claramente determinada la voluntad común de las partes contratantes, pero no se sabe cuál es el contrato que celebraron.

Así también puede suceder que ambos procesos concurran, pero en tal caso se discute cuál es el proceso que viene primero. Dicho de otra forma, cuando el juez se enfrenta a un contrato, ¿debe primero interpretarlo y luego calificarlo, o hacer el proceso contrario? Al respecto Jorge López Santa María sostiene: *“La diferencia que existe (entre calificar e interpretar) queda, además establecida al comprobarse que siempre la interpretación debe preceder a la calificación. Se discute si el contrato celebrado es uno de los nominados por la ley o si él es atípico. Es inconcuso que una resolución acertada comenzará por investigar cuál fue la voluntad que declararon efectivamente las partes al contratar; se establecerá la voluntad común, para solo después de fijado el alcance del contrato efectuar la calificación correspondiente. ¿Cómo podría el juez calificar de innominado el contrato si no conoce la voluntad de las partes, desde que el texto contractual es de una obscuridad abismante? Solo investigando, en primer lugar, cual fue la voluntad que dio nacimiento al contrato podrá él llegar después a una calificación acertada”*.²⁰ Estamos por esta opinión, concluyendo que frente a un contrato lo primero que se debe hacer es determinar cuál ha sido la voluntad común de las partes contratantes, para luego proceder a calificarlo.

- iv. Efectuamos estas dos observaciones por cuanto se deben tomar en consideración al momento de determinar la naturaleza de esta institución. Nos detenemos en la segunda de ellas, toda vez que afirmamos que antes de entrar a calificar jurídicamente el contrato de opción, debemos primero entrar a conocer cuál ha sido la voluntad común de las partes contratantes, esto es, del suscriptor y del titular, atendido lo dispuesto en el artículo 1560 del Código Civil.

²⁰ López Santa María, Jorge; *Los Contratos, Parte General*, Tomo II, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, página 510, párrafos 2° y 3°.

- v. Ahora bien, ¿y por qué es importante la determinación de la naturaleza jurídica del contrato en estudio? Dos son las razones fundamentales:
- (1) Porque de ello dependerá que se aplique al contrato en estudio toda una reglamentación legal que no puede ser modificada por la voluntad de las partes o bien de carácter supletorio que entre a regular lo que las partes no determinaron al celebrar el contrato. En efecto, si concluimos por ejemplo que la figura en estudio constituye un contrato de compraventa, tendremos que aplicarle ciertas disposiciones legales de carácter supletorio (si este nada dice), e incluso de carácter prohibitivo que no pueden ser alteradas por la voluntad de las partes contratantes, v.gr. el artículo 1796 del Código Civil, que impide celebrar un contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados a perpetuidad y entre el padre o madre y el hijo de familia. Por consiguiente si calificáramos a la opción como un contrato de compraventa, se aplicaría lo referido anteriormente.
 - (2) Porque cuando el juez califica la convención, es una cuestión de derecho a cuyo respecto procede el recurso de casación en el fondo ante nuestro máximo tribunal. Vale decir, una errónea calificación del contrato por parte del juez haría procedente el recurso antedicho y en tal evento, según los casos, las leyes infringidas serían:
 - a. La ley del contrato, consagrada en el artículo 1545 del Código Civil.
 - b. La ley que define el contrato conforme al cual se califica.
 - c. La ley que define el contrato conforme al cual se debería calificar, y
 - d. Las leyes supletorias de la voluntad de las partes, pues si las partes fueron escuetas, cobrará importancia la calificación, pues de ello dependerán las reglas legales aplicables al contrato.
 - e. Generalmente en un contrato de opción sobre activos subyacentes se suele incluir una cláusula en virtud de la cual conoce de los conflictos a que dé lugar la convención un árbitro arbitrador, esto es, un juez que en cuanto al procedimiento y a la forma de su fallo se sujeta a las reglas establecidas por las partes en el acto constitutivo del compromiso o en su defecto por reglas mínimas de procedimiento contempladas en el Código de Procedimiento Civil, y en cuanto al fondo de su sentencia se sujeta a lo que su prudencia y

equidad le dictaren. Si así fuere el caso, entonces sería por cierto improcedente el recurso en cuestión, lo que es bastante lógico, por cuanto la Corte Suprema conoce de infracciones de ley y no de equidad.

En definitiva ¿cuál es la naturaleza jurídica del contrato de opción? Vale decir, debemos encuadrarlo dentro de las figuras contractuales típicas (consagradas y reglamentadas en la ley) o bien dentro de una figura contractual atípica, que es el fruto del principio de autonomía de la voluntad de que gozan las partes, y en particular, de la libertad contractual. Hoy son pocos los autores que se refieren *in extenso* a este tema, por lo que trataremos de hacer un pequeño aporte, pues creemos que determinar la naturaleza jurídica es de suyo importante en el evento de litigios derivados de incumplimientos contractuales. Al respecto dividiremos el trabajo en dos partes:

I. La primera está encaminada a señalar brevemente las opiniones existentes, para luego concluir con nuestro comentario sobre la materia:

- a) *La opción es una compraventa sujeta a condición suspensiva:* porque la institución en estudio está constituida por un solo contrato, y en particular un contrato de compraventa sujeto a condición suspensiva. En efecto, estamos en presencia de esta figura contractual asumiendo el titular el carácter de comprador o vendedor y el suscriptor el carácter de vendedor o comprador (de la opción de compra y de venta respectivamente). El contrato en cuestión estaría sujeto a una condición suspensiva que consistiría en que el titular ejerza su derecho de opción en el período prefijado en el contrato.
- b) *La opción es una especie de contrato de seguro:* Esta postura sostiene que la figura en estudio constituye un contrato de seguro en que el titular asumiría el carácter de asegurado y el suscriptor el carácter de asegurador. El riesgo cubierto equivaldría a una evolución desfavorable del precio del activo subyacente. Por su parte la prima estaría constituida por el premio que paga el titular al suscriptor. Así la indemnización equivaldría al precio de ejercicio que el suscriptor está obligado a aceptar si el titular decide ejercer positivamente su derecho de opción.
- c) *La opción es una especie de contrato preparatorio:* Entendemos por tal aquel contrato mediante el cual las partes estipulan que en el futuro celebrarán otro contrato que por el momento no pueden celebrar o bien que está sujeto a una incertidumbre, siendo dudosa su factibilidad. En esta figura existen dos contratos: (1) el contrato preparatorio que liga a las partes

jurídicamente para la celebración de (2) otra convención independiente que es el contrato definitivo y que las partes no pueden o no quieren celebrar por razones de diferente índole. Lo anterior se encuentra reafirmado por Jorge López Santa María, quien al efecto señala: “*El carácter futuro del contrato definitivo explica o confiere sentido al contrato preparatorio. Como el resultado económico que las partes aspiran a lograr no es susceptible de alcanzarse de inmediato sea por obstáculos legales, financieros o de otra naturaleza, ellas se vinculan jurídicamente desde ya a través de un contrato preparatorio, obligándose a celebrar después el contrato definitivo que satisfará sus obligaciones, una vez subsanado el o los obstáculos actuales*”.²¹ Ahora bien, en doctrina se señalan dos especies típicas de contratos preparatorios: (i) el contrato de promesa regulado en el artículo 1554 del Código Civil, y (ii) el contrato de opción del derecho común, que es una figura atípica.²² En relación a lo anterior, parte de la doctrina señala que el contrato de opción es una especie de contrato de promesa unilateral, pero creemos que son figuras diferentes que no deben confundirse. Sin embargo, si bien es cierto esta doctrina está de acuerdo con que el instrumento derivado en análisis constituye un contrato preparatorio, se dividen al momento de determinar a qué contrato preparatorio nos estamos refiriendo. Así surgen dos posiciones: a) una primera que sostiene que es una **especie de contrato de promesa unilateral**: El contrato de promesa es una especie de contrato preparatorio que se encuentra reglamentado en el artículo 1554 del Código Civil, y que consiste en aquella convención en virtud de la cual las partes, sea una de ellas o ambas, se obligan a la celebración de un contrato determinado en cierto plazo o en el evento de cierta condición, que no pueden o no quieren celebrar en el presente por diferentes razones. Es decir, la obligación que genera el contrato de promesa es una obligación de hacer que puede pesar sobre una de las partes, caso en el cual estamos en presencia de un contrato de promesa unilateral, o bien sobre ambas, caso en el cual la promesa asume el carácter de bilateral. Esta doctrina califica al contrato de opción como una especie de contrato de promesa unilateral en virtud de la cual sólo resulta obligado a suscribir el contrato definitivo el suscriptor, no así el titular, quien adquiere el derecho personal o crédito para exigir el cumplimiento de la obligación de hacer, vale decir, el derecho a exigir la celebración del contrato definitivo; b) y la segunda posición sostiene que es una **especie de contrato de opción del derecho común**:²³ En efecto, contrato de opción a que se refieren los autores del derecho común consiste en aquella convención

²¹ López Santa María, Jorge; *Los Contratos, Parte General*, Tomo I, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, página 160.

²² López Santa María, Jorge; ob. cit., página 162.

²³ Engler Palma, María Cecilia. *Mecanismos jurídicos de administración de riesgos*; ob. cit., página 63.

no reglamentada en la ley (fruto de la libertad contractual), en virtud de la cual una parte se obliga para con otra a otorgarle una determinada prestación, quedándole a esta la facultad de aceptarla o rechazarla. En esta figura intervienen dos partes. El optatario, que otorga al optante la facultad de decidir si acepta o no el contrato, y este último. Al igual que en el contrato de promesa, deben especificarse los elementos esenciales del contrato definitivo que se va a celebrar en el futuro.²⁴

- d) Sin perjuicio de lo anterior, podemos señalar que la institución, esto es, la opción, constituye una **especie de contrato preparatorio** y dentro de estos una **especie de contrato de opción del derecho común**. En efecto, no estamos en presencia de las otras figuras contractuales referidas:
- i. La opción *no* puede ser considerada como un **contrato de compraventa sujeto a condición suspensiva**, ello en atención a los siguientes fundamentos:
1. El contrato de compraventa, de acuerdo al artículo 1793 del Código Civil, es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero...". Constituyen elementos esenciales (aquellos sin los cuales el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro distinto de conformidad con el artículo 1444 del Código Civil) del contrato en cuestión el precio y la cosa vendida. En el contrato de opción no se dan estos supuestos. En efecto, el *titular* adquiere el derecho, pero no la obligación de celebrar el contrato definitivo, y el *suscriptor* adquiere la obligación de concurrir a su celebración si el primero ejercita positivamente su opción. Es decir, en el contrato en cuestión estamos en presencia de una obligación de hacer (y no de una obligación de dar), cuyo deudor es el suscriptor y cuyo acreedor es el titular. De lo anterior debemos concluir que la figura en cuestión constituye un contrato unilateral, salvo que se pacte el pago de una prima a favor del suscriptor, caso en el cual el contrato asumirá el carácter de bilateral. Sin embargo, como señalábamos anteriormente, la prima no constituye una obligación esencial del contrato de opción, por lo que este podría perfectamente asumir el carácter de unilateral, cuestión que jamás sucedería en el contrato de compraventa.

²⁴ Munita Luco, Diego; *El contrato de opción, contrato preparatorio general de formación directa del definitivo*; Seminario de titulación para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Concepción, 1998, página 28.

2. No siempre el contrato que se prepara va a ser una compraventa. Así sucedería por ejemplo en el caso de la opción sobre tasas de interés, en que estaría constituido por un mutuo, o bien en el caso de las opciones compuestas, en que sería otro contrato de opción.
 3. La prima que se paga generalmente al suscriptor en virtud del contrato de opción no constituye un anticipo del pago del precio del contrato definitivo, por lo que surge no en virtud del contrato de compraventa, sino que en virtud de una figura independiente como lo es el contrato de opción.
 4. Se admite la posibilidad de que el contrato de opción prepare otro contrato de opción. Si aceptáramos la calidad de compraventa del contrato en estudio, entonces nos encontraríamos con dos contratos de compraventa que se encontrarían superpuestos.
 5. Calificar el contrato de opción como un contrato de compraventa haría aplicable una serie de prohibiciones legales que entrarían el tráfico de los negocios (v.gr. el artículo 1796 del Código Civil).
- ii. La opción *no* puede ser considerada como un **contrato de seguro**, ello en atención a los siguientes fundamentos:
1. Si bien es cierto ambos contratos perseguirían una finalidad similar, que sería cubrirse del riesgo que significa una evolución desfavorable de los precios del activo subyacente para el titular, no es menos cierto que en el contrato de seguro si ocurre el siniestro, esto es, si hay una evolución desfavorable de precios, el asegurador debería pagar la indemnización correspondiente, cuestión que no necesariamente sucedería en el contrato de opción, por cuanto no obstante que se produzca esta evolución, el titular podría perfectamente decidir ejercer su derecho de opción y concurrir a la celebración del contrato definitivo, y a la inversa, no obstante que existiera una evolución favorable de precios del activo subyacente, el titular podría perfectamente decidir no ejercitar su derecho de opción.
 2. Constituye un elemento esencial del contrato de seguro el interés asegurable. Si calificáramos a la opción como un contrato de seguro, dejaríamos fuera del mercado de las opciones a aquellas personas que buscan con la operación utilidades en el corto plazo (v.gr. operaciones comerciales de arbitrajes) y a los especuladores que buscan beneficios en base a tendencias del mercado, por las que apuestan. Sólo podrían celebrar contratos de opción aquellas

personas que pretenden con la operación cubrirse del riesgo que significa las fluctuaciones de los precios del activo subyacente.

iii. La opción *no* puede ser considerada como un **contrato de promesa unilateral**, ello en atención a los siguientes argumentos:

1. Normalmente en el contrato de opción se establece en beneficio del suscriptor el pago de una prima o premio. En este caso el contrato asume el carácter de bilateral, por cuanto tanto el suscriptor como el titular resultarían obligados en virtud del contrato. El primero se obliga a la celebración del contrato definitivo si se ejerce la opción, y el segundo al pago de la prima. Se podría sostener que en este caso estaríamos en presencia de un contrato de promesa bilateral, cuestión que no resiste mayor análisis, puesto que en el contrato de opción el único que resulta obligado a celebrar el contrato definitivo es el suscriptor y jamás el titular, quien adquiere el derecho a que ello ocurra, pero jamás la obligación. El carácter bilateral de la promesa en cambio viene dado por la circunstancia de que ambas partes resulten obligadas a la celebración del contrato definitivo, cuestión que jamás sucederá en el contrato de opción, ya que la esencia de este es que el titular adquiera el derecho a suscribirlo, pero no la obligación.
2. Calificar el contrato de opción como un contrato de promesa unilateral entraría enormemente la fluidez de los negocios, pues el contrato de opción caería dentro de la órbita de la presunción de invalidez que consagra el artículo 1554 del Código Civil, conforme a la cual el contrato de promesa no tiene valor alguno, salvo que se acredite la concurrencia de todos los requisitos señalados en los numerandos de dicha disposición. Así por ejemplo el contrato de opción asumiría el carácter de solemne a la luz de lo dispuesto en el N° 1, que exige que la promesa debe constar por escrito.
3. Si aceptáramos que la opción fuere una promesa unilateral, sería discutible la posibilidad de que la figura contractual en estudio pudiese tener lugar respecto de contratos consensuales, a la luz de la exigencia del N° 4 del artículo 1554 del Código Civil.²⁵
4. Para algunos autores, el artículo 1554 del Código Civil no trata del contrato de promesa, sino que de promesa a secas, lo que ha lleva-

²⁵ Véase discusión al efecto en Abeliuk Manasevich, René; *El Contrato de Promesa*, Editorial Ediar Ltda.. 1983, página 28, párrafo 3°, y página 29, párrafo 1°.

do a sostener que toda convención que no se encuentre legislada especialmente en otro texto legal, y que establezca la obligación de otorgar un contrato en el futuro, cae dentro del ámbito de aplicación del artículo 1554, so pena de nulidad. Creemos sin embargo que ello es una postura altamente inconveniente que atenta contra el principio de la autonomía de la voluntad, y en particular de la libertad contractual consagrada en el artículo 1545 del Código Civil, y conforme al cual las partes son soberanas para celebrar cualquier tipo de contrato e incluir las cláusulas que deseen, encontrando como única limitación el orden público, las buenas costumbres y la ley; pero esta última bien entendida, y no como el fruto de interpretaciones antojadizas que pueden entorpecer la práctica de los negocios en general y restringir la libertad de las personas, tan preciada en nuestros tiempos.

5. Reconociendo que la mayoría de los autores están por una opinión contraria, se ha discutido mucho en doctrina la posibilidad de que nuestro ordenamiento jurídico permita la celebración de promesas unilaterales de celebración de contratos bilaterales.²⁶ Esto hace que uno de los casos más frecuentes de aplicación de la institución en estudio podría ponerse en duda, esto es, la opción *call* y la opción *put*, que son contratos preparatorios de celebración de un contrato de compraventa, vale decir, de un contrato bilateral.

II) Por todo lo señalado anteriormente es que sostenemos que la figura en estudio constituye un ***contrato preparatorio de opción del derecho común de celebración de otro contrato definitivo***. En efecto, estamos en presencia de dos contratos:

- (a) ***un contrato efectivo***: que es el contrato de opción, en virtud del cual una de las partes que es el titular adquiere el derecho pero no la obligación de celebrar un contrato definitivo sobre un activo subyacente a un precio de ejercicio determinado, obligándose la otra, que toma el nombre de suscriptor, a concurrir a su celebración en esas condiciones, si el primero ejercita su crédito dentro de la época de vencimiento, todo ello a cambio generalmente del pago de una prima. Por lo tanto son dos las partes que concurren a su celebración: El titular, que es el acreedor de una obligación de hacer, y el suscriptor, que es el deudor de la misma obligación, la cual está sujeta a una condición suspensiva que depende de la voluntad del acreedor. Tal obligación consiste en la celebración del contrato definitivo.

²⁶ Véase discusión al efecto en Abeliuk Manasevich, René; op.cit., páginas 32 a 35.

Aquí nos detenemos, toda vez que el contrato preparatorio de opción es para parte de la doctrina de dudosa validez, por cuanto vulneraría la norma del artículo 1478 del Código Civil, que sanciona con la nulidad aquella obligación sujeta a una condición que depende de la sola voluntad del deudor, lo que sucedería en el contrato en cuestión. Al respecto cabe destacar que para evitar lo anterior, es común que en los contratos de opción se incorpore una cláusula en virtud de la cual las partes reconocen que en nuestro derecho chileno existen doctrinas que niegan validez a los contratos de opción, y que ellas (las partes) concurren libremente a manifestar que aceptan plenamente su validez. Sin desmerecer que los asesores jurídicos puedan tener muy buenas intenciones al redactar cláusulas de este tipo, ellas adolecerían, no obstante lo señalado, de objeto ilícito si se considera que el contrato vulnera la norma del artículo 1478 del Código Civil. Ello en atención a que esta última disposición constituye una norma de carácter prohibitivo (norma de derecho privado, pero de orden público) que no puede ser alterada por la libre voluntad de las partes contratantes, por lo que tal cláusula infringiría una ley prohibitiva, sancionable con la nulidad absoluta por adolecer de objeto ilícito, todo ello de conformidad al artículo 1478, los artículos 1466 parte final, 1681 y siguientes, todos ellos del Código Civil. De la misma forma se podría discutir la validez de las cláusulas en que se designa un árbitro arbitrador para que conozca de los conflictos a que dé lugar la convención, toda vez que por esta vía los privados podrían derogar eventualmente una norma de orden público, lo cual repugna a nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, nuestra opinión es que los contratos de opción no vulneran la norma del artículo 1478 de Código Civil, ello en atención a tres razones fundamentales: (1) en el contrato de opción estamos en presencia de una obligación sujeta a una condición que depende de la voluntad del acreedor y no del deudor y quien tiene la obligación de hacer es el suscriptor. El titular tiene el derecho o crédito a exigir el cumplimiento de tal obligación, y la condición consiste precisamente en que el acreedor ejercite su derecho de opción; (2) existen diversas legislaciones especiales que consagran la posibilidad de celebrar perfectamente contratos de opción. Así sucede por ejemplo con el artículo 3° de la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores, que permite opciones a la compra y venta de acciones; el artículo 25 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, que permite las opciones para suscribir acciones de aumento de capital de la sociedad; el capítulo IX del compendio de cambios internacionales del Banco Central de Chile, que establece las normas relativas a la información de las operaciones con instrumentos derivados; el capítulo III.D.1 del compendio de normas financieras del Banco Central de Chile; los artículos 21 y 22 del DFL 251 y su norma de carácter general N° 200, que

establece normas sobre operaciones de cobertura de riesgos financieros, inversión en productos financieros y operaciones de préstamos de acciones efectuadas por compañías de seguros y/o reaseguros; el artículo 13 N° 10 y su norma de carácter general N° 204, que norma la inversión de los fondos mutuos en instrumentos derivados; el artículo 5° de la Ley 18.815 y su norma de carácter general N° 113, que contiene las limitaciones a instrumentos derivados que efectúen los fondos de inversión; el Código de Minería, que en su artículo 169 inciso primero señala que: *“Será válido el contrato de promesa de venta de una concesión minera o de una cuota o de una parte material de ella, de acciones de sociedades regidas por este Código, y en general de cualquier otro derecho regulado especialmente en el mismo Código, aunque se estipule que es facultativo para el promitente comprador celebrar la compraventa o no hacerlo”*. En este último caso, no estamos en presencia de un contrato de promesa, sino que de un contrato de opción que el mismo legislador legitima. Creemos que las normas de nuestro ordenamiento jurídico deben ser interpretadas armónicamente, según se desprende del artículo 22 del Código Civil. Por consiguiente la norma del artículo 1478 no debe ser interpretada en forma aislada, sino que en conjunto con otras normas legales. Aplicando lo anterior concluimos que mal puede el legislador no aceptar la validez de los contratos de opción si en otras normas legales está reconociendo plenamente su validez.

Por último, otro argumento para sostener la validez de los contratos de opción es que constituye un principio inspirador de nuestro ordenamiento jurídico el principio de la autonomía de la voluntad y el de la libertad contractual, conforme al cual las partes son libres de celebrar cualquier tipo de convención y de fijar su contenido, con tal que se respete la ley, las buenas costumbres y el orden público. Siendo concluyente la posibilidad real y cierta de celebrar los referidos contratos de opción, máxime si agregamos los argumentos anteriormente descritos.

- (b) y un **contrato potencial**: que es el contrato definitivo que recae sobre el activo subyacente, y que nacerá del acuerdo de voluntades entre el *suscriptor* y el *titular*. El primero deberá prestar su voluntad en cumplimiento de la obligación de hacer derivada del contrato preparatorio de opción que estaba sujeta a la condición del acreedor de ejercitar su facultad contractual, y el segundo la prestará si decide ejercer positivamente su derecho. Sólo desde este momento surgirán las obligaciones propias del contrato definitivo.

Ley de sociedades y cooperativas de garantía recíproca

Maria Fernanda Juppet E.

Profesora Auxiliar de Derecho Económico

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Profesora de Derecho Económico

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Las sociedades de garantía recíproca son definidas por el profesor Iturrioz como “empresas que asocian a empresarios con el fin de garantizar (generalmente avalar) las operaciones de tráfico de sus socios”.¹ De tal manera que se han establecido por medio del derecho comparado como entidades facilitadoras del crédito para sus beneficiarios por medio de la obtención de mejores condiciones financieras.

El día diez de mayo del año 2007 se promulgó en nuestro país la Ley N° 20.179, que “Establece un Marco Legal para la Constitución y Operación de Sociedades de Garantía Recíproca”. Este nuevo tipo de sociedades, al menos para nuestro país, es propuesto en razón de la agenda “pro PYME”, como una nueva forma de acceso al financiamiento de dichas formas de empresa. Asimismo, ha gozado de vasta aplicación en Europa y en el resto de América Latina durante las últimas dos décadas.² El modelo chileno establece algunas particularidades interesantes, como por ejemplo, que las personas jurídicas en estudio pueden revestir dos tipos sociales distintos. Pueden constituirse como sociedad anónima o cooperativa, con dos importantes limitaciones: En primer lugar, deben indicar en su razón social, el tratarse de una “sociedad anónima o cooperativa de garantía recíproca”, o individualizarse mediante la sigla “S.A.G.R”, o “C.G.R”, en su caso. En segundo lugar, deben constituirse como sociedades especiales, dado que el objeto de la sociedad es exclusivo, el cual consiste en el afianzamiento de sus socios respecto de terceros, caucionando las obligaciones por ellos contraídas, siempre que dichas cauciones sean

¹ Iturrioz del Campo, Javier; “Las sociedades de garantía recíproca como empresas de participación”. Revista CIRIEC – España, N° 38, agosto 2001, página 135.

² Iturrioz del Campo, Javier; “Las sociedades de garantía recíproca como empresas de participación”. Revista CIRIEC – España, N° 38, agosto 2001, página 135.

constituidas para el desarrollo de sus actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales.³

De acuerdo a lo dispuesto en la ley N° 20.179, no se establece limitación alguna respecto de quienes se encuentran autorizados por ella para constituir estas sociedades, como asimismo de quienes podrán ser beneficiados por medio de su actividad económica. El derecho venezolano, en cambio, limita tanto la calidad de accionista como de socio beneficiario, al ordenar que: "El Sistema Nacional de Garantías Recíprocas para la Pequeña y Mediana Empresa, estará integrado por los fondos nacionales de garantías recíprocas, y las sociedades de garantías recíprocas, nacionales o regionales; además, contará con la participación de los gremios y entes asociativos empresariales y las agrupaciones de trabajadores. Sólo las pequeñas y medianas empresas podrán ser socios beneficiarios; los restantes serán socios de apoyo".⁴

La doctrina comparada ha clasificado el objeto de estas sociedades en dos áreas principales de afianzamiento, las cuales fueron recogidas en términos similares en nuestra legislación. En primer lugar, podemos observar un afianzamiento financiero, y en segundo lugar un afianzamiento técnico.

Por afianzamiento financiero podemos entender: "El contrato oneroso, por medio del cual una persona jurídica especial, constituida con la mera finalidad de constituir contratos de fianza a favor de sus accionistas o socios beneficiarios, ejerce su actividad económica mediante la emisión de un Certificado de Fianza para garantizar operaciones financieras concretas suscritas entre un tercero ajeno a la sociedad y el accionistas o socios beneficiarios afianzados".

Es importante recalcar que, como fuera indicado por la Comisión Técnica de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, se puede distinguir entre accionistas de la sociedad y socios beneficiarios. Los primeros son aquellos que se han hecho dueños, de acuerdo a las formas establecidas por la ley, de acciones de una sociedad de garantía recíproca. Y los segundos son personas naturales o jurídicas que no revisten la calidad de accionistas de la sociedad, más, que en todo caso, pueden ser caucionadas por la sociedad". Para que sea posible la existencia de los socios beneficiarios, es necesario que los estatutos de la sociedad de garantía recíproca consignent expresamente

³ Artículo 3°, Ley N° 20.179, que Establece un Marco Legal para la Constitución y Operación de Sociedades de Garantía Recíproca: "...consiste en el otorgamiento de garantías personales a los acreedores de sus beneficiarios, con la finalidad de caucionar obligaciones que ellos contraigan, relacionadas con sus actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales".

⁴ Decreto con rango y fuerza de ley que regula el sistema nacional de garantías recíprocas para la pequeña y mediana empresa, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, el día 8 de noviembre del año 1999.

esta posibilidad. En el caso de las cooperativas de garantía recíproca, para suscribir contratos de fianza con socios beneficiarios, éstas deberán contener en sus estatutos la posibilidad de realizar operaciones con terceros no socios. Asimismo, podrá regularse en los estatutos la posibilidad de que dichos terceros adquieran la calidad de beneficiarios de la cooperativa.

Además, debemos considerar que respecto de este tipo de afianzamiento la ley en comento establece que el giro exclusivo de las sociedades de garantía recíproca consistirá en el otorgamiento de garantías personales a los acreedores de sus beneficiarios, con la finalidad de caucionar obligaciones que ellos contraigan, relacionadas con sus actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales. Con todo, la emisión del certificado de fianza por parte de las sociedades de garantía recíproca se encuentra sujeta a una importante limitación, la obligación afianzada por la entidad deberá ser directamente destinada al ejercicio de la actividad empresarial, productiva, profesional o comercial del accionista o socio beneficiario, excluyendo de esta manera el afianzamiento de obligaciones personales del accionista o beneficiario.

En segundo lugar, podemos observar, especialmente en el derecho español, los afianzamientos técnicos, entendiéndolos por tales "los que están destinados a garantizar el cumplimiento de obligaciones, fundamentalmente ante la Administración y ante clientes".⁵ Es decir, la sociedad de garantía recíproca presta asesoría técnica a sus beneficiarios, para de esta manera acreditar la factibilidad real de cumplimiento de obligaciones contractuales por dicho beneficiario estudiado. Como fuera indicado por la Comisión de PYMES de la Cámara de Diputados: "debe tenerse presente que las empresas no sólo otorgan garantías a las instituciones de crédito que les confieren los recursos financieros necesarios para sus inversiones o para cubrir su capital de trabajo, sino que muchas veces deben también garantizar el fiel cumplimiento de los contratos que suscriben en el marco de sus actividades, garantizar la seriedad de sus ofertas y, en general, garantizar el cumplimiento de cualquier obligación vinculada al desarrollo de su giro. Como resulta evidente, frente a tantos requerimientos, o suelen carecer de nuevos bienes sobre los cuales constituir esas cauciones, o si los tienen, deben asumir los elevados costos a que se ha hecho referencia precedentemente."⁶

⁵ De la Fuente Cabrero, Concepción; "Sociedades de garantía recíproca: entidades financieras en el sistema financiero español"; Universidad Europea - CEES, Departamento de empresa, documentos de trabajo, 1/02, Madrid, abril 2002, página 10.

⁶ Informe emitido por la Comisión de PYMES de la Cámara de Diputados chilena, correspondiente a las sesiones de los días 6 y 20 de octubre; 3 y 10 de noviembre y 1° de diciembre de 2004; 5 y 19 de enero; 9 de marzo; 4 de mayo; 15 de junio y 6 y 13 de julio de 2005, página 3.

Éste tipo de entidades, tanto las sociedades como las cooperativas, se encuentran directamente orientadas hacia la pequeña y mediana empresa, pero también pueden apoyar a personas naturales que se dedican a la explotación de una actividad económica, por medio de su afiliación a una de estas cooperativas, siendo el principal objetivo de estos tipos societarios el permitir el acceso "a los créditos a las PYME, incluidas las microempresas y los trabajadores por cuenta propia, que no pueden hacer valer garantías suficientes."⁷

De acuerdo a lo expuesto en la exposición de motivos de la Ley española 1/1994, de 11 de marzo, "sobre el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca": "Conceder avales que permitan a la PYME acceder a la financiación bancaria, sin precisar por ello afectar a garantías todos sus recursos. Facilitar el acceso de las empresas avaladas a líneas de financiación privilegiada y obtener mejores condiciones en sus créditos que las que conseguirían por sí solas en el mercado".⁸

Con todo, ésta no es la única finalidad que, tanto en el derecho chileno como en el comparado se ha entregado a estas instituciones. Al igual que en el derecho español, la creación de este tipo de sociedades tiene una doble finalidad:

a. Conceder avales que permiten a la PYME acceder a la financiación bancaria, sin precisar por ello afectar a garantías todos sus recursos propios. Con todo, existe el riesgo de que este tipo de actividades económicas sea desarrollado por los mismos bancos por medio de sus sociedades filiales, y en tal caso, los beneficiarios podrían terminar como clientes cautivos de una determinada entidad bancaria, dada la inexistencia de los socios protectores en nuestra legislación, y de tal manera, será importante revisar la aplicación práctica de esta normativa en relación con las normas del derecho al consumidor, especialmente con la entrega de información oportuna y veraz a los usuarios, especialmente teniendo en consideración que, como se verá a continuación, las condiciones generales tanto del certificado de fianza deben encontrarse contenidas en los estatutos de la entidad.

b. Facilitar el acceso de las empresas avaladas a líneas de financiación privilegiadas y obtener mejores condiciones en sus créditos que las que conseguirían por sí solas en el mercado.⁹

⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "capacidad de las PYME y de las empresas de economía social a los cambios impuestos por el dinamismo económico", 20.05.2005, página C120/13

⁸ Ley española 1/1994, de 11 de marzo, "sobre el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca", página 8172

⁹ De la Fuente Cabrero, Concepción; "Sociedades de garantía recíproca: entidades financieras en el sistema financiero español"; Universidad Europea-CEES, Departamento de empresa, documentos de trabajo, 1/02, Madrid, abril 2002, página 8.

Dado que al obtener acceso a un mejor deudor accesorio las posibilidades de crédito normalmente restringidas a las PYME se abren considerablemente, en el mismo sentido, podemos agregar que al desarrollar como parte de su giro el afianzamiento regular de sus beneficiarios, dado el volumen de transacciones financieras a desarrollar por estas empresas, es posible adelantar que contarán con bajos costos de transacción, producidos por la aplicación de economías a escala, dado que a fin de asegurar el mayor número de transacciones con estas entidades, los bancos se verán en la obligación de proponer condiciones competitivas a las sociedades y cooperativas de garantía recíproca.

Además, es interesante considerar que la solvencia de las sociedades de garantía recíproca se encuentra garantizada por medio de la obligación legal de constituir un fondo de reserva patrimonial con cargo a los resultados de su operación, de un valor equivalente, al menos, al 20% del capital, que tendrá como única finalidad absorber las pérdidas futuras que sean generadas por el ejercicio de las operaciones propias del giro. En todo caso, es posible repartir dividendos a los accionistas de la sociedad, sólo en el caso de que la reserva patrimonial corresponda a una suma igual o superior al veinte por ciento del capital pagado.

Por su parte, las entidades financieras se ven también beneficiadas por la operación en el mercado de este tipo de entidades, por las siguientes razones:¹⁰

1. Se reduce el riesgo del contrato de mutuo suscrito con el beneficiario, dado que la Sociedad de Garantía Recíproca es un aval líquido, con solvencia acreditada al momento de su constitución.
2. Se reducen los costos en que deben incurrir los bancos, especialmente aquellos que dicen razón con la captación, seguimiento y estudio de las operaciones financieras, dado que cada beneficiario deberá ser previamente estudiado por la Sociedad de Garantía Recíproca, y sólo bastará la revisión de la solvencia de dicha sociedad, de la que el banco muy probablemente tendrá una información acabada y actualizada, en razón del número de operaciones similares que esta realiza, operando respecto de estos costos además la ley de economías a escala
3. Se baja considerablemente tanto el costo de morosidad, como el número de obligaciones impagas, dado que la Sociedad de Garantía recíproca se en-

¹⁰ De la Fuente Cabrero, Concepción; "Sociedades de garantía recíproca: entidades financieras en el sistema financiero español"; Universidad Europea – CEES, Departamento de empresa, documentos de trabajo, 1/02. Madrid, abril 2002, página 9.

contrará en la obligación de responder por el crédito al momento de la mora del beneficiario.

4. Asimismo, bajan los gastos administrativos y judiciales destinados a obtener el pago de los deudores morosos, dado que todos estos costos son tercerizados por la entidad bancaria, dado que será la sociedad de garantía recíproca quien deba ejecutar judicialmente al beneficiario incumplidor.

Llama nuestra atención que si bien es cierto que esta ley se encuentra principalmente enfocada al crecimiento de las medianas y pequeñas empresas, no encontramos en ella ningún elemento que nos permita determinar a qué empresas se encuentra enfocada; la ley española, por su parte, limita la aplicación de esta normativa a las pequeñas y medianas empresas, entendiéndose por tales “aquellas cuyo número de trabajadores no exceda de doscientos cincuenta”, de tal manera que nos permite determinar claramente a quienes se encuentra enfocada esta normativa; la ley chilena, en cambio, puede ser aprovechada por las grandes empresas indistintamente a las PYMES.

El giro de estas organizaciones es desarrollado mediante la reiterada aportación de sus beneficiarios, montos que constituirán un fondo que podrá ser aplicado para dos fines distintos. En primer lugar, para responder en caso de no pago del beneficiario de una deuda afianzada por la sociedad de garantía recíproca. Y, en segundo lugar, la repartición de dividendos entre aquellos beneficiarios que no se encuentren en mora, en el caso de que la utilidad del período supere el 20% del capital de la entidad.¹¹

Es interesante estudiar que en el caso de las sociedades de garantía recíproca chilenas sólo se considera la existencia de un tipo de socios, los cuales son beneficiarios de la actividad de la sociedad, y son definidos en el artículo 2° de la ley como “Las personas naturales o jurídicas que de conformidad al estatuto de la Institución pueden optar a ser afianzados por ésta para caucionar sus obligaciones, de acuerdo con las normas de la presente ley”.¹² Las sociedades de garantía recíproca españolas, en cambio, contemplan la existencia de tres tipos de socios.¹³

¹¹ Las sociedades de garantía recíproca están sujetas a la obligación de constituir un fondo irrepartible, con cargo a las utilidades del período, inferiores o equivalentes a un 20% del capital de la sociedad, destinado a asumir el riesgo del giro.

¹² Artículo 2°, letra a, Ley N° 20.179, que Establece un Marco Legal para la Constitución y Operación de Sociedades de Garantía Recíproca.

¹³ Iturrioz del Campo, Javier; “Las sociedades de garantía recíproca como empresas de participación”. Revista CIRIEC - España, N° 38, agosto 2001, página 139.

a. **Socios partícipes:** dentro de los cuales podemos encontrar a los titulares de las empresas que obtienen afianzamiento por parte de la entidad para el desarrollo de su giro económico.

b. **Socios protectores:** Este tipo de socios se consideran en el derecho comparado para que aporten capital a las sociedades de garantía recíproca, inmovilizando parte de su capital en estas organizaciones, asumiendo las pérdidas provocadas por los beneficiarios que no cumplen con sus obligaciones. “Los beneficios directos que obtienen los socios protectores son que los aportes al capital social y al fondo de riesgo son deducibles de las utilidades imponibles para la determinación del impuesto a las ganancias en sus respectivas actividades”.¹⁴ De tal manera que a este tipo de socios se les prohíbe el solicitar la garantía de las sociedades de garantía recíproca, incluso pueden ser entidades de derecho público, los cuales en todo caso, pueden tener un voto limitado por los estatutos.

Estos tipos de socios son conocidos en el derecho venezolano como “socios de apoyo”, los cuales reúnen a las entidades financieras y a los entes públicos nacionales, regionales y municipales. Los cuales participan del Sistema Nacional de Garantías Recíprocas con la finalidad de mejorar las condiciones de financiamiento de las PYMES, contribuyendo mediante su participación al desarrollo, estabilidad y seguridad del sistema financiero nacional.

Respecto de este punto el sistema venezolano se diferencia del chileno en dos aspectos principales, en primer lugar considera la existencia de socios de apoyo, y en segundo lugar impide el ingreso de las grandes empresas al negocio de las garantías recíprocas, impidiendo tanto su entrada en calidad de accionistas como de socios beneficiarios, marginándolos absolutamente del Sistema Nacional de Sociedades de Garantía Recíproca.¹⁵

En el caso de Chile, si bien es cierto no se considera la posibilidad de socios protectores que aporten capital a la sociedad, se abre la posibilidad para la utilización de recursos públicos, especialmente a aquellos que dispongan de recursos destinados al fomento y financiamiento de micro y pequeñas empresas, para que proporcionen recursos a las instituciones de garantía recíproca, mediante el otorgamiento de créditos cuyo reembolso podrá quedar subordinado a la verificación o cumplimiento de alguna condición determinada. En este

¹⁴ Rassiga, Fernando, y Reineri, Nestor: “Sociedades de garantía recíproca en Argentina: ¿Organizaciones para el desarrollo de las PYMES o de las grandes empresas?”; Secretaría de la pequeña y mediana empresa, Ministerio de Economía, Argentina, página 2.

¹⁵ Decreto con rango y fuerza de ley que regula el sistema nacional de garantías recíprocas para la pequeña y mediana empresa, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, el día 8 de noviembre del año 1999.

caso, las sociedades y cooperativas de garantía recíproca serán homologadas a las instituciones financieras.

Con todo, los fondos públicos aportados por las organizaciones estatales para estos efectos serán destinados al afianzamiento de las operaciones que las sociedades de garantía recíproca afiancen a su vez, constituyendo patrimonios independientes del de la institución respectiva. En todo caso, los fondos de garantía contra cuyos recursos la institución hubiere otorgado reafianzamientos, cofianzas o subfianzas por cuenta de estos fondos, seguirán el régimen jurídico que la presente ley ha establecido para las contragarantías que rindan los beneficiarios.

Para afianzar las obligaciones de sus socios, la cooperativa de garantía recíproca emitirá en forma material o inmaterial uno o más "certificados de fianza" a favor del acreedor del socio afianzado por la entidad. Podemos entender por certificado de fianza, en palabras de la ley, "el otorgado por la institución mediante el cual se constituye en fiadora de obligaciones de un beneficiario para con un acreedor".¹⁶ En el caso de que el certificado de fianza sea emitido por medios inmateriales, este certificado deberá ser depositado en un depósito central de valores autorizado por la Ley N° 18.876, o en una institución financiera autorizada para ejecutar este tipo de comisiones.

Los certificados de fianza emitidos por las sociedades de garantía recíproca deberán contener la individualización completa de la entidad que los emite, del afianzado y del acreedor principal, asimismo, cada una de las obligaciones afianzadas. Dichas obligaciones podrán corresponder a un monto determinado o determinable, a obligaciones presentes o futuras. Con todo, en el caso del afianzamiento de obligaciones futuras, éstas deberán ser determinadas singularmente en el certificado de fianza respectivo.

Asimismo, se permite al deudor beneficiario que encargue la administración del certificado de fianza a un tercero, quien deberá contar con la calidad de entidad especializada. Dicho tercero administrador se encontrará facultado por el afianzado para dividir mediante operaciones materiales o electrónicas:

1. El monto afianzado entre distintas obligaciones;
2. La fianza entre uno o más acreedores.

De tal manera que las sociedades de garantía recíproca afianzan las obligaciones contraídas por sus beneficiarios por medio del pago de una determinada cuota

¹⁶ Artículo 2°, letra b, Ley N° 20.179, que Establece un Marco Legal para la Constitución y Operación de Sociedades de Garantía Recíproca.

fijada en los estatutos de dicha sociedad, respondiendo en caso de incumplimiento del beneficiario afianzado. Dicho certificado de fianza debe contener las siguientes menciones obligatorias:

a. La individualización de los bienes, cauciones y derechos que el beneficiario entregue para garantizar a la entidad las fianzas que ésta, a su vez, le proporcione por sus respectivas obligaciones: esta individualización de bienes es denominada contragarantía, entendiéndose por ésta: “las cauciones entregadas por los beneficiarios a la Institución como respaldo del cumplimiento de las obligaciones que, a su vez, ésta se obligue a garantizar o que les hubiese garantizado frente a terceros acreedores”.

De tal manera que si bien el beneficiario paga por el servicio de afianzamiento, de todas formas se encuentra obligado a aportar una cuota a modo de pago por dicho servicio. De tal manera, que el artículo 5° de la ley en comento, al indicar como mención obligatoria de sus estatutos: la relación máxima entre el capital social que aporte cada accionista beneficiario y el importe máximo de las deudas cuya garantía éste solicite de la sociedad, con cargo a sus acciones, modifica irrefutablemente la naturaleza gratuita del contrato de fianza, ya que el beneficiario paga por medio de sus aportes el beneficio de ser afianzado por la sociedad de garantía recíproca, e incluso, “en caso de impago, la sociedad soporta el coste final con cargo al fondo de garantía alimentado por las PYME que la constituyen”.¹⁷

b. El monto máximo de las obligaciones que la entidad podrá afianzar al beneficiario. Es importante recalcar que estos montos máximos deben ser concordantes con aquellos que se encuentran establecidos en los estatutos de la sociedad o cooperativa.

c. El plazo de duración del contrato, que podrá ser indefinido.

d. Las modalidades y características de las garantías que rinde el beneficiario a la entidad, pudiendo pactarse una cláusula de garantía general, limitada a un monto máximo,

Sobre el particular debemos resaltar dos aspectos principales: en primer lugar, dado lo expuesto en este artículo en relación al artículo 5° de la ley en comento, se convierten en menciones esenciales de los estatutos de las sociedades de garantía recíproca los siguientes: 1. Las condiciones generales aplicables a

¹⁷ Artículo 2°, letra b, Ley N° 20.179, que Establece un Marco Legal para la Constitución y Operación de Sociedades de Garantía Recíproca.

las garantías que otorgue la entidad y a las contragarantías que se constituyan a su favor. 2. Los porcentajes máximos de las garantías que la entidad podrá otorgar, en relación con su patrimonio, con el valor de los fondos de garantía que administre o con las contragarantías que se le haya rendido. 3. La relación máxima entre el capital social que aporte cada accionista beneficiario y el importe máximo de las deudas cuya garantía éste solicite de la sociedad, con cargo a sus acciones.

En segundo lugar, es importante recalcar la diferencia con la legislación bancaria, ya que en esta última la ley limita el monto máximo del crédito que dichas instituciones pueden conceder a una misma persona natural o jurídica, la cual nunca podrá exceder el 10% de su patrimonio efectivo o el 15% en caso de que el crédito se encuentre destinado al financiamiento de obras públicas fiscales, que sean ejecutadas por el sistema de concesión de obras públicas del decreto con fuerza de ley N° 164 de 1991. En el caso de las sociedades de garantía recíproca ésta limitación no se haya regulada directamente, sino que se ha entregado a los socios fundadores la facultad de establecer este punto en los estatutos de la sociedad. Especialmente si es que tenemos en consideración la posibilidad de que sean cooperativas quienes desarrollen este giro, debemos recordar que la finalidad última de las cooperativas es el mejoramiento de la calidad de vida de sus socios, y el riesgo en el caso de que no se limite un monto máximo de afianzamiento hacia una misma persona aumenta considerablemente, pudiendo convertirse en un problema práctico tras la implementación de este tipo de cooperativas.

e. Los derechos y obligaciones de las partes. En este caso, se deben considerar condiciones generales que sirvan como referencia para la posterior emisión de los certificados de fianza.

Por otra parte, el beneficiario afianzado asume la obligación de pago ante dos personas naturales o jurídicas distintas, por una parte ante el acreedor principal, y en segundo lugar, ante la sociedad o cooperativa de garantía recíproca. Y que en definitiva será ésta última quien lo ejecute en caso de no pago, dado que el certificado de fianza goza de mérito ejecutivo para su cobro, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12 de la ley chilena.

En Chile, la sociedad o de garantía recíproca cuyo beneficiado no ha cumplido con sus obligaciones goza de los siguientes derechos alternativos:¹⁸

¹⁸ Artículo 14, Ley N° 20.179, que Establece un Marco Legal para la Constitución y Operación de Sociedades de Garantía Recíproca.

- a. Continuar con el calendario y demás modalidades de pago pactadas originalmente entre el beneficiario con el acreedor.
- b. Pagar el saldo insoluto de la obligación, en forma anticipada.
- c. Pactar, de común acuerdo con el acreedor, modalidades distintas para el pago.

En todo caso, si es que una sociedad o cooperativa de garantía recíproca es obligada a cumplir con el pago de una obligación, en virtud de la cobranza de un certificado de fianza extendido a favor de uno de sus beneficiarios, la cooperativa podrá cobrar dicha deuda en contra del beneficiario, ejerciendo las contragarantías entregadas por el beneficiario como respaldo a la obligación afianzada y que se encuentran debidamente individualizadas en el contrato de garantía recíproca. Es decir, la sociedad o cooperativa de garantía recíproca hará efectivas en contra de su beneficiario todas aquellas garantías que hayan sido constituidas a su favor, a fin de asegurar el pago de cualquier deuda por la cual la cooperativa deba responder a favor de sus asociados.

Es importante recalcar que, en todo caso, estas entidades no se encuentran orientadas hacia beneficiarios individuales, sino más bien hacia la pequeña y mediana empresa nacional, facilitando en forma directa la constitución de un mayor número de garantías para poder optar a créditos más completos sin las restricciones de las que sería objeto al presentar dichas garantías como persona natural, lo cual ha sido indicado por la Comisión de PYMES del Senado de Chile, al señalar que: “debe tenerse presente que las empresas no sólo otorgan garantías a las instituciones de crédito que les confieren los recursos financieros necesarios para sus inversiones o para cubrir su capital de trabajo, sino que muchas veces deben también garantizar el fiel cumplimiento de los contratos que suscriben en el marco de sus actividades, garantizar la seriedad de sus ofertas y, en general, garantizar el cumplimiento de cualquier obligación vinculada al desarrollo de su giro. Como resulta evidente, frente a tantos requerimientos, o suelen carecer de nuevos bienes sobre los cuales constituir esas cauciones, o si los tienen, deben asumir los elevados costos a que se ha hecho referencia precedentemente”.¹⁹

Por su parte, el Comité Económico y Social de la Unión Europea ha señalado que: “Determinados fondos comunes constituidos entre varias EES se han empleado en proyectos de creación, reconversión o desarrollo de empresas para impulsar préstamos bancarios mediante la aportación de un factor de confianza”.²⁰

¹⁹ Boletín N° 3.627-03-01, Informe comisión especial de PYMES, 15 de julio del año 2005, página 3.

²⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “capacidad de las PYME y de las empresas de economía social a los cambios impuestos por el dinamismo económico”, 20.05.2005, página C120/13.

En todo caso, la ley establece una serie de garantías a los beneficiarios de las sociedades o cooperativas de garantía recíproca, a fin de evitar que determinados beneficiarios sean favorecidos por sobre los demás, o que la sociedad o cooperativa no comprometa un porcentaje tal de su patrimonio en un solo beneficiario, que en caso de incumplimiento pueda significar la quiebra de la institución.

Con todo, se encuentra prohibido a las sociedades de garantía recíproca el otorgamiento de créditos directos por parte de su institución tanto a sus propios accionistas como a terceros. Asimismo, la ley contempla que los directores y ejecutivos que hayan participado en el otorgamiento de un crédito que vulnere esta prohibición serán solidariamente responsables por los perjuicios que dicho otorgamiento irroque.

Las sociedades de garantía recíproca se encuentran sujetas a la supervigilancia de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, quien deberá, entre otras funciones, constatar la acreditación del patrimonio mínimo de 10.000 unidades de fomento, requerido para la creación de la entidad, crear un registro de las sociedades de garantía recíproca, como asimismo la clasificación entre entidades categoría A o B, dependiendo del grado de cumplimiento que realicen dichas entidades de los requisitos impuestos por la ley y por las directivas de la Superintendencia.

Asimismo, dichas entidades serán sometidas a revisión de las cuentas emitidas por sus auditores externos por la Superintendencia de Valores y Seguros.

Finalmente, debemos recalcar las ventajas de la promulgación de la Ley N° 20.179:²¹

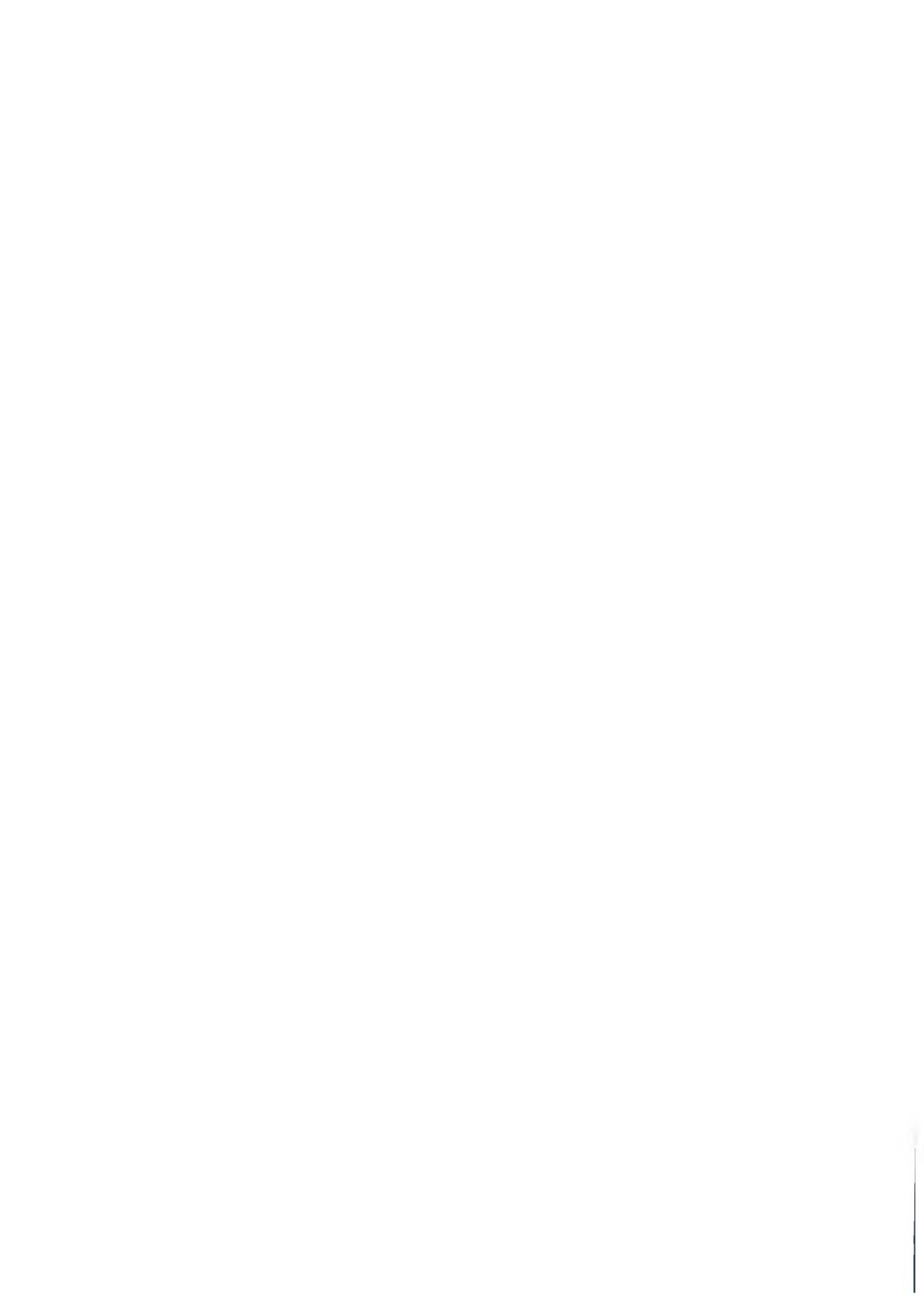
1. En palabras de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados: "la sociedad podrá afianzar diversas obligaciones del deudor y ante uno o varios acreedores, aun cuando el bien entregado en garantía sea uno solo, o incluso que no haya rendido contragarantías. Para efectos de caucionar las

²¹ Informe emitido por la Comisión de PYMES de la Cámara de Diputados chilena, correspondiente a las sesiones de los días 6 y 20 de octubre; 3 y 10 de noviembre y 1° de diciembre de 2004; 5 y 19 de enero; 9 de marzo; 4 de mayo; 15 de junio y 6 y 13 de julio de 2005, página 4. "Este gran desarrollo se debe a que la formación de una Sociedad de Garantía Reciproca genera importantes externalidades positivas para sus beneficiarios. Así, por ejemplo, produce una mayor capacidad de negociación con los agentes financieros, pues el riesgo del conjunto de garantías es sustantivamente menor al riesgo individual; y esto, a su vez, origina una mejoría sustancial en las condiciones de los créditos obtenidos. Además, estas sociedades brindan a sus beneficiarios asesorías de orden financiero, legal y de evaluación previa de riesgo, entre otras".

obligaciones de sus beneficiarios, la sociedad deberá atender al valor de el o de los bienes que garantizan la fianza y a la calidad del proyecto".²²

2. Reduce el riesgo inherente a las PYMES, mediante el complemento de sus garantías financieras.
3. Aumenta las posibilidades de este tipo de empresas de acceder a mayores fuentes de financiamiento.
4. Reduce los costos financieros de los bancos, al permitir que éstos sólo analicen a la sociedad de garantía recíproca, dado que la calidad de las contragarantías prestadas por el accionista o beneficiario les será inoponible a las entidades financieras que hayan otorgado el crédito en definitiva.
5. Permite que las PYMES logren garantizar el leal y debido cumplimiento de sus obligaciones, en los casos en los cuales las bases de la licitación o el contratante así lo exijan, permitiendo una multiplicación de las posibilidades de trabajo de las pequeñas y medianas empresas.

²² Informe emitido por la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, acordado en las sesiones de los días 9 y 16 de agosto del año 2005, página 3.



Las denominaciones de origen en México

Iris del Rocío Orozco Argote

Licenciada en Derecho, Master en Derecho Corporativo

UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA,

Doctoranda en Derecho por el doctorado Interinstitucional
en Derecho de la ANUIES.

Abogada consultora de las denominaciones de origen
Tequila, Charanda y Café Chiapas.

Profesora en **UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA**

Diferentes tipos de indicaciones de procedencia geográfica de productos

El afán del hombre por mantenerse siempre vinculado con su lugar de origen, retomando las tradiciones de su pueblo, su gente, la gastronomía típica, su cultura, instituciones y más, es un sentimiento que de alguna manera crea entre el individuo y su medio geográfico un estrecho vínculo. Tal vez esta sea la razón por la que se ha designado a diversos productos con los nombres de sus lugares de procedencia, como símbolo de exaltación de las bondades de esa tierra de origen, de su gente y de sus tradiciones, características que forzosamente se verán reflejadas en el producto final.¹

Pero en esta tendencia identificadora se pueden distinguir sutiles diferencias, que han dado lugar a diferentes figuras jurídicas del origen y la calidad, verbigracia: denominaciones de origen controladas, denominaciones de origen, indicaciones geográficas, indicaciones de procedencia, etc. Y digo que de diferente índole, puesto que no existe a nivel mundial una homogeneidad en la conceptualización de éstos signos distintivos, por lo que surgen entonces diversas acepciones y figuras, que variarán conforme a los diversos sistemas jurídicos.

Se dice que desde la segunda mitad del siglo XIX empezó a ser más usual emplear los nombres de las regiones geográficas para designar productos como

¹ BOTANA AGRA, José Manuel. *Tratado de Derecho Mercantil. Las Denominaciones de Origen*. Tomo XX, Vol. 2º, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2001, p. 17.

medio de identificación. Es así como esta práctica empezó a ser más usual con referencia especialmente a los productos dotados de propiedades singulares debidas al lugar de su extracción, producción o cultivo –el empleo de indicaciones geográficas como signos identificativos de productos–, indicaciones que en ocasiones eran las únicas que los designaban.²

González Botija comenta al respecto que: *La denominación de origen se fue generando en el transcurso de la historia en forma espontánea; a medida que los productores, comerciantes y consumidores descubrieron que ciertos productos de zonas determinadas reunían cualidades particulares, diferenciales de los de otras zonas, comenzando a identificarlos y denominarlos con el nombre geográfico de su lugar o zona de procedencia.³*

Es así como la indicación geográfica pasó a cumplir la función de informar al consumidor sobre el origen geográfico del producto, y de atraer hacia éste sus preferencias, constituyendo así uno de los mecanismos de diferenciación de productos en el mercado.

En efecto, además de proporcionar información sobre el origen geográfico de los productos a los que se aplican, las indicaciones geográficas informan también, las más de las veces, de la presencia de especiales cualidades en esos productos, derivadas, con más o menos exclusividad, de aquel origen, convirtiéndose de este modo en elementos de selección frente a otros productos de igual naturaleza.⁴

Este tipo de práctica comercial trajo consigo una serie de beneficios:

- a) **De tipo social**, al exaltar y dignificar los procesos de producción y cualidades de una región geográfica determinada, su tierra y su gente;
- b) **Publicitarios**, al lograr que los productos con denominación de origen obtuvieran buena fama entre los diversos productos competidores de otras regiones del mundo y encontraran un público consumidor atento a verificar la procedencia de los mismos y;
- c) **Económicos**, al posicionar en el mercado a los productos con denominación de origen, incrementando las ventas de los productores de las regiones protegidas.

² *Ibíd.*, p. 18.

³ GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando. *El Régimen Jurídico de los vinos de calidad producidos en regiones determinadas*. Ed. Atelier. Barcelona, España, 2003, pp. 25 y 26.

⁴ BOTANA AGRA, José Manuel. *Tratado de Derecho Mercantil. Las Denominaciones de Origen*. Tomo XX, Vol. 2º, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2001, p. 18.

El avance de éstos signos distintivos ha sido tal, que paulatinamente se ha ido redimensionando en todo el mundo la importancia y los beneficios que conlleva proteger las indicaciones geográficas, indicaciones de procedencia, denominaciones de origen y demás signos distintivos del origen y la calidad, y a la fecha no ha cesado la preocupación por crear las condiciones jurídicas propicias en los derechos internos y en el derecho internacional para otorgar una eficaz protección de las mismas, y dar seguridad y certeza jurídica, tanto a los gobiernos, como a los productores y a los consumidores.

Clasificación de las indicaciones geográficas

Manuel José Botana Agra, en su obra denominada *las denominaciones de origen*, comenta una interesante división de las indicaciones geográficas (forma gráfica, denominativa, o mixta) que pueden clasificarse de acuerdo a dos criterios:

- a) atendiendo a su composición, y
- b) atendiendo a sus funciones.

Conforme al primero de estos principios, las indicaciones geográficas pueden a su vez dividirse en:

- a) **Indicaciones geográficas directas:** son aquellas que están formadas por la denominación geográfica, de tal forma que evoca el lugar de procedencia del producto de manera inmediata en la mente del consumidor, es decir, la designación del producto o el propio producto incluyen un nombre geográfico (Tequila, Champagne), un adjetivo de localización (cerveza alemana) o una mención como "fabricado en" (made in USA);⁵
- b) **Indicaciones geográficas indirectas:** *Son las que están constituidas por menciones, representaciones gráficas, signos, figuras, símbolos o cualquier otro signo, que sin incluir expresamente el nombre o denominación con el que se ha designado un lugar, localidad, o región, evocan también, al igual que las anteriores, el lugar de procedencia del producto de manera inmediata en la mente del consumidor; van provistos de determinados signos típicamente ligados a su procedencia y sacados del folclore, de la tradición de un país o de una determinada localidad*,⁶ por ejemplo, la bandera de un país, el diseño de un edificio o alguna estampa típica, la reproducción de un paisaje característico, etc.

⁵ MATERRA, Alfonso. *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1991, p. 445.

⁶ Ídem.

Así mismo, las indicaciones geográficas, desde el punto de vista de sus funciones, pueden clasificarse en:

- a) Indicaciones de procedencia, y
- b) Denominaciones de origen.

Las primeras son indicaciones geográficas cuya función consiste simplemente en informar sobre el lugar en el que el correspondiente producto es extraído, producido, cultivado o elaborado, por ejemplo: guitarras de Paracho, cobre de Santa Clara, equipales de Jalisco, queso Oaxaca, etc.

Las segundas, en cambio, son indicaciones geográficas directas, que además de proporcionar información sobre la procedencia geográfica del producto, suscitan en la mente del público la idea de que en el producto de que se trata concurren ciertas cualidades o características que son debidas, en mayor o menor grado, al medio geográfico, y que lo discriminan positivamente de los otros productos de igual especie o naturaleza,⁷ por ejemplo: Tequila, Mezcal, Talavera, Bacanora, Charanda, Sotol, Olinalá, Ambar de Chiapas, Café de Chiapas, Mango Ataulfo, Café Veracruz, etc.

Funciones de la denominación de origen

Las denominaciones de origen tienen básicamente 4 funciones, que se citan a continuación:

Función indicadora de procedencia

Cumpliendo su función de indicación geográfica, la denominación de origen vincula directamente al producto con su lugar de procedencia, de manera que el consumidor lo ubica territorialmente de forma inmediata. No sólo va a identificar la procedencia de un determinado producto, sino que en la mayoría de los casos, va a constituirse en el nombre del mismo.⁸

La función indicadora de calidad

De la propia definición de denominación de origen contenida en el artículo 156 de la Ley de Propiedad Industrial de México, inspirada en la definición adoptada

⁷ BOTANA AGRA, José Manuel. *Tratado de Derecho Mercantil. Las Denominaciones de Origen*. Tomo XX, Vol. 2º, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2001, p. 19.

⁸ JIMENEZ BLANCO, Pilar. *Las Denominaciones de origen en el derecho del comercio internacional*. Colección de Estudios Internacionales. Tomo XIII. Ed. Eurolex. Madrid, España, 1996, p. 52.

en el tratado de Lisboa, se deduce que estos signos distintivos no sólo vinculan a los productos amparados con su lugar de procedencia geográfica, sino que también informan a los consumidores sobre ciertas características y cualidades especiales, atribuidas exclusivamente al medio geográfico, comprendiendo en ella los factores naturales y humanos, características que lo singularizan de los productos restantes del mismo género.

Esto significa que dichas características "singulares", que el producto posee, no concurren en productos congéneres, y que es precisamente lo que lo hace merecedor del gusto y la preferencia de los consumidores.

En esta función podemos observar dos aristas: la de informar que el producto posee propiedades singulares debidas a factores naturales y/o humanos del medio geográfico, y la de que esas propiedades están presentes en todos los productos designados por la denominación, pues se marca en cada uno de ellos una estricta calidad.⁹

Esta concepción de las denominaciones de origen es conocida como naturalista o francesa, donde la denominación de origen deviene como consecuencia natural del territorio en que se ubica, comprendiendo la composición del suelo, del agua, y de la fauna, factores que le imprimen carácter a dicho territorio o lugar geográfico.¹⁰

No obstante lo anterior, es importante resaltar que la calidad a la que hemos venido refiriéndonos no implica que todos los productos amparados por una misma denominación de origen deban ser homogéneos o idénticos, pues como es de saberse, los procedimientos artesanales usados en la elaboración de éstos dan a cada producto una identidad propia.

Tampoco puede afirmarse que los productos amparados con denominación de origen son mejores que todos los existentes en los mercados, sino que simplemente observan normas técnicas predeterminadas y rigurosas en su elaboración, materias primas y embalajes, que son a la vez verificadas y certificadas por organismos tales como los consejos reguladores, cuya tarea es cuidar los estándares de calidad aludidos. No obstante, los productos con denominación de origen gozan de un atractivo especial para los consumidores.

Como indica Botana Agra, la denominación de origen suele asociarse a la pre-

⁹ BOTANA AGRA, José Manuel. *Tratado de Derecho Mercantil. Las Denominaciones de Origen*. Tomo XX, Vol. 2º, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2001, p. 37.

¹⁰ LÓPEZ BENITEZ, Mariano. *Las Denominaciones de Origen*. Cedecs Editorial. España, 1996, pp. 43 y 44.

sencia de una calidad elevada en los productos que designa, calidad que los caracteriza positivamente de los restantes productos de la misma naturaleza, discrimina positivamente de los restantes productos de la misma naturaleza

Función de buena fama

Otra función importante de la denominación de origen es la de otorgar a los productos un impacto por su denominación, conocida también como *storgewert*, productos amparados por ella la buena fama, conocida también como *goodwill* función que se traduce en beneficios económicos para las regiones incluidas en la zona amparada por la denominación, así como para los productores o industriales autorizados que utilizan dicha denominación:

Por ser un factor que depende en gran medida de los gustos y preferencias del público de los consumidores, la buena fama de tales productos constituye un elemento intangible y eventual, que contemplado desde la perspectiva de los empresarios manipuladores de los respectivos productos, representa una expectativa que se traduce en la probabilidad de que los consumidores realicen ulteriores adquisiciones de los productos designados por la denominación; y a la creación y consolidación del goodwill contribuirán básicamente la calidad de los productos, así como la fuerza publicitaria de la propia denominación de origen.¹¹

Función publicitaria

Podemos hablar de una última función de las denominaciones de origen consistente en la función publicitaria que éstas llevan implícita, pues es obvio que un producto que goza de cierta reputación entre el público consumidor (*godwill*) tiene una fuerte carga publicitaria, pues los mismos consumidores lo van recomendando, y el producto va adquiriendo cada vez más un fuerte mercado de compra.

Es indudable que todos los productos con denominación de origen llevan en sí una garantía de venta, pues el público consumidor sabe que el estar respaldado por esa denominación de origen, implica cierto control de calidad, y la identidad cultural, saberes y quehaceres de su lugar de origen. No obstante, la buena fama de estos productos depende mucho de que los productores sigan pugnando por ofrecer al mundo un producto de óptima calidad, pues el gusto de los consumidores es muy variable y exigente, y la buena fama del producto puede perderse en cualquier momento.

¹¹ BOTANA AGRA, José Manuel. *Tratado de Derecho Mercantil. Las Denominaciones de Origen*. Tomo XX, Vol. 2º, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2001, p 38.

El surgimiento de las denominaciones de origen en el mundo

Se tienen datos de que la denominación de origen más antigua en el mundo se concedió en 1887 al Sindicato de los Grandes Marqueses de Champagne, al recibir del Estado francés el reconocimiento legal de la propiedad exclusiva del nombre de "Champagne" para los vinos espumosos que se producen en la región de ese nombre.

Sin embargo, esto no fue suficiente para los vinateros franceses, quienes dos décadas después, conjuntamente con los campesinos que poseía viñas, hicieron una revuelta, cuyo fin era proteger la autenticidad de sus productos, de quienes pretendían imitar de modo fraudulento la elaboración de éstos y venderlos bajo el nombre de Champagne.

A partir de entonces la especificidad de la práctica histórica de los vinateros de Champagne, así como el carácter de la región de la que habían provenido las uvas para la elaboración de este tipo de vino a través de los siglos, fueron aglutinadas por el Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne (organización constituida por los productores de uva, así como por los procesadores de esa región) con el fin de obtener y mantener la protección jurídica de la denominación de origen, a través del Institut National des Appellations d'Origine (INAO).

Esto significó que el mercadeo del vino champagne, con ese nombre, quedaba exclusivamente en manos de los vinateros de esa región, que implicaba, desde luego, que estos actores elaboraran sus vinos, usando como materia prima únicamente las uvas producidas en la zona, y utilizando técnicas de elaboración transmitidas de generación en generación.

La denominación de origen conllevaba así el derecho a la inclusión en la identidad de la región de Champagne en términos territoriales, productivos y de tradición de saberes y quehaceres comunes. Por otro lado implicaba la exclusión identitaria, productiva y comercial de aquellos cuyos viñedos o fábricas de vinos no se encontraran en la región delimitada, que imitaban los procesos tradicionales de elaboración del vino y que no compartían una historia, una experiencia y un saber común a los pueblos de Champagne.

Fue así como en 1908 se hizo la primera delimitación geográfica de la región. Esta demarcación se distinguió, a partir de entonces, como área de producción única de las tres o cuatro variedades de uvas con las cuales se producían dichos vinos. La exclusividad territorial la ratificó el Estado francés en 1927, misma que se sustentó en función de la historia vitivinícola de los municipios, de los poblados y de las parcelas. De esta forma esta denominación de origen marca

el inicio de una más de las resignificaciones que han experimentado los bienes alimenticios locales de Europa Occidental.¹²

Los derechos de los consumidores y las denominaciones de origen

Dentro de la competencia de mercados que se ha dado en los últimos años a nivel mundial, existe un factor importantísimo que el derecho no ha dejado de lado: el derecho de los consumidores, por ello, éste se ha ido tutelando en las Constituciones de los Estados, leyes reglamentarias, o bien a través de diversos tratados internacionales.

Las denominaciones de origen surgen como un signo distintivo de productos, a fin de proteger los intereses de los consumidores en su derecho a obtener productos de calidad y auténticos. Este uso comercial de identificación de productos está cada vez más en boga, caracterizando a los mercados mundiales preocupados por la calidad. Fenómenos como la normalización y la certificación van de la mano, para acentuar esta calidad ofrecida.

México es un país que lucha por ponerse a la vanguardia en materia de comercio, ha abierto ya sus fronteras en los mercados mundiales, y actualmente la industria mexicana está posicionando productos mexicanos de gran calidad, que poco a poco van ganándose las preferencias de los consumidores; tal es el caso del Tequila.

Como ya se ha visto anteriormente, los dos factores esenciales de una denominación de origen son, a saber: el origen geográfico, y la calidad que se desprende de ese origen geográfico, incluyendo en ella los factores naturales y humanos.

A fin de estandarizar la calidad de los productos con denominación de origen, y salvaguardar su buen nombre, el Estado crea las normas oficiales mexicanas, que no son otra cosa que normas de carácter técnico que determinan las características especiales de cada producto, a fin de garantizar un mínimo de calidad en ellos, pues es precisamente esta calidad la que hace que los consumidores prefieran ese producto, y que el Estado en su función de garante de los derechos sociales debe preservar.

¹¹ RODRÍGUEZ GÓMEZ, Guadalupe. *La denominación de origen y el mercado de la Distinción*. Ed. Ciesas/SAGARPA. México D.F., 2002, pp. 32-33.

En nuestro país, el gobierno mexicano, preocupado por velar de una forma más cuidadosa por el respeto a estos derechos mencionados, ha utilizado como herramienta garantista la normalización, que se ha caracterizado principalmente por homogeneizar la calidad de los productos y servicios, sobre todo en materia de denominaciones de origen. Es de todos conocido que cada uno de los productos reconocidos como denominación de origen en nuestro país responde de manera obligatoria a una o varias normas oficiales mexicanas, que deben cumplirse cabalmente, y que a la vez son verificadas y certificadas por un consejo regulador; es decir, un organismo de evaluación de la conformidad, que no es otra cosa que un representante de la función de vigilancia del Estado, que certifica que los productos evaluados cumplan con las estipulaciones contenidas en las leyes correspondientes.

*La normalización es un proceso o procedimiento que integran y desarrollan ciertas instituciones públicas y privadas, facultadas o acreditadas para llevar a cabo la unificación de criterios respecto de los requisitos que deben cumplir determinados productos o servicios para garantizar su seguridad física o jurídica, según sea el caso, eficiencia, durabilidad, fiabilidad, mantenimiento y/o calidad, por los que paga un precio específico el consumidor.*¹³

Los consejos reguladores en México normalmente están constituidos por una unidad de verificación y un organismo de certificación, algunas otras veces, cuando se puede, se integran también por un laboratorio de pruebas, encargado de llevar a cabo los análisis de laboratorio pertinentes para demostrar que los productos reúnen las características físico-químicas impuestas por las normas oficiales mexicanas.

La unidad de verificación se encuentra definida en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización como: *la persona física o moral que realiza actos de verificación*¹⁴ y se define a la vez la verificación como *la constatación ocular o comprobación mediante muestreo, medición, pruebas de laboratorio, o examen de documentos que se realizan para evaluar la conformidad en un momento determinado.*¹⁵

Los organismos de certificación, tal y como los define la ley en comento, son *las personas morales que tengan por objeto realizar funciones de certificación,*¹⁶ siendo la certificación *el procedimiento por el cual se asegura que un producto,*

¹³ Ídem.

¹⁴ *Ley Federal sobre Metrología y Normalización*, comentada por Margarita Bojorquez Cervantes. Artículo 3 fracción XVII, Ed. Sista. México.

¹⁵ *Ibidem.* Artículo 3 fracción XVIII.

¹⁶ *Ibidem.* Artículo 3 fracción XII.

*proceso, sistema o servicio se ajusta a las normas o lineamientos o recomendaciones de organismos dedicados a la normalización nacionales o internacionales.*¹⁷

De esta forma, cuando un producto es certificado por un organismo evaluador de la conformidad, se presupone que éste fue verificado por el personal evaluador, y que sí cumple con los requerimientos de la norma oficial mexicana y las demás disposiciones legales a las que dicho producto esté sujeto.

El consumidor puede entonces estar seguro de la calidad del mismo. Un producto certificado es equivalente a confianza, seguridad para el consumidor, la certificación aporta pues un plus a dicho producto. Esta tarea verificadora y certificadora es el resultado final del sistema de calidad que pretenden las normas oficiales mexicanas, es el sello último que garantiza al consumidor la guarda de sus derechos.

Afirma la doctora María del Carmen Quintanilla, otrora Directora de la Dirección General de Normas de la Secretaría de Economía, que los organismos evaluadores de la conformidad (consejos reguladores) surgen en el sistema jurídico mexicano con las siguientes intenciones:

- a) *Son órganos de apoyo a la administración pública;*
- b) *Cuentan con personal altamente calificado, profesional y técnico especialista en la materia a verificar, y no con los funcionarios públicos de carrera que no están capacitados para verificar cada uno de los procesos específicos de las denominaciones de origen;*
- c) *Facilitan a los empresarios llevar a cabo la certificación de los productos a petición de parte, y no a esperar hasta que la administración pública la pueda llevar a cabo;*
- c) *Eximen al Estado de cargas excesivas de trabajo y de gasto de recursos materiales, puesto que los consejos reguladores son personas físicas o morales regidas por el derecho civil, que se constituyen sin ánimo de lucro, acreditadas y aprobadas por el Estado, a través de la Entidad Mexicana de Acreditación y la Secretaría de Economía, y de este modo trabajan con recursos propios.*¹⁸

¹⁷ *Ibidem*. Artículo 3 fracción III.

¹⁸ QUINTANILLA MADERO, María del Carmen Eugenia. *Las Normas Oficiales Mexicanas*. Ed. Porrúa. México, 2006, p. 103.

El maestro Gabino Fraga los identifica a su vez en una figura del derecho administrativo conocida como la descentralización por colaboración. Esto sucede cuando el Estado va tomando cada vez más un papel activo en las actividades privadas, y no tiene la estructura ni material ni humana para poder solventar los problemas que se le van presentando en el desarrollo de dichas tareas.

Es entonces cuando, a fin de evitar aumentar los costos del ejercicio de la administración, delega a los particulares funciones que de origen le corresponden a él, en esa tarea administradora. En resumidas cuentas la administración por colaboración es una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas.¹⁹

Esta figura tiene dos elementos, a saber, según Fraga:

- a) el ejercicio de una función pública, es decir, de una actividad desarrollada en interés del Estado; y
- b) el ejercicio de dicha actividad en nombre propio de la organización privada.

Una de las razones de ser de esta figura es pues la descarga de trabajo de la administración pública, así como la disminución del gasto público que debería erogarse en la realización de dichas funciones.

Las denominaciones de origen y la importante función inspectora del Estado

Todas las normas llevan implícita una razón de ser, un objetivo a cumplir, o fin último, que no será alcanzado por la mera expedición de la norma. Este derecho debe ser realizado, es decir, acatado por los destinatarios de la norma o en su defecto, aplicado por las autoridades correspondientes, para evitar que el sistema jurídico sea sólo letra muerta o derechos nugatorios. En este entendido, se han tratado de elaborar diversos mecanismos para garantizar la aplicación del ordenamiento administrativo, donde la administración pública juega un papel preponderante en la vigilancia del cumplimiento de las leyes.

La función inspectora ha sido llamada indistintamente actividad de control, de vigilancia, de inspección, e incluso de supervisión, pero independientemente de ello, esta actividad constituye uno de los instrumentos y técnicas tradicionales para lograr el cumplimiento de las normas por parte de los destinatarios de las mismas. Garantiza el cumplimiento de la legalidad.

¹⁹ FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 37ª ed. Ed. Porrúa, México, 1998, p.208.

La potestad inspectora garantiza finalmente los derechos consagrados en el ordenamiento que se trata de verificar, donde muchas de las veces, como en el caso de los derechos de los consumidores, protegen derechos fundamentales, como la vida, la salud, la libertad, etc.

La inspección de las actividades relacionadas con las denominaciones de origen protegen principalmente derechos de los consumidores, pues en éstos van implícitos derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, a la información, a la salud y a la libertad. Así mismo se protegen derechos de tercera generación, como todos aquellos relacionados con la protección del medio ambiente.

La función inspectora, además de tener un fuerte matiz garantista, ejerce una importante influencia sobre la tarea preventiva de conductas irregulares, tutelando la competencia leal de los agentes económicos implicados, como por ejemplo, en el caso de nuestro objeto de estudio, se vigila y persiguen los casos de clandestinaje, imitación, adulteración, alteración o falsificación de los productos con denominación de origen.

El sistema jurídico mexicano ha identificado, pues, esta necesidad de asegurar el respeto de las normas oficiales mexicanas en los productos con denominación de origen, delegando dicha tarea a los particulares, que constituidos como organismos evaluadores de la conformidad se integran a nuestro sistema jurídico a través de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, desde 1992.

Denominaciones de origen mexicanas

El Estado mexicano propietario de sus denominaciones de origen ha reconocido la existencia de once denominaciones de origen, que a la fecha son:

*1. **Tequila:** Bebida alcohólica regional obtenida por destilación de mostos, preparados directa y originalmente del material extraído, en las instalaciones de la fábrica de un Productor Autorizado, la cual debe estar ubicada en el territorio comprendido en la Declaración, derivados de las cabezas de Agave tequilana weber variedad azul, previa o posteriormente hidrolizadas o cocidas, y sometidos a fermentación alcohólica con levaduras, cultivadas o no, siendo susceptibles los mostos de ser enriquecidos y mezclados conjuntamente en la formulación con otros azúcares hasta en una proporción no mayor de 49% de azúcares reductores totales expresados en unidades de masa, en los términos establecidos por esta NOM y en la inteligencia que no están permitidas las mezclas en*



frío. El Tequila es un líquido que, de acuerdo a su clase, es incoloro o coloreado cuando es madurado o cuando es abocado sin madurarlo.²⁰

2. Mezcal: Bebida alcohólica regional obtenida por destilación y rectificación de mostos preparados directa y originalmente con los azúcares extraídos de las cabezas maduras de los agaves previamente hidrolizadas o cocidas, y sometidas a fermentación alcohólica con levaduras, cultivadas o no, siendo susceptible de ser enriquecido, para el caso del Mezcal tipo II. Existen dos tipos de mezcal que marca la norma oficial mexicana, el mezcal tipo I, que es aquel que está elaborado cien por ciento con los azúcares provenientes de los agaves que la norma indica en su capítulo 2, y el mezcal tipo II, que es aquel mezcal que permite ser adicionado con el veinte por ciento de otros carbohidratos permitidos por las disposiciones legales respectivas, con hasta un 20% de otros carbohidratos permitidos por la Secretaría de Salud en la preparación de dichos mostos, siempre y cuando no se eliminen los componentes que le dan las características a este producto, no permitiéndose las mezclas en frío. El mezcal es un líquido de olor y sabor sui generis de acuerdo a su tipo. Es incoloro o ligeramente amarillento cuando es reposado o añejado en recipientes de madera de roble o encino, o cuando se aboque sin reposarlo o añejarlo.²¹

3. Charanda: El charanda es una bebida alcohólica regional, obtenida por destilación y rectificación de mostos fermentados preparados a partir de jugo de caña o de sus derivados, como son el melado o jugo concentrado por evaporación, el piloncillo, la melaza o la propia azúcar cristalizada. Es un producto incoloro o ambarino cuando es abocado o madurado en barricas de madera de roble o encino. Su concentración alcohólica va de 35 a 55% en volumen a 20 grados centígrados.²²

4. Bacanora: La norma oficial mexicana del bacanora define a esta bebida espirituosa como una bebida alcohólica regional del Estado de Sonora, México, obtenida por destilación y rectificación de mostos, preparados directa y originalmente con los azúcares extraídos de la molienda de las cabezas maduras de *Agave angustifolia Haw*, hidrolizadas por cocimiento, y sometidas a fermenta-

²⁰ Secretaría de Gobernación México. Orden Jurídico Nacional. [En Línea] Disponible en World Wide Web: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PE/APF/APC/SE/Normas/Oficiales/NOM-006-SCFI-2005.pdf>. Cotejado el 8 de junio de 2006 a las 11:30 hrs.

²¹ Secretaría de Economía. NOM-070-SCFI-1994 BEBIDAS ALCOHOLICAS MEZCAL ESPECIFICACIONES [en línea]. Disponible en World Wide Web: <http://www.economia-noms.gob.mx/>. Cotejado el 22 de agosto de 2006 a las 12:30 hrs.

²² Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Extracto de la solicitud de la declaración de protección a la denominación de origen Charanda [en línea]. Disponible en World Wide Web: http://www.impi.gob.mx/imp/imp/indice_all.jsp?OpenFile=docs/marco_j/charanda.htm. Cotejado el 9 de junio de 2006 a las 20:00 hrs.

ción alcohólica con levaduras. El bacanora es un líquido que, de acuerdo a su tipo, es incoloro o amarillento cuando es madurado en recipientes de madera de roble o encino, o cuando se aboque sin madurarlo.²³

5. *Café Veracruz:* *es la denominación que se le otorga al café que es producido en diversas zonas del estado de Veracruz, surgiendo de la particular combinación de sus profundos suelos volcánicos, el clima caracterizado por su alta humedad todo el año y sus inviernos nublados, los cuales, de manera conjunta, especifican la alta acidez, el aroma intenso, el sabor a especias y el apreciable cuerpo que caracteriza a este café. Por otro lado, en el caso de Veracruz, la altitud de sus plantaciones y la arraigada tradición de fermentar el café recién despulpado garantizan en el café de la región una acidez única, que aunada a las características físicas del grano y a las cualidades en la bebida, dan al "Café de Veracruz" una calidad óptima.²⁴*

6. *Talavera:* *Tipo de cerámica original y exclusiva de la denominada "zona de Talavera", cuyas características se derivan del medio geográfico de la región y que tiene sus antecedentes en la mayólica española, formada por un cuerpo cerámico que se produce por sinterización de una mezcla de arcillas (barros negro y blanco) provenientes de la zona geográfica comprendida en la declaratoria. Esta cerámica está recubierta de una capa de esmalte formada a temperatura entre 1100 °C en cuya composición intervienen los metales plomo y estaño de acuerdo a fórmulas propias de la época colonial decorada a mano con sólo seis pigmentos y sus posibles combinaciones, cuyas formulaciones son tradicionales.²⁵*

7. *Ambar de Chiapas:* *La norma oficial mexicana lo define como una resina vegetal fosilizada procedente de las exudaciones de diversas plantas, y en México es producida por el árbol Himenaea Courbaril, leguminosa conocida como guapinol.*

8. *Café Chiapas:* *Esta Denominación se aplica al café orgánico y convencional, en verde, tostado, en grano o molido, producido con cafetos de la especie Coffea arábica Linneo, en sus diversas variedades, cultivados a alturas superiores a 800*

²³ FISAC, Fundación de Investigaciones Sociales A.C. Norma Oficial Mexicana del Bacanora [En línea]. Disponible en World Wide Web: <http://www.alcoholinformate.org.mx/diariooficial.cfm?documento=226>. Cotejado el 5 de junio a las 13:30 hrs.

²⁴ Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Declaratoria General de Protección a la Denominación de origen Café Veracruz [en línea]. Disponible en World Wide Web: http://www.impi.gob.mx/impj/jsp/indice_all.jsp?OpenFile=docs/marco_j/cafe_veracruz.html. Cotejado el 6 de junio de 2007 a las 5:10 hrs.

²⁵ Secretaría de Economía. Norma Oficial Mexicana 132.SCFI-1998 Talavera Especificaciones [En línea]. Disponible en World Wide Web: <http://www.economia-noms.gob.mx/>. Cotejado el 10 de junio de 2006 a las 21:00 hrs.

metros sobre el nivel del mar en las regiones y municipios señalados en la Declaración General de Protección de la Denominación de Origen “Café Chiapas”, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 2003.²⁶

9. Sotol: *Bebida alcohólica regional, obtenida por la destilación y rectificación de mostos preparados directa y originalmente del material extraído, dentro de las instalaciones de la fábrica ubicada dentro de la denominación de origen, derivados de la molienda de las cabezas maduras de *Dasyliroon spp*, previa o posteriormente hidrolizadas o cocidas, y sometidos a la fermentación alcohólica con levaduras, cultivadas o no, siendo susceptible de ser enriquecido con otros azúcares hasta en una proporción no mayor de 49%, en la inteligencia de que en esta acción o mezcla no están permitidas las mezclas en frío. El sotol es un líquido que, de acuerdo a su tipo, es incoloro o amarillento cuando es madurado en recipientes de madera de roble, encino, acacia, castaño, haya, fresno, u otras alternativas tecnológicas, o cuando se aboque sin madurarlo.²⁷*

10. Olinala: *La materia prima que se utiliza en la manufactura de esta artesanía mexicana proviene del árbol de lináloe, arbusto localizado en las localidades de la región. Posteriormente a la tala del árbol, se procede a tratar para evitar el deterioro por larvas o polilla, asimismo son lijadas y resanadas las hendiduras naturales de la madera para que posteriormente se proceda a barnizarse con una mezcla hecha a base de aceite de linaza con chía, tierra blanca y tierra tecoztle. Una vez terminada la actividad antes descrita, se determina el color a la pieza u objeto de madera, predominando el color negro, aplicado por materias primas naturales, como son la mezcla de carbón de encino con polvo de piedra tolte, así como también son utilizadas otras combinaciones de colores, como resultados de mezclas de polvo de piedra en un 80% y el resto de tintes o pinturas artificiales. La importancia del colorido y barniz de las piezas de madera son una característica desarrollada desde tiempos anteriores.²⁸*

11. Mango Ataulfo Del Soconusco De Chiapas: *Su pulpa es dulce, baja en fibra, muy jugosa, mantecosa, baja en acidez y de aroma intenso; puede conservar su sabor incluso después de su madurez cuando el hueso se ha vuelto gelatinoso. Su cáscara es correosa. El fruto es pequeño, pesa alrededor de 350*

²⁶ COFEMER. Proyecto de norma oficial mexicana PROY NOM 169-SCFI-2004 [En línea]. Disponible en: http://www.cofemermir.gob.mx/inc_lectura_regioncontentall_text.asp?submitid=5687. Cotejado el 27 de noviembre de 2006 a las 16:54 hrs.

²⁷ Secretaría de Economía. NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-159-SCFI-2004. BEBIDAS ALCOHOLICAS – SOTOL – ESPECIFICACIONES Y METODOS DE PRUEBA [en línea]. Disponible en World Wide Web: <http://www.economia-noms.gob.mx/>. Cotejado el 9 de abril de 2007 a las 20:00 hrs.

²⁸ Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Extracto de la solicitud de declaración de protección a la Denominación de Origen Olinalá [en línea]. Disponible en World Wide Web: http://www.impi.gob.mx/impi/jsp/indice_all.jsp?OpenFile=docs/marco_j/ext_olinala.html. Cotejado el día 26 de abril de 2007 a las 17:42 hrs.

gramos; resistente al manejo post-cosecha; se compone el 69% de su peso de pulpa, el 19% de cáscara y el 8.5% de hueso. El fruto se desarrolla en climas cálido húmedo y cálido subhúmedo, con lluvias en verano, pero monzónico, no debe sufrir oscilaciones isotermales mayores de 5°C. La temperatura adecuada para este tipo de mango es 28°C y precipitaciones pluviales entre 1090 a 3000 mm. anuales, de abril a octubre. La zona del soconusco tiene el clima adecuado para el cultivo.²⁹

México en la actualidad lucha por dar a conocer al mundo nuestras tradiciones y cultura, así como posicionar sus denominaciones de origen en el mundo, pues finalmente éstas son una oportunidad de crecimiento económico para los países en desarrollo.

El reto es lograr que el sistema de certificación sea eficaz, y poder de esta manera garantizar todos nuestros productos mexicanos a los consumidores mundiales, pues de nada sirve tener una denominación de origen sin un organismo certificador que respalde su calidad a los consumidores y otorgue así certeza jurídica.

Fuentes de información consultadas

Fuentes bibliográficas:

BOTANA AGRA, José Manuel. *Tratado de Derecho Mercantil. Las Denominaciones de Origen*. Tomo XX, Vol. 2º, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2001, p. 17.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La actividad administrativa de inspección*. Ed. Comares. Granada, España, 2002.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 37ª ed. Ed. Porrúa, México, 1998, p. 208.

GONZALEZ BOTIJA, Fernando. *El régimen jurídico de los vinos de calidad producidos en regiones determinadas*. Ed. Atelier. Barcelona, España, 2003, pp. 25 y 26.

JIMÉNEZ BLANCO, Pilar. *Las denominaciones de origen en el derecho del comercio*

²⁹ Wikipedia. La Enciclopedia Libre. Mango Ataulfo significado [en línea]. Disponible en World Wide Web: http://es.wikipedia.org/wiki/Mango_Ataulfo. Cotejado 26 de abril de 2007 a las 16:15 hrs.

internacional. Colección de Estudios Internacionales. Tomo XIII. Ed. Eurolex. Madrid, España, 1996, p. 52.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. *Del estatuto del vino a las leyes del vino: un panorama actual y de futuro de la ordenación vitivinícola en España*. Thomson Civitas. Madrid, España, 2004.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. *Las Denominaciones de Origen*. Cedecs Editorial. España, 1996, pp. 43 y 44.

LUNA ZAMORA, Rogelio. *La historia del Tequila, de sus regiones y sus hombres*. Consejo Nacional para la Cultura y las Artes. México, 2002.

MAROÑO GALLARDO, María del Mar. *La Protección Jurídica de las Denominaciones de Origen en los Derechos Español y Comunitario*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2002.

MATERRA, Alfonso. *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*. Ed. Civitas S.A. Madrid, 1991, p. 445.

MURIA, José María. *Una Bebida llamada Tequila*. Ed. Agata. 2ª ed., México, 2001.

NÚÑEZ NORIEGA, Luis, Coordinador, y Otros. *Estrategias para el Desarrollo de la Industria del Bacanora*. Centro de Investigación en Alimentación y Desarrollo. A.C. Hermosillo, Sonora, México, 2003.

NÚÑEZ NORIEGA, Luis. *La Producción de Mezcal Bacanora*. Centro de Investigación en Alimentación y Desarrollo. A.C. Sonora, México, 2001.

QUINTANILLA MADERO, María del Carmen Eugenia. *Las Normas Oficiales Mexicanas*. Ed. Porrúa, México, 2006, p. 103.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, Guadalupe. *La denominación de origen y el mercado de la distinción*. Ed. Ciesas/SAGARPA. México D.F., 2002, pp. 32-33.

VV AA: *Alimentos de España. Denominaciones de Origen y de Calidad*. Edita E.N. Mercasa. Madrid, España, 1993.

VV AA: *Avances de la investigación en el agave tequilero*. Consejo Regulador del Tequila A.C. Ed. Agata, México, 2004.

VV AA: *Derechos Intelectuales*, tomo 10, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Buenos Aires, Argentina, 2003.

VV AA: *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Ed. Porrúa, México, 2005.

VV AA: *Introducción al Tequila*. Consejo Regulador del Tequila, p. 31. México, 2004.

VV. AA. KUCK, Pablo A. "Denominación de origen, panorama en la Argentina, Francia y la Unión Europea". *Cuadernos de Propiedad Intelectual*. Ed. Ad hoc, Argentina, 2004.

Fuentes legisgráficas

Ley Federal sobre Metrología y Normalización, comentada por Margarita Bojorquez Cervantes. Artículo 3 fracción XVII, Ed. Sista, México.

Fuentes electrónicas

COFEMER. Proyecto de norma oficial mexicana PROY NOM 169-SCFI-2004 [En línea]. Disponible en: http://www.cofemermir.gob.mx/inc_lectura_region-contentall_text.asp?submitid=5687. Cotejado el 27 de noviembre de 2006 a las 16:54 hrs.

FISAC, Fundación de Investigaciones Sociales A.C. Norma Oficial Mexicana del Bacanora [En línea]. Disponible en World Wide Web: <http://www.alcoholinformate.org.mx/diariooficial.cfm?documento=226>. Cotejado el 5 de junio a las 13:30 hrs.

Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Extracto de la solicitud de declaración de protección a la Denominación de Origen Olinalá [en línea]. Disponible en World Wide Web: http://www.impi.gob.mx/impi/jsp/indice_all.jsp?OpenFile=docs/marco_j/ext_olinala.html. Cotejado el día 26 de abril de 2007 a las 17:42 hrs.

Secretaría de Economía. NOM-070-SCFI-1994 BEBIDAS ALCOHOLICAS MEZCAL ESPECIFICACIONES [en línea]. Disponible en World Wide Web: <http://www.economia-noms.gob.mx/>. Cotejado el 22 de agosto de 2006 a las 12:30 hrs.

Secretaría de Gobernación México. Orden Jurídico Nacional [en línea]. Disponible en World Wide Web: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PE/APF/APC/SE/Normas/Oficiales/NOM-006-SCFI-2005.pdf> Cotejado el 8 de junio de 2006 a las 11:30 hrs.

Wikipedia. La Enciclopedia Libre. Mango Ataulfo significado [en línea]. Disponible en World Wide Web: http://es.wikipedia.org/wiki/Mango_Ataulfo. Cotejado 26 de abril de 2007 a las 16:15 hrs.

La prenda sin desplazamiento de la Ley 20.190

José Miguel Lecaros Sánchez

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD CENTRAL, UNIVERSIDAD FINNIS TERRAE,
UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO

1. Introducción

El artículo 14 de la Ley 20.190, publicada el 5 de junio de 2007, creó un sistema de prenda sin desplazamiento, que vino a sustituir muchas prendas sin desplazamiento vigentes a esta fecha.¹ En efecto, el artículo 42 del conjunto de normas contenidas en dicho artículo derogó las leyes N°s 4.097, 4.702, 5.687 y 18.112, el artículo 43 del Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991, el artículo 15 de la Ley N° 19.542, el artículo 3° de la Ley N° 19.425, el artículo 62 b del Decreto Ley N° 1.939, el artículo 16 de la Ley N° 19.865 y el artículo 60 de la Ley N° 19.712. Dicha disposición agregó que las referencias que se hacen en las leyes a las disposiciones derogadas deberán entenderse efectuadas a las normas de esta ley. Finalmente, dispuso un principio de ultractividad en orden a que las normas derogadas deberían estimarse vigentes para el efecto de regular las prendas sin desplazamiento constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

La prenda sin desplazamiento incorporada a nuestra legislación por esta Ley merece muchos estudios y análisis desde el punto de vista administrativo, registral, procesal, penal, etcétera. El propósito de estas líneas es sólo dar una primera aproximación a la prenda sin desplazamiento tras la Ley 20.190, relacionándola con algunos principios y problemas propios de la prenda en general.

¹ En adelante todas las normas que se señalen como artículos de la Ley 20.190 deben entenderse referidas al grupo de disposiciones incorporadas por el artículo 14 de la Ley 20.190.

2. Concepto de prenda sin desplazamiento

Según el artículo 1º, es aquel contrato que tiene por objeto constituir una garantía sobre una o varias cosas corporales o incorporales muebles, para caucionar obligaciones propias o de terceros, conservando el constituyente la tenencia y uso del bien constituido en prenda.

3. Solemnidades del contrato de prenda sin desplazamiento

Conforme al artículo 2º, el contrato, su modificación y su alzamiento deberán otorgarse por escritura pública o por instrumento privado, en cuyo caso las firmas de las partes concurrentes deberán ser autorizadas por un notario y el instrumento deberá ser protocolizado en el registro del mismo notario que autoriza. En este caso, respecto de terceros la fecha del contrato será la de su protocolización.

En dicho contrato deberán contenerse, a lo menos, las siguientes menciones (artículo 3º):

- 1) La individualización de sus otorgantes;
- 2) La indicación de las obligaciones caucionadas o bien que se trata de una garantía general. En caso que sólo se refieran los documentos donde constan las obligaciones garantizadas y éstos no estuvieren incorporados en un registro público, deberán ser protocolizados en copia simple al momento de la celebración del contrato de prenda;
- 3) La individualización o la caracterización de las cosas empeñadas, y
- 4) La suma determinada o determinable a la que se limitare la prenda o la proporción en que debiere caucionar diversas obligaciones, si fuere el caso.

4. Obligaciones susceptibles de ser caucionadas con prenda sin desplazamiento

Pueden caucionarse toda clase de obligaciones presentes o futuras, estén o no determinadas a la fecha del contrato.² Este contrato puede garantizar, por ende, obligaciones presentes o futuras. Puede asimismo garantizar obligaciones del propio constituyente o de un tercero (artículo 1º), civiles o naturales, de origen legal, delictual o cuasidelictual, contractual o cuasicontractual; principales o accesorias; civiles o mercantiles.

² Se repite textualmente lo que decía el artículo 4º de la Ley 18.112.

En relación a la posibilidad de garantizar con esta prenda obligaciones indeterminadas (“cláusula de garantía general prendaria”), el artículo 4° de la ley es explícito en orden a permitir garantía de obligaciones indeterminadas (“...estén o no determinadas a la fecha del contrato”). Por su parte, el artículo 3° N° 2 señala que el contrato de prenda sin desplazamiento debe contener, entre las menciones mínimas, “la indicación de las obligaciones caucionadas o bien de que se trata de una garantía general”.

5. Bienes susceptibles de darse en prenda sin desplazamiento

5.1. Generalidades

Una primera observación que puede hacerse es la amplitud que contempla el legislador en cuanto a los bienes que pueden ser prendados. El artículo 5° establece que “podrá constituirse prenda sobre todo tipo de cosas corporales o incorporeales muebles, presentes o futuras. Las naves y aeronaves se regirán por sus leyes particulares”. A su vez, el artículo 1° establece que el desplazamiento tiene por objeto constituir una garantía sobre una o varias cosas corporales o incorporeales muebles, para caucionar obligaciones propias o de terceros, conservando el constituyente la tenencia y uso del bien constituido en prenda. Agrega que en subsidio se aplicarán las normas del Código Civil.

De lo anterior se desprende que la cosa empeñada debe ser mueble, sea corporal, incorporal o inmaterial.

Considerado lo anterior, hay que tener presente que la cosa objeto de la prenda puede ser mueble por naturaleza o por anticipación (artículo 571). Así, Claro Solar se refiere entre las cosas muebles a los metales de una mina o los materiales de un edificio que va a demolerse.³

En el ámbito minero, pueden darse en prenda⁴ bienes muebles por naturaleza, o destinados a la exploración de la concesión para exploración o explotación de la pertenencia y las sustancias minerales extraídas del yacimiento.⁵

Pueden darse en prenda las patentes de invención, las marcas, los modelos industriales,⁶ las acciones de una sociedad anónima,⁷ la propiedad intelectual.

³ CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Imprenta Cervantes, 1930, T. VI, pp. 108 y 109.

⁴ Artículo 220 del Código de Minería.

⁵ OSSA BULNES, JUAN LUIS, *Derecho de Minería*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 274.

⁶ Mediante la entrega del título más anotación al margen de la inscripción respectiva –artículo 14 de la Ley N° 19.039–.

⁷ Una sociedad anónima podría dar en prenda sus propias acciones si no hubiese sido prohibido en

Respecto de la patente de invención, ésta es un derecho real mueble que al decir de Claro Solar “consiste en el monopolio o derecho exclusivo de fabricar, vender o comerciar en cualquier forma el producto u objeto de su invento...”; “...el título que constituye la patente de invención, que es la prueba material de este privilegio, cosa incorporeal, es también un objeto mueble comerciable”.⁸ Respecto a la marca industrial, y los derechos de propiedad sobre modelos industriales, Claro Solar también explica que son “un derecho mueble”.⁹ Sin embargo, es claro que si las marcas, modelos industriales o patentes de invención se dan en prenda, serán prenda sin desplazamiento (antiguamente, una prenda industrial).¹⁰ También podrían darse en prenda los estados de pago correspondientes a constructores. El contrato de construcción constituye un crédito contra el que ordenó la obra. Como consecuencia de haberse dado en garantía, el acreedor adquiere el derecho de percibir los estados de pago a medida que se vayan haciendo exigibles conforme al avance de la obra.

Podría darse en prenda el crédito de participación una vez terminado el régimen de participación en los gananciales (artículo 20 de la Ley N° 19.335)

Según el artículo 10 de la Ley 20.190, “las cosas que no han llegado al país podrán ser empeñadas, siempre que el constituyente de la prenda sea el titular del conocimiento de embarque, guía aérea, carta de porte o documento que haga las veces de cualquiera de los anteriores, conforme a las normas que regulan la circulación de tales documentos”.

También el dinero es susceptible de darse en prenda. Por ejemplo, cuando se solicita un crédito bancario y se da en prenda un certificado de depósito o un vale vista. En estos casos, lo que se da en prenda no es un crédito, sino el dinero depositado de que da cuenta el documento que se empeña. También constituiría prenda de dinero el caso de una persona que recibe en garantía un crédito adeudado por ella.

En tales casos, sin embargo, el acreedor se hará dueño del dinero, por lo que el contrato de prenda se desfiguraría y pasaría a ser título translativo de dominio. El acreedor se haría dueño del dinero, pudiendo usarlo, gozarlo y disponer de él, obligándose a restituir una suma de dinero equivalente, una vez satisfecha la deuda principal o garantizada. Guarda, en tal sentido, mucha relación con el cuasiusufructo, con el mutuo y sobre todo con el depósito irregular (artí-

los estatutos. Cfr. DÍAZ CRUCHAGA, AUGUSTO, “El contrato de prenda mercantil”, Santiago, 1929, Memoria de Prueba.

⁸ CLARO SOLAR, ob cit. T. VI, p. 601.

⁹ *Ibíd.*, p. 628.

¹⁰ Artículo 24 inciso final de la Ley 5.687.

culos 2395 y 2221). La ventaja que tiene la prenda de dinero es que evita la necesidad de realizarla cuando el deudor no cumple la obligación garantizada. Se aproximaría, en tal caso, a una compraventa de cosas muebles con pacto de retroventa. Todo lo dicho respecto a la prenda de dinero es aplicable a los vales vista bancarios o boletas de garantía.

5.2. La prenda de derechos de concesión y bienes asociados

a) *La prenda del derecho de concesión de obra pública.*

De acuerdo al artículo 6° N° 1 de la Ley 20.190, se puede dar en prenda:

- El derecho de concesión de obra pública constituido al amparo del Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991,
- cualquier pago comprometido por el Fisco a la sociedad concesionaria a cualquier título en virtud del contrato de concesión antes indicado, o
- los ingresos o flujos futuros que provengan de la explotación de la concesión antedicha, que sólo podrán prendarse a los financistas de la obra o de su operación o en la emisión de títulos de deuda de la sociedad concesionaria.¹¹

Esta norma vino a sustituir el artículo 43 del DFL 164 de 1991 (cuyo texto refundido es el Decreto 900 del Ministerio de Obras Públicas, de 1996), artículo derogado por la Ley 20.190, como se ha dicho.¹²

El artículo 21 del DFL 164 establece que en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas con terceros, la sociedad concesionaria se registrará por las normas del derecho privado y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, con las solas excepciones que regula expresamente dicha ley y las que se estipulen en el contrato.

Sin embargo, esta amplitud aparece restringida por el artículo 33 de la Ley 20.190, conforme al cual en todo lo relacionado con la realización de la prenda de los derechos de concesión señalados en el artículo 6° de esta ley, éstos sólo podrán transferirse a quien diere cumplimiento a los requisitos establecidos

¹¹ Mediante Ordinario N° 3458, de 24.05.96, la Fiscalía del MOP estableció que pese a que según la normativa del derecho común la prenda sólo puede recaer sobre bienes determinados o determinables, en este punto la ley de concesiones "establece una garantía con modalidades propias y que en tal virtud es admisible que incluso pueda en su caso apartarse de las normas tradicionales que gobiernan la prenda civil".

¹² Un completo estudio de las concesiones de obras públicas es el *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, Rufián Lizana, Dolores, Fondo de Cultura Económica.

en las leyes, reglamentos y bases de licitación para ser concesionario, según corresponda. Para estos efectos, el tribunal que esté conociendo de la realización de la prenda oficiará a los organismos que hayan otorgado el derecho respectivo, y a los que hayan aprobado el otorgamiento de dicho derecho, si procediere, ordenándoles informar acerca de los requisitos para que pueda ser adjudicado en la subasta. Estos requisitos se incluirán y formarán parte integrante de las bases del remate.

Así, entre otros, el concesionario podrá preñar el contrato o dar en prenda los flujos e ingresos futuros de la concesión para garantizar obligaciones derivadas de dicha concesión, ceder o preñar libremente cualquier pago ofrecido por el Fisco que conste del contrato, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas.

Aplicando el artículo 580 del Código Civil, se puede concluir que los pagos comprometidos por el fisco a la sociedad concesionaria, así como los ingresos futuros son un derecho personal mueble. Respecto del derecho de concesión, hay que distinguir: sobre la obra concesionada el concesionario no es dueño, pero hay propiedad sobre el conjunto de derechos que emanan del contrato de concesión, es decir, existe dominio sobre una cosa incorporal.¹³ En relación con este punto, cabría hacer un análisis respecto de la particularidad que incorpora esta prenda al permitir preñar los derechos del concesionario.¹⁴ El derecho básico de la concesión es la explotación de la obra pública, siendo ésta la contrapartida de la ejecución, reparación o mantención de la obra pública, y en la práctica se materializa en el derecho del concesionario de cobrar al usuario una tasa o tarifa. Así lo establece claramente el artículo 11 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que señala "El concesionario percibirá como única compensación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidio convenidos y los beneficios adicionales expresamente estipulados". Cuando estos flujos se encuentran constituidos en prenda, pueden ser rebajados por el concesionario; pero si se encuentra dado en garantía a un tercero a través de la prenda especial, no podría el concesionario rebajar, puesto que se estaría afectando la caución. En caso de hacerlo, podría verse expuesto a que el acreedor le haga exigible su obligación, aun antes del vencimiento del plazo acordado, por haber operado la caducidad de este plazo según lo dispone el artículo 1496 del Código Civil.

En la Ley de Concesiones de Obras Públicas existe una directa vinculación entre el crédito y las partes del contrato: un deudor concesionario y un acreedor

¹³ El artículo 583 del Código Civil señala al respecto: "Sobre las cosas incorporales hay una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo".

¹⁴ Una figura similar introdujo el Código de Minería en la hipoteca de concesión minera.

financista y dicho financiamiento es para finalidades muy específicas, es decir, para la obra, la operación o la emisión de títulos de la sociedad concesionaria. Pero ¿podría darse el caso que un concesionario grave su concesión para el financiamiento de otra concesión de la que también es titular? En el sistema de concesión de obra pública no es dable dicha situación, conforme al artículo 43 que dice: “Ella podrá ser pactada por el concesionario con los financistas de la obra o de su operación o en la emisión de títulos de deuda de la sociedad concesionaria”. Se refiere a un concesionario y una concesión en particular y no a algún concesionario cualquiera. Confirma lo anterior lo señalado respecto a este punto por un consultor nacional: “Tocante a los mecanismos de financiamiento, debe entenderse dentro de un concepto de *“project financing”*, que el caso de las concesiones en Chile tiene como elemento adicional la existencia de una relación biunívoca entre concesión y concesionario; vale decir, un concesionario tiene una sola concesión. No existen por lo tanto flujos provenientes de concesiones que se hayan tenido previamente y que puedan contribuir al pago de los créditos requeridos para desarrollar el proyecto”.¹⁵

Un comentarista ha expresado sobre el particular: “Se ha entendido que este es un objeto de carácter **exclusivo**, es decir, la sociedad no puede dedicarse a otras actividades fuera de la concesión, y ni siquiera a otras concesiones, ya que está circunscrita a una concesión en particular. Cabe agregar que, hasta ahora, las bases de las concesiones han sido incluso más estrictas, exigiendo que la sociedad que se forme tenga el carácter de anónima, y que en sus estatutos se estipule que se regirá por las normas de las sociedades anónimas abiertas. La idea de fondo tras estas normas es que la empresa concesionaria no se vea en peligro por los malos resultados que pudiese tener en otras actividades. Sin embargo, ello también tiene sus inconvenientes, ya que puede redundar en empresas con escaso patrimonio y personal propios, y cuyo único activo importante sea precisamente la concesión.

Otro efecto secundario, muy relacionado a lo anterior, es que las concesionarias subcontraten casi íntegramente la construcción de la obra pública, y tal vez hagan lo mismo con su operación. Como resultado de lo anterior, se presenta entonces, ante los financistas, una empresa débil como sujeto de crédito: sin historia, ya que ha sido creada especialmente para el negocio, con escaso patrimonio (ya que éste está formado por los aportes de los accionistas, que no suelen ser más del 20% del costo estimado del proyecto, y que además se van entregando parcializadamente), y cuyo principal activo –la concesión– es de difícil valorización y utilización como garantía. Sin duda que estas caracte-

¹⁵ MERINO GÓMEZ, SERGIO, “Mecanismos de financiamiento de proyecto de concesión en Chile”. En seminario Internacional “Las concesiones de obras públicas, una nueva opción para el sector privado”. Compendio de exposiciones, Ministerio de Obras Públicas, Santiago, 12 y 13 de enero de 1993.

rísticas implican un mayor riesgo para el financista. Además, si bien es efectivo que la empresa concesionaria no corre peligro de que los malos resultados de otros negocios afecten el relativo a la concesión, a la inversa, tampoco existe la posibilidad de que los buenos resultados en otras actividades le permitan paliar o superar los eventuales malos resultados en ésta. Por estos motivos, pudiera ser conveniente reexaminar el concepto de objeto que impone la ley”.¹⁶

En cuanto a la preferencia, cabe tener presente que en el texto del DFL 164, la prenda de concesión de obra pública se asimilaba a la prenda industrial, con lo que le resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 5.687, que atribuía una superpreferencia que en la práctica la mayor parte de la jurisprudencia le negó. El acreedor prendario –decía dicha norma– tiene un privilegio para pagarse “con preferencia a cualquier otra obligación”. De estos términos se entendió por algunos que este privilegio prevalecería incluso sobre los créditos de la primera clase, lo que se vería confirmado por la circunstancia de que en la realización de la prenda industrial el acreedor de primera clase no podría entablar tercerías. Ello se vería corroborado por el artículo 28 del DS N° 900 del MOP, que establece que en caso de incumplimiento, los créditos garantizados con la prenda especial “se harán efectivos en el producto de la licitación con preferencia a cualquier otro crédito, siendo el remanente, si lo hubiere, del primitivo concesionario”.

En la Ley 20.190 se da al acreedor prendario abiertamente la preferencia del artículo 2474 del Código Civil.

b) La prenda del derecho de concesión portuaria

De acuerdo al artículo 6° N° 2 de la Ley 20.190, se puede dar en prenda el derecho de concesión portuaria constituido al amparo de la Ley N° 19.542, los bienes muebles de la sociedad concesionaria, o los ingresos o flujos futuros de ésta que provengan de la explotación de la concesión antedicha, que sólo podrán prendarse con el objeto de garantizar las obligaciones financieras que la sociedad concesionaria contraiga para financiar el ejercicio. Esta norma hay que entenderla a la luz del artículo 42 de la Ley 20.190, que, como se ha dicho, derogó el artículo 15 de la Ley 19.542.

La Ley 19.542, que modernizó el sector portuario estatal, creó 10 empresas portuarias a lo largo del país como continuadoras de EMPORCHI (Empresa

¹⁶ MARIN LOYOLA, URBANO, “Concesiones de obra pública, comentario crítico”. Exposición en Conferencia “Modificaciones introducida por la Ley N° 19.460 al régimen legal de concesiones de obra pública e ideas matrices de una normativa reglamentaria”. Fiscalía del Banco del Estado de Chile, Santiago, 23 de octubre de 1996.

Portuaria de Chile), las cuales son personas jurídicas de derecho público, constituyen una empresa del Estado con patrimonio propio, de duración indefinida y que se relacionan con el Gobierno por intermedio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, siendo su objetivo la administración, explotación, desarrollo y conservación de los puertos y terminales, así como de los bienes que posean a cualquier título, incluidas todas las actividades conexas inherentes al ámbito portuario indispensables para el debido cumplimiento de éste.

Ahora bien, estas empresas pueden realizar su objeto directamente o a través de terceros. En este último caso, lo hacen por medio a) del otorgamiento de concesiones portuarias, b) de la celebración de contratos de arrendamiento, o c) mediante la constitución con personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, de sociedades anónimas.

En el caso de las concesiones, durarán hasta 30 años, y si la finalidad de la concesión fuere ajena a la actividad portuaria, durarán hasta 10 años y el otorgamiento de las concesiones deberá realizarse mediante licitación pública, en cuyas bases se establecerán clara y precisamente los elementos de la respectiva concesión portuaria, en conformidad al artículo 50. Durante la vigencia de la concesión, los derechos del concesionario sólo podrán afectarse o limitarse en la forma y condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas.

Según el artículo 9° de la ley, los actos y contratos que celebren las empresas en el desarrollo de su objeto se regirán exclusivamente por las normas de derecho privado, en todo aquello que no sea contrario a las disposiciones de esta ley. En este contexto es que pueden darse en prenda los derechos de concesión. Antes de la Ley 20.190, esta prenda estaba reglada en el artículo 15 de la Ley 19.542, hoy derogado, que la reglaba asimilándola a la prenda industrial, pero agregando que debía anotarse al margen de la inscripción de la sociedad concesionaria en el respectivo Registro de Comercio.

c) La prenda del derecho de concesión de construcción y explotación del subsuelo conforme a la Ley N° 18.695

El artículo 6° N° 3 de la Ley 20.190 establece que se puede dar en prenda el derecho de concesión de construcción y explotación del subsuelo, constituido al amparo de la Ley N° 18.695, cuya prenda deberá subinscribirse en el Registro Especial de Concesiones establecido en el artículo 37 de la Ley N° 18.695.

La Ley 18.895, Ley Orgánica de Municipalidades, establece en su artículo 37 que las concesiones para construir y explotar el subsuelo se otorgarán previa licitación pública y serán transferibles, asumiendo el adquirente todos los derechos y obligaciones que deriven del contrato de concesión.

El adquirente deberá reunir todos los requisitos y condiciones exigidos al primer concesionario, circunstancia que será calificada por la municipalidad, pudiendo ésta rechazar la transferencia por no concurrir en el adquirente los citados requisitos y condiciones.¹⁷

Agrega el artículo 37 referido que el concesionario podrá dar en garantía la concesión y sus bienes propios destinados a la explotación de ésta y que los Conservadores de Bienes Raíces llevarán un registro especial en que se inscribirán y anotarán estas concesiones, sus transferencias y las garantías a que se refiere el inciso anterior.

d) La prenda del derecho de concesión onerosa sobre bienes fiscales, constituido al amparo del artículo 61 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977

El artículo 6° N° 4 de la Ley 20.190 establece que se puede dar en prenda: a) el derecho de concesión onerosa sobre bienes fiscales, constituido al amparo del artículo 61 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, que para el concesionario emane del contrato de concesión, o b) los ingresos o los flujos futuros que provengan de la explotación de la concesión antedicha.

En ambos casos, la prenda sólo podrá garantizar obligaciones que se deriven directa o indirectamente de la ejecución del proyecto o de dicha concesión. Agrega la norma que sin perjuicio de la obligación establecida en el Título IV de la ley, relativa a la necesidad de inscribir la prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, esta prenda deberá anotarse al margen de la inscripción exigida por el artículo 59 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977.

El Decreto Ley N° 1939, de 1977, contempla un mecanismo de adjudicación de concesiones sobre bienes fiscales por el Ministerio de Bienes Nacionales mediante decreto supremo del Ministerio de Bienes Nacionales, cuyo extracto deberá publicarse en el Diario Oficial, debiendo además el adjudicatario, dentro del plazo de 30 días contado desde la publicación en el Diario Oficial, suscribir con el Ministerio el correspondiente contrato de concesión, por escritura pública, la que deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces del lugar en que se hallare ubicado el inmueble, como también anotarse al margen de la inscripción de dominio del respectivo predio.

¹⁷ El artículo 33 de la Ley 20.190 establece que "En todo lo relacionado con la realización de la prenda de los derechos de concesión señalados en el artículo 6° de esta ley, éstos sólo podrán transferirse a quien diere cumplimiento a los requisitos establecidos en las leyes, reglamentos y bases de licitación para ser concesionario, según corresponda".

Conforme al artículo 62 A del DL 1.939, el concesionario podrá transferir la concesión, transferencia que comprenderá todos los derechos y obligaciones que emanen del contrato de concesión y sólo podrá hacerse a una persona jurídica de nacionalidad chilena, debiendo el adquirente de la concesión cumplir todos los requisitos y condiciones exigidos al primer concesionario. El Ministerio deberá autorizar la transferencia, para lo cual se limitará a certificar el cumplimiento de todos los requisitos anteriores por parte del adquirente, dentro de los 45 días siguientes a la recepción de la solicitud respectiva. Transcurrido este plazo sin que el Ministerio se pronuncie, la transferencia se entenderá autorizada.¹⁸ Por su parte el artículo 62 B del mismo DL 1.939 (derogado por el artículo 42 de la Ley 20.190) contemplaba la posibilidad de dar en prenda sin necesidad de autorización previa del Ministerio, el derecho de concesión que para el concesionario emane del contrato o sobre los flujos futuros de la concesión, con el objeto de garantizar cualquier obligación que se derive directa o indirectamente de la ejecución del proyecto o de la concesión. En el texto de dicha norma se exigía que el contrato se celebrara por escritura pública, debiendo inscribirse en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces del lugar en que se halla ubicado el inmueble, anotarse al margen de la inscripción exigida por el artículo 59 de esta ley y notificarse al Ministerio por intermedio de un notario. Actualmente no se aplica la exigencia de inscripción en el Registro de Prenda Industrial ni la de notificación al Ministerio, pero sí la de anotar al margen de la inscripción exigida por el artículo 59. Ello, sin perjuicio de la inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.

e) La prenda del derecho de explotación de concesiones de servicios sanitarios

El artículo 6° N° 5 de la Ley 20.190 establece que se puede dar en prenda “el derecho de explotación de concesiones de servicios sanitarios, constituido en los términos de los artículos 7° y 32 del Decreto con Fuerza de Ley N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, Ley General de Servicios Sanitarios, para quien explote la concesión sanitaria emanada del contrato de transferencia del derecho de explotación de concesiones de servicios sanitarios, o los ingresos o los flujos futuros que provengan del derecho de explotación antedicho”.

De acuerdo al DFL 382, estarán obligatoriamente regidas por el régimen de concesiones, la prestación de servicios sanitarios consistentes en a) producción y distribución de agua potable y b) recolección y disposición de servicios sanitarios. Por su parte, el artículo 7° del DFL 382 establece que la concesión tiene por objeto permitir el establecimiento, construcción y explotación de

¹⁸ Cfr. artículo 33 de la Ley 20.190.

los servicios públicos destinados a prestar servicios sanitarios; que dichas concesiones son de duración indefinida, sin perjuicio de su caducidad, de conformidad a lo establecido en la ley y que la totalidad o parte de ellas podrá ser objeto de cualquier acto jurídico en virtud del cual se transfiera el dominio o el derecho de explotación de la concesión.

Conforme al artículo 32 del DFL 382, en el caso de transferencia del dominio o del derecho de explotación de una concesión y siempre que ésta sea autorizada conforme al inciso precedente, el adquirente deberá cumplir con las condiciones exigidas en esta ley a las concesionarias de servicio público.¹⁹ La transferencia deberá constar en escritura pública y subinscribirse al margen de la inscripción en el registro que llevará la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Obras Sanitarias.

Además, el artículo 6° N° 5 de la Ley 20.190 establece que sin perjuicio de la inscripción de la prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, la prenda deberá anotarse al margen de la inscripción en el referido registro que llevará la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Obras Sanitarias.

f) La prenda de derechos emanados del contrato de participación conforme a la Ley 19.865

El artículo 42 de la Ley 20.190 derogó el artículo 16 de la Ley 19.865, debido a que el artículo 6° N° 6 estableció que se podían constituir en prenda “los derechos que para el participante emanen del contrato de participación celebrado conforme a la Ley N° 19.865, en aquellos casos en que la obligación de éste comprenda la ejecución, operación o mantención total o parcial de una obra, o que su retribución consista en la explotación total o parcial de la misma por un período de tiempo determinado, o los bienes muebles de propiedad del participante o los ingresos o flujos futuros que provengan del derecho de explotación antedicho, que sólo podrán prendarse con el objeto de garantizar las obligaciones financieras que el participante contraiga para financiar la ejecución, operación, mantención y explotación de la obra”.

La Ley 19.865, llamada de financiamiento urbano compartido (D.O. 01.04.2003), establece y regula el sistema de financiamiento urbano compartido, mediante el cual los Servicios de Vivienda y Urbanización y las Municipalidades podrán celebrar con terceros, previa licitación pública, contratos de participación, destinados a la adquisición de bienes o a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, a cambio de una contraprestación, que podrá

¹⁹ Cfr. artículo 33 de la Ley 20.190.

consistir en otorgar a aquéllos derechos sobre bienes muebles o inmuebles, la explotación de uno o más inmuebles u obras.

Pues bien, el artículo 15 de la Ley 19.865 establece que una vez perfeccionado el contrato de participación, y previa autorización expresa del SERVIU o de la Municipalidad, según corresponda, el participante podrá transferir el contrato de participación o los derechos emanados de éste. La transferencia del contrato de participación deberá siempre ser total, comprendiendo todos los derechos y obligaciones emanados del contrato y sólo podrá hacerse a una persona natural o jurídica que cumpla con los requisitos para ser adjudicatario, que no esté inhabilitada y dé cumplimiento a las obligaciones legales. Por su parte, el artículo 16, hoy derogado, establecía que se podía constituir una prenda especial, sin desplazamiento, de los bienes o derechos objeto del contrato, en aquellos casos en que la obligación del participante comprenda la ejecución, operación o mantención total o parcial de una obra, y su retribución consista en la explotación total o parcial de la misma por un período de tiempo determinado. Esta prenda tendrá por objeto garantizar las obligaciones financieras que el participante contraiga para financiar la ejecución, operación, mantención y explotación de la obra. La prenda podrá recaer sobre los derechos que para el participante emanen del contrato, los bienes muebles de su propiedad y los ingresos que provengan de la explotación de la obra. La prenda debía constituirse por escritura pública e inscribirse en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces del domicilio del SERVIU o de la Municipalidad y en el del participante, si fueren distintos, y anotarse al margen de la inscripción de la sociedad participante en el Registro de Comercio.

Por lo tanto, actualmente se puede constituir prenda sin desplazamiento sobre:

- a) los derechos que para el participante emanen del contrato de participación celebrado conforme a la Ley N° 19.865, en aquellos casos en que la obligación de éste comprenda la ejecución, operación o mantención total o parcial de una obra, o que su retribución consista en la explotación total o parcial de la misma por un período de tiempo determinado, o
- b) los bienes muebles de propiedad del participante o
- c) los ingresos o flujos futuros que provengan del derecho de explotación antedicho. La prenda sólo podrá garantizar las obligaciones financieras que el participante contraiga para financiar la ejecución, operación, mantención y explotación de la obra.

g) La prenda de derechos emanados del contrato de concesión de recintos o instalaciones deportivas del Instituto Nacional del Deporte de Chile

El artículo 6° N° 7 de la Ley 20.190 establece la posibilidad de constituir prenda sobre los derechos emanados del contrato de concesión de recintos o instalaciones deportivas del Instituto Nacional del Deporte de Chile, constituido al amparo

de los artículos 55 a 61 de la Ley N° 19.712, que sólo podrán prendarse previa autorización de dicho Instituto y para garantizar las obligaciones que deriven directa o indirectamente de la ejecución del proyecto de la concesión.

El artículo 42 de la Ley 20.190 derogó el artículo 60 de la Ley 19.712.

Para entender esta prenda hay que tener presente que la Ley 19.712, llamada Ley del Deporte (D.O. 09.02.2001), establece la posibilidad de celebrar convenios o constituir concesiones relativos a los recintos e instalaciones que formen parte del patrimonio del Instituto Nacional del Deporte. Este organismo, que por ley puede indistintamente llamarse "Chiledeportes", es un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, vinculado con el Presidente de la República a través del Ministerio Secretaría General de Gobierno.

Según esta ley, la concesión otorga al concesionario un derecho real de uso y goce sobre recintos deportivos e inmuebles destinados a la práctica del deporte, facultándolo, según el caso, para administrar o para construir y administrar las instalaciones destinadas a cumplir con los objetivos de esta ley.

Serán otorgadas, siempre a título oneroso, por la Dirección Regional en cuyo territorio se encuentre ubicado el recinto deportivo o el inmueble objeto de la concesión, a través de propuesta pública, previa presentación de un proyecto que señale la actividad que se desarrollará en el inmueble, los usos que se le darán y, en su caso, las obras que se ejecutarán en él. Estas concesiones son transferibles, asumiendo el adquirente todos los derechos y obligaciones que emanen del contrato de concesión y debiendo el adquirente cumplir, o allanarse a cumplir, los requisitos y condiciones exigidos al primer concesionario.

Ahora bien, el artículo 60, hoy derogado, como se ha dicho, establecía que la concesión, previa autorización del Instituto, podía otorgarse en prenda especial, recayendo en tal caso sobre los derechos emanados del contrato, y con el solo objeto de garantizar las obligaciones que deriven directa o indirectamente de la ejecución del proyecto de la concesión. Esta prenda debía constituirse por escritura pública, e inscribirse en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces del lugar en que se encuentre ubicado el inmueble y se regía en subsidio por las reglas de la prenda industrial. De manera que ni sobre el objeto empeñado ni sobre las obligaciones caucionadas hubo aquí una innovación.

h) Otros derechos de concesión

Según el artículo 6° N° 8 de la Ley 20.190, pueden darse en prenda todos aquellos derechos de concesión que, según las leyes bajo las cuales se regulen,

sean susceptibles de ser prendados, conforme a los requisitos establecidos en las mismas.

5.3. Prenda de otros derechos

5.3.1 Prenda de créditos

En la legislación comparada no hay unanimidad en aceptar la prenda de cosas incorporales.²⁰ En nuestro derecho, sobre las cosas incorporales también puede constituirse una prenda. Obviamente, en la medida en que sean derechos muebles. Pues aunque el artículo 2389 habla de "créditos" sin hacer alusión a la naturaleza mueble o inmueble de los mismos, es obvio que esa distinción no la hizo el legislador sólo por estimarla inoficiosa a la luz de lo dispuesto en el artículo 2384, al establecer que por el contrato de prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. Así lo ha entendido la jurisprudencia.²¹

Desde luego, no cabe duda que es posible constituir prenda sobre derechos personales.²² Lo permite expresamente el artículo 2389 al establecer que "Se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pero será necesario que el acreedor lo notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos".²³ Es interesante destacar desde ya estos últimos requisitos: "lo notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos".

Estos requisitos no se exigen en la cesión de créditos, donde en cambio sí se exige que el título lleve "anotado el traspaso del derecho bajo la firma del cedente" (artículo 1903). Ahora bien, que la notificación sea al deudor "consignado en el título" es una novedad. La notificación sería ineficaz si se notificara a otra persona, aunque se haya notificado al verdadero deudor en virtud de algún traspaso que pudiera haber existido de la deuda. Por tal motivo, será preciso verificar que en el título haya constancia actualizada del verdadero deudor.

²⁰ El Código Civil argentino dispone que "la posesión que el deudor da al acreedor de la cosa constituida en prenda, debe ser una posesión real en el sentido de lo establecido sobre la tradición de las cosas corporales" (artículo 3205).

²¹ Cfr. *Gaceta de los Tribunales*, año 1915, Sentencia N° 98, p. 213.

²² En el derecho romano clásico, la prenda de créditos era posible como una verdadera cesión de créditos en función garantizadora.

²³ El artículo 2309 del Código Civil argentino dispone que "Si el objeto dado en prenda fuese un crédito, o acciones industriales o comerciales que no sean negociables por endoso, el contrato, para que la prenda quede constituida, debe ser notificado al deudor del crédito dado en prenda, y entregarse el título al acreedor, o a un tercero, aunque él sea superior a la deuda".

Por otra parte, el artículo 2389 se refiere a una prohibición. Contrariamente a lo que pudiera pensarse, esa prohibición no es una obligación de no hacer de carácter contractual. Es una prohibición legal, en que la ley no sólo la establece sino que obliga a notificarla. Luego, la infracción de esta obligación acarrearía la nulidad absoluta del pago que el deudor pudiera llegar a hacer "en otras manos". Un pago tan nulo como aquellos a que se refiere el artículo 1578 del Código Civil. Como pago nulo, ha de considerarse un pago mal hecho y, aplicando el adagio de que "el que paga mal paga dos veces", ha de llegarse a la conclusión de que el acreedor podría accionar contra el deudor sin que éste pudiera, en tal evento, excepcionarse de haber pagado. Lo que deberá hacer en tal caso el deudor es ejercer –si procediere– las acciones por pago de lo no debido.

Se ha sostenido además, con toda razón, que el pago sería el único modo de extinguir la obligación del deudor en la prenda de créditos (aparte, obviamente, de aquellos modos de extinguir que son hechos jurídicos y no actos jurídicos). Pues en los demás casos significaría aceptar una colisión de intereses entre el del deudor del crédito y el del deudor prendario. Y frente a tal evento no puede operar modo de extinguir alguno en perjuicio del acreedor prendario. Ello se concluye fácilmente del análisis del artículo 1661, cuando establece que "la compensación no puede tener lugar en perjuicio de derechos de terceros".

Esa notificación es un requisito de oponibilidad frente a terceros y al respecto se ha discutido mucho si acaso debe ser una notificación judicial o no. Aunque estimamos que la cuestión es absolutamente discutible, siempre pensamos que no sería necesaria una notificación judicial, aunque sí, al menos, hecha por algún ministro de fe.²⁴ La Ley 20.190 ha agregado en el artículo 7° que la prenda de créditos nominativos deberá ser notificada al deudor del crédito pignorado, judicialmente o por medio de un notario con exhibición del título, prohibiéndole que lo pague en otras manos, salvo que mediare su aceptación por escrito; y en caso contrario, le será inoponible. Una copia del título que consigne el crédito nominativo que se otorgue en prenda será protocolizada al tiempo de suscribirse el contrato de prenda y en éste deberá hacerse mención de la protocolización de aquél. Agrega la norma que las obligaciones antes señaladas contenidas no serán aplicables a las prendas constituidas sobre los derechos señalados en el artículo, es decir los derechos de concesión.

En cuanto a la prenda de valores emitidos sin impresión física del título que los evidencie, podrán ser prendados bajo las disposiciones de la presente

²⁴ UGARTE EDWARDS, EDUARDO, "La prenda sobre créditos", Santiago, 1944, Memoria de Prueba, p. 50.

ley, en cuyo caso la prenda deberá anotarse en el registro de anotaciones en cuenta que se lleve para estos efectos. Tratándose de valores depositados en una empresa de depósito de valores constituida de acuerdo a la Ley N° 18.876, el acreedor prendario podrá solicitar la anotación de la prenda directamente a dicha empresa. Lo dispuesto es sin perjuicio de la obligación establecida en el Título IV de la ley (artículo 8°).

Tratándose de los créditos a la orden (endosables), se pueden constituir en prenda mediante un “endoso en prenda”. De acuerdo al artículo 17 de la Ley N° 18.092, el endoso puede ser en dominio, en cobro o en prenda. El endoso en prenda es el escrito por el cual el tenedor legítimo de una letra de cambio la constituye en prenda mediante una fórmula escrita al dorso de la letra misma o de una hoja de prolongación adherida a ella y firmada por el endosante. La fórmula no es sacramental: puede ser “valor en prenda”, “valor en garantía” u otra equivalente (artículo 21 de la Ley N° 18.092). Si el endoso no expresa calidad (y recordemos que hay endoso por el sólo hecho de la firma del endosante), es traslativo de dominio. Si no contiene beneficiario, es endoso en blanco (artículo 23 de la Ley N° 18.092). Por último, destaquemos dos cuestiones importantes. La primera, que “el endoso en garantía faculta al portador para ejercer todos los derechos emanados de la letra, cobrarla judicial y extrajudicialmente y aplicar sin más trámite su valor al pago de su crédito, con obligación de rendir cuenta al endosante. Sin embargo, a menos que se establezca lo contrario, el endosante no responde de la aceptación o pago de la letra. Mientras el endosatario mantenga la letra en su poder, debe practicar todas las diligencias necesarias para conservar los derechos emanados de ella. El endoso hecho por el endosatario en garantía sólo vale como endoso en cobro” (artículo 30 de la Ley N° 18.092). La segunda, que la Ley N° 18.092 establece muy categóricamente el carácter abstracto de las obligaciones cambiarias. Y eso es aplicable al endoso en garantía: “la persona demandada en virtud de una letra de cambio no puede oponer al demandante excepciones fundadas en relaciones personales con anteriores portadores de la letra” (artículo 28 de la Ley N° 18.092).

Todas estas disposiciones son aplicables no sólo al empeño de créditos a la orden que constan en letras de cambio o en pagarés (artículo 107 de la Ley N° 18.092), sino también al empeño de cualquier otro crédito a la orden. Así se desprende a nuestro juicio en forma inequívoca del artículo 1908.

En cuanto al empeño de créditos al portador, estimamos, con la mayoría de la doctrina, que hay que aplicar simplemente los mecanismos sobre cesión de créditos al portador. Es decir, el empeño se verifica mediante la entrega manual del título, pues en tal caso el crédito se asimila a una cosa corporal.

Creemos que todo crédito enajenable puede ser dado en prenda, aun cuando no haya emanado de un documento escrito.²⁵ La exigencia de la entrega que hace el Código en esta materia y que la formula también para la cesión de créditos (artículo 1901) es, evidentemente, circunscriptible sólo a los créditos emanados de documentos escritos. En los demás casos, la cesión se hará por escritura pública suscrita por el cedente y el cesionario y suscrita también por el deudor o al menos notificada al deudor.

Dejamos eso sí constancia de que parte de la doctrina ha interpretado muy enfáticamente el requisito de la entrega del título en el sentido de entrega material de un documento. Desde esta perspectiva, se podría dar en prenda un crédito que no constara en un documento escrito, sólo si previamente se escritura de alguna manera el crédito. Por ejemplo, mediante una escritura de reconocimiento de deuda.²⁶

Por último, se podría dar en prenda un crédito de un legatario de género. El legatario de género adquiere, desde la muerte del causante, un crédito en contra de éste.

5.3.2. Prenda de derechos reales

¿Es posible constituir prenda sobre derechos reales? Desde luego no sobre derechos reales inmuebles como son el censo, la servidumbre o la hipoteca (aunque perfectamente puede darse en prenda un crédito hipotecario).

Respecto a la prenda sobre una cuota hereditaria o sobre un derecho de usufructo mueble, la cuestión resulta bastante discutible. En la doctrina francesa prevalece la opinión afirmativa. Sin embargo, dentro de nuestro Código es difícil aceptar tal posibilidad. El artículo 2389 se refiere explícitamente a la prenda de derechos personales, silenciando en las restantes disposiciones alguna referencia a la prenda de cuotas hereditarias o de un derecho de usufructo, como en cambio lo hace el Código a propósito de la hipoteca en los artículos 2417 y 2418.

En cuanto a la factibilidad jurídica de la subprenda, esto es, de constituir en prenda un derecho real de prenda, creemos que debe ser rechazada categóricamente, pues pondría al acreedor prendario en la imposibilidad de cumplir su obligación restitutoria. Sin embargo, desde un punto de vista dogmático

²⁵ En la legislación argentina se prohíbe dar en prenda un crédito que no conste en documento escrito. El artículo 3212 del Código Civil argentino dispone que "No puede darse en prenda el crédito que no conste de un título por escrito".

²⁶ UGARTE, ob. cit., p. 29.

bien podría concebirse, pues si bien el acreedor prendario no tiene derecho alguno sobre la cosa empeñada, sobre su derecho real de prenda es dueño. Y así como puede transferir ese derecho real (conjuntamente con el crédito), podría gravarlo, en virtud del principio de que el que puede lo más puede lo menos.

No hay que confundir esta hipótesis con el dar en prenda la cosa empeñada, que está especialmente regulado y aceptado en otras legislaciones, como la argentina.²⁷ En el derecho romano clásico a esto se llamaba *pignus pignori datum* o *subpignus*. En este caso el acreedor prendario, mero tenedor de la cosa, la entregaba en prenda. En tal caso, si la obligación inicialmente caucionada era pagada, el constituyente inicial podía recuperar del subpignorario. Si en cambio el pignorario subpignorante pretende hacer efectiva la garantía por no pago de la deuda caucionada, el subpignorario podría ejercer los derechos de tal; esto es, ejercer los derechos de subprenda.

5.3.4. Prenda de universalidades

Uno de los principios fundamentales que inspiran en el derecho clásico la institución de la prenda es el principio de la especialidad. La cosa empeñada debe ser determinada e individualizada, razón por la cual no cabe la prenda de universalidades de cosas, ni menos de universalidades de derecho; si bien cabe la prenda de cosas singulares unidas por una denominación colectiva, con tal que cada una de ellas cumpla con los requisitos para ser empeñada. Esto es una exigencia derivada de la necesidad de la entrega. Sin embargo, en las leyes especiales de prenda sin desplazamiento que han existido en Chile se ha respetado de todos modos este principio.

Con todo, la Ley 20.190 permitió la prenda de universalidades. En el caso de prendarse grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho, tales como existencias, inventarios, materias primas, productos elaborados o semielaborados o repuestos, o maquinarias, redes o sistemas; los componentes de los mismos podrán ser utilizados, reemplazados, transformados o enajenados, en todo o en parte, salvo pacto en contrario.

Los bienes transformados en virtud de lo dispuesto en el inciso anterior, así como el producto elaborado con los componentes de dichas existencias, quedarán de pleno derecho constituidos en prenda.

¹³ El artículo 310 dispone que “Una nueva prenda puede ser dada sobre la misma cosa, con tal que el segundo acreedor obtenga conjuntamente con el primero, la posesión de la cosa empeñada, o que ella sea puesta en manos de un tercero por cuenta común. El derecho de los acreedores sobre la cosa empeñada seguirá el orden en que la prenda se ha constituido”.

Aquellos componentes que salgan de la universalidad o grupo de bienes empeñados quedarán subrogados por los que posteriormente lo integren, hasta la concurrencia del total constituido en prenda.

Cuando se pignoraren universalidades o grupos de bienes en la forma señalada en el inciso primero, el contrato de prenda deberá indicar el valor del conjunto de bienes sobre los que recaiga la prenda, salvo que las partes acuerden expresamente no asignarle un valor. En este último caso, no será aplicable lo dispuesto en el artículo 1496, N° 2, del Código Civil y el contrato de prenda deberá señalar las particularidades tendientes a individualizar los bienes prendados, señalando si son fungibles o no, determinando en el primer caso su especie, cantidad, calidad, graduación y variedad. La referencia al artículo 1496 significa que no procederá la exigibilidad anticipada de la deuda invocando el hecho del deterioro de la caución.

5.3.5. Prenda de cosas ajenas

Un aspecto que merece un análisis especial es el relativo a si podría darse en prenda una cosa ajena.²⁸ El artículo 2387 establece que no se puede empeñar una cosa sino por quien tenga facultad de enajenarla. Una declaración en tal sentido no la hace el Código a propósito, por ejemplo, de la compraventa, de lo que podría deducirse que la prenda de cosa ajena más que inoponible al dueño sería derechamente nula. Es decir, que sería requisito de validez del contrato el que el constituyente fuera dueño de la cosa empeñada. Sin embargo, los artículos 2390 y 2391 reglamentan minuciosamente los efectos de la prenda de cosa ajena.

Si hubo consentimiento del dueño, hay en realidad un mandato y por consiguiente es plenamente válida y oponible al dueño. Aunque válida entre las partes y generadora de derechos y obligaciones, respecto al dueño de la cosa empeñada, la prenda de cosa ajena sin su consentimiento le es inoponible.²⁹ Para él, el contrato es *res inter alios acta* y por ende puede exigir la restitución de la cosa de quien quiera que la tenga mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria (artículo 915). La Ley 20.190 ha agregado en su artículo 13 que sólo el dueño podrá alegar la inexistencia del derecho real de prenda

²⁸ En el derecho romano, la prenda de cosa ajena era nula, pero convalidable si el constituyente adquiría después el dominio de la cosa (Cfr. GUZMAN BRITO, ob. cit., p. 647). En el Código Civil argentino se dispone que "sólo puede constituir prenda el que es dueño de la cosa y tiene capacidad para enajenarla, y sólo puede recibir la cosa en prenda, el que es capaz de contratar. El acreedor que de buena fe ha recibido del deudor un objeto del cual éste no era propietario, puede, si la cosa no fuese perdida o robada, negar su entrega al verdadero propietario" (artículo 3213).

²⁹ O, como dice el artículo 3216 del Código Civil argentino, "La prenda de la cosa ajena, aun cuando no afecte a la cosa, produce sin embargo obligaciones personales entre las partes".

invocando su derecho de dominio sobre la cosa pignorada, sin perjuicio de la validez del contrato.

Respecto a las relaciones entre los contratantes, la prenda de cosa ajena producirá diferentes efectos según las circunstancias. Si la cosa empeñada había sido hurtada, robada o tomada por la fuerza a su dueño o perdida por éste y alguno de tales hechos son conocido por el acreedor, se aplicará la norma del artículo 2183 del Código Civil, conforme a la cual el acreedor prendario está obligado a denunciar al dueño el gravamen que se ha constituido, dándole un plazo razonable para reclamar la cosa, suspendiendo la restitución de la cosa, so pena de tener que indemnizar los perjuicios si la restituye al que ha otorgado la prenda.³⁰ Pero si en cambio el acreedor no tuvo conocimiento de algunos de estos hechos o ellos simplemente no ocurrieron, el contrato subsistirá mientras no la reclame su dueño y quede ejecutoriada la sentencia que le reconoce el dominio (artículo 2390 del Código Civil).

En cualquier caso, el artículo 2391 del Código Civil añade que, una vez restituida la prenda, da derecho al acreedor para exigir que se le entregue otra prenda de valor igual o mayor, o se le otorgue otra caución competente; y en defecto de una y otra, que se le cumpla la obligación principal, aunque haya plazo pendiente para su pago (aplicación del artículo 1496 del Código Civil).³¹

Fuera de estos derechos nada más podría hacer el acreedor. Al menos nuestra jurisprudencia ha sostenido que el acreedor no podría demandar la resolución de contrato que la prenda garantiza.³² Estos derechos serán ejercidos contra el deudor. Nunca contra el tercero que eventualmente puede haberla constituido, dado que ese tercero carece de interés en la deuda. Pero si el tercero ha recibido una remuneración por el "servicio" y el acreedor acciona contra el deudor, el deudor a su vez podrá repetir la remuneración contra el tercero constituyente. De lo contrario habría un enriquecimiento sin causa.

Por otra parte, si se constituye en prenda una cosa ajena, aunque el acreedor prendario no adquirirá por la tradición el derecho real de prenda (ni por consiguiente la mera tenencia de la cosa empeñada), dado que nadie puede

³⁰ El artículo 3214 del Código Civil argentino dispone que "si la cosa se ha perdido o ha sido robada a su dueño, y el deudor la ha comprado en venta pública o a un individuo que acostumbraba vender cosas semejantes, el propietario podrá reivindicarla de manos del acreedor, pagándole lo que le hubiese costado al deudor".

³¹ El artículo 3215 del Código Civil argentino dispone que "Cuando el acreedor ha recibido en prenda una cosa ajena que la creía del deudor, y la restituye al dueño que la reclamare, podrá exigir que se le entregue otra prenda de igual valor; y si el deudor no lo hiciere, podrá pedir el cumplimiento de la obligación principal, aunque haya plazo pendiente para el pago".

³² *Gaceta de los Tribunales*, año 1922, Sentencia N° 139, p. 546.

transferir lo que no tiene; sin embargo, el acreedor prendario quedará instalado en la posesión del derecho real de prenda (artículo 683 del Código Civil) y podrá llegar a adquirir la titularidad (dominio) de ese derecho real por la prescripción adquisitiva de acuerdo a las reglas generales (artículo 670 inciso 2° y artículo 2498 inciso 2° del Código Civil) y con los mismos plazos que la prescripción adquisitiva del derecho de dominio (artículo 2512 del Código Civil). Además, como la prenda de cosa ajena no es nula, “si el constituyente adquiriere el dominio de la cosa o el dueño ratificare el correspondiente contrato de prenda, se entenderá constituido el derecho real de prenda desde la fecha de su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento” (artículo 13 de la Ley 20.190). Es decir, se aplica el mismo criterio de los artículos 1815, 1818 y 1819 del Código Civil para la compraventa.

5.3.6. Prenda de bienes o derechos futuros

Otro punto interesante consiste en definir si se podrían empeñar créditos futuros. En general se ha estimado –y nosotros compartimos tal criterio– que salvo norma legal expresa es imposible dar en prenda cosas o derechos futuros, por cuanto al no existir no pueden ser entregados real ni ficticiamente. Nuestra Corte Suprema estableció que se pueden dar en prenda rentas de arrendamiento no devengadas todavía. Aunque se ha sostenido lo contrario,³³ creemos que ello implica aceptar prenda de cosa futura. El contrato de arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo: el crédito a las rentas nace periódicamente. No se trata de un plazo. Distinto sería el caso de dar en prenda créditos por dividendos no vencidos todavía. En tal caso el crédito existe desde el momento en que se ha perfeccionado la compraventa; sólo que el vendedor y acreedor del precio no puede exigir la satisfacción de esos créditos sino una vez vencido cada plazo o caducados todo los plazos (cláusula de aceleración).

Pues bien, la Ley 20.190 derechamente acepta la prenda de bienes o derechos futuros, en la medida en que se rija por la normativa de la prenda sin desplazamiento. El artículo 9° establece que el contrato de prenda sobre bienes o derechos futuros será válido, pero mediante su inscripción no se adquirirá el derecho real de prenda sino desde que los bienes o derechos empeñados lleguen a existir. Una vez que los bienes o derechos existan, se entenderá constituido el derecho real de prenda desde la fecha de su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. Por su parte el artículo 10 dispone que las cosas que no han llegado al país podrán ser empeñadas, siempre que el constituyente de la prenda sea el titular del conocimiento de embarque, guía aérea, carta de porte o documento que haga las veces de cualquiera

³³ UGARTE, ob. cit., p. 29.

de los anteriores, conforme a las normas que regulan la circulación de tales documentos.

La ley ha asimilado a prenda de bienes futuros aquella en que lo que se da en prenda son cosas que la ley reputa como inmuebles por destinación o adherencia: dicha prenda no tendrá otro efecto que ser una prenda sobre bienes futuros; y en consecuencia, se le aplicarán las reglas del artículo 9° entendiéndose que las cosas llegan a existir cuando son separadas del inmueble al que acceden o cesa la afectación a un predio, por la voluntad o el hecho de su dueño y el consentimiento del acreedor hipotecario, si fuere el caso. A la inversa, si lo que se da en prenda son bienes corporales muebles que posteriormente se transformen en inmuebles por destinación o adherencia, subsistirá sin que sea necesario el acuerdo del acreedor hipotecario y gozará de preferencia sobre la hipoteca, si se anotare al margen de la correspondiente inscripción hipotecaria. Si no se practicare esta anotación, la ejecución de la hipoteca producirá la purga de la prenda, sin necesidad de notificación al acreedor prendario (artículo 14 de la ley).

Se ha planteado asimismo el problema de si acaso podría darse en prenda el derecho del asegurado a una indemnización en el evento de sobrevenir un riesgo. Doctrinalmente se ha debatido acerca de si se estaría empeñando un crédito condicional o se estaría empeñando una mera expectativa. La I. Corte de Apelaciones de Valparaíso ha establecido que "Una póliza de seguros, en circunstancias de no haberse producido el incendio que está destinada a indemnizar, no reviste los caracteres de un crédito susceptible de darse en prenda, porque no puede hacerse efectivo a la persona o entidad que puede resultar deudora, sino en caso del siniestro y por el valor de los perjuicios ocasionados, de donde resulta que la póliza de seguros es una mera expectativa a ese crédito de valor variable y eventual".³⁴ Aunque pueda parecer chocante que se hable de mera expectativa por una de las partes en un contrato como el de seguro, que es definido por el Código de Comercio (artículo 512) como bilateral, compartimos dicha sentencia. El derecho del asegurado a la indemnización es un derecho condicional, es decir, un derecho que en rigor no existe (aunque se espera que exista) y que puede ocurrir que nunca llegue a existir.

Cosa completamente distinta es la posibilidad de empeñar la póliza del seguro. En este caso estamos frente a un documento que da cuenta de un crédito, que puede ser nominativo, a la orden o al portador y que por ende se rige por diferentes reglas según los casos.

³⁴ Cfr. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XXVII, Segunda Parte, Sección Primera, p. 323.

5.3.7. Prenda de cosas empeñadas

La ley sólo ha señalado al respecto que “se podrá constituir una o más prendas sobre un mismo bien, prefiriéndose por el orden cronológico de sus respectivas inscripciones en el Registro de Prendas sin Desplazamiento” (artículo 16). Cabe aplicar analógicamente en este caso las disposiciones relativa a la preferencia entre varios acreedores hipotecarios de un inmueble contenidas en el Código Civil.

6. La inscripción de la prenda y el Registro Nacional de Prendas sin desplazamiento

El artículo 28 creó el Registro de Prendas sin Desplazamiento, dependiente del Servicio de Registro Civil e Identificación, de conformidad con esta ley y en la forma que determine el reglamento que al efecto dicte el Presidente de la República mediante decreto supremo emanado conjuntamente del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Justicia. Dicho reglamento establecerá las menciones que deberá contener la inscripción, los procedimientos para requerir y entregar la información contenida en el Registro, así como la organización, operación y requerimientos básicos del mismo.

Pues bien, conforme al artículo 24, dentro del plazo de tres días hábiles, exceptuados los días sábado, contado desde la fecha de suscripción de la escritura pública en que consta el contrato de prenda, su modificación o su alzamiento o, tratándose de instrumentos privados, desde su fecha de protocolización, el notario deberá enviar para su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, una copia autorizada del contrato de prenda, de su modificación o su alzamiento y una copia de los documentos en que consten las obligaciones registro, si éstas no estuvieren indicadas precisamente en el contrato de prenda.

Las copias de dichos actos y contratos deberán ser enviadas por medio de soportes magnéticos o a través de comunicaciones por redes electrónicas que aseguren la fidelidad y seguridad de los antecedentes acompañados.

Excepcionalmente, tratándose de notarías que no cuenten con los medios tecnológicos necesarios para efectos de lo señalado precedentemente, el Registro de Prendas sin Desplazamiento podrá recibir copias físicas de los instrumentos requeridos, sin perjuicio de su derecho para cobrar por la digitalización de dichos documentos.

La omisión de las diligencias señaladas no afectará la validez del contrato de prenda ni la de su modificación o alzamiento, ni impedirá su anotación o

inscripción, pero hará responsable al notario respectivo por los daños que se originen como consecuencia de la omisión, sin perjuicio de la sanción disciplinaria de que pudiere ser objeto. En este caso y sin perjuicio de lo señalado en este inciso, el interesado podrá concurrir directamente al Registro Civil y obtener la inscripción requerida.

El Servicio de Registro Civil e Identificación inscribirá en el mencionado Registro de Prendas sin Desplazamiento los documentos que al efecto reciba. Las inscripciones se realizarán por estricto orden de presentación. En caso de que se negare una inscripción, la persona perjudicada con la negativa podrá ocurrir ante el juez de primera instancia del departamento, quien en vista de esta solicitud y de los motivos expuestos por el Servicio de Registro Civil e Identificación, resolverá por escrito y sin más trámite lo que corresponda. Si manda el juez hacer la inscripción, ésta tendrá la fecha y hora de la primera presentación al Registro. Si el juez la denegare, el decreto en que se niegue la inscripción será apelable en la forma ordinaria.

De acuerdo al artículo 26, sólo un tribunal podrá disponer que una inscripción practicada por el Registro de Prendas sin Desplazamiento sea modificada o eliminada, de acuerdo a las normas generales. No obstante, de oficio o a requerimiento de cualquier interesado y dentro de un plazo de diez días hábiles, exceptuados los días sábado, a contar de la fecha de la inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, éste podrá rectificar los errores manifiestos en que se pudiere haber incurrido al practicarse la anotación. Con todo, la fecha de la constitución del derecho real de prenda será siempre la de su inscripción original.

Además, el deudor prendario tendrá derecho a exigir a su acreedor que suscriba el acto de alzamiento a que se refiere el artículo 2° de esta ley, efectuado que sea el pago íntegro de las obligaciones caucionadas. Si el acreedor prendario se negare, el deudor podrá solicitar judicialmente su alzamiento de conformidad con el procedimiento prescrito en el Título IV, Párrafo 2° del Libro III del Código de Procedimiento Civil (artículo 27).

7. El derecho real de prenda

El derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.³⁵

³⁵ De acuerdo a la Ley 18.112, la tradición se hacía por escritura pública (artículo 8°) sin perjuicio que se exigía como requisito de oponibilidad a terceros la publicación del extracto en el Diario Oficial (artículo 9°) sin perjuicio de exigirse adicionalmente, en los bienes registrables, la anotación al margen

La prenda sólo será oponible a terceros a partir de esa fecha. El artículo 38 agrega que la cesión de créditos caucionados con esta prenda se sujetará a las reglas que correspondan a su naturaleza, pero para que la cesión comprenda el derecho real de prenda, manteniendo la prenda la preferencia que gozaba en virtud del crédito cedido, en el Registro de Prendas sin Desplazamiento deben constar expresamente el crédito garantizado y la posibilidad de cesión de la prenda.

En caso de bienes sujetos a inscripción obligatoria en algún otro registro, la prenda será inoponible a terceros, mientras no se anote una referencia del contrato de prenda al margen de la inscripción correspondiente. Sin embargo, el derecho de prenda no será oponible contra el tercero que adquiera el bien empeñado por venta al detalle en una fábrica, feria, bolsa de productos agropecuarios, casa de martillo, tienda, almacén u otros establecimientos análogos en que se vendan cosas muebles de la misma naturaleza³⁶ (artículo 25).

8. Derechos del acreedor prendario

8.1. Exigibilidad anticipada de la deuda

La Ley 20.190 contempló varios casos en que el saldo de la deuda se considerará como de plazo vencido pudiendo el acreedor proceder a la realización inmediata de la garantía:

a) Si el dueño incumple la obligación contraída de no gravar o enajenar la cosa dada en prenda, habiéndose mencionado dicha prohibición en el Registro (artículo 17).

b) Si se abandonaren las especies preñadas o permitido el menoscabo o extinción de los derechos empeñados. Habiéndose pues incumplido los deberes de conservación que tiene el dueño en calidad de depositario, el tribunal podrá autorizar al acreedor para que, a su opción, tome la tenencia del bien preñado, designe un depositario o proceda a la realización de la prenda, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido (artículo 18).

c) Si habiéndose convenido un lugar en donde debía mantenerse la cosa empeñada, ésta se trasladara o si habiéndose convenido que la cosa empeñada se utilizara de una forma especificada en el contrato, ésta se utilizare de forma

de la inscripción en el Registro de Vehículos Motorizados o, en caso de naves, la anotación al margen de la inscripción de la nave en el Registro de Matricula (art. 8°).

³⁶ Cfr artículo 10 de la Ley 18.112.

distinta a lo pactado; todo ello, a menos que el acreedor consienta en ello o que el tribunal competente del lugar de suscripción del contrato decrete su traslado o uso distinto para su conservación (artículo 19).

d) Si el constituyente se opusiere a las visitas inspectivas decretadas por el Tribunal persistiendo en su negativa tras haber sido judicialmente requerido (artículo 20).

e) Si los gastos de custodia y conservación del bien dado en prenda fueren dispendiosos, el tribunal competente del lugar de suscripción del contrato de prenda podrá, a petición del constituyente, ordenar su enajenación de la forma más conveniente, sin previa tasación, pagándose al acreedor el producto de dicha enajenación³⁷ (artículo 21).

8.2. Derecho a hacer subastar la cosa empeñada

La cosa empeñada se subasta en un procedimiento ejecutivo de obligación de dar con ciertas modificaciones (artículo 29).

8.2.1. Título ejecutivo

De acuerdo al artículo 30, la escritura pública o la copia autorizada del instrumento privado en el que conste el contrato de prenda protocolizado tendrá mérito ejecutivo sin necesidad de reconocimiento previo, respecto de las obligaciones que se contraigan en los mismos o que se individualicen con precisión, en cuanto a su origen, monto, plazo e interés. Si en el contrato de prenda no se indica la obligación caucionada, para proceder a la ejecución deberá acompañarse un título con mérito ejecutivo en el que conste dicha obligación.

8.2.2. Notificación, excepciones y purga de las prendas

La notificación de la demanda ejecutiva y el requerimiento de pago se registrarán por lo establecido en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que se podrá notificar conforme al artículo 44 de dicho Código aunque el demandado no se encuentre en el lugar del juicio.

Notificados el deudor prendario y el constituyente de la prenda, si este último fuere distinto, el acreedor prendario podrá pedir la inmediata realización de la prenda, aunque se hubieren opuesto excepciones.³⁸ Estas, con todo, pueden

³⁷ Cfr. artículo 16 de la Ley 18.112.

³⁸ Cfr. artículo 23 de la Ley 18.112.

ser muy variadas: son procedentes las del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, salvo la 2ª, 4ª, 8ª y 15ª.³⁹ El tribunal resolverá, con citación del deudor prendario y del constituyente de la prenda, y podrá exigir que el acreedor caucione previamente las resultas del juicio.

En la realización de la prenda deberá notificarse a los demás acreedores prendarios que tengan derecho sobre el bien prendado, los cuales serán cubiertos sobre el precio del remate en el orden que les corresponda, independientemente que su crédito no se haya devengado. Es decir, en este caso no existe la opción de los acreedores de conservar la garantía sobre las cosas empeñadas que se subastan.⁴⁰ Cuando se trate de la realización de inmuebles por destinación o adherencia a que se refiere el inciso final del artículo 14, el acreedor hipotecario ejecutante deberá citar a los acreedores prendarios de conformidad con el artículo 2428 del Código Civil, teniendo lugar lo previsto en los artículos 492 y 762 del Código de Procedimiento Civil, en la medida que resulten aplicables (artículo 37).

8.2.3. Realización de créditos

Tratándose de prenda sobre créditos, podrá el ejecutante pedir que el embargo se notifique por cédula al deudor del crédito pignorado, a fin que retenga y consigne en la cuenta corriente del Tribunal la suma que éste determine. La resolución deberá identificar el crédito respecto del cual se solicita el pago e incluir instrucciones para que el deudor del mismo pueda cumplir con lo ordenado.

Si el obligado a la retención no cumpliere con lo ordenado, el Tribunal, a solicitud del acreedor prendario, despachará en su contra mandamiento de ejecución y embargo.

En caso que el deudor del crédito prendado no pudiese cumplir con lo ordenado en el inciso primero, deberá comunicar al Tribunal, dentro del tercer día, las causas que le impiden acatar dicha resolución. Puesta dicha comunicación en conocimiento del ejecutante, éste tendrá un plazo de cinco días para objetarla o exponer lo que convenga a su derecho. El tribunal dará a la objeción tramitación incidental y, en caso de ser rechazada, por la sola solicitud del acreedor prendario despachará en contra de aquél mandamiento de ejecución y embargo (artículo 31).

³⁹ Mucho más amplias, pues, las posibilidades de defensa del demandado que en la ejecución de las prendas constituidas al amparo de la Ley 18.112 (artículo 22 de dicha ley).

⁴⁰ Artículo 492 del Código de Procedimiento Civil.

Si la prenda recayere sobre créditos con flujos periódicos, el mandamiento de ejecución que se despache para el primero de los pagos se considerará suficiente para el pago de los restantes, sin necesidad de nuevo requerimiento (artículo 32).

8.2.4. Realización de derechos de concesión

Los derechos de concesión señalados en el artículo 6° sólo podrán subastarse a quien diere cumplimiento a los requisitos establecidos en las leyes, reglamentos y bases de licitación para ser concesionario, según corresponda. Para estos efectos, el tribunal que esté conociendo de la realización de la prenda oficiará a los organismos que hayan otorgado el derecho respectivo, y a los que hayan aprobado el otorgamiento de dicho derecho, si procediere, ordenándoles informar acerca de los requisitos para que pueda ser adjudicado en la subasta (artículo 33).

Estos requisitos se incluirán y formarán parte integrante de las bases del remate. El acta de remate deberá reducirse a escritura pública, la cual deberá ser firmada por el juez, el adjudicatario y los organismos respectivos dentro de un plazo de sesenta días, contados desde la adjudicación. Si transcurriere dicho plazo sin que los organismos respectivos hayan suscrito la escritura pública, se entenderá que consienten en dicha transferencia, a menos que manifiesten su oposición y la notifiquen por medio de un ministro de fe al adjudicatario.

Lo dispuesto precedentemente no es aplicable en caso que el acreedor prendario opte por proceder al embargo de las utilidades o de cualquier otro pago que el contrato respectivo contemple y que se encuentre prendado a su favor. Embargados estos bienes, el depositario que se nombre tendrá las facultades y deberes de interventor judicial, de conformidad con el artículo 294 del Código de Procedimiento Civil; y para ejercer las que le correspondan al cargo de depositario, procederá en todo caso con autorización del juez de la causa.

8.2.5. Realización de animales

Si las especies a realizar fueren animales, el tribunal podrá disponer que se vendan en la feria que indique, debiendo en tal caso publicarse avisos durante dos días en el periódico que el tribunal señale (artículo 34).

8.2.6. Acción de desposeimiento

La acción de desposeimiento contra el tercero poseedor que no sea deudor personal, se sujetará a las normas del Título XVIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, en lo que no sean contrarias a la naturaleza de la cosa prendada o del contrato de prenda (artículo 35).

8.2.7. Ausencia de fuero

En los juicios civiles a que se refiere esta ley no se considerará el fuero personal de los litigantes, ni se suspenderá su tramitación por la declaración de quiebra, excepto lo prescrito en los artículos 125 y 126 de la Ley N° 18.175 (artículo 36).

8.2.8. Derecho legal de retención por el arrendador sobre las cosas empeñadas

De acuerdo al artículo 22, el arrendador podrá ejercer su derecho legal de retención sobre especies dadas en prenda, sólo cuando el contrato de arrendamiento conste en escritura pública otorgada con anterioridad a la correspondiente inscripción de la prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. El decreto judicial que declare procedente la retención deberá inscribirse en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.⁴¹

8.3. Derecho de pago preferente

El acreedor prendario tendrá derecho a pagarse, con la preferencia establecida en el artículo 2474 del Código Civil, del total del monto del crédito, incluidos los intereses, gastos y costas, si los hubiere. Este privilegio se extenderá, además, al valor del seguro sobre la cosa dada en prenda, si lo hubiere, y a cualquier otra indemnización que terceros deban por daños y perjuicios que ella sufriere (artículo 15). De modo que se recoge la misma idea del artículo 12 de la Ley 18.112 y queda aquí despejada toda la larga discusión que existía acerca de la preferencia de la garantía prendaria que en otras disposiciones aparece⁴² o aparecía⁴³ como una superpreferencia.

⁴¹ Cfr. artículo 17 de la Ley 18.112.

⁴² Cfr. artículo 16 de la Ley 18.690.

⁴³ Cfr. artículo 25 de la Ley 5.687.

Justicia distributiva: una aproximación a Rawls y otras doctrinas económico-filosóficas¹

Andrés Rodríguez Cáceres

Profesor Adjunto de Ética Profesional

UNIVERSIDAD FINNIS TERRAE

Profesor Adjunto de Ética y Filosofía del Derecho

UNIVERSIDAD CENTRAL

*“Se piensa que lo justo es lo igual, y así es;
Pero no para todos, sino para los iguales.
Se piensa por el contrario que lo justo es lo desigual, y así es;
Pero no para todos, sino para los desiguales.”*

Aristóteles

Suum cuique tribuere. Esta frase tiene un tremendo impacto en el entendimiento de la justicia. Dos son los motivos para ello: Junto a *honeste vivere* (vivir honestamente) y *alterum no laedere*² (no dañar a nadie) forman la tríada de Ulpiano que define los principios del Derecho. Además, de este principio deriva aquella clásica definición que dice que la justicia distributiva es *la voluntad firme y constante que da a cada uno su derecho*. En el presente ensayo, desarrollaremos algunas ideas referentes a la mencionada según John Rawls, quien desarrolla una muy interesante perspectiva al organizar su teoría integrando a la filosofía con la economía, cosa que es producto de un largo proceso tanto histórico como de estudio de las ciencias sociales, junto con ello integraremos a esta la visión de otros autores que con diversas visiones, nos permiten obtener, al menos en nuestro parecer, una cierta perspectiva del problema en cuestión.

Creemos que la idea de la integración de ciencias es posible por el asentamiento del protestantismo en la gran mayoría de Europa y el subsiguiente retiro de la influencia católica. Si esto es adecuado o no, no corresponde analizarlo en este

¹ El autor agradece la colaboración e investigación del señor Antonio Rivas Vergara en este trabajo.

² Kant en *Metafísica de las Costumbres* lo enuncia de una forma diversa: *Neminem Laedere*. Así el hombre ha de procurar evitar todo mal, aunque para ello deba “alejarse de toda sociedad”.

momento, lo que nos interesa es revisar el fenómeno aplicado en sí, ya que la economía se contrapone al derecho y su filosofía en el sentido de establecer resultados diferentes a las mismas preguntas. Véase al caso la siguiente nota de Santo Tomás, quien nos dice en la parte *Secunda Secundae, Cuestión 78, artículo 1º, de la Summa Teológica*:

“Respondo.

Percibir interés por un préstamo monetario es injusto en sí mismo, porque implica la venta de lo que no existe, con lo que manifiestamente se produce una desigualdad que es contraria a la justicia. Para evidenciarlo, debe recordarse que hay ciertos objetos que se consumen por el uso; así consumimos el vino utilizándolo para la bebida y el trigo al emplearlo para la comida. En estos casos no deberán computarse separadamente el uso de la cosa y la cosa misma, sino que a quien se concede el uso se le concede también la cosa misma. De ahí que, tratándose de tales objetos, el préstamo transfiere la propiedad de los mismos. Luego si alguien quisiera vender de una parte el vino y de otra el uso del vino, vendería dos veces la misma cosa o vendería lo que no existe; y por esta razón cometería manifiestamente un pecado de injusticia. Por igual causa comete una injusticia el que presta vino o trigo y exige dos pagos: uno, la restitución del equivalente de la cosa, y otro, el precio de su uso, de donde el nombre de *“usura”*.³

El influjo de las Escrituras es valioso si deseamos entender por qué resultaba repulsiva para el Santo Doctor la idea del interés, pero como señalásemos anteriormente, la llegada del protestantismo significó un cambio a lo dicho. De hecho en su versión más extrema, la del Calvinismo, aquellos con bienestar económico eran los predestinados por Dios, por lo que una buena condición económica era igual a estar designado por la gracia divina.

Ciertamente un buen acicate para impulsar la actividad privada. Ahora en el campo positivo, y a favor de la segunda posición, hallamos en el sistema legal, secularizado ya para finales del siglo XIX, una serie de regulaciones que reconocen y amparan el pago de intereses, crean procedimientos para asegurarlo y, aun más, establecen procedimientos para el pago compulsivo de ellos. No es nuestra intención entrar al fondo del argumento sobre la idoneidad de rechazar o aceptar el principio de maximización de la riqueza en el entendimiento de la *ciencia* del derecho, pero es muy cierto que al menos el derecho civil de las obligaciones contractuales, y en general la rama del derecho que rige la relación entre privados tienen una fuerte raíz en este principio. Esto es tan cierto como también lo es que muchos de los filósofos de los siglos XVIII y XIX

³ STO. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Teológica, parte Secunda Secundae, Cuestión 78, artículo 1º*, B.A.C. Editorial católica S.A. Madrid, España.

fueron también economistas, véanse los casos de John S. Mill, David Hume y Karl Marx, y que en el siglo XX se siga con esta tendencia con los ejemplos de Hayek y, en menor medida, Milton Friedman.

Por este motivo el presente ensayo se mueve entre estas realidades libremente. Esto es así para que la comprensión del tema sea desarrollada de manera cabal. No podría ser diferente si tenemos en cuenta que la economía es una herramienta al servicio del hombre y desde que ello es así debe contar con una ética que limite las actuaciones del ejecutor, debiendo entender que este es aquel ser inhumanizado, con las mismas cualidades de "El Príncipe", dejándonos una línea de actuación normada fuera de los parámetros de lo moral. Ya se ha demostrado que la falta de control en sus postulados genera situaciones indeseables, siendo natural ello, ya que la perfección de un sistema es imposible bajo las teorías de la Física, la entropía es propia de todo sistema y la economía como herramienta es una parte del proceso

Los hombres se ven afectados por las contingencias y, en nuestros días, dependemos de influencias de ultramar que son capaces de viajar con una velocidad inusitada. Definámosla, a la sociedad, al menos para los efectos del presente trabajo, y asumiendo desde ya la arbitrariedad y la naturaleza incompleta del anterior concepto, como un conjunto de individuos que de manera más o menos autosuficiente están reglados bajo una idea común de justicia.

Ahora, si la sociedad es aproximada como una empresa, ella está caracterizada por el conflicto y la cooperación, y si, en relación a lo anterior, definimos a la justicia como la ordenación racional en virtud de la cual se eligen los mecanismos que distribuyen las ganancias de ella, hallaremos que en la justicia yace una lógica utilitarista. Según Mill el concepto de utilitarismo es mucho más que aquella visión pedestre que asocia a esta corriente de pensamiento con cosas como el placer o la satisfacción; valga recordar, que el Utilitarismo es una de las primeras doctrinas jurídico-económicas, y por tanto de relevancia política, que tomando distancia de las escuelas tradicionales de pensamiento construye sus postulados y desarrolla su análisis de las instituciones a partir de criterios económicos, y ya no solo desde una perspectiva ética de estas; la incompreensión de sus contemporáneos pasa por la anterior asociación, que es meramente coloquial y no pone atención a que efectivamente puede servir como guía moral y desacredita aquellos que tienen, de nuevo, a la doctrina de la utilidad como la doctrina del placer, siendo que desde que la utilidad se opone al dolor, "el placer" es la utilidad en sí misma.

"La doctrina que acepta a la utilidad como el argumento de la moral, o el más grande principio de felicidad, sostiene que las acciones son correctas en función de que ellas tienden a promover la felicidad, e incorrectas cuando

ellas tienden a producir lo opuesto a la felicidad. Por felicidad se entiende el placer, y la ausencia de dolor; por infelicidad, dolor y la privación del placer. Para entregar una clara visión del criterio moral establecido por la teoría, se requiere decir mucho más; en particular, qué cosas incluye en las ideas de placer y dolor; y hasta qué punto esto se deja como una pregunta abierta. Pero estas explicaciones tangenciales no afectan la teoría de vida sobre la cual esta teoría sobre la moral está basada, léase que el placer y la libertad del dolor son las únicas cosas deseables como fines; y que todas las cosas deseables (las cuales son variadas en el utilitario como en cualquier otro esquema) son deseables sea por el placer inherente en sí mismas, o como medios de promoción del placer y de prevención del dolor".⁴

Pero en sentido estricto la utilidad no nos sirve para definir acertadamente lo que es la justicia *per se* y cuando ello es así, menos a su rama distributiva, pues si la utilidad se expresa en la felicidad como una unidad que puede ser transferible de sujeto a sujeto, puede darse que el dolor que uno sienta puede ser compensado con la felicidad que otro experimente. Esto contradice el primer principio de Rawls, pues el aventajado no puede ganar a través del perjuicio a otro, al contrario debe contribuir al mejoramiento de las condiciones del desmejorado. Entonces, el dolor de este es relevante siempre. Lo anterior, contradice el segundo principio de Rawls, toda vez que si la utilidad es una medida transferible, parece ser que la desigualdad que se crea dentro de la estructura básica es arbitraria.

Puede ser que el concepto de utilidad se exprese como utopía para Rawls, considerando que las ideologías nacen de pensadores y no de ejecutores, o es tan simple como entender que concebir el porqué de una justicia distributiva solo puede ser aplicable a sociedades ideales, ya Karl Marx en su época entendió que las ideologías y sus principios solo son viables en cuatro paredes, donde los elementos externos no puedan llegar, donde las posibilidades de discordantes estén presupuestadas. ¿Resulta inadecuado creer en una ley única, pero sí resulta posible creer en una justicia fragmentada?

"Es posible que estrictamente hablando y en un momento determinado una oveja satisfecha sea tan importante como un filósofo satisfecho. Sin embargo, no es fácil estar de acuerdo con esto. En ese caso, tendríamos que aceptar que lo ideal sería reducir la población humana mediante métodos anticonceptivos y aumentar la población ovina en una proporción superior a la correspondiente. Quizá sólo haya que dejar vivir a tantos seres humanos como sea necesario para mantener a innumerables millones de

⁴ MILL, John. *Utilitarismo* (1863).

plácidas ovejas en satisfecho ocio e inmunidad a los ataques depredadores de animales feroces. En realidad, si tanto vale un idiota satisfecho como un filósofo satisfecho, y si una oveja satisfecha vale tanto como un idiota satisfecho, quiere decir que un pez satisfecho vale tanto como una oveja satisfecha, y un escarabajo satisfecho tanto como un pez satisfecho. ¿Dónde iremos a parar?”⁵

La utilidad así planteada es una especie de contenedor, cuya cantidad depende de los integrantes de la sociedad, en la cual se halla el total de la felicidad social, y si una persona deja de ser feliz es irrelevante porque ella no se desvanece, siempre se supone que ha habido una transferencia de una a otra persona. Hay una gran diferencia en relación a los principios de justicia de Rawls por la siguiente razón: Los utilitaristas ven a la felicidad como un fin en sí mismo y, además, la mayor ganancia recibida por uno en un lugar puede compensar a aquellas pérdidas ocurridas en otro lugar. Para Rawls la distribución de ganancias (utilidad) tiene un objetivo claro: Igualar a aquellos que no cuentan con la suerte o el talento natural. En este sentido, los principios de Rawls ven en las personas un medio para lograr un fin, que es maximizar el bien, no un fin per se. Además, para Rawls en cada persona existe un ámbito de libertad inviolable que no puede ser compensado en otro lugar de la estructura, de forma que las personas son un fin para el sistema y no al contrario. La persona es su destinatario. Volvamos a los utilitaristas. Mill, de quien valga destacar, a fin de evitar malos entendidos, que siempre se identificó, no con el utilitarismo, como podría malentenderse de los párrafos anteriores, sino que con el naturalismo, indica que la conexión entre justicia y la utilidad o felicidad proviene de aquella idea que la asimila al criterio de lo justo y lo injusto, y en cierto modo equivale a lo señalado por Smith, pues que el hombre al buscar su propio beneficio genera bien común, aquel viejo paradigma de la mano invisible. Pero el problema con la noción utilitarista de la justicia es que no importa *“el modo como se distribuye esta suma de satisfacciones entre los individuos”*,⁶ ya que maximizar el beneficio no equivale a maximizar el bien, esto es, si las personas son maximizadores de sus fines, no tienen en cuenta si con ello causan la deseada maximización del bien. Dicho en otras palabras: La persona siempre prefiere el beneficio privado al beneficio social; sin duda la idea de beneficio social no es cuestionable bajo el concepto de utilidad ya antes mencionado, por ello creo que *“el pecado es útil si provoco culpa, pero la culpa no es útil si no se utiliza”*.

Estableceremos la siguiente afirmación: Rawls sólo utiliza principios económicos para explicar la forma de distribución de la suma del total de beneficio social,

⁵ SMART, J. J., citado por POSNER, Richard. “Utilitarismo, Economía, y Teoría del Derecho”, en *Estudios Públicos*, 69, 1998, p. 216.

⁶ RAWLS, John. “Justicia Distributiva” en *Estudios Públicos*, Centro Estudios Públicos, número 24, p. 54.

a la inversa de los autores que señalamos anteriormente, el autor llega a la integración como una forma de explicar su Teoría de la Justicia. Así, al hablar del concepto de la justicia dice que su acepción más sencilla es la de maximizar el bien⁷ y que justicia y eficiencia son lo mismo,⁸ lo cual *a priori* resulta contradictorio para la comprensión común de cualquier sistema jurídico, político y económico, pues es propio de ella que como principios se contrapongan. Otra de las digresiones de Rawls atiende a la contención de la libertad en la justicia. La libertad y la justicia se han opuesto a través de la historia fundamentalmente en lo tocante a su efecto sobre las instituciones sociales. Hayek, por ejemplo, es un defensor de la libertad y la competencia como principios de organización social, lo que haría concluir que no pone atención al problema de la distribución de la riqueza. El citado plantea en *Camino de Servidumbre* que orientar el sistema hacia una interpretación u otra, deriva de un efecto sobre los principios que regirán en la sociedad, esto es, libertad para un sistema liberal y justicia para un sistema de corte socialista. Más precisamente, Hayek detesta la regulación estatal, dado que en su visión es el punto de partida para el totalitarismo, pero Rawls integra estas ideas subordinando la libertad a la justicia, al indicar que la inviolabilidad de la persona (libertad) está basada en un principio de justicia. En este sentido, la distribución de la participación de las ganancias como producto de la organización social elegida debe ser hecha de forma que todos los integrantes de ella obtengan una utilidad, esta es una de las "ideas intuitivas" de Rawls y que por lo mismo guiarán el presente trabajo. Desde una introspección, sin cuestionar su viabilidad dentro de un sistema de libertades controladas por normas de corte político, tendientes al bien común, cumpliendo siempre con el beneficio individual.

A. "La libertad de una persona comprometida en una institución o afectada por ella debe ser compatible con la libertad de los demás individuos"

Una revisión de la "idea intuitiva" de Rawls parece arrojar la antiquísima fórmula que dice que los derechos propios terminan donde empiezan los ajenos, pero es más, pues se supone que toda persona goza, en principio, de la misma libertad que goza cualquier otra persona. La libertad es igualdad, pero nos hallamos ante una verdad práctica y no solo teórica, la libertad depende de una variedad de factores que la limitan y que determinan la extensión de la capacidad de decisión de la persona en cuanto sus elecciones privadas. Entonces, por efecto de lo anterior, tenemos que hay ciertas libertades (personas) que vale más la pena asegurar, toda vez que tienen un efecto sobre el total social, ya que si asignamos una cuota o nivel de libertad superior, dicha decisión impactará sobre la sociedad de mayor manera. Así, la libertad de un adulto

⁷ *Ibid.*, p. 54.

⁸ RAWLS John. *Op. cit.*, p. 61.

vale más, pues genera mayor utilidad que la de un niño, porque aquel es un factor de producción activo y por lo tanto la libertad del rico vale más que la del pobre. Rawls indica lo contrario, que la libertad del individuo en peores condiciones en la sociedad no debe ser sacrificada por la libertad del individuo en las mejores condiciones.⁹ En esta misma dirección apunta la idea de la discriminación en razón de factores económicos, sociales o naturales, ya que si se limita o se extiende el campo de libertad de una persona, ese beneficio extra es para entender la expresión de la relación entre libertad y justicia, debiendo en otra parte y en beneficio de otra persona crear condiciones que mejoren a esta en peor posición. Así, la libertad es un bien deseado por todo individuo (el ser humano posee un concepto de libertad limitado, cuestionando la plena libertad, ya con solo pensar en un marco de acción para ella, deja de ser pura y pasa a ser un medio de control de lo externo al marco de acción, alertando de su mal uso), pues en la escala de bienes deseados por los sujetos ocupa un lugar preponderante, junto al honor, la vida y el patrimonio.

El estado es un garante de la libertad, no un ente que la restringe. Esta idea ya se halla en el pensamiento de John S. Mill y bajo un sistema democrático es un organizador de los principios de justicia, por ello es deseable que participe como un *guía* en la actividad de los privados, debe por ello crear el ambiente para que ello ocurra, nada de mal hay en esto, sino que como señala John S. Mill *“El mal comienza cuando, en lugar de estimular la actividad y las facultades de los individuos, y de las instituciones, los sustituye con su propia actividad”*.¹⁰ Para describir cómo el Estado realiza la distribución de los beneficios, Rawls hace una división de las ramas de la actuación estatal para asegurar que se cumplan los principios de justicia. Volveremos más tarde sobre este punto. De esta manera, la libertad de unos sobre otros no puede ser transada bajo un mero concepto de maximización de la riqueza que permite en razón de ella quitar del más aventajado los derechos que le pertenecen, la transacción que se realice deberá siempre maximizar el bien total de los individuos de la sociedad.

“Si la elección de derechos afecta la distribución de la riqueza en general, también afecta las posibilidades de que las personas obtengan lo que algunas veces han sido llamados bienes de mérito. Cada vez que una sociedad desea maximizar las posibilidades de que los individuos gocen de a lo menos una mínima dote de ciertos bienes específicos –educación, vestuario, integridad física–, esa sociedad comenzará, con toda probabilidad, por otorgar a los individuos los derechos a ellos. Si la sociedad estima tal dote como esencial más allá de los deseos individuales, procederá, por

⁹ COOTER, Robert. “Rawls’ Lexical Ordering Are Good Economics”, en *Economics and Philosophy* 5, 1989, p. 47.

¹⁰ MILL, John S., *Sobre la Libertad* (1853).

supuesto, a convertir esa dote en algo inalienable. ¿Por qué, sin embargo, habría de dotar una sociedad a los individuos con bienes específicos en lugar del dinero con que podrían adquirir lo que desean, a menos que estime que podría decidir mejor que los individuos lo que los beneficia a ellos y a la sociedad; a menos que desee, en otras palabras, tornar inalienable el derecho?”.¹¹

Resulta cuestionable el derecho como agente regulador o sancionador, cuando es una herramienta construida para manipular la visión social, donde herir es permitido siempre que exista una figura que te permita generar la extracción del elemento disociador, sin preguntarse por qué dicho elemento existe en un derecho realizado para manejarse en forma perfecta con el hombre.

Las preocupaciones distributivas de una sociedad importan en términos de establecer cuáles son los criterios utilizados por la autoridad para asignar los derechos y obligaciones a cada integrante de la sociedad, los autores recién citados proponen en otra parte de su trabajo qué pasa si las personas son legitimadas para la protección de su cuerpo o si este es un bien de disposición pública. La idea de Rawls contradice estos ensayos, toda vez que si las personas deben gozar de la mayor libertad posible que les pueda otorgar el sistema, la estructura básica no podría establecer restricciones a su ejercicio que no fuesen en el beneficio total de la sociedad. De esta manera la asignación inicial de la propiedad a una persona supone que hará uso de la cosa afecta al derecho, pues no hay beneficio en que haya cosas ociosas y por otro lado que el uso dado por el propietario no dañe a los demás. Finalicemos este punto con la siguiente divergencia. Suponiendo que cada persona está legitimada en igualdad de derechos, ¿cómo se hacen efectivos? Fue Josseland el que dijo que no tener un derecho y tener uno que no se podía hacer efectivo eran la misma cosa. La distribución de la libertad debe ser asegurada por un órgano superior. Agreguemos otra interesante divergencia: La libertad de los más acomodados no debe ser restringida, toda vez que si ello es así, el efecto que el mejoramiento causa sobre toda la sociedad no se refleja en los que tienen una posición inicial en ella dictada por la mala fortuna y la mala repartición de los dotes naturales.

Como se inferirá en los siguientes párrafos, estas situaciones de hecho no son una causa justa para que las rentas se justifiquen, pues nadie elige, al menos inicialmente, ni puede hacerlo, el grupo social en el que vive ni las capacidades innatas o la belleza que posee, pues estas cosas resuelven en buena parte los ingresos que el sujeto recibe.

“Las personas se diferencian por lo que logran sus mentes, no por lo que ellas producen, pertenecer al mercado de ganancia de lo producido no es más que

limitar tus pensamiento a bienes, generando una utilidad propia para suplir necesidades no propias, ya que la mayoría las genera el mercado”.

B. “Las desigualdades que promueve la estructura institucional son arbitrarias, salvo que ellas originen el mejoramiento de las condiciones generales de todos los individuos y que el acceso a las instituciones sea igual para todos”

Según la primera parte del principio –que también puede ser llamado principio de diferencia–, cualquier desigualdad es deseable sólo si las expectativas de los más favorecidos crean condiciones que favorecen a los menos favorecidos, es decir, la posición que aquellos ocupan en la sociedad. En el ejemplo de las familias queda claro que hay diferencias que ninguna estructura puede soslayar, salvo mediante la abolición de la familia, lo que equivale, al menos en nuestro medio, a disolver la sociedad.

El segundo principio supone la existencia de una competencia, dada en situaciones de igualdad para acceder a los cargos y, con relación a lo anterior, que las expectativas de los sujetos desmejorados suban, pues si por alguna razón se priva a una persona del acceso a un cargo tendrá como efecto dejar al desmejorado en peor situación que la que ocupaba inicialmente. El mejoramiento se puede entender desde la perspectiva de tiempo, esto es, cómo se encontraba antes de la asignación, aunque según Rawls estos quiere señalar que según la interpretación hecha de los escritos de David Hume, quiere decir solamente en relación al estado naturaleza en que se encontrarían los sujetos si las instituciones por ejemplo desapareciesen, pero ello es incorrecto, pues no es cierto, como señala Rawls, que el esclavo esté mejor como esclavo que como un simple individuo en el estado de naturaleza.

Otro criterio es el del óptimo de Pareto, que señala que la asignación de los recursos es óptima cuando ella no puede ser mejorada en otra destinación sino en la que actualmente se encuentra. Nuestro autor nos dice que no sirve al efecto, dado que sólo determina cuál es la mejor opción para una determinada distribución, pero falla como criterio de aplicación general.

En relación a lo anterior, queremos detenernos un momento para expresar lo que según el marxismo original se entiende como lo contrario a lo distributivo. Marx sea quizás, junto a Hayek, uno de los filósofos y economistas de mayor influencia en el siglo XX. Para Marx, la desigualdad tiene una causa estructural e histórica, pues en toda época ha existido una prelación de clases, la que en su etapa final tiene su expresión en lo que el autor llamó burguesía, que para el siglo XIX era la clase dominante, pues ellos eran los propietarios de los factores

de producción, transformaban el capital, acumulaban la riqueza y retenían el aumento marginal en el valor de las mercancías provocado por el cambio que se realizaba con el trabajo del proletariado. Esto es lo que se conoce como la plusvalía. En definitiva, el capital es el fin del capitalista. En resumen, según Marx, la causa, el vehículo de la desigualdad es el acumulamiento de capital y su conductor, el capitalista.

“Como agente consciente de este movimiento, el poseedor del dinero se convierte en capitalista. El punto de partida y de retorno del dinero se halla en su persona, o por mejor decir, en su bolsillo, el contenido objetivo de este proceso de circulación del valor es su fin subjetivo, y solo actúa como capitalista, como capital personificado, dotado de conciencia y voluntad en la medida que sus operaciones no tienen más motivo propulsor que la apropiación progresiva de riqueza abstracta”.¹²

Muy para su desgracia, y para mayor desgracia de sus seguidores, Marx, economista de nota, no reconoció la interacción en los costos respecto de los demás factores de producción que en definitiva limitan la renta que perciben los trabajadores, de ahí que el ingreso en razón de la renta depende en principio de las ganancias obtenidas por la empresa.

Por cierto Marx, quien: 1°. No era familiar con los costos de transacción, que son fundamentales para ver si con una determinada actividad se maximiza el valor total de la producción. Así, estos elementos en la práctica reducen el beneficio que se obtiene en cada aumento de capital. 2°. En el plano filosófico ahora, su gran error es no haber tenido en cuenta la verdadera naturaleza humana, que es la del impulso egoísta hacia la maximización. En razón de ello es poco probable que alguien dirija su conducta bajo un patrón cooperativo si con ello no obtiene algo, sea material o espiritual. Si no es posible hacer entrar en razón a la gente sobre la injusticia de todo esto, la otra forma de lograr una sociedad socialista es inculcando esos principios por la fuerza, en una frase: imponer un régimen totalitario, y esto es lo que sucedió en todas las naciones que abrazaron los ideales del socialismo y, claro está, con dichas condiciones la llegada del comunismo era nada más que un sueño. 3°. Otro de los grandes yerros de Marx es haber supuesto que la constante lucha de clases de alguna manera juntaría a los pueblos bajo la causa común de liberarse del yugo capitalista, en el hecho los trabajadores siguieron siendo franceses, alemanes e italianos antes que ser trabajadores. Al igual que Malthus, sus designios eran expresión del momento y no pueden extrapolarse a otra situación en la historia, más allá de

¹² MARX, Karl. *El Capital* (1867). Tomo II, Editorial Fondo de Cultura Económica, segunda reimpresión, año 2001, p. 409.

la anécdota, sin caer en incoherencias invencibles, por ejemplo: la renta de los trabajadores se ha incrementado desde el siglo XIX, las condiciones de trabajo han mejorado, la seguridad social con mayor o menor éxito ha mejorado la calidad de vida de estos y, por supuesto, la gran revolución del proletariado jamás acaeció. Luego, el socialismo, que al igual que otras doctrinas en la teoría se mostraba fuerte y sustentable, al enfrentarse ante la realidad de su práctica, fue incapaz de superar exitosamente su encuentro con la naturaleza humana, incurriendo en incongruencias mayúsculas; estando por tanto destinado a vivir el final, debiendo conformarse con la subsistencia de modelos que en el mejor de los casos eran seudomarxistas, y que más precisamente utilizaban sus postulados para la implementación de gobiernos totalitarios, cuya máxima relación con el marxismo era la de utilizarlo como excusa para perpetuar a los gobernantes en el poder y coartar las libertades y prácticamente toda, por no decir toda, clase de derechos. 4º. Aunque ya se ha esbozado previamente otro de los gravísimos errores cometidos por Marx en su diagnóstico al capitalismo, es el desconocer la capacidad de adaptación y adecuación de este a las nuevas realidades e inquietudes sociales, encontrando las clases trabajadoras, al menos parcialmente, respuestas institucionales, o cuando menos semiinstitucionales, a sus exigencias, no cumpliéndose por tanto los supuestos hipotéticos históricos para la implementación del modelo marxista. Punto aparte tiene Rusia, la que merece un estudio prácticamente interminable por sí misma, a fin de entender siquiera parcialmente las razones de su revolución, realidad que malamente podría extrapolarse al resto del mundo occidental, y cuyo estudio no corresponde al objetivo de este trabajo.

Lo ideal es que si hay una desigualdad ella se refleje positivamente en el resultado total social, pues en primer lugar estamos ante una estructura vertical que difícilmente ayuda a establecer cuáles son las prioridades de la asignación de derechos, sino que muy por el contrario, se asimila el interés de la estructura institucional como el interés de cada persona. Este es el corolario y el resultado que se puede observar fácilmente en el proceso social de las naciones mal llamadas comunistas.

Rawls distingue tres formas de asignar a las personas las carreras y cargos. El sistema de libertad natural supone una carrera en la cual hay igualdad formal, dado que la asignación de derechos y obligaciones, o los cargos institucionales, se efectúa a través de la selección de los talentos sin considerar la fortuna en la distribución inicial de ingresos, esto es, a la posición inicial que ocupa el sujeto en la sociedad. La interpretación liberal agrega otro elemento: La igualdad equitativa de posibilidad en el acceso a los cargos o a los ingresos económicos, pues en el sistema de libertad natural si bien la igualdad existe, existe a un nivel declarativo, es decir, no es posible para aquellos que no han sido favorecidos por la fortuna social tener la oportunidad de acceder a estos

cargos, luego, la interpretación liberal claramente acierta en comprender que la igualdad está vinculada con la libertad, pues en la interpretación natural la igualdad de acceso es formal, y por ese hecho las decisiones que se adopten pueden estar nubladas por las señales que les envía la estructura básica, lo que afecta su capacidad decisoria en cuanto a la elección correcta y plenamente informada que haga para los cargos y en general las oportunidades.

Ahora, en el sentido opuesto, los sujetos en mismas condiciones e interés pueden acceder libremente a los cargos que les gustaría ocupar o a las oportunidades que les gustaría tener, pues corren con la ventaja de contar con atributos que dentro del sistema les favorecen sin ser ellos parte del proceso de formación ni del proceso de refinamiento de las condiciones favorables. Esto se conoce a grandes rasgos como una externalidad positiva.

La diferencia entre ambas interpretaciones es sutil, pero trascendental, ya que en la interpretación liberal se agrega la condición de que el acceso sea equitativo y de esta forma se elimina la arbitrariedad que existe dentro de la misma sociedad.

Con todo, no es un sistema totalmente deseable, pues si bien corrige el problema de la fortuna social, aun no soluciona qué ocurre con la distribución natural de talentos. Supongamos que en una sociedad se hallan tres personas que buscan un cargo, una con un nivel de oportunidades que le ha permitido acceder a una buena educación, otra que cuenta con una gran capacidad o habilidad innata, pero sin fortuna social, y otra que no cuenta con ninguna de ellas. La interpretación natural señala que la primera debe ser beneficiada, simplemente porque cuenta con las aptitudes para ocupar el cargo. Esta es una solución *ex post*, pues no ha tenido en cuenta los antecedentes personales que bajo la interpretación liberal favorecen al inteligente o al hábil, pero la capacidad innata como tal es, a lo menos mayoritariamente, un accidente, es recibida, no adquirida. La solución a todo el problema tiene una raíz *ex-ante*, pues si damos a estas tres personas las mismas oportunidades desde un inicio, esto es, distribuimos la libertad en proporción a cada una de ellas para que sean las beneficiarias las que puedan elegir por cuál de todas las opciones se inclinan. Esta es la razón por la que la libertad como principio organizador de la sociedad está contenida y condicionada por la existencia anterior de una estructura básica de justicia.

“De manera más precisa, suponiendo que existe una distribución de bienes naturales, aquellos que se hallan en el mismo nivel de talento y capacidad, y que están igualmente dispuestos a hacer uso de ellos, deben tener las mismas perspectivas de éxito, independientemente del lugar inicial que ocupan en el sistema social, esto es, independientemente de la clase en la

cual nacieron. En todos los sectores de la sociedad debe haber, a grandes rasgos, iguales perspectivas de cultura y perfeccionamiento para todo el que tenga dotes y motivaciones parecidas. Las expectativas de los que poseen las mismas aspiraciones y capacidad no deben verse afectadas por su clase social".¹³

Como se observa, el gran problema de la aplicación de una justicia distributiva es la determinación correcta de la participación de las ganancias, que esta no sufra por los azares que imponen los factores que son "orgánicamente" injustos, como la fortuna social, es decir, haber nacido en tal o cual clase social que determina su nivel de ingreso y su capacidad de acceso a las posibilidades del mercado y el sorteo de dotes naturales. Rawls señala entonces que la justicia y la libertad se expresan en una relación de reciprocidad entre el privado y la institución que constituye a su favor un derecho, que en abstracto llamaremos libertad.

La interpretación democrática de los principios de justicia, y en especial del segundo principio, permite que las situaciones naturales o sociales que desfiguran una elección en la asignación adecuada de los bienes a cada una de las personas sean soslayadas por este criterio superior y por otra parte permiten que aquellos sujetos cuya posición inicial en la sociedad sea mejorada vía la entrega de bienes que al mismo tiempo generan un efecto multiplicador en la sociedad, que se verán reflejados en las mayores ventajas otorgadas en razón del principio de diferencia que establece esta idea, de forma que la maximización del beneficio privado será la maximización del bien de la sociedad, como lo expresa al inicio Rawls.

Ya hemos explicado brevemente qué significa el principio de diferencia, lo que deja explícita la dificultad de su aplicación, no creemos necesario ahondar más en él. Ahora veamos el concepto de compensación. Ya que hemos establecido que en la estructura básica hay diferencias relativas a la naturaleza de las dotes privadas y de las condiciones sociales en que se ubica una persona inicialmente, este principio, el de compensación, significa que las mayores atribuciones dadas a una persona u obtenidas por una persona deben irradiar un resultado para que aquellos en peor posición sean beneficiados por el aprovechamiento de los recursos efectuado por el mejor provisto para hacerlo. El parecido entre el principio de diferencia y el principio de compensación es notable, pero distinguiremos entre a quien le corresponde dar cumplimiento con cada uno. En el primero, si bien la asignación desciende de la estructura básica corresponde al sujeto, al individuo ejercitarlo y hacer que la prerrogativa sea motivo de ga-

¹³ RAWLS, John. Op. cit., p. 67.

nancia para aquellos que están desfavorecidos. En cambio, en el principio de compensación el sistema canaliza los beneficios producidos por la asignación para llevar a los desfavorecidos su producto.

Para los efectos de este ensayo discrepamos de las ideas que no ven contrapartida alguna a la libertad, pues si todo derecho tiene un espejo –que se llama obligación–, el espejo de la libertad se llama responsabilidad. Creemos que haciendo un par de modificaciones a un conocido aforismo se puede resumir la idea que Rawls defiende a través de su ensayo: A mayor libertad (*privada*) mayor la responsabilidad (*social*).

Se espera que el ejercicio de los derechos comprendidos por la libertad privada deba causar un efecto positivo sobre aquellos que están desmedrados. Para cumplir con los principios de justicia enunciados por Rawls es deseable que el estado organice sus actuaciones según una interpretación democrática de ellos. Así, la estructura social fundamental es controlada en un sistema democrático por una Constitución justa que asegura a todas las personas la libertad y la igualdad ciudadana. El proceso político se conduce como procedimiento justo para elegir las autoridades y para la elaboración de leyes justas, existe un gasto de transferencia en favor de los sectores menos favorecidos de la sociedad que se expresa en educación, gasto social, etc.

Existe una dirección de la economía en torno a garantizar la libre competencia y las correcciones de las fallas del mercado, algo que es propio del Estado desde la influencia de John M. Keynes y la ulterior llegada de la escuela de Chicago en las políticas económicas que se acerca más a la visión de Smith, no obstante, reconoce al Estado cierto papel en la toma de decisiones de contingencia económica. Según Rawls el Estado no se puede excluir de esta función, pues, como veremos más adelante, la labor del Estado puede organizarse en ramas orientadas según los principios de justicia a la distribución de la participación de la riqueza total de la sociedad.

“Pero, sorprendentes o no, los vuelcos en los puntos de vista predominantes de la profesión en materia de políticas públicas suscitan una pregunta que me gustaría analizar. La pregunta es: ¿sobre qué base se han sentido habilitados los economistas para dar consejos útiles respecto de las funciones apropiadas del Estado? ¿Mediante qué métodos demostraron Smith y sus discípulos la incapacidad del Estado para manejar los asuntos económicos? ¿A través de qué métodos los economistas posteriores que favorecieron el control estatal de los ferrocarriles, de las bolsas de valores, de los salarios y precios, de la producción agrícola y miles de otras cosas probaron que éstos eran mejor dirigidos o puestos en marcha por el Estado? ¿Cómo un economista llega a confiar tanto en la sabiduría de

una política de libre comercio o de estabilización fiscal como confía en la ley de rendimientos decrecientes o en la tendencia de los empresarios a maximizar las ganancias?"¹⁴

En el análisis institucional hecho por Rawls para la aplicación de sus principios nos servirá entender que el Estado organiza su actividad en torno a cuatro ramas que no necesariamente dicen relación con la común clasificación de los poderes del Estado. Ellas se encargarán de dar expresión a los principios de justicia a través de la asignación, la estabilización, la transferencia y la distribución.

La rama de asignación tiene por tarea mantener a las fuerzas del mercado bajo un control que permita dirigir a los sujetos económicos. En otras palabras esta función específica de la rama de asignación está destinada a evitar o vigilar los monopolios y toda otra asociación (*trusts*) tendiente a abatir o vulnerar el libre mercado.

Como hay situaciones de mercado que se rigen por el principio de Pareto, revisemos de nuevo su naturaleza. Hemos convenido anteriormente que no sirve como criterio de aplicación general para la justicia, pues desde una óptica de los principios que estamos viendo puede dar lugar a resultados subóptimos. Supongamos el siguiente caso: Tenemos \$100 y debemos ocuparlos en algo antes que se desvaloricen. Elegimos gastarlo en llevar a nuestro perro a la peluquería y ese es su uso óptimo, pues los otros recursos ya han sido asignados de forma eficiente, pero ocurre que en otro lugar esos mismos \$100 podrían alimentar a 10 personas. Aquí reside la imperfección del óptimo de Pareto aplicado en este campo. Responde el qué y el cómo, pero no el para qué del problema económico y si no es capaz de resolver esta cuestión en su propia área, difícil será que resuelva el problema en otras partes.

La rama de asignación, además, a través del sistema impositivo regula el equilibrio de las diferencias dadas en razón del ingreso. Para ello identifica los sectores a los cuales debe dirigir su esfuerzo a través de la implementación de las políticas adecuadas o con la asignación. En esta tarea el Estado debe ser cuidadoso, pues es un asunto sensible para evaluar las políticas públicas, toda vez que la acción del Estado debe precaver que ese aumento en los beneficios en un lugar no tenga por efecto el perjuicio de otro. Creemos importante destacar a uno de los más influyentes economistas del último tiempo, nos referimos a Ronald Coase. Si bien hay una tendencia en integrar los principios de Justicia de Rawls con lo señalado por Coase, no nos parece que ello sea practicable ni, por lo demás, pertinente de analizar en este momento. Nos quedaremos, eso sí,

¹⁴ STIGLER, George. "El Economista y el Estado" (1964), en *Estudios Públicos* N° 47, p. 161.

con su idea sobre la minimización de los daños que se resume en el argumento sobre si A causa daño a B, el axioma del problema recíproco.

“Sería deseable que las únicas acciones desarrolladas fueran aquellas en que lo que se ganase tuviere un mayor valor que lo que se perdiese. Pero al elegir entre ordenamientos sociales, en el contexto en el que las decisiones individuales son tomadas, debemos tener en mente que un cambio del sistema existente que conduzca a un mejoramiento en algunas decisiones puede muy bien conducir a un empeoramiento de otras. Además, debemos considerar los costos involucrados en operar los distintos ordenamientos sociales (ya sea el funcionamiento de un mercado o de un departamento de Gobierno), como también los costos que demandará la adopción de un nuevo sistema. Al diseñar y elegir entre ordenamientos sociales debemos considerar el efecto total”.¹⁵

La rama de estabilización es aquella que tiene por objetivo equilibrar el uso del factor trabajo manteniéndolo razonablemente pleno para evitar factores ociosos y la libertad en la elección de la ocupación. Se observa pues que esta rama está vinculada al primer principio de justicia.

La rama de transferencia es la que aplica la información entregada por la rama de asignación, estableciendo un mínimo social en razón del cual va entregando a ciertos individuos los resultados de la participación distributiva. Esto se realiza mediante impuestos que afectan directamente la renta en función de su capacidad económica o contributiva, así, esto es una aplicación de lo señalado por Rawls en función del principio de diferencia

La rama de distribución ha de velar por equiparar las diferencias en los ingresos. Clásicamente son dos las fuentes de ingreso: la propiedad –en todas sus formas– y la herencia. Naturalmente el sistema debe apuntar a estas fuentes para luego dirigir esos recursos a los más desfavorecidos. La forma de hacerlo es mediante la carga impositiva que en virtud del principio de diferencia se impone a unos en favor de otros.

No queremos desligarnos del asunto fundamental del ensayo con tecnicismos. El problema a dilucidar es si toda la estructura estatal puede ser orientada hacia la aplicación de los principios de justicia. Para establecer cuál es el mínimo social en virtud del principio de diferencia, se debe ajustar la cantidad de transferencias y bienes públicos de forma que propicien un aumento en el ingreso de los menos favorecidos. El cambio de la marginalidad en cada situación permite, pues, cambiar el mínimo social.

¹⁵ COASE, Ronald. “El Problema del Costo Social” en *Estudios Públicos*, 45, 1994, p. 134.

Según algunos detractores del principio de maximización de la riqueza, que aquí entroncamos con el principio de diferencia, no es algo anhelado o valioso, y se pone en consecuencia bajo sospecha la utilidad de aquel, pero creo que si observamos con atención lo dicho en el párrafo anterior, veremos que la maximización de la riqueza social es una meta a la cual cada sociedad debe apuntar.

“Pero he aquí el centro de la cuestión. El análisis económico sostiene, desde el punto de vista normativo, que la maximización de la riqueza social es una meta valiosa, por lo que las decisiones judiciales deberían intentar maximizarla, por ejemplo, adjudicando derechos a aquellos que los comprarían de no ser por los costos de transacción. Pero no es claro por qué la maximización de la riqueza es una meta valiosa. ¿Quién pensaría que una sociedad que posee más riqueza, según se la ha definido, es mejor o más rica que una sociedad que tiene menos, fuera de alguien que ha cometido el error de personificar a la sociedad y de pensar en consecuencia que una sociedad con más riqueza es más rica del mismo modo en que lo es un individuo? ¿Por qué alguien que no ha cometido este error pensaría que la maximización de la riqueza social es una meta valiosa?”¹⁶

Queremos agregar una reflexión sobre esto y apartarnos por un momento del plan de Rawls, sin perder su línea explicativa, claro está. La maximización de la riqueza sí se vuelve una meta valiosa, mejor que eso, deseable en el contexto de los resultados de las ganancias participativas, pues cuando esta aumenta, con ella lo hace el mínimo social, ergo, si las decisiones que adopta el juez o cualquier otra autoridad tienen en vista este hecho crean condiciones en que las ganancias distributivas son mejores para aquellos desfavorecidos con la estructura inicial. Bajo el principio de diferencia, la mayor riqueza social aumenta el mínimo social, de forma que las expectativas de los individuos crecen.

Podría pensarse que la mayor riqueza producida en un lugar se transfiere hacia otro, y bajo la idea planteada por Rawls la distribución de la riqueza es totalmente equitativa, llegando a un punto en el cual los ingresos en razón de rentas y transferencias son iguales. Esto es incorrecto, pues existe un antiguo precepto económico que explica la cuestión: la ley de rendimientos decrecientes. Así, si aumenta la riqueza aumenta el mínimo social, pero habrá siempre un punto en que la transferencia interfiere con la eficiencia de la economía o es imposible realizar el ahorro porque no es líquido, de forma que las expectativas de los individuos en vez de crecer comienzan a declinar. Así, es falso que el aumento

¹⁶ DWORKIN, Ronald. “¿Es la Riqueza un Valor?” *Estudios Públicos*, 69, Verano 1998, Centro de Estudios Públicos, p. 264.

de las expectativas cree una equivalencia en lo que reciben los integrantes de la sociedad.

Otro de los factores que determinan el mínimo social es el ahorro. No entraremos aquí a establecer lo que se entiende por ahorro justo ni las doctrinas en torno a él. Preferimos en cambio establecer la importancia de la propiedad privada como parte del ordenamiento normativo y como parte del entramado económico.

Así, los principios de justicia en lo institucional se ven reflejados cuando la tasa de transferencias que realiza el Estado es que aquella maximiza las expectativas de la clase de ingreso más bajo y es compatible con el ahorro y la mantención del primer principio de justicia. Esta donación lleva a que cada parte reciba una cantidad constante por las participaciones distributivas en las que se comprende tanto el salario como las transferencias. Otra de las características es que se basa en las expectativas de las personas que son parte de la relación. Es decir, el esquema en que se da la distribución sea el resultado de sus expectativas, que sea justo.

Dice Rawls que con el fin de establecer instituciones que propendan a la distribución de la participación de la riqueza social debe en primer lugar existir un sistema democrático, luego una Constitución justa y la funcionalidad de las cuatro ramas de actividad del Estado. Para volver al inicio: las instituciones están organizadas de acuerdo a los principios de justicia cuando más allá de su forma tienen como fondo el de maximizar el bienestar social.

“Esta explicación de las participaciones distributivas es sencillamente una elaboración de la idea conocida de que las recompensas económicas serán justas una vez que se organice un sistema de precios perfectamente competitivo, como un juego equitativo. Para hacerlo, sin embargo, tenemos que comenzar por escoger un sistema social como un todo, porque la estructura básica de todo el ordenamiento tiene que ser justa. La economía tiene que rodearse del marco adecuado de instituciones, pues aun un sistema de precios perfectamente eficiente, si se le deja solo, no tiende a determinar participaciones distributivas justas”.¹⁷

Si alguna conclusión podemos sacar del trabajo en comento, y de la relación con otras líneas de pensamiento, que humildemente hemos señalado por parecernos atingentes, esta pareciera ser que la idea de justicia distributiva es más que una declaración o un aforismo, sino que es realizable cuando las

¹⁷ RAWLS, John. Op. cit., p. 86.

instituciones están dadas hacia la realización del concepto de participación de las ganancias sociales. Además, que la integración de conceptos es hoy una realidad que no se puede detener. Indudablemente Kelsen estaría horrorizado al ver cómo su teoría pura se diluye ante la fuerza de los hechos, en que se confunden la economía aplicada a la filosofía y el derecho a la economía, o viceversa, pero lo cierto es que el experimento parece dar resultado.

Podemos observar hoy cómo mancomunadamente se mueven estas ciencias sociales, pero con todo, y el mismo Rawls lo da a entender entre líneas, nuestra comprensión de la fenomenología de la justicia aun es incompleta, por cuanto se debe seguir en el estudio de esta figura, a la cual hemos intentado dar una pequeña e incompleta aproximación a través de diversas perspectivas. No considerándonos capacitados aún para elaborar una hipótesis de fondo y con vocación unificadora sobre el asunto, lo que sí creemos poder hacer es, y es todo cuanto nos consideramos aptos de realizar, poder establecer que el conocimiento y resolución del problema no hallará feliz puerto de la mano de una obra o de un autor, por capaz que este sea, ni siquiera de una ciencia en solitario, sino que requiere de un enfoque multidisciplinario y acabado de las ciencias sociales.

A Fernanda, Rodrigo, Marcelo y Carmen Gloria, muchas gracias.

Bibliografía

CALABRESI Y MELAMED. "Reglas de Responsabilidad, Reglas de Propiedad y de Inalienabilidad: Una vista de la Catedral", en *Revista Estudios Públicos*, 63, 1996, Centro Estudios Públicos.

COASE, Ronald. "El Problema del Costo Social", en *Revista Estudios Públicos*, 45, 1992, Centro de Estudios Públicos.

COOTER, Robert. *Rawls' Lexical Ordering Are Good Economics en Economics and Philosophy*. Cambridge University Press, 1989.

DWORKIN, Ronald. "¿Es la Riqueza un Valor?", en *Revista Estudios Públicos*, 69, 1998, Centro de Estudios Públicos.

MARX, Karl. *El Capital*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1999.

MILL, John S. Utilitarianism. <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/utilitarianism.pdf>.

Sobre la Libertad. <http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Mill,%20John%20Stuart%20-%20Sobre%20la%20Libertad.pdf>.

POSNER, Richard. "Utilitarismo, Economía, y Teoría del Derecho", en *Revista Estudios Públicos*, 69, 1998, Centro de Estudios Públicos.

RAWLS, John. "Justicia Distributiva", en *Revista Estudios Públicos*, 24, Centro Estudios Públicos.

STIGLER, George. "El Economista y el Estado", en *Revista Estudios Públicos*, 47, 1992, Centro de Estudios Públicos.

TOMAS de AQUINO. *Summa Teológica*. Bac, Editorial Católica S.A. Madrid, España.

ARISTOTELES. *Ética a Nicomaco*.

Energía nuclear en Chile: elementos para el debate

Raúl F. Campusano Droguett

Profesor Titular de Derecho Internacional Público

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Daniela Gutiérrez

Abogado

1. Introducción

El director de la Agencia Internacional de Energía Atómica (AIEA), Mohamed El Baradei, declaró recientemente que existen estudios que concluyen que no se debe excluir el uso de la energía nuclear en Chile. Agregó, por otra parte, que la realidad sísmica de nuestro país exige que los estándares de seguridad sean especialmente altos y estrictos.

El continuo, y ojalá creciente, desarrollo económico de Chile requiere de una plataforma energética segura, estable y de precios no altos. La alternativa nuclear parece cumplir con todas esas exigencias. Sin embargo, también hay significativas voces que se oponen a la opción atómica en Chile, desde aquellos que temen fallas en el sistema y la ocurrencia de desastres, a aquellos que promueven el fortalecimiento de las fuentes energéticas tradicionales y aquellos que proponen el fomento de nuevas fuentes energéticas.

El debate ya está instalado en Chile y estas notas tienen por finalidad entregar algunos elementos para el debate, especialmente en el contexto del marco jurídico aplicable a la situación. Se invita a los lectores de *Actualidad Jurídica* a reflexionar sobre esta materia y a expresar sus opiniones.

2. El Informe Zanelli

A principios del mes de noviembre, se hizo público el informe elaborado por un grupo interdisciplinario de profesionales, liderado por el físico Jorge Zanelli, al que la Presidenta Bachelet encomendó evaluar las posibilidades, ventajas, riesgos y desafíos que involucraría el uso de energía nuclear para la producción de electricidad en nuestro país.

Aunque el equipo de trabajo es claro al afirmar que las conclusiones del informe no pretenden dar un veredicto final sobre la conveniencia de implementar plantas de generación núcleo-eléctrica, lo cierto es que en definitiva éste deja de manifiesto que no habría razones para descartar la opción nuclear, y colabora con una mirada objetiva a despejar mitos de realidades.

El trabajo de la Comisión entrega, además, una serie de indicaciones sobre estudios técnicos de factibilidad, de viabilidad económica y de la estructura jurídica e institucional existente y necesaria, entre otros, para que sea posible abordar la opción nuclear con mejores y más acabados conocimientos. El Gobierno ya ha comprometido su intención y el presupuesto necesario para ello.

En el horizonte de nuestro país, parece vislumbrarse cada vez de forma más nítida que la opción nuclear pueda pasar a formar parte de nuestra matriz energética. Los resultados obtenidos de la experiencia otorgada por décadas de funcionamiento de plantas de núcleo-electricidad en el mundo –que en la actualidad superan las 400–, la necesidad de contar con una mayor independencia en materia energética que permita un despegue significativo de nuestro desarrollo económico y la alarmante situación ambiental derivada del uso indiscriminado de materias fósiles para la obtención de energía, hacen imperioso abrir el debate a nivel social y legislativo para que se opte de manera definitiva entre acoger o descartar la alternativa nuclear, frente a otras opciones energéticas, teniendo siempre en consideración que, de ser aceptada, la puesta en marcha de una central nuclear no se haría efectiva sino hasta aproximadamente 20 años más.

3. El escenario energético mundial y la energía nuclear en particular

El consumo energético en el mundo, en particular la electricidad, ha ido creciendo sostenidamente, y todos los análisis indican que éste continuará incrementándose. El último informe del Consejo Mundial de Energía (WEC) de 1995 incluye un escenario en el cual se estima que el consumo global de electricidad puede llegar a incrementarse en aproximadamente un 75% para el año 2020 y prácticamente triplicarse para el 2050.

En la actualidad, a nivel mundial, los combustibles fósiles –carbón, petróleo y gas– contribuyen con un 63% a la producción eléctrica, la hidroeléctrica representa alrededor del 19%, la nuclear 17%, la geotérmica 0,3%, mientras que la solar, eólica y biomasa contribuyen en conjunto con menos del 1%.¹

La necesidad de contar con fuentes propias para producir electricidad se hace imperiosa en un país como el nuestro, que se ha propuesto un desarrollo económico constante, el que no será posible mientras siga dependiendo del incierto y errático comportamiento de nuestros proveedores argentinos, de infructíferas negociaciones con el resto de nuestros vecinos, quienes conociendo la debilidad de nuestro país en el tema han condicionado los posibles acuerdos, ni tampoco puede depender ya de las condiciones meteorológicas, toda vez que durante una temporada de sequía las centrales hidroeléctricas pueden quedar casi paralizadas.

Sin dejar de lado que existen otras posibles alternativas para la producción de electricidad, como las fuentes renovables no tradicionales, entre ellas la energía eólica y solar, cuyos estudios han dado interesantes resultados, nos referiremos exclusivamente a la opción núcleo-eléctrica.

De acuerdo con la información divulgada por la OIEA (Organización Internacional de Energía Atómica), actualmente funcionan en el mundo 443 centrales núcleo-eléctricas. La mayor parte de ellas están ubicadas en Estados Unidos y Europa, y en Latinoamérica cuentan con plantas de este tipo México, Brasil y Argentina.

La proliferación de plantas de energía nuclear en el mundo ha sido fuertemente determinada por factores estratégicos de independencia económica frente al vaivén constante de los precios de los combustibles fósiles, como gas y petróleo, y a los beneficios monetarios derivados del uso de este tipo de energía, que aunque exige una inversión inicial muy elevada, tiene bajos costos de producción, lo que permite que la electricidad llegue al consumidor industrial y doméstico a precios más bajos de lo que permite la energía de fuentes fósiles.

Fuera del ámbito puramente económico, preferir la opción nuclear frente a las fuentes de energía tradicionales, trae aparejadas otras ventajas, en especial desde el punto de vista ambiental.

En el concierto internacional existe un amplio consenso respecto del carácter limpio de la núcleo-electricidad en comparación con las otras formas predomi-

¹ Fuente: Comisión Nacional de Energía Nuclear de la República Argentina. "Alternativas energéticas para el siglo XXI".

nantes de generación.² La combustión de los combustibles fósiles produce gran cantidad de dióxido de carbono (CO₂), y se considera como una de las fuentes que han contribuido mayoritariamente al calentamiento global del planeta. 3.7 toneladas de CO₂ se producen por cada tonelada de carbón quemado, el cual atrapa el calor en la atmósfera incrementando la temperatura de la tierra,³ produciendo el denominado "efecto invernadero".

Se ha calculado que si se reemplazara la electricidad producida actualmente por todas las Centrales Nucleares del mundo, por plantas alimentadas a carbón, se agregarían a la atmósfera 2.600.000.000 de toneladas de CO₂ por año. Si actuáramos a la inversa cerrando todas las plantas a carbón, calculen cuanta contaminación se evitaría.⁴

Por otra parte, la energía núcleo-eléctrica, al ser limpia, impide la contaminación del aire, con los consecuentes beneficios para la salud humana, y no genera la temida "lluvia ácida", que contamina aguas y bosques.

Estas y otras ventajas han provocado que surjan numerosas voces autorizadas en defensa de la energía nuclear, sin embargo, aún continúa pendiente su mayor escollo, el de la aceptación pública y la socialización del tema nuclear. Sin lugar a dudas la energía nuclear sólo es posible utilizarla cuando la sociedad acepte su uso y entienda de su competitividad en comparación con las fuentes de energía renovables y con la utilización de los combustibles fósiles.⁵

Para la Comisión Zanelli la eventual implementación de un programa de generación de energía nuclear constituye un punto sensible para la opinión pública, sensibilidad que deriva básicamente de los riesgos (objetivos y subjetivos) que estas instalaciones implican para el medio ambiente y la salud de las personas.

Los riesgos a los que se hace alusión se refieren básicamente a dos áreas: accidentes radiactivos y los problemas derivados del tratamiento de los residuos nucleares.

En cuanto a los accidentes radiactivos, es imposible no hacer referencia al mayor accidente de la historia, acaecido en Chernobyl en el año 1986.

² Informe del Grupo de trabajo en núcleo- electricidad "La opción núcleo- eléctrica en Chile". Santiago, septiembre de 2007.

³ Fuente: Dr. Bernard L. Cohen, en "The nuclear power advantage".

⁴ Fuente: <http://www.monografias.com/trabajos/eatomica/eatomica.shtml>.

⁵ Fuente: Rosamel Muñoz. Jefe de difusión y extensión de la Comisión Chilena de Energía Nuclear. Columna de opinión disponible en www.cchen.cl.

El caso de Chernobyl, sostiene el grupo encabezado por el profesor Zanelli, fue causado por un conjunto de malas decisiones y violaciones de normas de seguridad, lo cual mostró la necesidad de contar con un control riguroso de los operadores, y esto habría ocurrido, en gran medida, por tratarse de una instalación fuera del control de los organismos internacionales.

En la actualidad, un reactor nuclear occidental no puede físicamente explotar como el de Chernobyl, ya que la energía que tiene almacenada no le permite aumentar la potencia como hacen esas centrales rusas y los operadores occidentales no pueden anular los sistemas de seguridad, como hicieron en Chernobyl en aquella trágica oportunidad.

Con un control férreo de las medidas de seguridad, una capacitación adecuada y de excelencia de los profesionales y técnicos a cargo del funcionamiento de los generadores electro-nucleares, los riesgos se pueden disminuir considerablemente. Es importante destacar que, a diferencia de lo que ocurre con otras actividades, las probabilidades de ocurrencia de accidentes nucleares han sido determinadas, por lo que es posibles prevenirlas. En este sentido la OIEA cumple una importante función, actuando como el centro en el que se informan todos los incidentes y problemas derivados del uso de la energía eléctrica nuclear, lo que ha permitido ir diseñando mejores programas de control y mantener informados a los Estados que forman parte de ella.

En el ámbito de los riesgos por accidentes, un factor importante que debe tenerse en cuenta es la realidad sísmica de nuestro país. ¿Incrementa ello la probabilidad de provocarse accidentes nucleares? Según el grupo de estudio del Dr. Zanelli, "la tecnología e ingeniería antisísmica en Chile pueden garantizar niveles aceptables de seguridad para un reactor nuclear de potencia. No obstante lo anterior, la experiencia internacional muestra que es imprescindible, antes decidir la localización de un reactor nuclear de potencia, disponer de estudios detallados de geología y mecánica de suelos en relación con la sismicidad del sitio".⁶

Los problemas derivados de la disposición y tratamiento de los residuos nucleares es una de las áreas más sensibles. En efecto, se ha convertido en la bandera de lucha de las organizaciones que se oponen a este tipo de energía, pues se argumenta que hasta hoy nadie sabe cómo confinar los residuos nucleares de manera definitiva y segura, y su radioactividad, y por consiguiente su peligrosidad, dura miles de años, constituyéndose así en una herencia negativa que se dejará a las generaciones futuras.

⁶ Informe del Grupo de trabajo en núcleo- electricidad "La opción núcleo-eléctrica en Chile". Santiago, septiembre de 2007.

Sin embargo, no existe otra industria en donde el problema de los residuos sea considerado con más responsabilidad que en el caso de los desechos nucleares de origen civil. Si los residuos resultantes de la quema de combustibles fósiles, producción de herbicidas, insecticidas y productos químicos se manejaran con tanto cuidado como en el caso de los residuos nucleares, el problema ambiental generado por ellos dejaría de ser una preocupación mundial. El volumen de residuos nucleares es extremadamente limitado, por lo tanto puede ser completamente aislado de la atmósfera. Esta cantidad puede ser gestionada y almacenada de manera segura en depósitos geológicos profundos, protegidos por múltiples barreras que los aíslan completamente del medio ambiente.⁷

Según informa la Comisión Zanelli, una posibilidad de evitar el problema de los manejos de los residuos en Chile la ofrece la iniciativa Global Nuclear Energy Partnership, impulsada por Estados Unidos, China y Japón, entre otros, y firmada por una decena de otros países. Según este acuerdo, las potencias proveedoras de combustible se encargarían del retiro del combustible quemado desde los países usuarios para su posterior reprocesamiento y/o su disposición final en repositorios definitivos.

Las ventajas de incorporar a nuestra matriz energética generadores nucleares aparecen como mayores frente a los problemas que podría acarrear su uso. Lo importante es que la ciudadanía tome conocimiento de ellas y deje atrás sus miedos, determinados por una campaña antinuclear que ya es añeja, y que a la vez comprenda la real dimensión que implica una decisión de este tipo, pues se trata de una opción país a largo plazo, que requiere un compromiso serio y responsable de todos los sectores, teniendo en cuenta, además, que este camino no viene a solucionar de inmediato los problemas eléctricos de nuestro país.

4. Conclusiones del Grupo de Trabajo en núcleo-electricidad

El informe nos señala que ante el complejo escenario energético nacional y mundial, es necesario posicionar la seguridad del suministro eléctrico como un objetivo estratégico nacional para alcanzar niveles superiores de desarrollo, debiendo considerarse la opción nuclear como un camino, junto a las energías renovables no convencionales y una mayor eficiencia energética. Frente a ello, nuestro ordenamiento jurídico no es el adecuado ni para las necesidades nucleares actuales, ni mucho menos para la generación núcleo-eléctrica.

⁷ Fuente: Comisión Nacional de Energía Nuclear de la República Argentina. "Alternativas energéticas para el siglo XXI".

En efecto, en la actualidad el marco que regula todo tipo de actividades relativas al uso pacífico de la energía nuclear se encuentra en la Ley N° 18.302, del año 1984. La ley asignó a la Comisión Chilena de Energía Nuclear (CCHEN) la misión de *“Atender los problemas relacionados con la producción, adquisición, transferencia, transporte y uso pacífico de la energía nuclear, así como de los materiales fértiles fisiónables y radioactivos”*. La Comisión, presidida en la actualidad por el Doctor Roberto Hojman, designado por la Presidencia de la República, ha cumplido desde sus orígenes importantes funciones en lo relativo a la difusión e investigación en el campo nuclear, y con el fin de apoyar actividades de desarrollo científico tecnológico, tiene a su cargo dos reactores nucleares, el primero operativo desde 1974 en la comuna de La Reina, y el segundo en el sector de Lo Aguirre, que entró en funciones el año 1977, y en sus laboratorios y plantas de irradiación produce isótopos radiactivos que son utilizados en diferentes áreas de la industria e investigación nacional.

Uno de los problemas de la legislación vigente radica precisamente en que la CCHEN además de promover el uso pacífico de esta energía y operar instalaciones nucleares, es el ente determinado por la ley para reglamentar y fiscalizar estas actividades, lo que a juicio del informe Zanelli es incompatible con la práctica y exigencias internacionales. La Ley N° 18.302 dispone que la puesta en servicio, operación, cierre y desmantelamiento de las instalaciones, plantas, centros, laboratorios, establecimientos y equipos nucleares y para el ingreso o tránsito por el territorio nacional de sustancias nucleares o materiales radiactivos se necesitará autorización de la CCHEN, dispone, asimismo, que el cumplimiento de la ley y sus reglamentos será fiscalizado por inspectores especializados de la CCHEN.

En el año 1997, Chile promulgó el Convenio Internacional sobre Seguridad Nuclear, suscrito en Viena en 1994. En él las partes contratantes se comprometen a mantener un marco legislativo y reglamentario por el que se regirá la seguridad de las instalaciones nucleares, obligándose expresamente a adoptar las medidas adecuadas para *“velar por una separación efectiva entre las funciones del órgano regulador y las de cualquier otro órgano o entidad a los que incumba el fomento o la utilización de la energía nuclear”*. Las múltiples funciones que cumple la CCHEN, como fiscalizador, regulador y explotador de energía nuclear, aparecen ya hoy como un incumplimiento importante de los compromisos adquiridos por nuestro país en el ámbito internacional y una decisión, al menos irresponsable, toda vez que por las especiales complicaciones y sensible cuidado con que debe manejarse la materia nuclear es imperioso contar con un órgano absolutamente independiente que sea el encargado de reglar y fiscalizar las actividades nucleares.

La práctica internacional nos muestra que una regulación adecuada del uso de la energía nuclear precisa órganos diferenciados que se encarguen de su

control y promoción. Así, por ejemplo, tomando el caso de la legislación argentina, podemos apreciar que a partir del año 1994 se constituyeron por ley tres órganos independientes para abarcar los distintos temas relativos a la energía nuclear. Así la Comisión Nacional de Energía Atómica tiene a su cargo actividades ligadas a la investigación y el desarrollo de energía nuclear y a la capacitación especializada en estos temas; la explotación de las centrales nucleares está a cargo de la empresa estatal Nucleoeléctrica Argentina S.A, mientras que la fiscalización, reglamentación y control de las actividades nucleares está en manos de la Autoridad Regulatoria Nuclear.⁸

Por otra parte, en el caso hipotético de querer instalar una planta núcleo-eléctrica, la Ley 18.302 establece que todas las centrales nucleares de potencia y otras instalaciones de envergadura deberán ser autorizadas por decreto supremo, expedido por intermedio del Ministerio de Minería, mecanismo que sería innecesario de contar con una legislación adecuada que permitiera que un órgano independiente y con capacidades técnicas y científicas sobre procesos y seguridad otorgara las licencias y permisos correspondientes. Además, la Ley General de Servicios Eléctricos no contempla la opción núcleo-electricidad entre las fuentes para generar electricidad, por lo que no regula concesiones relativas a ella.

Aunque también existen algunos reglamentos adicionales relativos al uso e implementación de instalaciones nucleares, nuestro ordenamiento jurídico es insuficiente para regular de manera adecuada una eventual puesta en marcha de generadores de núcleo-electricidad. De alcanzarse el consenso social necesario para abrazar la opción nuclear, será necesaria una construcción normativa apropiada y modificaciones legales de envergadura que con criterios técnicos y legislativos actualizados, permitan dotar a nuestro país de una alternativa eléctrica segura y eficiente que ayude a impulsar un desarrollo económico prolongado en el tiempo.

5. Regulación internacional

Fuera de la Ley N° 18.302, o Ley de Seguridad Nuclear, y de la Convención de Viena sobre Seguridad Nuclear, a las que se ha aludido, nuestro país ha suscrito una serie de tratados internacionales en materia relativa al uso pacífico de la energía nuclear, tanto en el campo de la cooperación bilateral con otros Estados, tales como los alcanzados con Brasil, Argentina y Tailandia; como otras tantas convenciones multilaterales, las que en definitiva podrían servir de base para la elaboración de una legislación nacional más apropiada y completa para poner en marcha una decisión núcleo-eléctrica. Entre los convenios internacionales que se mencionan, debemos destacar los que siguen:

⁸ Fuente: Navarro N. R., en *"Regulación de la Energía Nuclear en la Argentina"*.

Convención de Viena Sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963, promulgada por el DS N° 18, de marzo de 1990.

Como se desprende de su título, este tratado regula de manera pormenorizada la forma de hacer cumplir la responsabilidad de los explotadores de centrales nucleares ante los eventuales daños causados a las personas y bienes por accidentes nucleares. La particularidad de esta normativa es que entendiendo el riesgo creado por la actividad atómica, dispone que la responsabilidad asumida por el explotador es objetiva, por lo que bastará acreditar que el daño ha provenido de un accidente nuclear. También establece los plazos de prescripción de las acciones destinadas a hacer efectiva la responsabilidad civil, así como los montos máximos de ella y las garantías que deberán prestar los explotadores. Ordena tipificar además ciertas actividades como delitos nucleares.

Aunque la Ley sobre Seguridad Nuclear vigente hoy en día recoge la mayor parte de los puntos mencionados, carece de la precisión normativa necesaria para que pueda entenderse que se ha resguardado de manera suficiente la seguridad de las actividades nucleares.

En septiembre de 1997, se elaboró un Protocolo de Enmienda de esta Convención, que amplía el ámbito de aplicación de ella, y entre otras innovaciones, extiende la responsabilidad civil no sólo ya a los daños causados a las personas y bienes, sino que también a los causados al medio ambiente en general. Nuestro país, sin embargo, no ha adherido a este protocolo.

Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, promulgada por el DS N° 8, de abril de 2005.

En virtud de ella, los Estados Partes se comprometen a cooperar entre sí y con el Organismo Internacional de Energía Atómica, para facilitar pronta asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica a fin de reducir al mínimo sus consecuencias y de proteger la vida, los bienes y el medio ambiente de los efectos de las liberaciones radiactivas.

El instrumento entrega múltiples funciones al OIEA, entre ellas, elaborar planes de prevención y acción frente a accidentes nucleares y emergencias radiológicas, el desarrollo de programas apropiados para la capacitación del personal que haya de atenderlas, el desarrollo de programas, procedimientos y normas de vigilancia radiológica y facilitar a todo Estado miembro que solicite asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica y recursos apropiados asignados a los fines de efectuar una evaluación inicial del accidente o emergencia.

Convención sobre la Pronta Notificación sobre Accidentes Nucleares, promulgada por el DS N° 381, de abril de 2006.

Establece que en caso de que se produzca un accidente nuclear de los especificados en la Convención, el Estado parte en cuyo territorio se encuentre emplazada la planta nuclear deberá notificar de inmediato, directamente o por conducto del OIEA, a aquellos Estados que se vean o puedan verse físicamente afectados el hecho de haberse producido un accidente nuclear, su naturaleza, el momento en que se produjo y el lugar exacto, cuando proceda, y suministrar prontamente a los Estados la información pertinente disponible con miras a reducir al mínimo las consecuencias radiológicas en ellos.

Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, promulgada por DS N° 1121, de octubre de 1994.

Establece obligaciones para los Estados partes, relativas a la fiscalización para la importación, exportación y tránsito en su territorio de materiales nucleares (como plutonio y uranio), los que deberán cumplir los estándares de seguridad física que la misma Convención dispone, y a la vez crea un marco de cooperación internacional para hacer frente a las amenazas y peligros derivados del hurto o exacción de este tipo de materiales.

6. A modo de conclusiones preliminares

Entre las conclusiones de la comisión encargada por el gobierno y coordinada por el científico Zanelli, cabe destacar las siguientes:

- a) Los antecedentes reunidos no permiten descartar la energía nuclear como una alternativa de largo plazo.
- b) La evidencia señala que la industria de la energía nuclear es madura y permite un suministro eléctrico confiable, seguro para las personas y el medio ambiente y es competitiva económicamente.
- c) Se requerirán estudios para saber qué significa hacer esto bien.⁹

De esta forma, el camino está trazado y deberán realizarse estudios, los que comprenden el cabal conocimiento de la legislación aplicable, tanto en su variante internacional como nacional. En este contexto, Chile deberá hacer dos cosas: revisar la legislación internacional que ya ha hecho parte de su ordenamiento

⁹ Declaraciones del Ministro Marcelo Tokman a *El Mercurio*, 11 de noviembre de 2007.

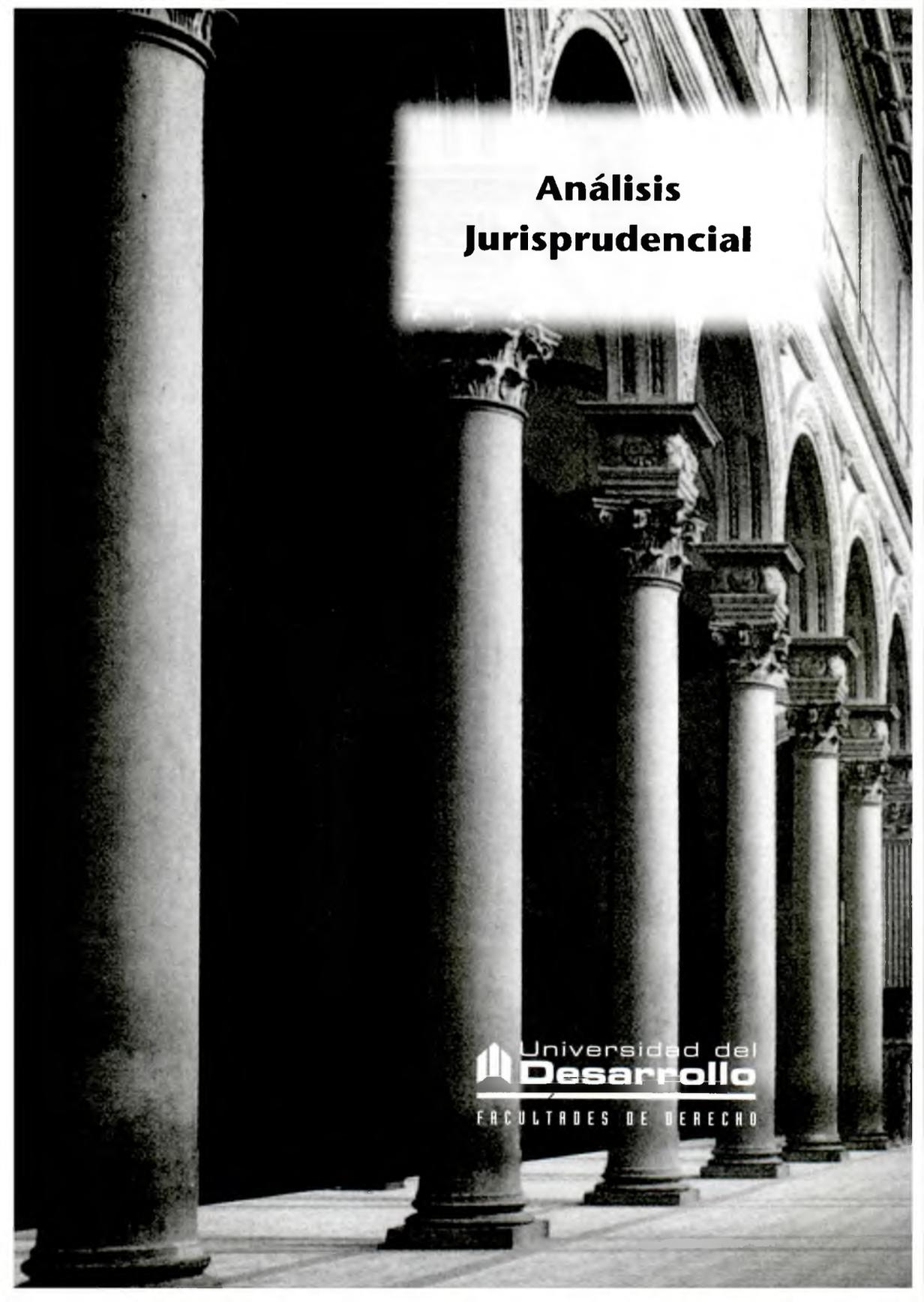
jurídico y ponderar la necesidad y conveniencia de integrar nueva legislación internacional.¹⁰ Desde la perspectiva nacional será necesario probablemente reformar algunos cuerpos legales y posiblemente dictar nuevas normas jurídicas. Es una perspectiva interesante y debe hacerse bien.

7. Referencias

- Academia Nacional de Ciencias, "*Declaración sobre los usos pacíficos de la Energía Nuclear*". Disponible en http://acad.uncor.edu/politica/energia_
- Business News Americas. Artículo de Prensa disponible en <http://www.bnamericas.com/story.jsp?idioma=E§or=10¬icia=413289>.
- Cohen, Bernard L. "*The nuclear power advantage*". Disponible en <http://www.ecolo.org/documents>.
- Comisión Nacional de Energía Atómica de la República Argentina, "*Residuos radiactivos*". Disponible en: http://caebis.cnea.gov.ar/IdEN/CONOC_LA_ENERGIA_NUC/C7/Residuos.htm.
- Comisión Nacional de Energía Atómica de la República Argentina "*Alternativas energéticas para el siglo XXI*", disponible en <http://www.cnea.gov.ar/xxi/temas-nucleares/alternativas-energeticas/alternativas-energeticas.asp>.
- García Pérez, Roberto, "*La energía nuclear*". Disponible en <http://www.angelfire.com/sc/energianuclear/completo.html>.
- Grupo de Trabajo en Núcleo-electricidad, "*La opción núcleo-eléctrica en Chile*". Informe septiembre de 2007.
- Ministerio de Relaciones exteriores de Francia. "*Hacia una energía nuclear limpia y segura*". Artículo de Prensa disponible en: http://www.diplomatie.gouv.fr/es/francia_221/label-france_846/numeros-label-france_847/label-france-no62_1332/vida-economica_1338/hacia-una-energia-nuclear-limpia-y-segura_1877.html.
- Nader, Ralph. "*La industria nuclear vuelve a la carga*". Disponible en <http://www.miradaglobal.com/pdf/240202esp.pdf>.
- Navarro, Norberto. "*Regulación de la Energía Nuclear en Argentina*". Disponible en <http://www.enren.gov.ar/>
- Orellana, Felix. "*Energía atómica: chantaje o necesidad*". En "*El Periodista*", año 5, N° 120, de diciembre de 2006.
- Página de la Comisión Chilena de Energía Nuclear. Disponible en <http://www.cchen.cl>.

¹⁰ En el contexto de las declaraciones ya mencionadas, Tokman confirma que habrá que hacer cambios que implican tener leyes y una institucionalidad apropiada, capacidad de fiscalización, personal calificado, etc.

- Ramírez Torrejón, Pablo. "*Alternativas a la energía nuclear*". Disponible en www.blogs.periodistadigital.com/pabloramirez.php.
- Revista Área Minera. Recortes de prensa y columnas de opinión en <http://www.aminera.cl>.
- Revista Ercilla, artículo de prensa, Edición N° 3328. "*Se requiere planta de Energía Nuclear*".
- Robinson, Berol. "*The benefits of Nuclear Energy*". Disponible en <http://www.ecolo.org>
- Schneider, Mycle. "*The World Nuclear Industry Status Report 2007*". Disponible en http://www.greens-efa.org/cms/topics/dokbin/206/206749.the_world_nuclear_industry_status_report@en.pdf.



Análisis Jurisprudencial

 Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

Prescripción de sanciones administrativas: un pronunciamiento relevante

**(A propósito del Dictamen 28.226 de 2007
de la Contraloría General de la República)**

COMENTARIO DE:

Iván Aróstica Maldonado

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Dictamen 28.226 de 11 de junio de 2007

Mediante pase interno N° 302, de 2007, la Contraloría Regional del Libertador General B. O'Higgins ha remitido la resolución N° 66, del presente año, de la Gobernación Provincial de Cachapoal, por medio de la que se dispone "el arresto" de don Omar Rivas Asenzio, representante de la Clínica Las Dalias S.A., en sustitución de una multa impuesta por la autoridad sanitaria a dicha sociedad, todo ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 169 del Código Sanitario. Dicha resolución fue remitida por la Gobernación Provincial a esa sede regional para efectos del trámite de toma de razón.

Según expone la mencionada Contraloría Regional, se ha estimado necesario solicitar de este Nivel Central un pronunciamiento acerca de la procedencia de tomar razón del acto en examen, puesto que, de acuerdo a los antecedentes que lo complementan, la multa impaga que se pretende sustituir por la prisión del representante de la sociedad multada fue impuesta por resolución N° 392, de 10 de marzo de 2004, del Servicio de Salud O'Higgins, siendo notificada al interesado el 10 de septiembre del mismo año. Habiendo transcurrido largamente más de seis meses desde esa data y frente a la ausencia de disposiciones expresas al respecto en el Código del ramo, se consulta acerca de la aplicación en este ámbito sancionatorio de las normas sobre prescripción que contiene el Código Penal.

Asimismo, la Contraloría Regional hace presente la existencia de algunos dictámenes que inciden en la materia, los que sería necesario dejar sin efecto o complementar, a la luz de lo que se resuelva en esta oportunidad.

Al respecto cabe señalar que el procedimiento sancionatorio sobre el cual recae la consulta se encuentra regulado en el Título II del Libro X del Código Sanitario, bajo la denominación de Sumario Sanitario, ordenando su instrucción en los casos de infracciones a dicho Código y a sus reglamentos, decretos o resoluciones de la autoridad sanitaria (artículo 161).

En lo que interesa, el artículo 168 del Código dispone que en caso de multa los infractores deberán acreditar su pago ante la autoridad sanitaria que los sancionó, "dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde la notificación de la sentencia", en tanto que su artículo 169 señala que si transcurrido el plazo recién 'indicado el infractor no hubiere pagado la multa, sufrirá "por vía de sustitución y apremio, un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual que comprenda dicha multa". El inciso segundo del mismo artículo 169 agrega que para estos efectos el Intendente o Gobernador respectivo, previa solicitud de la autoridad sanitaria, libraré la orden de detención en conformidad a las reglas generales, dando cuenta de lo obrado a dicha autoridad.

Las restantes disposiciones del sumario sanitario se refieren a aspectos adjetivos del sumario, tales como su impulso procesal, su ritualidad, la prueba y su valoración, entre otros, sin referirse a la prescripción de las infracciones o sanciones que en él se acrediten o impongan.

Precisado lo anterior, corresponde tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Tal como lo destaca la Contraloría Regional que formula la cuestión, en el dictamen N° 35.991, de 1982, se sostuvo que al no encontrarse regulada expresamente la institución de la prescripción en el Código Sanitario, ella no resultaba aplicable respecto de las multas que imponga la autoridad sectorial para sancionar las infracciones de la legislación cuyo control le compete, criterio en el que subyace la idea según la cual las disposiciones de derecho público son de derecho estricto y en ningún caso susceptibles de aplicación analógica.

Sin embargo, según lo ha recordado más recientemente el dictamen N° 14.571, de 2005, la doctrina vigente de esta Contraloría General sostiene que en aquellos casos en que no existe un texto legal claro e inequívoco, resulta posible la aplicación por analogía de instituciones correspondientes de otras ramas del derecho para resolver situaciones no regladas expresamente, tal como ocurre en materia sancionatoria en cuanto a la irretroactividad de las normas, al principio 'non bis in idem' y al principio 'pro reo', entre otros.

A lo anterior, cabe agregar que la interpretación estricta que se postula como propia de las normas de derecho público debe primero distinguir el contenido de estas normas, de modo que sólo se interpreten restrictivamente aquéllas que se refieran a las atribuciones de los órganos del Estado, en tanto que las que se refieran a derechos, libertades o garantías de las personas, o limiten las potestades estatales, lo sean extensivamente, conforme a los principios que enuncia en la materia la Constitución Política de la República. Por ello, ya sea que se considere que las reglas sobre prescripción limitan las potestades sancionadoras del Estado –puesto que las acotan a su efectivo ejercicio dentro de cierto plazo–, ya sea que se estime que ellas conciernen a los derechos de las personas –en cuanto dejan su esfera de intereses a salvo del poder sancionador–, es indudable que tales reglas también

se deben aplicar en aquellos ámbitos sectoriales en los que el silencio o las omisiones del legislador no las han considerado.

2. Desde otra perspectiva, a la misma conclusión se debe arribar a partir de las consideraciones que la jurisprudencia y la doctrina han venido formulando acerca de la unidad del poder sancionador del Estado –más allá de las naturales diferencias entre las sanciones administrativas y las penales– y a la necesidad de someter a unas y otras a un mismo estatuto garantístico.

Así lo han planteado tanto la jurisprudencia de este mismo Organismo, en el ya aludido dictamen N° 14 571, de 2005, como la del Tribunal Constitucional en sus sentencias de 26 de agosto de 1996 (rol 244, considerando 9°), de 27 de julio de 2006 (rol 480, considerando 5°) y de 8 de agosto de 2006 (rol 479, considerando 8°), por un lado, y la doctrina, administrativa y penal, nacional y extranjera, a que se hace referencia en el dictamen y sentencias indicados, por otro.

Conforme a lo anterior, la distinción de estos dos ámbitos sancionatorios obedece exclusivamente a un criterio cuantitativo, puesto que el ilícito administrativo, comparado con el de naturaleza penal, es un injusto de significación ético-social reducida, que por razones de conveniencia y de política legislativa se ha encargado a la Administración.

3. Ahora bien, aun cuando en materia administrativa se admite cierta atenuación de los principios que limitan la potestad del Estado para aplicar sanciones, tolerando mayores grados de discrecionalidad, lo cierto es que de ninguna manera ello se podría traducir en la desaparición de tales principios, puesto que sería del todo ilógico que el infractor administrativo carezca de derechos y garantías que se reconocen al delincuente, o que el juez penal tuviera límites que no se apliquen al órgano administrativo sancionador.

Al respecto conviene tener en cuenta que de acuerdo a los antecedentes que se acompañan a la resolución que ordena el arresto del representante legal de la entidad multada, el sumario sanitario instruido en contra de ésta lo fue por infracciones al Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales en los lugares de trabajo (decreto 594, de 1999, de Salud), al Reglamento de calderas y generadores de vapor (decreto 48, de 1984, de Salud) y al Reglamento sobre prevención de riesgos profesionales (decreto 40, de 1969, del Trabajo), sin que ninguna de dichas infracciones alcanzara a configurar un tipo penal determinado en la ley. Siendo así no es posible aceptar que mientras los delitos y las penas, protectores de bienes jurídicos superiores, se encuentran sujetos a prescripción, no lo estén, en cambio, las infracciones y sanciones administrativas, a pesar de cautelar bienes jurídicos de menor entidad, que no han merecido la protección de la ley penal.

Por otro lado, si se considera el origen histórico de las sanciones administrativas como un simple desplazamiento de la competencia desde el ámbito de los tribunales hacia el de la Administración, justificado por razones de conveniencia y de política legislativa, la pretendida falta de normas expresas que regulen la prescripción respecto de estas sanciones se desvirtúa, pues serán aplicables las del derecho penal común, que no han podido ser afectadas por ese cambio del órgano competente para aplicarlas. Pero aun si se considerara que el Código Sanitario no contiene normas sobre prescripción, ni en su texto expreso, ni

por esta remisión histórica al derecho penal común, no corresponde que esta omisión del legislador termine por afectar los derechos y libertades de los infractores.

4. La aplicación en materia de infracciones y sanciones administrativas de las normas del Código Penal sobre prescripción también se deduce del principio de la seguridad jurídica, frente a la necesidad de excluir la incertidumbre que generaría una indefinida posibilidad persecutoria de las infracciones y ejecutoria de las sanciones ya aplicadas, cuanto porque, como ya se ha dicho, no cabe dispensar al infractor un trato más gravoso que el que se ofrece al delincuente.

5. Si se examina el artículo 169 del Código Sanitario –originalmente contenido en el artículo 160 del decreto con fuerza de ley N° 725; de 1967, que aprobó dicho cuerpo legal, e idéntico al artículo 262 del Código de 1931 (contenido en el decreto con fuerza de ley N° 226, de 1931, de Bienestar Social)–, lo cierto es que no se encuentran antecedentes que esclarezcan la cuestión, circunstancia que se agrava si ella consiste no tanto en lo que el Código Sanitario dice, sino en lo que ha dejado de decir, al no contemplar normas sobre prescripción.

Sin embargo, la intención del legislador, que es dinámica y evoluciona en el tiempo, no se debe buscar sólo en el aislado tenor de la disposición indicada –que incluido su antecedente de 1931 cuenta ya con más de setenta y cinco años de vigencia–, sino que en otros elementos de igual o mayor importancia. Así, no se puede dejar de considerar todo el movimiento legislativo expresado en la reforma procesal penal que, incluyendo una modificación a la Carta Fundamental (Ley N° 19.519, de 16 de septiembre de 1997), ha elevado los estándares de protección de derechos y de garantías de los imputados por la comisión de delitos.

En tales condiciones, resultaría anacrónico con dicha tendencia legislativa, reflejo de la intención del legislador en materia sancionatoria en orden a limitar el poder punitivo del Estado, que ella se entendiera limitada sólo a quienes afectan los bienes jurídicos más relevantes, protegidos con tipos penales y penas, excluyendo a los que incurrir en infracciones administrativas.

En este sentido, es indudable que la existencia de normas sobre prescripción de infracciones y sanciones constituye una forma de proteger los derechos y libertades de las personas frente a ese poder punitivo, al excluirlos de su alcance, tanto más si, como ocurre en este caso, la medida que se viene disponiendo ordena la privación de libertad del involucrado.

6. Por lo mismo, dado que el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas “la igual protección en el ejercicio de sus derechos”, amparo que en la especie se verifica mediante la existencia de normas expresas sobre prescripción, y comoquiera que el artículo 19 N° 2 de la misma Carta prohíbe establecer diferencias arbitrarias al respecto, como ocurriría si se entendiera que esa protección sólo alcanza a los imputados por delitos, excluyendo a los infractores administrativos, es forzoso concluir que las normas sobre prescripción del Código Penal son aplicables a las sanciones administrativas, tanto al señalar el plazo dentro del cual ellas se extinguen, como el ordenar sea declarada de oficio, aun cuando el interesado no la alegue (artículo 102 del mismo Código).

7. Cabe agregar, en cuanto al plazo que se debe computar para estos efectos, que éste no puede ser otro que el de seis meses aplicable a las faltas, señalado en el artículo 97 del Código Penal, ya que no es posible asimilar las infracciones administrativas a crímenes o simples delitos (aplicar dictamen N° 14.571, de 2005).

8. Finalmente, en cuanto a la declaración de oficio de la prescripción que debe efectuar el órgano administrativo competente, debe tenerse en cuenta que tal declaración es sin perjuicio de las alegaciones que pueda formular el afectado, alternativa que la resolución N° 66, de 2007, que ordena el arresto de don Omar Rivas Asenzio, hace procesal y prácticamente imposible, puesto que no ordena la notificación de ese acto administrativo al particular interesado. Ello vulnera los claros términos del inciso segundo del artículo 50 de la ley N° 19.880, según el cual el órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones, como es el que dispone el arresto del representante de una entidad previamente sancionada, estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa.

Por todo lo expuesto, se concluye que la Contraloría Regional del Libertador General Bernardo O'Higgins deberá representar y devolver sin tramitar la resolución N° 66, de 15 de mayo de 2007, de la Gobernación Provincial de Cachapoal, que dispone la privación de libertad del representante legal de una entidad sancionada con multa, dispuesta aquella medida privativa de libertad en sustitución y como apremio por el no pago de esta multa, puesto que dicha resolución no se ajusta a derecho, al haber ordenado el arresto de don Omar Rivas Asenzio sin aplicar las normas del Código Penal que regulan la prescripción y que ordenan declararla de oficio, transcurridos los plazos previstos para ello, y al haber omitido la notificación al interesado dispuesta por el artículo 50 inciso segundo de la ley N° 19.880.

En consecuencia, se complementa el dictamen N° 14.571, de 2005, en el sentido que las reglas de prescripción del Código Penal se aplican no sólo respecto de las infracciones sancionables por la Administración del Estado, sino que también respecto de las sanciones ya aplicadas por alguno de sus órganos, por acto administrativo ejecutoriado, en la medida que no exista una norma especial que regule la materia.

Déjese sin efecto toda jurisprudencia contraria a lo señalado en el presente dictamen, especialmente la contenida en el oficio N° 35.991, de 1982.

Remítase la aludida resolución N° 66, de 2007, a la indicada Contraloría Regional para los efectos pertinentes.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Comentario

Vienen bien dictámenes como éste, en épocas de creciente “acoso burocrático”. Cuando nos espabilamos de esa anomalía institucional que significa acumular poderes fiscalizadores (para constatar infracciones a un ordenamiento sectorial), poderes legislativos (para interpretar la ley vigilada) y poderes jurisdiccionales (para aplicar cuantiosas penas pecuniarias y aun privativas de libertad) –todos juntos– en magnificados órganos de la Administración.¹ En estas “hipersuperintendencias” que conforman nuestra tan peculiar “economía administrativa de mercado”.

1. Donde se escamotea –desconoce– a los infractores la debida garantía a un racional y justo procedimiento, que ameritaría separar las funciones de fiscalización (entregadas a órganos administrativos especializados en la investigación) y de punición (reservadas a tribunales eficaces e independientes),² al consagrar estas anticonstitucionales leyes la figura del sentenciador administrativo. Con la endeble justificación de que éste sería más aplicado que los jueces a la hora de castigar prontamente y sin dilación los ilícitos cometidos por los presuntos implicados.

Curiosamente, sin fijarle al administrador –esas leyes– unos plazos breves dentro de los cuales puede aplicar su sanción y hacer efectivas las eventuales responsabilidades.³ O sea, ignorando el instituto de la prescripción,⁴ que también es consustancial con la idea misma de un procedimiento justo y racional.

Así que, no pocas veces, las superintendencias u otros órganos semejantes de la Administración se enfrascan en eternos procesos de revisión, con resultados

¹ Editorial *El caso de las superintendencias*, El Mercurio (Santiago) 16.7.2007 A.3.

² De la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 243) tomó nuestro ordenamiento la prohibición vigente hasta hoy, con la Carta de 1980 (art. 76), en orden a que al Presidente de la República y a todos los órganos de la Administración (por extensión) les está proscrito ejercer funciones judiciales, que entre otras cosas implica la imposibilidad de aplicar penas, por ser materia reservada en exclusiva a los Tribunales. Y del Discurso Preliminar de la misma Constitución de Cádiz recoge nuestra Carta (art. 19 N° 3) –coherentemente con lo anterior– el derecho al juez natural, merced al cual nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal establecido en la ley.

No se ponga, entonces, a la par a nuestras superintendencias con las agencias norteamericanas. Porque al no existir allá la comentada prohibición constitucional, nada impide atribuirles a estas últimas algunas funciones jurisdiccionales primarias (para operar como jueces de primera instancia).

³ Denunciamos esta anomalía más in extenso, en *Sanciones administrativas y prescripción*, dentro de la obra colectiva “Sanciones administrativas y derechos fundamentales. Regulación y nuevo intervencionismo”, Conferencias Universidad Santo Tomás (2005) 119-126.

⁴ Salvo contados casos, donde se fija un plazo para cursar las respectivas multas sectoriales: cuatro años es el límite temporal puesto a la Superintendencia de Valores y Seguros por el DL 3.538 de 1980 (art. 33); iguales cuatro años tiene al efecto la Superintendencia de Servicios Sanitarios en la ley 18.902 (art. 15), y tres años es el plazo para la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras según el DFL 3 (Hacienda) de 1997 (art. 23).

escasamente predecibles, y hasta les da por castigar con efecto retroactivo, *sine die*, hechos ocurridos otrora, pero que después –en virtud de una nueva interpretación administrativa– se tienen como ilícitos.⁵ O se dejan llevar por la inercia, sin notificar las sanciones aplicadas dentro de plazos razonables.⁶

2. El año 2005 la Contraloría ya había abierto una ruta contra la burocracia, en Dictamen 14.571, al señalar que las acciones sancionadoras administrativas prescriben en seis meses contados desde el día en que se hubiere incurrido en el acto u omisión que le da origen, al igual que las faltas penales.

Y ahora este Dictamen 28.226 de 2007 se pronuncia sobre la prescripción de las sanciones administrativas ya aplicadas, indicando que deben ser notificadas dentro de los seis meses siguientes a la emisión de la resolución que las impone, tal como sucede con las penas por las faltas penales.⁷

3. Para arribar a estas conclusiones, la Contraloría parte por precisar el papel que le corresponde jugar a la analogía, cuando se trata de resolver aquellas situaciones no previstas por la legislación. Después de años haciendo escuela el afirmar, sin distinciones ni matices, que este instituto no tiene cabida dentro del derecho público, ahora al fin esta Contraloría da en el clavo, y acota que efectivamente no cabe apelar a la analogía, pero sólo cuando se trata de determinar el alcance de las prerrogativas o potestades de la autoridad, puesto que las normas a esta materia referidas deben recibir siempre una interpretación restrictiva.

Muy distinta a la interpretación extensiva que procede asignar a las normas de derecho público relativas a los derechos, libertades y garantías de las personas, por el deber de promoverlos y fortalecerlos que la Constitución Política le impone al Estado (artículos 1° inciso 4° y 5° inciso 2°).

⁵ Otra falencia de nuestro ordenamiento es la inexistencia de procedimientos participativos públicos y transparentes para la producción de las nuevas interpretaciones administrativas. Como la ley 19.880 sólo regla la forma de elaborar los actos administrativos decisorios (decretos y resoluciones), y no el modo de expedición de los dictámenes o declaraciones de juicio, cada tanto la Administración suele sorprender a los actores fiscalizados con unos nuevos criterios inconsultos, que no se reflejan en algún documento formal y motivado, y que ni siquiera son avisados a través del Diario Oficial. Circunstancia que no condice, para nada, con el principio de transparencia y publicidad en el actuar del Estado, que proclama la Constitución (art. 8°), y a la cual nos hemos referido en *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo) 14 (2006) 149-160.

⁶ No obstante que, según el art. 45 de la ley 19.880 sobre procedimientos administrativos, las notificaciones de los actos de la Administración con efectos individuales, “deberán practicarse, a más tardar, en los cinco días siguientes a aquel en que hubiere quedado totalmente tramitado el acto”.

⁷ Éste, de 2007, con redacción de Pedro Aguerrea Mella; aquel, de 2005, de Julio Pallavicini Magnère. Ambos distinguidos colegas de cátedra.

No desaprovecharemos la oportunidad de aplaudir la coherencia del contralor Mendoza Zúñiga, quien al asumir en abril del año pasado ya había anunciado su norte, de encauzar consistentemente los criterios de la entidad fiscalizadora en dirección al servicio efectivo de la persona humana.

4. De allí su conclusión, en orden a que –sin riesgo de incurrir en una intolerable discriminación arbitraria– al presunto infractor le son aplicables las mismas garantías que favorecen al presunto delincuente, cuando el legislador ha omitido consagrar para el primero las que reconoce generosamente al segundo.

Máxime si entre las sanciones administrativas y las penas penales no existe diferencia esencial alguna. Porque no puede hablarse de disparidades, si los castigos los reparte el Estado desde la oficina o el estrado.

Y justamente es esa idéntica sustancia la que permite comunicar los derechos, principios y garantías del derecho penal judicial o común al orden sancionador administrativo. Cuyo es el caso de la prescripción establecida en el Código Penal, que extingue ora la acción persecutoria (Dictamen 14.571 de 2005), ora la sanción aplicada (Dictamen 28.226 de 2007).

5. Intercala un párrafo nuestro dictamen, sin embargo; una reserva o matiz que relativizaría lo predicho: tras insistir en esta coincidencia esencial o material, previene enseguida sobre las “naturales diferencias entre las sanciones administrativas y las penales”. Advirtiéndonos unos renglones más adelante que “en materia administrativa se admite cierta atenuación de los principios que limitan la potestad del Estado para aplicar sanciones, tolerando mayores grados de discrecionalidad”.

Se nos ocurre que esos “mayores grados de discrecionalidad” no pueden implicar merma alguna de los derechos y garantías constitucionales involucrados. Que tales espacios de mayor discrecionalidad son admisibles en supuestos realmente muy excepcionales o calificados. En el caso, por ejemplo, de una previa absolución o sobreseimiento judicial, por no ser los hechos constitutivos de delito.⁸ Evento que no impediría a la Administración sancionar a posteriori, subsidiariamente, en el entendido que algunas circunstancias que son juzgadas intrascendentes en el campo penal (que no tutela todos los ataques a todos los bienes jurídicos) pueden ser apreciadas de manera distinta y asumir entidad relevante en el ámbito administrativo.⁹

⁸ Ciertamente, la absolución o sobreseimiento por ser inexistentes los hechos o por falta de participación del imputado, produce cosa juzgada definitiva e inamovible en sede administrativa.

⁹ Sin desmedro, a su vez, que la sanción administrativa aplicada pueda ser recurrida ante los tribunales. Por una errada o sobredimensionada calificación de los hechos en que se basa la sanción, o por ser ésta desproporcionada y ajena a toda ponderación.

En resumen, estamos frente a un pronunciamiento contralor importante, dicho sea de paso, avalado por una coincidente doctrina nacional e internacional, que reviste los rasgos de un genuino precedente en Chile. Por lo que ha de tenerse en cuenta, tanto como tema de estudio en la cátedra, cuanto en el ejercicio de la profesión por parte de quienes sufren los nada ocasionales embates de nuestra Administración.



El efecto declarativo de la partición y los patrimonios de la sociedad conyugal

Casación en el fondo, 21 de julio de 2005

Revista de Derecho y Jurisprudencia

Tomo 102, 2ª parte, sección 1ª, pág. 639.



COMENTARIO:

EMILIO RIOSECO ENRÍQUEZ

Ex Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

DOCTRINA: La sentencia que califica como bienes sociales aquellos inmuebles adquiridos en la partición por el cónyuge casado en sociedad conyugal, por la sola circunstancia de que en parte provienen de una compra de derechos de otros comuneros, vulnera el efecto declarativo y originario que tiene la adjudicación y con ello infringe los artículos 718, 1726 y 1745, como también el artículo 1344.

VOTOS DISIDENTES: Si la causa o título de la adjudicación de los inmuebles a favor del marido se origina en una parte por su cuota hereditaria y en otra por compra (título oneroso) de las cuotas de otros comuneros, tales inmuebles han sido en parte bienes propios del marido y en parte bienes sociales, sin que en la especie pueda tener acogida, de modo absoluto, la ficción de los artículos 718 y 1344, normas genéricas que no pueden preferir frente a la especialidad de la normativa propia de la sociedad conyugal.

Sentencia

Santiago, veintiuno de julio de dos mil cinco. Vistos: En estos autos rol N° 46.938, del Segundo Juzgado de Letras de Temuco, sobre juicio ordinario de nulidad, caratulados Osses Pincheira, María, con Sociedad Agronar Ltda. y otro, el juez titular de dicho tribunal, por sentencia de veintinueve de septiembre de dos mil, escrita a fojas 100, dio lugar, con costas a la demanda declarando la nulidad relativa del contrato de compraventa de inmuebles celebrado entre don José Antonio Vargas Vásquez y la Sociedad Agronar Ltda. por escritura pública de 8 de abril de 1999 ante el notario de Temuco don Juan

Antonio Loyola Opazo por la cual el primero vendió al segundo dos inmuebles que se individualizan, ordenando cancelar las inscripciones respectivas. La demandada recurrió de casación en la forma y apelación en contra de la sentencia de primer grado y una Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, por sentencia de diez de julio de dos mil tres, rechazó el recurso de casación en la forma y confirmó con costas el fallo apelado. En contra de esta última sentencia, la parte demandada deduce recursos de casación en la forma y en el fondo. Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

(NO se reproducen los considerandos primero al octavo, pues no dicen relación con el tema del comentario).

NOVENO: Que, procede analizar el recurso de casación en el fondo deducido por la demandada, en cuanto a la segunda causal de casación que invoca, esto es, por haberse vulnerado las normas que rigen al régimen de sociedad conyugal en relación con los bienes adquiridos por herencia.

DECIMO: Que, la regla general en materia de sociedad conyugal es que los bienes adquiridos a título oneroso por los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal ingresan al llamado haber absoluto de ésta. Pero el artículo 1726 del Código Civil precisa que los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges a título de donación, herencia o legado pertenecen al respectivo cónyuge si es bien raíz, pero si es mueble, aumentarán el haber de la sociedad, la que deberá al cónyuge o cónyuges adquirentes la correspondiente recompensa. En consecuencia, es claro al tenor de esta disposición que, en definitiva, para determinar el haber al que ingresan los bienes adquiridos a título de herencia es indispensable conectar estas normas con las del Libro III que reglamentan la llamada indivisión hereditaria y la forma en que se le pone término. De acuerdo a esto, para determinar, en definitiva, la suerte que siguen los bienes adquiridos a título de donación, herencia o legado, es necesario precisar qué ocurre con ellos si existen varias personas que concurren a la herencia. De esta manera, si es uno solo el heredero, la determinación queda hecha ipso facto, y los bienes raíces pertenecerán al haber propio del cónyuge heredero o legatario. Pero si, como ocurre normalmente, se produce una indivisión hereditaria, el destino final de los bienes, esto es, si entran al haber relativo o al haber propio de cada cónyuge, sólo se decidirá cuando este derecho se radique en un bien determinado, por cualquiera de las formas en que se ponga término a la comunidad, por ende, si el bien que, en definitiva, recibe el heredero, donatario o legatario es un bien raíz, el mismo permanecerá en el patrimonio propio del respectivo cónyuge, y en caso contrario queda en el haber relativo de la sociedad conyugal, pero ésta le deberá una recompensa al respectivo cónyuge. Normalmente, en el concepto del legislador esto se determina en la partición, y esta es otra razón por la cual el legislador está sumamente interesado en que se ponga término a la comunidad hereditaria lo más pronto posible, y por ello el artículo 1317 del Código Civil dispone que, salvo el pacto de indivisión y otras situaciones de excepción, la partición puede siempre pedirse y, hecha ésta, opera

el efecto declarativo de la partición previsto en el artículo 1344 del Código Civil, que establece: Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión. En virtud de este efecto, se precisa también la suerte de cualquier enajenación, gravamen o acto de disposición efectuado por algún heredero respecto de los bienes sucesorios, e igualmente la posibilidad de los acreedores personales del heredero para actuar sobre ellos. El sistema corresponde a la realidad socio-económica de Chile al dictarse el Código Civil, y no ha sufrido modificaciones en este aspecto, y por muchas críticas que puedan hacerse por su rezago frente a la realidad actual del país, sólo corresponde al sentenciador aplicarlo, mientras no sea reemplazado por otro.

UNDECIMO: Que, por otra parte, el legislador se preocupa de la situación que puede producirse cuando el bien se adquiere en parte a título gratuito y en parte a título oneroso y de otras situaciones, por ejemplo, el artículo 1729 del Código Civil se pone en el caso de que algunas de las cosas esté poseída por uno de los cónyuges con otras personas proindiviso, y que se hiciera dueña de ella por algún título oneroso, determinando que en tal caso pertenecerá proindiviso a dicho cónyuge y a la sociedad conyugal. Pero es fundamentalmente el artículo 1736 del Código Civil el que efectúa una serie de precisiones sobre los bienes adquiridos por los cónyuges, y establece el mecanismo de las compensaciones o recompensas que se liquiden al término de la sociedad conyugal y que restablecen, en todo caso, el justo reparto de las cargas sociales y de los cónyuges en relación con el dominio de los bienes. Mediante el sistema de recompensas ni la sociedad conyugal ni cada uno de los cónyuges puede enriquecerse injustamente a costa de los otros patrimonios que juegan en este régimen matrimonial.

DUODECIMO: Que, en el caso de autos la situación especial que se produce, es que el marido, al mismo tiempo que adquirió por sucesión por causa de muerte del causante bienes en comunidad con otros herederos, al comprarles y adquirir por cesión de derechos hereditarios otros porcentajes en los bienes indivisos, realizó un acto a título oneroso, como es una compraventa de derechos hereditarios, pero posteriormente se adjudicó bienes raíces que, por el efecto declarativo y retroactivo de la partición, de acuerdo a los artículos 718, 1726 y 1744 del Código Civil, adquirió directamente del causante, y como se trata de bienes raíces de acuerdo a los preceptos ya citados, quedan en su haber propio. En consecuencia, cuando los sentenciadores califican como bienes sociales aquellos inmuebles adquiridos en la partición por el cónyuge casado en sociedad conyugal, por la sola circunstancia de que en parte provienen de una compra de derechos de otros comuneros, se vulnera el efecto declarativo y originario que tiene la adjudicación y, con ello, se infringen las disposiciones legales señaladas precedentemente, como también el artículo 1344 del Código Civil por falta de aplicación al caso de autos.

DECIMOTERCERO: Que, se argumentó en contra de esta conclusión afirmándose que la cesión de derechos hereditario es otro título distinto al de la herencia, que es el presupuesto para que opere el artículo 1726 del Código Civil. Sobre el particular, es menester reiterar que el título del marido adjudicatario es la herencia del causante, y en virtud

del citado efecto declarativo, el bien raíz le ha pertenecido siempre, y siendo adquirido por herencia, queda en su haber propio, y la injusticia aparente que subyace al hecho de que con dineros de la sociedad conyugal se hayan adquirido por cesión parte de los derechos hereditarios, lo que significaría una pérdida para la sociedad conyugal, se corrige con el sistema de las recompensas. No se trata, en consecuencia, de que la sociedad conyugal entre a un negocio y posteriormente participe de la utilidad de éste, sino que le sea compensado aquello que desembolsó en beneficio de uno de los cónyuges. Este es el sistema que establece el legislador cada vez que la sociedad conyugal hace un desembolso a favor de uno de los cónyuges, cualquiera que éste sea, y también cuando ocurre a la inversa, esto es, que la pérdida de un bien la sufre alguno de los cónyuges en beneficio de la sociedad conyugal. Dicha materia está determinada en el artículo 1745 del Código Civil, que la sentencia no aplica al caso de autos, vulnerando la disposición legal y, con ello, todo el sistema de la sociedad conyugal.

DECIMOCUARTO: Que, sobre el particular, resulta pertinente considerar el texto íntegro del artículo 1745 del Código Civil, por cuanto para eludirlo los jueces de segundo grado han hecho una errónea interpretación del mismo: En general, los precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se hicieron en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges, se presumirán erogados por la sociedad, a menos de prueba contraria, y se le deberán abonar. Por consiguiente: El cónyuge que adquiere bienes a título de herencia debe recompensa a la sociedad por todas las deudas y cargas hereditarias o testamentarias que él cubra, y por todos los costos de la adquisición; salvo en cuanto pruebe haberlos cubierto con los mismos bienes hereditarios o con lo suyo. La disposición no requiere interpretación, es de claridad meridiana y es justamente el caso en que se adquirieron bienes (se compraron y se adquirieron por cesión de derechos hereditarios en una sucesión, por los cuales se pagó un precio) con dineros de la sociedad conyugal, pero que en virtud de la partición y posterior adjudicación y con efecto retroactivo, pasaron a pertenecer al cónyuge heredero a la fecha de la apertura de la sucesión. En consecuencia, el bien mismo, de acuerdo a los citados artículos 718, 1726 y 1744 del Código Civil, pertenece exclusivamente al cónyuge adjudicatario, pero éste le queda adeudando una recompensa a la sociedad conyugal por lo que ésta desembolsó.

DECIMOQUINTO: Que frente al texto tan claro de la ley, se ha pretendido su no aplicación en este caso, argumentándose que el artículo 1745 se refiere sólo al título de herencia, y una compraventa, que es el título de la cesión de derechos hereditarios de autos, no se encuentra incorporada en la norma. Con ello, se olvida que el inciso segundo del precepto determina el sentido del inciso final. Dicho de otra manera, la expresión por consiguiente, que antecede el inciso final, revela y confirma que éste no es más que una aplicación de la regla general del inciso primero, y en ninguna parte contradice lo señalado. Dicho inciso primero incluye obviamente a la compraventa, pues habla de precio.

DECIMOSEXTO: Que, además de todas las razones de texto legal señaladas, existe un argumento incontrarrestable para así confirmarlo, porque nunca se ha discutido que la

adjudicación con alcances no impide que opere el efecto declarativo de la partición, y cualquiera que sea el monto del alcance. Para pagar dicho alcance el heredero puede utilizar dineros que, aunque provengan de la propia herencia, como tales pertenecen al haber relativo de la sociedad conyugal, y si emplea dineros ajenos a los sucesorios, ellos son de la sociedad conyugal, y por eso en ambos casos todo esto se liquida por el sistema de recompensas o compensaciones. La situación de los derechos hereditarios a título oneroso no tiene mayor diferencia jurídica que la adjudicación con alcance, y por ende, resulta absolutamente absurdo aplicarle otro criterio jurídico, y así lo han hecho siempre las distintas liquidaciones de sociedad conyugal que se han hecho desde la dictación del Código Civil, y sin que se haya objetado esta conclusión, que resulta tan evidente al tenor de las disposiciones citadas. El caso mismo de la cesión de derechos hereditarios no ha dado lugar nunca a controversia ante los tribunales por la razón que de acuerdo a los artículos 1909 y 1910 del Código Civil, el cesionario pasa a ocupar la situación jurídica del cedente, adquiere su derecho en la herencia, y como lo señalan los tratadistas y se ha aplicado así en la práctica, sin excepciones, tiene todos los derechos y cargas del heredero, y por ende puede adquirir bienes en la partición y su título es de adjudicación, es declarativo, y los bienes los adquiere por herencia del causante. Respecto al artículo 1729 del Código Civil, que establece la comunidad entre el cónyuge y la sociedad conyugal, ello ha sido debatido en un importante fallo de esta misma Corte de 28 de septiembre de 1955, pero no en relación a la cesión de derecho, sino a la transacción y el efecto declarativo que ella puede tener.

DECIMOSEPTIMO: Que, como consecuencia de lo anterior, en virtud del efecto declarativo de la partición, el marido adquirió directamente del causante el bien que le fue adjudicado, y adeuda una recompensa a la sociedad conyugal por la parte en que adquirió sus derechos hereditarios, y tratándose de un bien raíz, éste pertenece íntegramente a su patrimonio propio, y no necesitaba el consentimiento de la cónyuge para enajenarlo, por lo cual no puede considerarse nula la enajenación que haya hecho por sí solo y sin tal consentimiento, que sólo hubiera sido posible requerirlo si se hubiera tratado de un bien social.

DECIMOCTAVO: Que todo lo razonado precedentemente permite concluir que la sentencia impugnada incurrió en infracción a los artículos 718, 1344 y 1745 del Código Civil con influencia substancial en su parte dispositiva; puesto que, de habérseles dado una correcta aplicación, debió haberse rechazado la demanda deducida en autos, en lugar de acogerla, como aconteció en la especie. Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 767, 768, y 785 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso de casación en la forma deducido en lo principal del escrito de fojas 133 y se acoge el recurso de casación en el fondo en los términos señalados en este fallo, interpuesto por el abogado don Hugo Ormeño Melet, en representación de los demandados, en contra de la sentencia dictada por una de las salas de la Corte de Apelaciones de Temuco, de diez de julio de dos mil tres, escrita a fojas 128, la que se invalida en lo pertinente y se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista pero separadamente.

VOTO DISIDENTE

Acordada la sentencia que antecede, en cuanto acoge el recurso de casación en el fondo, con el voto en contra de los ministros señores Tapia y Rodríguez, quienes, en cambio, estuvieron por desechar dicho recurso en todas sus partes, con el mérito de lo expresado únicamente en los motivos 6º, 7º, 8º y 9º de dicha sentencia y de las siguientes consideraciones adicionales:

1º.- Que en lo tocante a la adquisición del dominio del derecho real de herencia, a que aluden los artículos 577 y 583 del Código Civil, es menester distinguir entre la causa remota o título de su adquisición, que puede ser el testamento, la ley o, por ejemplo, la compraventa de derechos hereditarios, con la causa próxima o modo de lograr tal adquisición, o sea, su modo de adquirirlo (artículo 588 del mismo Código), que puede ser la sucesión por causa de muerte o bien la tradición o cesión del derecho real de herencia (artículos 670, inciso 2º, 675 y 1909 del Código citado). Mientras el modo de adquirir sucesión por causa de muerte es siempre a título gratuito, la tradición puede ser a título gratuito u oneroso (por ejemplo, compraventa). Pero ambos modos de adquirir son derivativos, pues se fundan en un derecho precedente que tenía otra persona.

2º.- Que consta del proceso que la actora, doña María Lourdes Osses Pincheira, contrajo matrimonio, bajo el régimen de sociedad conyugal, con el demandado don José Antonio Vargas Vásquez el 20 de mayo de 1966. El 17 de diciembre de 1974 falleció don Armando Vargas Vásquez, padre del nombrado José Antonio Vargas Vásquez. La posesión efectiva de los bienes del causante se concedió por resolución judicial de 28 de enero de 1975, entre otras personas, a sus hijos José Antonio, Marta Eliana y Adela, todos Vargas Vásquez. Mediante escrituras públicas de 13 de junio de 1978 y de 31 de marzo de 1980, doña Marta Eliana y doña Adela, respectivamente, vendieron y cedieron a su hermano José Antonio todos sus derechos en la herencia quedada al fallecimiento de su padre. La partición de la herencia intestada de don Armando Vargas Vásquez fue efectuada mediante sentencia del árbitro partidador de 30 de junio de 1981, que consta de escritura pública de 21 de septiembre del mismo año, otorgada ante el notario público de Temuco don Venancio Lisboa. En dicho juicio particional don José Antonio Vargas Vásquez actuó tanto en calidad de hijo legítimo del causante como en calidad de cesionario de los derechos hereditarios de sus hermanas Marta Eliana y Adela, adjudicándose al primero varios bienes raíces a fin de enterarle su acervo representado por todos los derechos hereditarios que detentaba.

3º.- Que, en nuestro derecho, la generalidad de las normas legales que rigen el matrimonio y la sociedad conyugal son de orden público, sin que esté permitido a los particulares prescindir de ellas y establecer otras prescripciones diversas o conducir sus actos como si aquellas no existieren, pues hay un interés social de que la regulación de las materias que aquellas normas contemplan sea una sola regla para todos los individuos, de modo uniforme e imperativo. De allí, entonces, que la sociedad conyugal reviste un carácter universal, que alcanza a todas las actuaciones de los cónyuges y de cuyas normas lega-

les no les es posible sustraerse, afectando a todos los actos patrimoniales que durante su vigencia se realicen. Tales reglas sobre la sociedad conyugal están contenidas en el Título XXII del Libro Cuarto de nuestro Código Civil. Para determinar qué bienes son de la sociedad conyugal y cuáles no lo son por pertenecer al haber propio de cada uno de los cónyuges, las normas referidas en sus artículos 1725 y siguientes distinguen si se trata de bienes raíces o bienes muebles y si han sido adquiridos a título gratuito u oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal.

4°.- Que según lo expuesto en el motivo 2°, respecto de los derechos hereditarios que adquirió don José Antonio Vargas Vásquez en calidad de heredero abintestato de su padre, la causa remota o título de su adquisición fue la ley y la causa próxima o modo de adquirir fue la sucesión por causa de muerte, modo que, como se ha dicho, es siempre a título gratuito. Los derechos hereditarios, como recaen sobre una universalidad, la doctrina y la jurisprudencia han afirmado que están sujetos al estatuto de los bienes muebles. En consecuencia, los derechos hereditarios adquiridos por don José Antonio Vargas Vásquez en la forma dicha ingresaron al haber de la sociedad conyugal existente con su cónyuge, con cargo de recompensa, en virtud de lo previsto en el artículo 1725 N° 4 del Código Civil. En cambio, respecto de los derechos hereditarios que adquirió el mismo don José Antonio Vargas Vásquez por cesión de sus hermanas, la causa remota o título de su adquisición fue la compraventa y la causa próxima o modo de adquirir fue la tradición o cesión, modo que en este caso fue a título oneroso, por lo que tales derechos hereditarios así adquiridos ingresaron al haber de la sociedad conyugal, sin cargo de recompensa, conforme a lo preceptuado por el artículo 1725 N° 5 del Código Civil.

5°.- Que, en el caso de autos, ocurrió que el marido, detentador de derechos hereditarios adquiridos a título oneroso y pertenecientes, por tanto, al haber de la sociedad conyugal, no pudo actuar en la partición hereditaria, respecto de tales bienes sociales, sino como administrador de la sociedad conyugal y con independencia de su cónyuge. Pero, al actuar así, obtuvo que se le adjudicaran varios bienes raíces en entero de su acervo representado, mayoritariamente, por los referidos bienes sociales, para luego sostener que tales bienes raíces eran bienes propios de él y no de la sociedad conyugal, por haberlos adquirido a título gratuito, como si se tratara de los casos previstos en los artículos 1726 y 1732 del Código Civil, procediendo a enajenar algunos de dichos bienes raíces sin la autorización de su mujer exigida para los bienes raíces sociales por el artículo 1749 del Código Civil, lo cual ha originado el presente litigio. O sea, el marido efectuó actos u operaciones, sin intervención alguna de su cónyuge, que significaron que bienes del haber social aparecieron de pronto transformados en bienes propios de él, resultando así preteridos los derechos que el legislador ha querido otorgar a la mujer para protegerla, situación que es contraria a la equidad y que no puede ser aceptada.

6°.- Que los artículos 1736 y 1737 del Código Civil, para determinar si un bien pertenece o no al haber de la sociedad conyugal, no atienden a la época en que se produce la adquisición efectiva del dominio, sino a aquella en que se genera la causa o título que la produce. De este modo, así como los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal,

por una causa o título anterior a ella, pertenecen al cónyuge adquirente, los que se adquieren después de su disolución, por una causa o título oneroso generado durante su vigencia, pertenecen a la sociedad conyugal. Es el principio general que gobierna la materia. Pues bien, en el caso de autos la causa o título que dio origen a la adjudicación de bienes raíces efectuada al marido fue mayoritariamente la tradición a título oneroso de derechos hereditarios pertenecientes a la sociedad conyugal, de modo que la causa o título de tal adjudicación no fue íntegramente a título gratuito, por sucesión por causa de muerte, lo que ha debido traer como consecuencia que los referidos bienes raíces fueran considerados en parte bienes propios del marido y en parte bienes sociales, como lo ha determinado la sentencia recurrida, sin que en la especie pueda tener acogida, de modo absoluto, la ficción contenida en los artículos 718 y 1344 del Código Civil, normas genéricas que no pueden preferir frente a la especialidad de la normativa propia de la sociedad conyugal.

7°.- Que, ante la inequidad producida en el caso de autos, el recurrente ha creído encontrar una solución mediante una suerte de recompensa a la cónyuge perjudicada, amparada, a su parecer, en el artículo 1745 del Código Civil. Pero ocurre que esta norma legal no puede tener aplicación en la especie, pues se refiere al derecho del cónyuge comunero adquirido únicamente a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal.

8°.- Que, consecuentemente, la sentencia recurrida no ha infringido los artículos 718, 1344 y 1745 del Código Civil, como sostiene el recurrente, razón por la cual, en opinión de los disidentes, el recurso de casación en el fondo también ha debido ser desestimado en este capítulo. Redacción a cargo del Ministro Sr. Kokisch y del voto disidente, sus autores. Regístrese. N° 3541-03. Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sres. Eleodoro Ortiz S., Enrique Tapia W., Jorge Rodríguez A., y Domingo Kokisch M. y Abogado Integrante Sr. René Abeliuk M. No firman los Ministros Sres. Ortiz y Tapia no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica el primero y con permiso el segundo. Autorizado por el Secretario Sr. Carlos A. Meneses Pizarro.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintiuno de julio de dos mil cinco. De acuerdo con lo que dispone el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo. Vistos: Se reproduce la sentencia de segunda instancia en su parte no afectada por el recurso de casación y los motivos primero a noveno, inclusive. Se reproduce, asimismo, la sentencia de primer grado en su parte expositiva y sus fundamentos primero a octavo. Y se tienen, además, en consideración los motivos sexto a décimo séptimo de la sentencia de casación que antecede. De acuerdo además con lo previsto en los artículos 144, 170, 186 y 187 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de veintinueve de septiembre de dos mil, escrita a fojas 100, y se decide, en cambio, que no se da lugar a la demanda interpuesta por doña María Lourdes Osses Pincheira,

en lo principal del escrito de fojas 55, en todas sus partes, sin costas por haber litigado la actora con fundamento plausible. Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Tapia y Rodríguez, quienes, en virtud de los argumentos contenidos en el voto disidente señalados en la sentencia de casación que antecede, estuvieron por confirmar el fallo de primer grado. Redacción a cargo del Ministro Sr. Kokisch y de la disidencia, sus autores. Regístrese y devuélvase. N° 3541-03. Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Eleodoro Ortiz S., Enrique Tapia W., Jorge Rodríguez A., y Domingo Kokisch M., y Abogado Integrante Sr. René Abeliuk M. No firman los Ministros Sres. Ortiz y Tapia no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica el primero y con permiso el segundo. Autorizado por el Secretario Sr. Carlos A. Meneses Pizarro.

Comentario

1. El caso que motivó el litigio y el fallo de casación antedicho fue el siguiente : En una sucesión hereditaria en que hay varios inmuebles uno de los comuneros, casado en régimen de sociedad conyugal y titular de su cuota, adquirió por compra los derechos hereditarios de los restantes comuneros y años después, por sentencia dictada en un juicio particional, se le adjudicaron los inmuebles como cuerpos ciertos. Más adelante, el mismo comunero, sin autorización de su mujer, vendió y transfirió a un tercero las propiedades en referencia.

2. Posteriormente, la cónyuge demandó solicitando se declarara la nulidad relativa de la venta al tercero, por infracción del art. 1749 al omitirse la autorización de la mujer casada en sociedad conyugal, ya que se ha tratado de inmuebles cuyo título adquisitivo, en parte, es oneroso y por lo tanto bienes sociales (art. 1725, N° 5).

3. La sentencia de primer grado, confirmada por la de alzada, acogieron la demanda declarando la nulidad relativa de la venta.

Interpuesto recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema acogió el recurso y en sentencia de reemplazo revocó el fallo de primer grado resolviendo que no procede declarar la nulidad relativa de la venta.

4. El fundamento del fallo de casación consiste en reconocer el efecto declarativo del acto de partición en favor del comunero adjudicatario, ya que con arreglo a los artículos 718, 1726, 1745 y 1344 debe reputarse que sucede directamente al causante, a título gratuito, y por consiguiente tratándose de bienes inmuebles éstos le pertenecen como bienes propios (art. 1726) sin que para su enajenación se requiera la autorización de la cónyuge (art. 1749).

5. El asunto presenta interés porque incide en el alcance que, en nuestro derecho, hay que dar al efecto declarativo de la adjudicación en acto particional, es decir, si tal efecto borra todo el pasado de la indivisión o si deben subsistir ciertos actos realizados durante ésta y que no quedan afectados por la ficción retroactiva.

No hay duda que, antes del acto particional, la comunidad hereditaria existente determinó que el derecho hereditario por la cuota del marido haya ingresado al haber relativo de la sociedad conyugal (art. 1726, inc. 2ª) y que las cuotas hereditarias adquiridas por aquel, por compra, hayan ingresado al haber absoluto de la misma (art. 1725, N° 5).

La interrogante es: ¿Efectuada la partición y adjudicados los inmuebles al marido, se borra lo anterior y debe asumirse que por el efecto declarativo de la adjudicación éste ha adquirido los inmuebles a título gratuito, es decir, tratándose de bienes propios suyos que ha podido enajenar libremente?

6. Así lo entienden algunos autores que atribuyen al efecto declarativo un alcance amplio, según el cual la suerte de los bienes hereditarios con relación a la sociedad conyugal sólo se va a definir una vez liquidada la herencia. (A. Alessandri R. *Tratado Práctico de la Sociedad Conyugal* ... N° 274; pág. 225) (M. Somarriva U. *Indivisión y Partición*, t. 2; N° 549, pág. 330), pero, como expresa Henri Capitant (*La Indivisión*, pág. 387): "Es necesario no exagerar esta fórmula, ya que no todos los actos ejecutados durante la comunidad quedan sin efecto por la partición; tal acontece, por ejemplo, con la cesión de la cuota parte... , acto que subsiste a pesar de la partición".

7. Es decir, el alcance del efecto declarativo no puede tener una amplitud tal que vulnere la normativa específica de la sociedad conyugal (argumento que se da en los votos disidentes de este fallo) y que se refuerza si se considera que la finalidad propia de tal efecto es resguardar al adjudicatario de los actos de enajenación o gravamen constituidos por otros comuneros sin el consentimiento del primero, pero no significa que a través de la partición pueda cambiarse el título adquisitivo cuando éste ha operado conforme a la norma legal, transformándolo de oneroso en gratuito mediante la ficción de la retroactividad.

8. El fallo de casación hace referencia a una sentencia anterior de la Corte Suprema (del 28 de septiembre de 1955. RDJ tomo 52, sec. 1ª, pág. 311) que aplicó el art. 1729 al caso en que el título adquisitivo de las cuotas restantes fue un contrato de transacción, pero explica que la situación es diferente, porque no se refiere a la cesión de derechos, sino a la transacción y al efecto declarativo que ella pueda tener.

Pero en ese fallo del año 1955 se reconoce que la transacción constituyó un título nuevo y oneroso, por lo cual originó la comunidad a la que se aplica el art. 1729.

9. De aquí que consideremos inalterable por el acto particional el efecto jurídico del título adquisitivo (oneroso) que, en parte, corresponde a los inmuebles adjudicados al marido, siendo éstos sociales y por lo mismo sujetos a la formalidad del art. 1749 bajo sanción de nulidad relativa.

Asimismo, consideramos muy pertinente la observación que consta en los votos disidentes en cuanto se expresa que “mediante esta operación, resultan preteridos los derechos que el legislador ha querido otorgar a la mujer para protegerla, situación que es contraria a la equidad y que no puede ser aceptada” (Considerando 5°).

10. El fallo de casación, para apoyar la tesis de que la compra de las otras cuotas hereditarias por el marido no obsta a su calidad de dueño exclusivo de los inmuebles en virtud del efecto declarativo de la partición, ha argumentado con la norma del art. 1745, según la cual, los precios que se paguen en la adquisición de bienes o derechos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges, se presumen erogados por la sociedad, debiéndosele recompensa a esta última.

Pero el art. 1745 se aplica, como reza su texto, en el caso de tratarse de la adquisición de “bienes o derechos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges”, durante la vigencia de la sociedad conyugal, y la situación en análisis está referida a la adquisición de cuotas a título oneroso que no pertenecerán al cónyuge, sino al patrimonio social. El título tampoco será gratuito, como lo explicita el inciso final de dicho artículo.

11. Pensamos que puede calificarse este caso de ejemplar, en cuanto plantea la necesidad e importancia de evitar que, mediante la decisión jurisprudencial, un criterio estrictamente legal y teórico pueda prevalecer opuesto a otro, también legal, pero más pragmático y equitativo en la interpretación de la ley.

Correcta interpretación de los artículos 152, 430, 432, 469 y 687 del Código de Procedimiento Civil

COMENTARIO:

FERNANDO JOSÉ RABAT CELIS
Profesor Titular de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Corte Suprema, 6 de junio, 4 de julio y 13 de noviembre de 2007.

“**Salinas Urbina Alfonso con Banco del Desarrollo**”, rol de ingreso Corte Suprema número 5.702- 2005; “**Banco Do Brasil S.A. con Picon Patri Robert**”, rol de ingreso Corte Suprema número 6.592- 2005; y “**Carrasco con Schoebitz**”, rol de ingreso Corte Suprema número 5.675- 2006.

Materia: Abandono del procedimiento.

Disposiciones aplicables: Artículos 152, 430, 432, 469 y 687 del Código de Procedimiento Civil.

Doctrina: No cabe sostener que vencido el plazo para formular observaciones a la prueba en el juicio ordinario, ejecutivo o sumario, el impulso procesal quede radicado exclusivamente en el juez de la causa, de forma tal de liberar al actor de la carga procesal de proseguir el juicio hasta su terminación.

Comentario

Los casos en comento

Se trata de tres procesos judiciales. El primero¹ consiste en un juicio ordinario de indemnización de perjuicios seguido ante el Segundo Juzgado Civil de Iquique, tribunal que acogió el incidente de abandono del procedimiento incoado

por la demandada, resolución que fue confirmada luego por la ltma. Corte de Apelaciones de esa ciudad. El segundo² es un juicio ejecutivo tramitado ante el Segundo Juzgado Civil de Santiago, tribunal que acogió el incidente de abandono del procedimiento impetrado por el demandado, sentencia que también fue confirmada en su oportunidad por la I. Corte de Apelaciones de Santiago. El último³ es un juicio sumario seguido ante el Juzgado Civil de Los Muermos conforme las disposiciones del DL 2.695, en el cual el juez a quo acogió una petición de abandono de procedimiento, siendo ella confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

En todos estos juicios, los demandantes dedujeron recursos de casación en el fondo para ante la Excm. Corte Suprema, siendo hechos de la causa y, por ende, inamovibles: a) Que había transcurrido el término previsto en la ley para formular observaciones a la prueba; b) Que no se había citado por el juez de la causa a las partes para oír sentencia; y c) Que habían transcurrido más de 6 meses contados desde la última resolución recaída en una gestión útil para dar curso progresivo a los autos.

De esta manera, el asunto que se presenta a la decisión del Máximo Tribunal consiste en determinar si es o no posible declarar abandonado un procedimiento desde que se encuentra vencido el término para formular observaciones a la prueba y hasta la citación a las partes para oír sentencia.

La Excm. Corte Suprema, en los fallos en estudio, estimó que si el proceso se encuentra en estado de citar a las partes para oír sentencia, lo que constituye una obligación propia del juez de la causa, ya no cabe a las partes iniciativa para instar a la dictación de resoluciones útiles para dar curso progresivo a los autos, por lo que se trata de una situación en que la declaración de abandono del procedimiento no está autorizada por la ley.

Para arribar a esta conclusión se sostiene, en síntesis, lo siguiente:

1. Con la entrada en vigencia de las leyes 18.705 y 18.882, las que modificaron el Código de Procedimiento Civil, queda de manifiesto una tendencia legislativa en materia procesal, tanto en la tramitación del procedimiento ordinario (artículo 432) como en la del ejecutivo (artículo 469), en orden a plasmar en las disposiciones del Código respectivo el interés y la intención social de que sea el juez quien en ciertas instancias procesales asuma la responsabilidad de instar por la prosecución y término del juicio.

¹ Salinas Urbina, Alfonso, con Banco del Desarrollo, rol de ingreso Corte Suprema número 5.702-2005.

² Banco Do Brasil S.A. con Picon Patri, Robert, rol de ingreso Corte Suprema número 6.592- 2005.

³ Carrasco con Schoebitz, rol de ingreso Corte Suprema número 5.675- 2006.

2. El artículo 152 del Código de Procedimiento Civil lo que sanciona es la pasividad del litigante. Esta pasividad debe ser, eso sí, culpable, esto es, advirtiendo y aceptando el interesado las consecuencias perjudiciales que se derivarán de su desidia, no obstante lo cual nada hace para activar el procedimiento. Para que tal evento se configure, es menester que la parte esté en condiciones de interrumpir efectivamente la suspensión en la tramitación del procedimiento o ha de haber realizado todo lo que la ley le requiere para dejarlo en condiciones de que el conflicto sea decidido por el órgano jurisdiccional.

3. En consecuencia, la sanción del artículo 152 en comentario sólo es posible aplicarla en el evento de ser los litigantes los obligados únicos en el avance procesal, situación que no se puede extender, dado el efecto sancionatorio del abandono.

Nuestra posición

No compartimos la doctrina que ha establecido la Excma. Corte Suprema. En nuestro entender, y así pretendemos demostrarlo a través de este comentario, no existe razón de texto para estimar, como lo hace el Máximo Tribunal, que no es posible, configurándose los presupuestos para ello, declarar abandonado un procedimiento cuando no hay gestiones útiles para dar curso progresivo a los autos, en el período que media entre el fin del plazo para formular observaciones a la prueba y la citación a las partes para oír sentencia.

Para pensar de esta manera, existen las siguientes razones:

1. En primer lugar, es un hecho que ubicados como pilares fundamentales de nuestro ordenamiento procesal civil encontramos los principios de pasividad y el dispositivo.

Aun cuando ambos principios están evidentemente vinculados entre sí, los autores estiman que el de **pasividad** se refiere más bien a la iniciación del proceso, es decir, a aquella idea de que el ejercicio de la acción es un presupuesto de la jurisdicción; en cambio, el **dispositivo** más bien apunta a determinar a quién, dentro del procedimiento civil, se le asigna un rol más protagónico, o mayor o menor capacidad para intervenir.

En todo caso, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10 inciso 1° del Código Orgánico de Tribunales,⁴ no cabe duda de que nuestro sistema procesal civil se asienta en los principios de pasividad y dispositivo, en términos tales que son las partes quienes deben someter al tribunal las afirmaciones y pruebas que estimen pertinentes, correspondiendo a aquel un rol pasivo, que se traduce en dirigir el debate en conformidad con la ley.

Hemos querido referirnos a estos principios formadores de nuestro ordenamiento procesal, porque son ellos los que deben inspirar al intérprete cuando éste inicia el procedimiento de hermenéutica.

De esta forma, al tiempo en que la Excma. Corte interpreta las normas en análisis, debe necesariamente tener en consideración que el procedimiento civil reconoce como pilares el de la pasividad del juez y el principio dispositivo, en términos tales que el magistrado puede actuar de oficio sólo cuando una ley expresamente lo autoriza y que el impulso procesal está radicado en las partes a cuyo requerimiento se pronuncia el juzgador.

2. Por otro lado, se ha resuelto por los Tribunales Superiores⁵ que el fundamento del abandono del procedimiento es "impedir que el juicio se paralice en forma indefinida, con el daño consiguiente a los intereses de las partes, y evitar la inestabilidad de los derechos y en especial la incertidumbre del derecho del demandado y la prolongación arbitraria del litigio, como consecuencia de una conducta negligente. Representa una sanción procesal para los litigantes que cesan en la prosecución del proceso omitiendo toda actividad y tiende a corregir situaciones anómalas que crea entre las partes la subsistencia de un juicio largo tiempo paralizado".

Así también, uno de los fallos que analizamos⁶ reconoce que "el Estado estimó procedente reaccionar en torno a los juicios que se mantienen indefinidamente, puesto que la incertidumbre en la circulación de los bienes y la inestabilidad en las relaciones jurídicas debe extenderse el menor tiempo posible".

La doctrina⁷ se ha pronunciado en este mismo sentido al decir que "el fundamento del abandono del procedimiento se hace consistir por una parte en la presunta intención de las partes de abandonar el proceso y por la otra, en el interés social que persigue evitar la pendencia indefinida de los procesos, ya que tener procesos paralizados por un largo tiempo perturba la buena administración de justicia y trae consigo peligros para la seguridad jurídica".

Así, entonces, se desprende con total claridad que, en su carácter de sanción, el abandono del procedimiento reconoce un bien jurídico protegido, cual es el interés del demandado de tener lo antes posible claridad acerca de su derecho, es decir, que se despeje cualquier interrogante que pudiese haber

⁴ Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio.

⁵ Sentencias dictadas por la Excma. Corte Suprema, con fecha 18 de diciembre de 1968 y 6 de agosto de 1987, y publicadas en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 65, sección 1ª, página 386, y tomo 84, sección 1ª, página 103.

⁶ Considerando 4º de la sentencia rol de ingreso número 6.592- 2005.

⁷ Guillermo Piedrabuena Richard, en *Fallos del Mes*, mes de marzo de 1997, documento N° 9, página 27.

nacido al tiempo en que el actor hizo valer su pretensión. A consecuencia de lo dicho, se sigue que no es inocuo para el demandado que el proceso se halle detenido, en cualquier etapa del mismo, pudiendo incluso pensarse que tal situación le acarree un daño. Por tal motivo, no resulta justo que llegado a un determinado momento en el proceso, el juicio pueda quedar indefinidamente paralizado, sin que esa paralización reciba sanción de ninguna especie para el litigante displicente.

3. También estimamos que es indispensable definir con claridad cuál es el momento en que queda el Tribunal habilitado para dictar sentencia, es decir, debemos definir si ello, por ejemplo, se produce cuando se provee "autos para los efectos del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil", o bien, cuando derechamente se cita a las partes para oír sentencia.

Por cierto que la respuesta a esta interrogante será relevante, por cuanto de ella podremos definir la etapa en que el impulso procesal queda exclusivamente radicado en el tribunal.

A este respecto, los artículos 432 y 433 del Código de Enjuiciamiento Civil son bastante claros. En efecto, el artículo 433 es taxativo al declarar que "citadas las partes para oír sentencia, **no se admitirán** escritos ni pruebas de ningún género", o sea, es sólo en ese momento del proceso la oportunidad en el que las partes quedan liberadas de la carga de instar por dejar los autos en estado de fallo y, por ende, es ahí donde, en los términos utilizados por los fallos en estudio, el juez pasa a ser el "único" responsable del avance del proceso. Corrobora lo anterior el artículo 795 número 7 del Código de Procedimiento Civil al establecer como un trámite o diligencia esencial la citación para oír sentencia, entendiéndose por ende que con la citación para oír sentencia se limita el impulso procesal de la parte, quedando allí el juez como único responsable de la causa.

4. Las sentencias en análisis dejan traslucir, además, que en el entender de los señores ministros la actividad procesal de las partes terminará una vez vencido el término probatorio y el período de observaciones a la prueba, quedando los litigantes liberados de cualquier actividad procesal.

No estamos de acuerdo con ese predicamento.

Desde luego, los artículos 432 y 433 del Código de Procedimiento Civil permiten, como se dijo, distinguir con claridad dos momentos: el anterior a la citación para oír sentencia y el posterior; y sólo con ocasión de este último se dice "**citadas las partes para oír sentencia, no se admitirán escritos ni prueba de ningún género**". Esta disposición ratifica que sólo ahí cesa la actividad de las partes.

Por lo demás, el artículo 152 de la Ley Procesal, al definir los supuestos en que procede el abandono del procedimiento, utiliza la voz “**prosecución**”, que, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, significa **seguimiento**. No cabe duda que ni el artículo 432 ni el 433 liberan a las partes de mantener una actitud vigilante, y, por qué no decir, expectante, frente al curso que siga el proceso en su etapa postrera.

Tampoco es cierto que la actividad procesal finalice con la conclusión del término probatorio ordinario, como pareciese desprenderse del artículo 430 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, la reforma al Código de Procedimiento Civil del año 1989, en lo referido a los plazos, creó situaciones en las que resulta imposible de aplicar la ley. Uno de ellos se encuentra justamente en la situación de marras, en que la práctica de las diligencias de prueba excede con creces el término probatorio ordinario y el período para formular observaciones a la prueba.

Por último, debe tenerse en cuenta que la Excma. Corte Suprema, en sentencia de fecha 14 de noviembre de 2001, pronunciada en los autos rol número 1826- 2001, resolvió respecto del artículo 687 del CPC (similar al 432 del mismo Código), que dicha norma no obsta a que las partes insten para la prosecución del juicio, si el juez por cualquier razón no lo activa de oficio, agregando que el único momento procesal en que a las partes les está vedado presentar escritos, es con la citación para sentencia. En el mismo sentido, otra sentencia del Máximo Tribunal, del 26 de octubre de 2005, pronunciada en los autos rol número 274- 2005, resolvió que la circunstancia de que se encontrase vencido el término probatorio no significa que en dicho estado las partes queden exentas o se les releve de la obligación que les asiste de dar curso progresivo al procedimiento.

De esta forma se desprende que existen razones de texto, acompañadas de fallos pronunciados por los Tribunales Superiores, que permiten concluir que no existe en nuestro ordenamiento jurídico disposición alguna que libere al demandante de la obligación de instar para que las partes queden citadas para oír sentencia.

5. Por lo demás, creemos que carece de asidero pensar que frente a ciertas resoluciones o al transcurso de un determinado plazo, como lo es aquel previsto para formular observaciones a la prueba, el impulso procesal quede radicado en el tribunal, sin que las partes tengan ninguna responsabilidad al respecto.

Ya nos referimos, en este sentido, a la distinción que emana de los artículos 432 y 433 del Código de Procedimiento Civil, por lo que no volveremos sobre ella.

Pero debemos agregar que en ese planteamiento cada vez que el juez provee

“autos” el plazo de abandono del procedimiento quedaría suspendido, por cuanto el impulso procesal le corresponde al juez, quien debe resolver la cuestión pendiente. Bien sabemos que la suspensión es una institución excepcional, de derecho estricto y que requiere de texto expreso de ley,⁸ el que no existe en la especie, por lo que mal puede traerse esa suspensión a colación. Cualquier persona que haya tramitado sabe positivamente que en la práctica judicial la resolución “autos”, en muchos de los casos, no es sinónimo de que el expediente quede en el despacho del juez para su resolución, sino simplemente que permanece en “la letra” esperando que la parte interesada lo ingrese a resolver. Es aquí donde se manifiesta el impulso procesal.

6. Debe tenerse en cuenta, además, que el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil no es el único caso en nuestro Código de Enjuiciamiento en el cual la ley impone imperativamente alguna gestión o resolución al juez de la causa.

Así, por ejemplo, el artículo 262 de ese cuerpo legal dice que “el juez llamará a las partes a conciliación”. O el artículo 318 del Código precitado, según el cual “el tribunal examinará por sí mismo los autos y si estima que hay o puede haber controversia sobre algún hecho sustancial y pertinente en el juicio, recibirá la causa a prueba y fijará en la misma resolución los hechos sustanciales controvertidos sobre los cuales deberá recaer”.

El artículo 432 no difiere, para los efectos de estas observaciones, sustancialmente de aquellos precitados y, por ende, su aplicación significaría, en la tesis del Máximo Tribunal, que si las partes no instan para que se lleve a cabo el llamado a la audiencia de conciliación o para que se reciba la causa a prueba, no habrá abandono del procedimiento, por cuanto son diligencias de resorte del Tribunal al haber sido establecidas imperativamente por el legislador.

Por cierto que una tesis así sería completamente absurda e importaría, en la práctica, una derogación de la institución del abandono del procedimiento.

7. En doctrina a los casos previstos en los artículos 262, 318 y 432 del Código de Procedimiento Civil se los suele llamar como “de carácter mixto” en lo tocante al impulso procesal, es decir, el mismo corresponde tanto a la parte como al tribunal.

A este respecto, la Excm. Corte Suprema en los autos rol de ingreso número 274- 2005 resolvió: “que la falta de actividad del tribunal a cargo del asunto no puede servir para justificar la inacción de las partes”; agregando “que el demandante no puede escudarse en el carácter mixto para justificar su falta

⁸ Como sucede, por ejemplo, con el artículo 2509 del Código Civil.

de diligencia”.

Creemos que es ésta la tesis correcta y la que debe inspirar la correcta resolución de los recursos de casación que hemos estudiado.

8. Por último, la doctrina está conteste en orden a que con el emplazamiento se configura un cuasicontrato llamado de litis consorcio. A su turno, también hay acuerdo en cuanto a que en lo no previsto por la ley, el cuasicontrato se rige por las normas de los contratos.

A este respecto, en lo que se refiere a la graduación de la culpa el artículo 1547 del Código Civil distingue según quién reporte beneficio del acto o contrato. En la especie el litis consorcio interesa a ambas partes, y, por ende, la culpa que corresponde es la leve. Y es en este sentido que es dable preguntarse ¿qué haría un buen padre de familia en un caso como el propuesto en los fallos en estudio? La respuesta sólo puede ser que habría instado por la citación para sentencia. Es éste, en consecuencia, el modelo que debe configurar el juez al tiempo de analizar el grado de culpa que exigirá en un caso como los comentados.

Conclusión

El legislador, en el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al juicio sumario y ejecutivo a través del elemento sistemático de aplicación de la ley previsto en el artículo 22 del Código Civil, ha limitado con precisión el momento en el cual cesa el impulso procesal de los litigantes. Ello sucede únicamente con la citación a las partes para oír sentencia. Con anterioridad a ello no existe óbice para, configurándose los presupuestos, declarar abandonado el procedimiento.

Facultades de la Dirección General de Aguas en la aprobación de obras en cauces naturales: comentario a sentencias de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago

COMENTARIO:

Camila Boettiger Philipps

Abogado, Licenciada en Derecho

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Profesora - Investigadora Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

COMENTARIO

Introducción

El objetivo del presente artículo es comentar las sentencias dictadas por la Corte Suprema con fecha 28 de mayo de 2007 al analizar un recurso de casación en el fondo (Rol 3066-2006) deducido por la Dirección General de Aguas (en adelante, "DGA") en contra de una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 28 de abril de 2006 (Rol 8734-2005), la cual acogió un recurso de reclamación interpuesto por Aguas Antofagasta S.A. contra la Resolución D.G.A. N° 1010 de fecha 19 de julio de 2005. Esta resolución de la DGA rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por Aguas Antofagasta S.A. contra la Resolución D.G.A. II N° 101 de 2004, la cual denegó la aprobación de una obra sobre el río Loa, en la II Región, proyectada y ejecutada por dicha empresa, consistente en un puente colgante de 36,88 metros en el cual se apoyaba una tubería cerrada que transportaba aguas servidas sobre el río.

Creemos que de las sentencias citadas pueden comentarse varios temas de importancia relacionados con el Derecho de Aguas y el Derecho Ambiental, específicamente en materia de aprobación de obras, entre ellos: el ámbito de ejercicio de las facultades fiscalizadoras y de aprobación de la DGA respecto de obras en cauces naturales, y el análisis de factores ambientales que puede hacer dicho organismo al aprobar tales obras.

Breve explicación de la exigencia de aprobación de obras por parte de la Dirección General de Aguas

Es necesario, antes de comentar los argumentos dados en este caso y la decisión de la Corte Suprema, dar una breve explicación acerca de la exigencia de aprobación de obras por parte de la DGA y sus requisitos.

En general, conforme al artículo 32 del Código de Aguas, no se pueden realizar obras o labores en los álveos o cauces naturales de ríos sin permiso de la autoridad competente. Se entiende por álveo o cauce natural de una corriente de uso público¹ “el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas”.² Este suelo es de dominio público y no accede a las propiedades ribereñas. La autoridad competente para dar esta autorización, facultada además para ordenar la inmediata paralización de las labores no autorizadas en dichos cauces³ u ordenar la destrucción o modificación de dichas obras,⁴ es la DGA.

Existe entonces una exigencia general de aprobación previa por parte de la DGA para la realización de obras en cauces naturales, la que se especifica a través de distintas normas del Código de Aguas que se refieren a aprobaciones de obras determinadas,⁵ por ejemplo: modificación o intervención de cauces, obras de regularización y defensa de cauces naturales, construcción, modificación, cambio y unificación de bocatomas, y finalmente el procedimiento especial establecido en el Libro III del Código para la aprobación de ciertas obras hidráulicas, las que por su envergadura o características requieren aprobación especial del Director General de Aguas.

Este último procedimiento⁶ es de nuestro interés, por cuanto la letra d) del artículo 294 del Código de Aguas incluye, dentro de las obras hidráulicas

¹ Por el contrario, canal o cauce artificial es el acueducto construido por la mano del hombre (artículo 36 del Código de Aguas).

² Artículo 30 del Código de Aguas. Respecto de las corrientes discontinuas, de acuerdo al artículo 31 del Código se les aplica la misma regla en relación con su cauce.

³ Artículo 129 bis 2 del Código de Aguas.

⁴ Artículo 172 del Código de Aguas.

⁵ Artículos 41, 151, 171 del Código de Aguas.

⁶ En general, las aprobaciones de obras, sean estas bocatomas, acueductos, modificación de cauces, etc., siguen básicamente el mismo procedimiento: solicitud publicada en el Diario Oficial, seguida de un plazo para la presentación de oposiciones de terceros que se sientan perjudicados, contestación de oposiciones si las hubiere, revisión técnica por parte de la DGA y emisión del informe técnico correspondiente, observaciones al proyecto y resolución que aprueba o rechaza el mismo. De las resoluciones de la DGA puede recurrirse ante el mismo Director General de Aguas mediante un recurso de reconsideración, o a través de un recurso de reclamación que se entabla ante la Corte de Apelaciones respectiva.

que requieren esta autorización, “los sifones y canoas que crucen cauces naturales”.⁷

Conforme al artículo 295 del Código de Aguas, la DGA debe examinar, para aprobar el proyecto definitivo de las obras y dar esta autorización, que la obra no afectará la seguridad de terceros y que no producirá la contaminación de las aguas. La DGA mantiene, además, facultades de fiscalización durante la ejecución de la obra para que esta se ejecute conforme al proyecto aprobado; y la ley estableció la exigencia de una garantía para el caso de abandono o destrucción de las obras.⁸

Descripción de argumentos dados por las partes del caso y las consideraciones de las Cortes

Ante la denegación por parte de la DGA de la aprobación de su obra de cruce del río Loa, **Aguas Antofagasta S.A.** interpuso un recurso de reclamación en el que adujo como argumentos para solicitar que se declarara que la DGA no tenía atribuciones para pronunciarse sobre el proyecto, o en su defecto se declarara que dicho organismo debía aprobar el proyecto y su construcción por cumplir con el artículo 295 del Código de Aguas, los siguientes:⁹

- i) La DGA no tenía competencia para emitir el pronunciamiento sobre la obra, ya que esta no constituía una canoa conforme al artículo 294 del Código de Aguas. Según esta parte, la canoa consiste en “una conducción de agua en forma de canal abierto en su parte superior” el cual opera de manera gravitacional para cruzar por sobre un obstáculo; y que su obra de cruce al ser una tubería cerrada y no abierta no sería una canoa, careciendo por lo tanto la DGA de atribuciones para aprobar o rechazar el proyecto.
- ii) La DGA habría exigido un requisito técnico (el diseño de la obra para resistir la crecida centenaria) que no figura en el reglamento especial que debiera

⁷ Básicamente, los sifones y canoas son obras consistentes en canales que conducen agua sobre un obstáculo, en cuyo caso será una canoa, o por debajo de él, caso en el cual será un sifón. La letra d) citada se refiere al caso en que se utilicen estas obras para cruzar un cauce natural.

⁸ La obligación por parte de la DGA de ejercer estas facultades de aprobación previa, fiscalización y exigencia de garantía para este tipo de obras ha sido incluso ordenada por la Contraloría General de la República en un caso en que la DGA aprobó un proyecto de cruce de un río cuando éste ya había sido ejecutado: véase Dictamen N° 55.342 de la Contraloría General de la República de fecha 4 de diciembre de 2003.

⁹ Vistos 1° a 5° de sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 28 de abril de 2006, Rol 8734-2006 (recurso de reclamación de aguas).

regir esta materia según lo ordena el artículo 295 del Código de Aguas,¹⁰ infringiendo este artículo y excediendo el ámbito de su competencia.

iii) El proyecto rechazado no afecta la seguridad de terceros ni produce la contaminación de las aguas, ya que desde el punto de vista ambiental el organismo competente, la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto mediante Resolución Exenta N° 102/2004.

La **DGA**, a su turno, argumentó que el recurso debía ser desestimado por lo siguiente:¹¹

i) La DGA era competente para pronunciarse sobre la autorización de la obra, ya que ésta constituye una canoa en el sentido del artículo 294 del Código de Aguas, siendo una obra hidráulica sobre la que tiene atribuciones.

ii) Que el hecho que no se haya dictado el reglamento especial al que alude el artículo 295 del Código no obsta a que la DGA ejerza sus facultades de aprobación y fiscalización de obras, no pudiendo quedar la norma sustantiva como programática o no cumplida por esta falta.

iii) El proyecto presentaba deficiencias técnicas que fueron observadas al peticionario en los informes técnicos pertinentes, y la obra al no respetar en su diseño la revancha mínima de la estructura con respecto a la crecida centenaria, de acuerdo a los criterios de la DGA, amenaza la seguridad de terceros y la contaminación de las aguas desde una perspectiva hidráulica.

iv) Aunque la CONAMA haya calificado favorablemente el proyecto en cuestión desde un punto de vista ambiental, eso no impide que la DGA, dentro de sus atribuciones en materia de construcción de obras hidráulicas, considere técnicamente que la obra no deba ser aprobada por razones de esa índole.

La **Corte de Apelaciones de Santiago** acogió el recurso de reclamación de Aguas Antofagasta S.A., por las razones siguientes:

¹⁰ El inciso 2° del artículo 295 establece: "Un reglamento especial fijará las condiciones técnicas que deberán cumplirse en el proyecto, construcción y operación de dichas obras". Dicho reglamento no ha sido dictado hasta la fecha, existiendo sólo un instructivo de carácter interno de la DGA para orientar la presentación de estos proyectos.

¹¹ Visto N° 5 de sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 28 de abril de 2006, Rol 8734-2006 (recurso de reclamación de aguas).

- i) Que habiendo sido aprobada la obra por la autorización ambiental respectiva, y habiendo intervenido la DGA en su tramitación, en virtud del principio de coordinación administrativa, este organismo no puede realizar nuevas exigencias al titular, salvo que se trate de un permiso sectorial autorizado por ley.
- ii) Que no era exigible a la obra en cuestión la autorización que requiere el artículo 171 del Código de Aguas, ya que la obra no se asentaba en el cauce del río Loa, no utilizaba terrenos de naturaleza pública, por lo que podía construirse sin la intervención de la DGA.
- iii) Que la obra consistente en un ducto de aguas servidas cerrado que atraviesa el río Loa no cumple con las condiciones que establece el artículo 294 del Código de Aguas para que la DGA ejerza sus atribuciones (no constituye una canoa);
- iv) Que aun cuando la obra sublite fuera una de las enumeradas en dicho artículo, no le corresponde a la DGA intervenir en cuanto a aspectos ambientales si ya ha dado su aprobación en el procedimiento ambiental, ya que con la dictación de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente se habrían derogado tácitamente las facultades ambientales de la DGA.
- v) Que tampoco le correspondería a la DGA pronunciarse sobre la seguridad de la obra, ni exigir otra autorización para la obra si durante el procedimiento ambiental ya ha dado su aprobación al proyecto respectivo.

La **Corte Suprema** invalidó la sentencia de la Corte de Apelaciones recién expuesta y dictó una sentencia de reemplazo denegando el recurso de reclamación de Aguas Antofagasta S.A. por las razones siguientes:

- i) Los jueces del mérito interpretaron erróneamente el artículo 171 del Código de Aguas al considerar que éste se refiere sólo a obras que ocupan terrenos que son bienes nacionales de uso público, siendo que la norma no contiene tal limitación.
- ii) Era exigible a la obra de cruce del río Loa, conforme a los artículos 171 y 294 del Código de Aguas, la aprobación por parte de la DGA a la obra, permiso que no se ha otorgado.
- iii) La Corte de Alzada atribuyó al informe de la DGA emitido en el procedimiento de calificación ambiental de la obra, el carácter de aprobación de ella en los términos del artículo 171 o 294 del Código de Aguas, en circunstancias que éste informe se pronuncia sobre cuestiones distintas (de

tipo ambiental) a los aspectos técnicos a que esas disposiciones se refieren. Consta incluso que la DGA dio su aprobación en el procedimiento ambiental con la expresa condición que la obra contara con la autorización de obras del artículo 171 mencionado, es decir, una aprobación distinta y que debía ser dada mediante otro procedimiento ante la DGA.

Las consideraciones de la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema y por la cual se rechazó el recurso de reclamación interpuesto por Aguas Antofagasta S.A., serán analizadas en el acápite siguiente.

Comentarios

En nuestra opinión, varios son los temas relevantes analizados por las sentencias revisadas en relación con la exigencia de aprobación de obras en cauces naturales que debe dar la DGA en forma previa a su ejecución.

1. Ámbito de facultades de la DGA en cauces naturales

La Corte Suprema corrige, a nuestro juicio con razón, el juicio de la Corte de Apelaciones en relación con el artículo 171 del Código de Aguas. La exigencia de autorización de obras en cauces naturales no se limita a aquellas obras que utilicen bienes nacionales de uso público. El hecho que los cauces naturales constituyan bienes nacionales de uso público no es la razón preponderante para que la ley exija la autorización de las obras que se realicen en ellos; como afirma la Corte Suprema en la sentencia de invalidación, "lo que persigue la ley con la exigencia de esta aprobación es que un organismo técnico, como lo es la Dirección General de Aguas, vele por los intereses de la comunidad constatando que las obras no entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas, así como que no signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes..."¹²

En concordancia con lo anterior, en nuestra opinión se desprende de las diversas normas que regulan esta materia y que citamos más arriba, que el objetivo de la ley es que cualquier obra que se realice en los cauces naturales sea revisada técnicamente, aprobada por la autoridad correspondiente, y si ésta es la DGA,¹³ que este organismo fiscalice la construcción de la obra conforme al

¹² Considerando séptimo de sentencia de invalidación de la Corte Suprema de fecha 28 de mayo de 2007, Rol 3066-2006 (recurso de casación en el fondo).

¹³ La letra c) del artículo 299 menciona como de una de las funciones de la DGA "Ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en éstos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización previa del servicio o de la autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación".

proyecto aprobado. Este es el principio general establecido en el artículo 32 del Código de Aguas, siendo los artículos 171 y 294 y las normas relacionadas aplicaciones de este principio al especificar las autorizaciones requeridas para obras determinadas.

2. Tipo de obras sujetas a autorización

Uno de los argumentos esgrimidos por Aguas Antofagasta S.A. para intentar eximir su obra de cruce del río Loa de la autorización de la DGA, era que ésta no constituía una canoa (entendida ésta como una obra que conduce agua por sobre un obstáculo) por ser una tubería cerrada y no abierta.

La Corte utiliza el sentido natural y obvio de la palabra canoa, definiéndola como "canal de madera u otro material para conducir el agua",¹⁴ la que se diferencia del sifón en cuanto el primero hace la conducción por debajo del obstáculo, y el segundo por encima de él (obstáculo que en este caso era el cauce del río Loa). En la interpretación que hace la Corte Suprema del término canoa no tiene relevancia si el canal de conducción es abierto o cerrado; en cualquiera de los dos casos una obra de estas características requerirá la autorización que exige el artículo 294 letra d) del Código de Aguas.

Estamos de acuerdo con este criterio de la Corte Suprema. Los términos canoa y sifón se refieren a tipos de obras hidráulicas, por lo que conforme a las reglas de interpretación¹⁵ debiera dárseles su sentido natural y obvio; pero más específico aún, creemos al ser propias de una ciencia o arte, en realidad debe dárseles el sentido de dicha ciencia o arte, esta es, la ingeniería hidráulica. Creemos además que hay argumentos de texto en el Código de Aguas que permiten, interpretándolo de manera lógica y sistemática, confirmar el razonamiento de la Corte Suprema en este punto.

Lo que caracteriza a la canoa es el ser un canal de conducción de agua que cruza un cauce u otro obstáculo pasando sobre él;¹⁶ el hecho de que el canal de conducción sea abierto o cerrado no lo distingue de otra obra de conducción. En el mismo sentido, el Código de Aguas, al tratar la servidumbre de acueducto dice que la conducción de las aguas se hará por un acueducto que "no permita filtraciones, derrames ni desbordes" y que éste comprende

¹⁴ La Corte Suprema utiliza una definición del Diccionario de la Real Academia Española.

¹⁵ Artículos 20 y 21 del Código Civil.

¹⁶ En un glosario del Ministerio de Vivienda y Urbanismo el término canoa se define así: "en obras de conducción de agua se refiere a un tramo de canal en un puente". Glosario anexo del documento "Técnicas Alternativas para Soluciones de Aguas Lluvias en Sectores Urbanos". [Fecha de consulta: 3 de diciembre de 2007] Disponible en: http://www.minvu.cl/incjs/download.asp?gls_cod_nodo=20070317102718&hdd_nom_archivo=Anexos_Indices_aguas.pdf.

a talo abierto, debiendo ser el canal protegido, cubierto o abovedado cuando "los puentes, canoas, sifones, y demás obras necesarias...".¹⁷ Luego el artículo 87 establece que la servidumbre de acueducto se ejercerá por regla general ~~en el canal abierto, debiendo ser el canal~~ "protegido, cubierto o abovedado cuando atravesare áreas pobladas y pudiere causar daños o cuando las aguas que conduzca produjeran emanaciones molestas o nocivas para los habitantes". Está claro entonces que para el Código de Aguas lo importante es que la obra conduzca aguas, y si atraviesa un cauce natural constituirá una canoa que debe ser aprobada por la DGA; la circunstancia de ser el canal abierto o cerrado no cambia su naturaleza ni su función.

3. Facultades técnicas de la DGA en el proceso de aprobación de obras

La Corte Suprema señala que la falta del reglamento especial a que se refiere el artículo 295 del Código de Aguas, el cual debe fijar las condiciones técnicas que deben cumplir el proyecto, construcción y operación de las obras enumeradas en el artículo 294, no impide que la DGA como organismo técnico competente realice la fiscalización que le autoriza la ley, pudiendo basarla en las condiciones técnicas que el mismo organismo fije, las que deben ser puestas en conocimiento de la parte interesada.

A pesar que estamos de acuerdo que la falta del reglamento especial no puede significar el no ejercicio de las atribuciones de autorización y fiscalización de la DGA en este tipo de obras, nos parece criticable que en la práctica la DGA pueda fijar las condiciones técnicas en cada caso particular. En el caso analizado, la exigencia de la revancha de acuerdo a la crecida centenaria (exigencia técnica de diseño y ejecución de la obra por la cual se denegó la autorización) fue informada por la DGA al peticionario en un informe técnico, dentro del procedimiento de aprobación. Sería mejor, y menos se discutirían las facultades de revisión de carácter técnico de la DGA, si las exigencias constaran, como lo quería el legislador, en una norma de general aplicación como lo es el reglamento.

Es importante hacer notar que esta es una de las pocas ocasiones en que el Código de Aguas encarga a un reglamento (no a una resolución de la DGA, como es el caso de la explotación de aguas subterráneas, que el artículo 59 permite regular por normas generales dictadas por dicho organismo) el detalle de la regulación de una materia.¹⁸ El objetivo de tener un reglamento es

¹⁷ Artículo 78 del Código de Aguas.

¹⁸ Otro caso en que el Código de Aguas encarga a un reglamento la regulación de una materia determinada es el del Reglamento del Catastro Público de Aguas, al cual se refiere el inciso 2º del artículo 122 del Código.

Este reglamento fue aprobado por Decreto Supremo N° 1.220 del Ministerio de Obras Públicas, de fecha 30 de diciembre de 1997 y publicado en el Diario Oficial de fecha 25 de julio de 1998.

que los peritos Charlos Alderica o Altavizaciones conozcan antes de presentar el proyecto respectivo, las exigencias técnicas que éste debe cumplir, lo que operaría además como una garantía y límite a la revisión técnica que efectúa la DGA. La dificultad de aprobar obras endrogadas por la ley a la DGA es un problema que está regulado por el artículo 295 del Código de Aguas para esta materia y constituye un elemento objetivo que vino de la autoridad administrativa al revisar los aspectos técnicos de las obras y de sus aprobaciones. La falta de cumplimiento de lo que requiere el artículo 295 del Código de Aguas para esta materia constituye una peligrosa ocasión para que la autoridad ejerza sus atribuciones con mayor amplitud o discrecionalidad que lo que la ley permite. Las mismas circunstancias de carácter de exigencias o condiciones que se ven en el artículo 295 del Código de Aguas.

4. Facultades ambientales de la DGA en el proceso de aprobación de obras

La facultad de la DGA en el proceso de aprobación de obras es una facultad que se deriva de la ley que establece el artículo 295 del Código de Aguas, existiendo una aprobación ambiental dada por la CONAMA (o la COREMA respectiva) al proyecto antes de que se presente a la DGA dentro del requisito de "no contaminación de las aguas" que exige el artículo 295 del Código de Aguas, existiendo una aprobación ambiental dada por la CONAMA (o la COREMA respectiva) al proyecto antes de que se presente a la DGA dentro del requisito de "no contaminación de las aguas" que exige el artículo 295 del Código de Aguas.

En esta caso la Corte de Apelaciones estableció que las facultades ambientales de la DGA no se ejercen después de la dictación de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al establecer esta en su artículo 11 letra a) el control de los proyectos que deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, los conductos, embalses, tranques y bóvedas que se han sometido a la autorización del artículo 294 del Código de Aguas. Es, quedando de esta manera radicada en la autoridad ambiental la competencia de analizar los efectos ambientales de estos proyectos.¹⁹

Al respecto, es importante tener presente que conforme al artículo 88 transitorio del Código de Aguas, "hasta que no se dicten las disposiciones legales referentes a la protección y conservación de las aguas, corresponde a la Dirección General de Aguas aplicar la política sobre la materia y coordinar las funciones que, de acuerdo a la legislación vigente, correspondan a los distintos servicios y organismos públicos". En virtud de esta norma, la DGA podría revisar también aspectos ambientales de las obras proyectadas, lo que requiere su autorización siguiendo la interpretación de la Corte de Apelaciones en dictarse la Ley N° 19.300.

¹⁹ Comisión Regional del Medio Ambiente.
²⁰ La Corte de Apelaciones dice que "ha quedado derogado tácitamente el artículo 295 del Código de Aguas, en cuanto le otorgaba (sic) a la Dirección General de Aguas potestades relativas al medio ambiente, facultades de las que asistían a esta carrera, dada la vigencia plena de la Ley N° 19.300 desde 1997". Considerando de que se trata de una Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 28 de octubre de 2006, Rol 8734-2005 (recurso de reclamación de aguas).

19.300 esta competencia pasó a la CONAMA o COREMA y la DGA no podría ejercer facultades ambientales sobre estos proyectos.

Principio importante en esta materia es el “principio de ventanilla única” en materia ambiental, que trató de implantarse en el sistema de evaluación de impacto ambiental de manera que ésta fuera la única instancia en la que una autoridad administrativa revisara los aspectos y posibles efectos ambientales de un proyecto. En este sentido, de acuerdo al artículo 67 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, los organismos sectoriales con competencia ambiental no pueden denegar permisos sectoriales por razones de impacto ambiental, ni imponer nuevas condiciones o exigencias de carácter ambiental que no sean las establecidas en la resolución de calificación ambiental. La norma dice expresamente que “Tratándose de permisos que contemplen además contenidos no ambientales, los organismos del Estado competentes podrán pronunciarse sobre los demás requisitos legales, una vez afinada la resolución de calificación ambiental favorable”.

En este contexto, creemos que respecto de proyectos con calificación ambiental favorable, la DGA no puede revisar aspectos ambientales del proyecto, no sólo porque así le está ordenado por la legislación ambiental, sino porque además este organismo es generalmente llamado a participar en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, por lo que ya ha dado su opinión en esta materia en la forma y dentro del procedimiento especialmente establecido por la ley para estos efectos. En el procedimiento de aprobación de obras, la DGA debe tener a la vista la resolución de calificación ambiental favorable y revisar los aspectos no ambientales que le competan para otorgar la autorización correspondiente.²¹

Sin embargo, no nos parece que estén derogadas las facultades de control ambiental de la DGA, sino que ésta debe coordinar e integrar su actuación en el marco del sistema establecido por la Ley N° 19.300, participando como organismo sectorial con competencia ambiental, y, cuando deba emitir sus permisos sectoriales, constatando que los proyectos tengan su calificación ambiental favorable. En este sentido, la Corte Suprema en el fallo analizado dice que el artículo 295 del Código de Aguas “se encuentra plenamente vigente por cuanto no es incompatible con las normas de la Ley N° 19.300, toda vez que la disposición en comento se refiere al control de la ejecución de la obra con la finalidad de proteger la vida y la salud de las personas, y no al estudio de la

²¹ Así lo ha dicho expresamente la DGA en otros casos. Véase, por ejemplo, la Resolución D.G.A. Exenta N° 1.791, de fecha 30 de noviembre de 2005, la cual aprobó el proyecto y autorizó la construcción del depósito de relaves “El Mauro” a Minera Los Pelambres.

factibilidad del proyecto desde el punto de vista medioambiental, lo que desde luego es previo y en este caso fue elaborado por el organismo competente, como lo es la Corporación Nacional del Medio Ambiente".²²

Creemos que en esta materia es muy importante distinguir las exigencias técnicas orientadas a velar por la seguridad de terceros de las exigencias ambientales destinadas a evitar la contaminación de las aguas, las cuales se analizan por organismos distintos y en procedimientos administrativos diferentes. Obviamente es exigible a los órganos administrativos que actúen en forma coordinada y con coherencia en sus autorizaciones administrativas; pero llegar a confundir, como lo hizo la Corte de Apelaciones, la intervención de la DGA como organismo sectorial en el procedimiento de evaluación ambiental, con la aprobación del proyecto que desde un punto de vista técnico debe dar dicho organismo, es un grave error que afortunadamente fue corregido por la Corte Suprema.

En nuestra opinión, en general las sentencias de la Corte Suprema corrigen varios errores de interpretación de la sentencia del tribunal de alzada, y sientan importante doctrina en diversos puntos de interés en materia de aprobación de obras por parte de la DGA. Queda pendiente, eso sí, la necesidad de dictación del reglamento que exige el artículo 295 del Código de Aguas por parte de la autoridad competente.

²² Considerando séptimo de sentencia de reemplazo de la Corte Suprema de fecha 28 de mayo de 2007, Rol 3066-2006 (recurso de casación en el fondo).

INSERCIÓN DE SENTENCIAS

I. Recurso 8734/2005 Corte de Apelaciones de Santiago Resolución 47543 - Secretaria: CIVIL

Santiago, veintiocho de abril de dos mil seis.
Vistos y teniendo presente:

Que a fs. 82 Marco Rutulua Peet, ingeniero, y Nancy Meliando Rojas, abogada, en representación de Aguas Antofagasta S.A. (A.A.), domiciliados en Avda. José Miguel Carrera N° 7767, Antofagasta, interponen Recurso de Revisión en contra de la Dirección General de Aguas, (D.G.A.) domiciliada en calle Mariposa 59, postula representada por Humberto Peño Torres, como motiviva de la Resolución Escrita N° 6010, fechada el 26 de julio de 2005, que rechazó el uso de reconsideración en contra de la Resolución D.G.A. N° 1315 (Evento) de 2004, y en definitiva declarar que la D.G.A. debe abstenerse de pronunciarse sobre el Proyecto Cruce sobre el Río Loa, Sector Puente Dupont, Calama, por carecer de atribuciones para ello en su defecto declarar que dicho organismo debe aprobar el proyecto y su construcción por cuanto este cumple con lo señalado por el artículo 295 del Código de Aguas.

Señala que la D.G.A. carece de competencia para emitir el pronunciamiento contenido en la resolución reclamada. Ella arguye que sus atribuciones recaen en la disposición en el artículo 294 del Código de Aguas. Mas dicha disposición enumera expresamente los tipos de obras que deben ser sometidas a su aprobación. Dentro de los casos previstos, las únicas obras de atraveso de un cauce natural que deben ser sometidas a este procedimiento son los sifones y las canoas (letra d) del artículo 294) y, según se desprende del documento denominado Proyecto-Cruce sobre el Río Loa, Sector Puente Dupont, Calama, de abril 2005, la obra de cruce correspondiente no se refiere ni a un sifón ni a una canoa. Se entiende por sifón la estructura compuesta por una o más tuberías que funcionan en presión y que se utiliza cuando es necesario poner tales tuberías por debajo de obstáculos inevitables, tales como quebradas y ríos. Por su parte canoa consiste en una conducción de agua en forma de canal abierto en su parte superior, que opera de manera gravitacional que sirve para salvar obstáculos inevitables, pasando por sobre ellos.

3º. Acota que si el atraveso no se realizó mediante sifón ni canoa, la D.G.A. carece de facultades para aprobar o rechazar el proyecto respectivo, en los términos indicados en los artículos 294 y siguientes del Código de Aguas. Refuerza su aserto acudiendo al artículo 7º de la Constitución Política de la República: los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Luego, el artículo 2º de la Ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, conforme a lo cual los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y las leyes debiendo actuar dentro de su competencia; razón por la cual no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. De allí que la D.G.A. carece de atribuciones para pronunciarse sobre el proyecto de que se trata.

4º. Añade que el proyecto rechazado por la resolución recurrida no infringe el artículo 295 del Código de Aguas, ya que lo que persigue dicho artículo al señalar que los requisitos

propiamente un proyecto, sino un informe técnico sobre la estabilidad de la estructura de apoyo de la tubería que cruza el río Loa. Manifiesta el proyecto que evaluado nuevamente en el informe técnico N° 163, de 10 de junio de 2005, a cargo del mismo profesional, en el que concluye, que el peticionario ha hecho caso omiso, entre otros, del aspecto medular de las observaciones expuestas en informe N° 272, cual es respetar la revancha mínima de la estructura con respecto a la crecida centenaria de acuerdo a los criterios de la D.G.A., e insiste en la solución que le fuese objetada por la D.G.A. Sostiene que la D.G.A. es competente para pronunciarse sobre el proyecto motivo de estos autos, por cuanto ella tiene dos órdenes de facultades fundamentales: a) Las que se refieren a derechos de aprovechamiento de aguas y b) Las relativas a obras hidráulicas, cuyo es el caso. Y en esa virtud el canal proyectado y ya construido (sin permiso) es una canoa en el sentido del artículo 294, inciso primero, letra d) del Código del Ramo, y está sujeto a la autorización de proyecto y aprobación de la D.G.A. Añade que el proyecto y la obra construida sin permiso infringen el artículo 295 del Código de Aguas, dado que amenazan la seguridad de terceros y la contaminación de las aguas desde una perspectiva constructiva hidráulica. El hecho que no se haya dictado el reglamento aludido en el inciso segundo del artículo 295 no puede dejar a la norma sustantiva como una disposición programática o no cumplida del Código que, por lo demás, se aplica cotidianamente en esta materia. Finalmente, agrega que el hecho que CONAMA haya calificado favorablemente el proyecto no impide a la D.G.A., en el marco de sus atribuciones en materia de construcción de obras hidráulicas, considere técnicamente que la obra afecta la seguridad de terceros y pueda producir contaminación de las aguas. Pide el rechazo del recurso de reclamación con costas. A fs. 123 la recurrente acompaña con citación documentos, entre ellos, copia del ORD. D.G.A. N° 1509, de fecha 29 de diciembre de 2003, suscrito por el Director Regional D.G.A. Región Atacama, y que se pronuncia conforme con el Informe y Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto.

Con lo relacionado y considerando:

1°. Que son hechos no controvertidos los siguientes: a) Que la empresa recurrente ha construido un "puente colgante" de 36,88 metros, sobre el cual se apoya una tubería cerrada que transporta aguas. Esta obra forma parte de las instalaciones de recolección y tratamiento de aguas de la concesionaria Aguas de Antofagasta. b) Que dicho ducto se encuentra construido paralelo y al costado del puente Vial Dupont Urbano de la ciudad de Calama, y sus bases o apoyos no ocupan terrenos del cauce del río Loa, sino que se asientan en los terrenos ribereños. c) Que la Dirección General de Aguas, de acuerdo al documento acompañado a fs.122, mediante oficio ordinario n1509, de 2003, se pronunció favorablemente sobre el proyecto en que se considera la construcción del atraveso señalado, indicando expresamente que "este órgano se pronuncia favorablemente sobre la Declaración de Impacto Ambiental", condicionando esta aprobación a que "el puente colgante de la tubería de aguas servidas ubicado inmediatamente aguas arriba del puente Dupont, deberá contar con todos los permisos sectoriales aplicables, antes de la entrada en operación del proyecto". Agrega, además, dicho oficio, que en particular deberá contar con "la autorización a que se refiere el artículo 171 del Código de Aguas". d) Que la resolución exenta N° 102, de 19 de mayo de 2004, de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, declaró que el proyecto relativo a la obra de atraveso señalada "cumple con la normativa ambiental", una vez realizados todos los análisis, y recalando que "la Dirección General de Aguas, se pronunció conforme al proyecto en cuestión" (fs. 88 y 89, según transcripción del reclamante, no objetada en la especie).

2°. Que si una obra, consistente en un ducto o atravesio, ha sido aprobada mediante la autorización ambiental respectiva, durante cuya tramitación interviene la propia Dirección General de Aguas, y se ha realizado conforme a las especificaciones técnicas de dicha autorización ambiental, en virtud del principio de la coordinación administrativa, consagrado en el artículo 5° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Administración General del Estado, no puede ser objeto de nuevas revisiones ni modificaciones por parte de la autoridad administrativa. De allí que, si en un procedimiento administrativo de declaración de impacto ambiental, una autoridad administrativa, como la Dirección General de Aguas, ya ha dado su aprobación técnica, comprendiendo evidentemente los aspectos del medio ambiente, no puede con posterioridad, realizar nuevas exigencias al titular de dicha autorización, al construir la obra respectiva, salvo que sea un permiso sectorial autorizado por la ley.

3°. Que la autorización a que se refiere el artículo 171 del Código de Aguas se refiere a obras que ocupan terrenos de naturaleza pública (esto es, bienes nacionales de uso público). Si el atravesio o ducto de la especie no se asienta sobre el cauce del río Loa, es un atravesio que no requiere de dicha autorización sectorial, y pudo construirse sin la intervención de la Dirección General de Aguas, a ese respecto.

4°. Que si una obra consistente en un ducto de aguas servidas, cerrado, que no cumple las condiciones que establecen las hipótesis de potestad administrativa que los artículos 294 y siguientes entregan a la Dirección General de Aguas, o corresponde una autorización de dicho organismo para que un particular pueda realizarla en terrenos privados o no públicos, como es el caso sub lite. En todo caso, aun cuando la obra de que se trata se encontrara en el supuesto de hecho del artículo 294 del Código de Aguas, no le correspondería a ese servicio una intervención en cuanto al impacto ambiental, pues, a partir de la dictación de la Ley N° 19.300, dados los términos enfáticos de su artículo 10 letra a), que concentró dicha potestades en la Comisión Nacional del Medio Ambiente, ha quedado derogado tácitamente el artículo 295 del Código de Aguas, en cuanto le otorgaba a la Dirección General de Aguas potestades relativas al medio ambiente; facultades de las cuales actualmente carece, dada la vigencia plena de la Ley 19.300, desde 1997. A mayor abundamiento, aun cuando la obra en cuestión se encuentre en la hipótesis del artículo 294 del Código de Aguas, tampoco corresponde que la Dirección General de Aguas otorgue esta autorización en virtud de la única materia subsistente en su potestad administrativa como es la seguridad, si, con anterioridad, durante el procedimiento medioambiental, se ha pronunciado favorablemente respecto de los proyectos respectivos.

5°. En tales condiciones, si la Dirección General de Aguas ya ha dado su pronunciamiento favorable a la construcción de una obra, en cuanto a la seguridad de la misma, no corresponde que exija una nueva autorización para aquella.

Por lo sobredicho, disposiciones legales citadas y documental acompañada, se acoge el recurso de Reclamación interpuesto por la Sociedad Aguas Antofagasta S.A. a fs. 82, declarando que es suficiente la aprobación dada por la Dirección General de Aguas estampada en Ord. N° 1509 de 2003 que corre aparejado a fs. 122 de autos relativa al Proyecto Cruce sobre el Río Loa, sector Puente Dupont, Calama, por lo que se hace innecesario un nuevo pronunciamiento. Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

En el ámbito de la actividad profesional, el abogado debe cumplir con los deberes que le impone la ley y el código de ética profesional. En este sentido, el abogado debe actuar con honestidad y transparencia, evitando cualquier conflicto de intereses que pueda afectar su imparcialidad y la confianza de sus clientes.

En el ámbito de la actividad profesional, el abogado debe cumplir con los deberes que le impone la ley y el código de ética profesional. En este sentido, el abogado debe actuar con honestidad y transparencia, evitando cualquier conflicto de intereses que pueda afectar su imparcialidad y la confianza de sus clientes.

En el ámbito de la actividad profesional, el abogado debe cumplir con los deberes que le impone la ley y el código de ética profesional. En este sentido, el abogado debe actuar con honestidad y transparencia, evitando cualquier conflicto de intereses que pueda afectar su imparcialidad y la confianza de sus clientes.

En el ámbito de la actividad profesional, el abogado debe cumplir con los deberes que le impone la ley y el código de ética profesional. En este sentido, el abogado debe actuar con honestidad y transparencia, evitando cualquier conflicto de intereses que pueda afectar su imparcialidad y la confianza de sus clientes.

En el ámbito de la actividad profesional, el abogado debe cumplir con los deberes que le impone la ley y el código de ética profesional. En este sentido, el abogado debe actuar con honestidad y transparencia, evitando cualquier conflicto de intereses que pueda afectar su imparcialidad y la confianza de sus clientes.

En el ámbito de la actividad profesional, el abogado debe cumplir con los deberes que le impone la ley y el código de ética profesional. En este sentido, el abogado debe actuar con honestidad y transparencia, evitando cualquier conflicto de intereses que pueda afectar su imparcialidad y la confianza de sus clientes.

SÉPTIMO: Que, entrando al análisis del recurso, cabe reconocer que los jueces del mérito hicieron una errada interpretación del artículo 171 del Código de Aguas al consignar que dicha disposición se refiere sólo a obras que ocupan terrenos que son bienes nacionales de uso público, desde que su tenor literal evidencia que no existe tal limitación, ya que ese precepto no hace distinción alguna en tal sentido. Lo que persigue la ley con la exigencia de esta aprobación es que un organismo técnico, como lo es la Dirección General de Aguas, vele por los intereses de la comunidad constatando que las obras no entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas, así como que no signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes, según se desprende del artículo 172 del Código del ramo, en el que se autoriza a la Dirección General de Aguas a aperebrir a quien realizó las obras con infracción de lo anterior, fijándole un plazo perentorio para que las modifique o destruya;

OCTAVO: Que, establecido lo anterior, corresponde concluir que, sea que la obra de autos se encuentre entre las comprendidas en el artículo 41 del Código de Aguas o entre las que menciona el artículo 294 del mismo cuerpo legal, de todas formas el proyecto de que se trata requiere de la aprobación de la Dirección General de Aguas, desde que la ley la exige en cualquiera de las dos situaciones, permiso que en el caso de autos no existe. En efecto, los sentenciadores han atribuido al informe emitido por la Dirección General de Aguas que se pronuncia sobre el impacto ambiental del proyecto de atravesio del Río Loa la calidad del que se menciona como obligatorio en los artículos 171 o 294 del Código de Aguas, en circunstancias que no la tiene, puesto que se pronuncia sobre una cuestión distinta a los aspectos técnicos a que dichas disposiciones se refieren. Tanto es así, que de la lectura de este informe, que rola a fojas 122, aparece que tal aprobación se dio condicionada a que el puente colgante de la tubería de aguas servidas ubicado inmediatamente río arriba del puente Dupont contara, entre otras, con la autorización a que se refiere el artículo 171 del Código de Aguas.

NOVENO: Que, en razón de los antecedentes que se han expuesto, por reunirse en la especie todos los presupuestos contemplados en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de casación planteado en autos debe ser acogido.

Y de conformidad, asimismo, con lo dispuesto en los artículos 764, 767, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

Que se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por la Dirección General de Aguas en lo principal de la presentación de fs.133, contra la sentencia de veintiocho de abril de dos mil seis, escrita a fs.125, la que, por consiguiente, es nula, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Gálvez.

Rol N°3066-06.- Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Gálvez, Sr. Oyarzún, Sr. Carreño, Sr. Pierry y el abogado integrante Sr. Gorziglia. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, el abogado integrante Sr. Gorziglia, por estar ausente. Santiago, 28 de mayo de 2007.

Autorizado por la Secretaria subrogante de esta Corte Sra. Carola Herrera B.

III. Recurso 3066/2006 – Corte Suprema - Resolución: 12603 - Secretaría: UNICA

Santiago, veintiocho de mayo de dos mil siete.

De conformidad con lo que se dispone en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

De la sentencia casada se reproduce la parte expositiva y la letra a) del considerando primero. Se reproducen, asimismo, los considerandos séptimo a noveno del fallo de casación que antecede. Y teniendo, además, presente:

1º) Que es un hecho no debatido por las partes que la empresa recurrente ha construido un puente colgante de 36,88 metros, en el cual se apoya una tubería cerrada que transporta aguas servidas por sobre el río Loa;

2º) Que el artículo 294 del Código de Aguas exige la autorización de la Dirección General de Aguas para la construcción, entre otros, de sifones y canoas que crucen cauces naturales. Las partes concuerdan en que la obra de autos no tiene la calidad de sifón, que corresponde a una obra que va por debajo de los obstáculos a sortear. Por su parte, el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define el término “canao”, entre otras acepciones, como “canal de madera u otro material para conducir el agua”, definición que por cierto comprende al colector de aguas servidas antes indicado, diferenciándose del sifón en cuanto el primero hace la conducción por debajo del obstáculo, en este caso el cauce del río Loa, y el segundo por encima de él, como ocurre en la especie, sin que importe para ello si el canal de conducción se encuentra abierto o cerrado, de manera tal que requiere de la autorización a que se ha hecho referencia, la que será otorgada sólo después de haber constatado la Dirección General de Aguas que la obra no afectará a la seguridad de terceros ni producirá la contaminación de las aguas, según lo establece el artículo 295 del Código del ramo. Este precepto se encuentra plenamente vigente, por cuanto no es incompatible con las normas de la Ley N° 19.300, toda vez que la disposición en comento se refiere al control de la ejecución de la obra con la finalidad de proteger la vida y salud de las personas, y no al estudio de factibilidad del proyecto desde el punto de vista medioambiental, lo que desde luego es previo y en este caso fue elaborado por el organismo competente, como lo es la Corporación Nacional del Medio Ambiente;

3º) Que, en todo caso, y como se sostiene en el fallo de casación que antecede, aun cuando la obra de autos no constituyera técnicamente una canoa, de todas formas ella requiere de autorización de la Dirección General de Aguas, de acuerdo al artículo 171 del Código respectivo;

4º) Que de los antecedentes de la causa aparece que la Dirección General de Aguas negó la aprobación al proyecto de cruce del río Loa por adolecer de diversas deficiencias técnicas, siendo la principal la omisión de un concepto básico de seguridad del diseño, el respeto de la revancha mínima, que debe ser de un metro entre el nivel del agua de la crecida correspondiente a cien años de retorno, y el punto más bajo del puente colgante, según se señala

La cosa juzgada en materia procesal laboral¹

(Corte Suprema, Rol 3862-2006)

COMENTARIO:

Hugo Fábrega Vega

Departamento de Derecho de la Empresa
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Sentencia de casación

“Santiago, once de septiembre de dos mil siete.

Vistos:

En autos rol N° 3.501-04 del Cuarto Juzgado del Trabajo de Santiago, el Sindicato de Trabajadores Sewell y Mina N° 8 de Codelco Chile, División El Teniente, representado por su Presidente, Secretario, Tesorero y Directores, deduce demanda en contra de la Corporación del Cobre de Chile, representada por don Juan Villarzá Rodhe, a fin de que se declare que el tiempo que los trabajadores demandantes destinan diariamente al cambio de vestuario al inicio y término de la jornada y aseo personal, constituye jornada de trabajo en los términos del artículo 21 del Código del Trabajo y que la demandada sea condenada a pagarles las remuneraciones correspondientes a ese tiempo con el recargo del 50% en atención a que exceden la jornada ordinaria, más intereses y reajustes, con costas.

La demandada, evacuando el traslado, opuso la excepción de incompetencia y, al contestar la demanda, explica las razones por las cuales resulta improcedente la demanda y hace valer las excepciones de cosa juzgada y falta de legitimación activa.

El tribunal de primera instancia, en sentencia de treinta y uno de mayo de dos mil cinco, escrita a fojas 140, rechazó la excepción de incompetencia y acogió la de cosa juzgada, omitiendo pronunciamiento sobre las demás alegaciones de la demandada, con costas.

Se alzó la demandante y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de cinco de mayo de dos mil seis, que se lee a fojas 172, revocó el de primer grado y, en su lugar, rechaza las excepciones de incompetencia, falta de personería y cosa juzgada opuestas por la demandada y acogió la demanda, declarando que el tiempo que los demandantes destinan diariamente al cambio de vestuario al inicio y al cambio de vestuario y aseo personal al término de la jornada, constituye jornada, en los términos del artículo 21 del Código del Trabajo y que, en consecuencia, la demandada debe pagar a cada trabajador las remuneraciones correspondientes a ese tiempo con el recargo del 50%, más reajustes e intereses. Decisión adoptada por voto de mayoría.

¹ El autor agradece al Director del Departamento de Derecho de la Empresa de la Facultad de Derecho de la UDD, don Héctor Humeres Noguera, las reflexiones y discusiones que nacieron a partir de la defensa que éste hizo ante los estrados de la Corte Suprema en esta causa, antecedentes que motivaron el comentario de este fallo.

En contra de esta última decisión, la demandada deduce recurso de casación en el fondo, por haberse incurrido en errores de derecho que han influido, a su juicio, sustancialmente en lo dispositivo del fallo, a fin de que este tribunal la invalide y dicte la de reemplazo que rechace la demanda, con costas.

Se trajeron estos autos en relación.

Considerando:

Primero: *Que el recurrente denuncia la infracción de los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil; 220 N° 2 y 21 del Código del Trabajo, en relación con los artículos 19 y 20 del Código Civil.*

En el primer capítulo argumenta que el mismo Sindicato demandó en causa anterior, haciendo igual petición, y el fundamento de la sentencia denegatoria de la solicitud estuvo constituido por el artículo 21 inciso segundo del Código del Trabajo, ya que no se daban los presupuestos exigidos para ser jornada de trabajo, desde que los trabajadores no realizaban labores, el tiempo no estaba dentro de la jornada y tampoco se encontraban a disposición del empleador, a lo que agrega que sólo 149 dependientes, actuales socios del demandante, no fueron parte en esa causa. Señala que los artículos 21 y 30 del Código del Trabajo no han tenido modificaciones conceptuales, sólo el artículo 32, que establece los requisitos para convenir jornada extraordinaria. Luego alude a los objetivos de la cosa juzgada, esto es, la inimpugnabilidad e inmutabilidad de lo decidido y sostiene que ambas características posee el derecho que se estableció en favor de su parte en la causa anterior. Afirma que concurre la triple identidad exigida por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo, en el fallo atacado se identifica la causa de pedir con una cuestión de hecho, esto es, el período de tiempo demandado, que en el presente juicio es a contar del 1° de enero de 2004, lo que constituye un error, porque la causa de pedir es un asunto de derecho y las alteraciones fácticas, tales como el tiempo reclamado, no modifican la excepción, ni la causa de pedir. Añade que la alusión que se hace en la sentencia impugnada a la Ley N° 18.101, sobre arriendo de predios urbanos, confirma la tesis de su parte, ya que hubo de consagrarse expresamente la excepción a la cosa juzgada en esa normativa. Concluye diciendo que se vulneran las normas sobre interpretación de la ley y conforme a la doctrina del fallo de que se trata, la cosa juzgada en materia laboral no existiría.

En un segundo capítulo, el recurrente manifiesta que respecto de 149 trabajadores que no fueron parte en el juicio anterior se opuso la excepción prevista en el artículo 303 N° 2 del Código de Procedimiento Civil, pues el Sindicato actúa de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 220 N° 2 del Código del Trabajo, que le permite representar a los trabajadores cuando se trate de infracciones que afecten a la generalidad de sus socios, cuyo no es el caso, en que se trata del 12,4% de los afiliados. En consecuencia, el Sindicato necesitaba el requerimiento de los socios, pues no existe la representación del Sindicato en pro del interés general, como lo indica el fallo, en el cual no se entiende el vocablo "generalidad" en su sentido preciso.

En el tercer capítulo del recurso, el demandado expresa que se quebrantan los artículos 21, 30 y 34 del Código del Trabajo, en los cuales se define jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo, a cuyo respecto indica que el tiempo destinado al cambio de vestuario y aseo no es jornada, porque es anterior al inicio de la jornada y en el ínterin los trabajadores no se encuentran a disposición del empleador, ni realizan las labores convenidas. Pero la sentencia

considera como argumentos para acceder a ello no los legales, sino que por el hecho de ponerse los implementos necesarios para desarrollar el trabajo, lo considera jornada.

Agrega que tampoco es jornada extraordinaria, la que supone la prestación efectiva de servicios, ya que no se concibe convenida para no realizar labor alguna. Expone que no se entiende el fallo en cuanto a que el tiempo ocupado es antes del inicio de la jornada y, sin embargo, lo considera horas extraordinarias. Si es anterior al comienzo, no puede considerarse jornada de trabajo. Por otra parte, argumenta el recurrente, que el artículo 34 del Código del ramo acepta la división de la jornada en dos porciones, no obstante ello, la sentencia dispone la división de la jornada más allá de lo autorizado por ley y al atenerse a lo resuelto, la jornada se divide en cuatro porciones, lo que no está permitido por la ley.

Finaliza cada capítulo describiendo la influencia sustancial que, a su juicio, habrían tenido los errores de derecho denunciados en lo dispositivo del fallo.

Segundo: Que, en la sentencia impugnada, se asentaron los siguientes hechos:

a) la Corporación del Cobre es una sola empresa, como lo establece su estatuto orgánico, por lo tanto, con domicilio en Santiago, de modo que era opción del Sindicato presentar la demanda en Santiago o en Rancagua.

b) la demandada opone la excepción de cosa juzgada, la que funda en que el Sindicato presentó demanda ante el juzgado laboral de Rancagua, en causa N° 13.091, sobre la misma materia, causa fallada y confirmada por la Corte de Apelaciones de Rancagua el 21 de septiembre de 2004, en la cual se desestimó la demanda intentada.

c) en dicha causa se pidió se pagara el tiempo ocupado en el cambio de ropa por los trabajadores demandantes y lo demandado en autos es el pago del tiempo que los trabajadores deben destinar al cambio de vestuario, de acuerdo a las modalidades de producción de la demandada, a contar del 1° de enero de 2004, consistente en 35 minutos diarios que han ocupado en ello, encontrándose a disposición del empleador.

d) la demandada no controvierte la existencia del tiempo de cambio de vestuario que deben ocupar los trabajadores, por el contrario, lo detalla.

e) el Sindicato actúa como responsable del interés general de sus asociados.

Tercero: Que sobre la base de los hechos descritos en el motivo anterior, los jueces del grado estimaron improcedente la excepción de cosa juzgada opuesta por la demandada, argumentando que el fallo dictado en la causa anterior carece de inmutabilidad, pues lo demandado incide en condiciones de empleo propias de relaciones jurídicas que se fundan en contratos de tracto sucesivo, por lo que no se produce la identidad de objeto y, por lo mismo, dada la relación entre objeto y fundamento, no se presenta la identidad de causa de pedir. Sobre el fondo debatido consideran que el tiempo destinado al cambio de vestuario y aseo personal por parte de los trabajadores demandantes, es jornada de trabajo, porque no es tiempo ajeno a la obligación de laborar, se produce o antes o después de la jornada de trabajo, no puede prescindirse de él sin afectar el proceso productivo y beneficia a la demandada, motivo por los cuales accedieron a la demanda intentada en estos autos, en los términos ya señalados.

Cuarto: Que, en primer lugar, la controversia de derecho se centra en precisar si concurre o no la excepción de cosa juzgada entre lo resuelto en la causa rol N° 13.091 seguida ante el Juzgado del Trabajo de Rancagua, caratulada "Sindicato Sewell y Mina N° 8 con Codelco Chile, División el Teniente" y este proceso.

Quinto: Que, útil resulta traer a colación un concepto de cosa juzgada y siguiendo al autor Hugo Pereira Anabalón, puede precisarse que: "Es el efecto de las sentencias definitivas o interlocutorias firmes o ejecutoriadas, para que aquel a cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio pueda pedir el cumplimiento o ejecución de lo resuelto y para que el litigante que haya obtenido en él, o todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, impidan que la cuestión ya fallada en un juicio sea nuevamente resuelta en ese o en otro juicio" (La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno, Edit. Jurídica, 1954, pág. 34). La creación de dicha institución obedece a la necesidad de certeza jurídica en las relaciones de esa naturaleza y se diferencia entre cosa juzgada formal y cosa juzgada sustancial. En este aspecto la doctrina distingue entre la inatacabilidad o inimpugnabilidad de las sentencias –cosa juzgada formal– y su irrevocabilidad –cosa juzgada sustancial–, constituyendo un ejemplo clásico precisamente la reserva de acciones prevista en el artículo 467 del Código de Procedimiento Civil, pues el fallo dictado en el juicio ejecutivo en tal sentido puede ser inatacable, pero no inimpugnable.

Por último, se desprende del propio concepto anotado que la institución puede ser hecha valer como acción o como excepción. El autor citado refiere en su obra: "la primera –acción– mira a la ejecutoriedad del fallo y está unida a la potestad de la autoridad pública para cumplir sus decisiones; la segunda –excepción– constituye el atributo que con más propiedad se vincula a la institución, su irrevocabilidad".

Sexto: Que, al respecto, se hace necesario establecer, aunque sabido es que la excepción de cosa juzgada exige, de acuerdo a las normas contempladas en los artículos 175 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, aplicables en la especie por disposición del artículo 426 del Código del Trabajo, la concurrencia de la triple identidad, esto es, igualdad legal entre las partes, la cosa pedida y la causa de pedir. Esta última ha sido definida expresamente por la ley como "el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio".

Séptimo: Que, en esta línea de deducciones, se trata entonces de la irrevocabilidad de la sentencia que desestimó el beneficio reclamado por la parte demandante –cosa juzgada sustancial– y, por consiguiente, corresponde examinar los límites de la institución en comento, señalados en el motivo anterior, a la luz de la acción ejercida en ambos juicios, de idéntica naturaleza laboral. Dichos límites, conocidos en doctrina como la relatividad de la cosa juzgada y aceptados desde antiguo, se fundan en el principio lógico e irrefragable en orden a que "si ciertas y determinadas personas han intervenido en un juicio litigando acerca de una cuestión también precisa y determinada, la sentencia que falle la controversia sólo oblique a quienes litigaron con respecto al asunto discutido y que, a la inversa, no oblique a quienes no litigaron ni tampoco a quienes litigaron con respecto a asuntos no discutidos ni sentenciados" (Ob. citada).

Octavo: Que en relación con el límite subjetivo de la cosa juzgada, esto es, la identidad de partes, ésta necesariamente debe ser legal y son partes directas del proceso el demandante y demandado, aunque también pueden ser indirectas, es decir, terceros que advienen a un

juicio ya iniciado, lo que no viene al caso analizar. Ciertamente, la exigencia constituida por la identidad legal en este límite, aparta desde ya la identidad física y por regla general, "los sujetos de la relación procesal son también los sujetos de la relación sustancial, o sea, demandante y demandado son generalmente los titulares de los derechos materiales que se debaten en el litigio" (Ob. citada). En el caso, la parte demandante es una organización sindical o sindicato de empresa, al tenor de lo dispuesto en el artículo 216 a) del Código del Trabajo, quien actúa en representación de sus asociados, reclamando por la comisión de infracciones legales que afectan a la generalidad de sus miembros, organización que existe y subsiste como tal, independiente de las personas que lo conformen, en la medida en que se trate de trabajadores de la misma empresa, dándose de ese modo cumplimiento a la exigencia de concurrir la identidad legal de la parte demandante. Atinente con la parte demandada, no ha sido motivo de controversia que se trata de la misma que litigó en el anterior juicio.

Noveno: Que, siguiendo con el análisis que ocupa la presente decisión, se hace necesario el examen de los límites objetivos de la cosa juzgada, esto es, la causa de pedir y el objeto pedido. La primera ha sido expresamente definida por nuestro legislador, como ya se anotó, y se trata, en conjunto, de la identidad del asunto decidido, la cual se presenta en el evento en que la cuestión resuelta sea igual en el actual juicio y en el anterior. El objeto pedido no ha sido definido, pero al decir de la doctrina "no debe entenderse la cosa material sobre la que recae el derecho real, o la prestación a que se refiere el derecho de obligación, sino el intento final que las partes tuvieron al proponer sus demandas por vía de acción o de excepción; en otros términos, lo que fue materia de la discusión y de la decisión" y en concepto de la jurisprudencia "el beneficio jurídico inmediato que se reclama y al cual se pretende tener derecho" (Ob. citada).

Décimo: Que, en dicho contexto, no cabe sino identificar plenamente las causas de pedir y objetos pedidos en los juicios de que se trata. En efecto, en ambos procesos el fundamento de la acción está constituido por la vinculación de naturaleza laboral que une a los miembros del Sindicato demandante con la empresa demandada, de manera inmediata y mediata, las disposiciones legales reguladoras de la jornada de trabajo, incorporadas a las respectivas convenciones, como mínimos a respetar y en los dos juicios se pretende que se declare como beneficio que asiste a los dependientes el tiempo dedicado al cambio de vestuario, el que debiera ser pagado por la demandada en la forma solicitada.

Undécimo: Que, en consecuencia, encontrándose presentes todos los límites para hacer concurrente la excepción de cosa juzgada, ésta ha debido acogerse, sin que sea posible considerar como elemento modificante de esos límites la circunstancia fáctica de tratarse de épocas distintas respecto de las cuales se intenta el reconocimiento del beneficio reclamado, pues "poco importa que la acción que se ejercita sea diversa de la anteriormente acogida o rechazada por la sentencia, que sean diversos los motivos invocados para justificar la nueva demanda, que se invoquen nuevos medios de prueba, o que sea diferente el fin práctico de la demanda; la excepción existe cuando, no obstante tales diferencias, el fundamento jurídico de la pretensión es el mismo" (Nicolás Coviello, Doctrina General del Derecho Civil, México, 1938).

Duodécimo: Que, en armonía con lo reflexionado, sólo cabe concluir que, en la sentencia atacada, se ha vulnerado el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, por equivocada interpretación, error que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en la medida en que condujo a rechazar la excepción de cosa juzgada opuesta por la demandada, de

manera que el presente recurso de casación en el fondo debe ser acogido para la corrección pertinente, sin que sea necesario emitir pronunciamiento sobre los restantes errores hechos valer en la presentación de que se trata.

*Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 463 del Código del Trabajo y 764, 765, 767, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo** deducido por el demandado a fojas 175, contra la sentencia de cinco de mayo del año pasado, que se lee a fojas 172, la que, en consecuencia, **se invalida** y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.*

Regístrese. N° 3.862-06.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Marcos Libedinsky T., Urbano Marín V., Patricio Valdés A., y los Abogados Integrantes señores Fernando Castro A. y Hernán Álvarez G. No firman los Abogados Integrantes señores Castro y Álvarez, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ambos ausentes. Santiago, 11 de septiembre de dos mil siete. Autoriza el Secretario de la Corte Suprema, señor Carlos Meneses Pizarro."

II. Sentencia de reemplazo

"Santiago, once de septiembre de dos mil siete.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la sentencia de reemplazo que sigue.

Vistos: *Se reproduce la sentencia en alzada.*

Y teniendo, además, presente:

Los fundamentos del fallo de casación que antecede, los que para estos efectos se tienen por expresamente transcritos.

*Y conforme lo disponen los artículos 463 y siguientes del Código del Trabajo, **se confirma, sin costas del recurso**, la sentencia apelada de treinta y uno de mayo de dos mil cinco, escrita a fojas 140 y siguientes.*

Regístrese y devuélvase, con sus agregados. N° 3.862-06.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Marcos Libedinsky T., Urbano Marín V., Patricio Valdés A., y los Abogados Integrantes señores Fernando Castro A. y Hernán Álvarez G. No firman los Abogados Integrantes señores Castro y Álvarez, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ambos ausentes. Santiago, 11 de septiembre de dos mil siete.

Autoriza el Secretario de la Corte Suprema, señor Carlos Meneses Pizarro."

III. Comentario

1. Siempre es útil recordar, aunque parezca pedantería innecesaria, que los fundamentos del derecho que motivan el hábito virtuoso en el proceder del juez descansan, entre otros, en la certeza jurídica. De ahí que esta certeza establezca en el sujeto imperado una garantía que le permita ejercer su derecho conforme a un criterio de justicia que, al decir de Cicerón, comprenda "el hábito del alma... que atribuye a cada cual su dignidad".²

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Suprema aborda un complejo caso relativo a la aplicación de la cosa juzgada en materia procesal laboral.

2. Basta decir, como punto de partida, que uno de los atributos esenciales del Derecho del Trabajo corresponde a su elemento tutelar, que no es otra cosa que el reconocimiento específico que se hace en las relaciones laborales del plano de desigualdad a favor del trabajador, no obstante el carácter bilateral en cuanto a la asimilación de obligaciones recíprocas establecidas en la ley, lo que equivale a decir que, a pesar de esta lícita y profunda función primaria, esta se ordena por debajo del principio de legalidad que inspira la justicia en las relaciones de trabajo. En tal sentido, no solo corresponde al empleador observar, dirigir, implementar y respetar los derechos de los trabajadores, sino que corresponde al trabajador (o a sus organizaciones sindicales) proyectar en su conjunto una aspiración o ánimo que aliente la producción, que favorezca, precisamente, el empleo y la productividad.

Cualquier evento o hipótesis contraria, animada afanosamente a circunstancias que encubran un aprovechamiento ilícito que supongan una extensión de beneficios fuera de los que establece la ley, nos aparta inmediatamente de aquellos fines que en común reclaman tanto la justicia, como el carácter sustentable de las relaciones laborales.

3. En el caso en comento, el Sindicato de Trabajadores Sewell y Mina N° 8 de Codelco Chile, División El Teniente, interpone demanda en contra de la Corporación del Cobre con el objeto que el tribunal letrado competente declare que el tiempo que los trabajadores destinan diariamente al cambio de vestuario al inicio y término de la jornada, y el aseo personal, constituye jornada de trabajo, solicitando sea este tiempo considerado remuneraciones con un aumento del 50%, por tratarse de jornada que excede a la jornada ordinaria. Si bien el tribunal de primera instancia niega lugar a la demanda, fundado en la circunstancia de haber acogido la excepción de cosa juzgada opuesta por la demandada, dado que con anterioridad, en un proceso ya ejecutoriado,

² Cicerón, *De Inv.* 2.53.160; cfr. *De Ofic.* 1.14.42, citado por Guzmán Brito, Alejandro, en *Derecho Privado Romano*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, página 98.

los demandantes ya habían sido vencidos por idénticos fundamentos, el de segunda instancia revoca el fallo, acogiendo la demanda y declarando que el lapso de tiempo reclamado se ajusta a lo previsto en el artículo 21 del Código del Trabajo.

Corresponde acotar que las razones que dio la demandante para explicar el porqué de su insistencia judicial, fueron básicamente que en el libelo actual se comprende a trabajadores asociados que no participaron en el proceso anterior.

4. La parte vencida en el proceso deduce recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema en razón de haberse incurrido en errores de derecho que influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo, argumentando, básicamente, las siguientes razones:

1° Que se advierte una errada interpretación del tribunal colegiado *ad quem* en cuanto a no establecer la existencia de la Cosa Juzgada, a pesar de haberse demostrado los elementos establecidos en la ley para que opere sin discusión este instituto procesal;

2° Que en ningún caso se dan los supuestos exigidos en la ley laboral para que estemos en presencia de jornada de trabajo (ni ordinaria ni extraordinaria), ya que los trabajadores, durante ese lapso de tiempo, no estaban a disposición del empleador, dentro de la jornada, ni realizaban labores. Asimismo, puntualiza que solo algunos trabajadores no fueron parte de la causa ventilada anteriormente, lo que fundamenta la presencia del error interpretativo del tribunal de segunda instancia al pasar por encima de la cosa juzgada que se produjo anteriormente; y

3° Que existe una falta de legitimación activa de parte de los trabajadores que el sindicato representa, dados los fines propuestos por el artículo 220 N° 2 del Código del Trabajo, que permite a los sindicatos representar a sus asociados cuando se trate de infracciones que afecten a la generalidad de sus socios, situación que dista de lo requerido por la norma, ya que estos corresponden solo al 12,4% de sus afiliados.

5. Sin perjuicio de advertir lo interesante y actual que resulta referirse al eventual análisis de si se extralimita la jornada de trabajo en estas faenas, situación que ha tenido vaivenes judiciales hasta último instante,³ a continuación nos referiremos únicamente a la aplicación de la cosa juzgada.

³ Muestra ineludible de aquello es el fallo de finales de noviembre de 2007, donde la Cuarta Sala de la Corte Suprema determinó que "*el tiempo que emplean los trabajadores representados por el Sindicato demandante en el cambio de ropa y aseo, es jornada de trabajo*", basándose en la infracción al artículo 21 del Código del Trabajo (Sindicato de Trabajadores N° 7 de la División El Teniente de la Corporación Nacional del Cobre, en contra de esta última, Rol N° 2112-07).

La Corte Suprema, al decidir el asunto, inmediatamente examina los requisitos establecidos en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, los cuales son aplicables supletoriamente por expreso mandato del artículo 426 del Código del Trabajo. En primer lugar, establece la identidad legal de personas en ambos juicios, es decir, deduce que es el mismo sindicato el cual ejerce el rol de demandante en ambos procesos (uno ejecutoriado, el otro pendiente). Acto seguido, la Corte Suprema analiza la causa de pedir y la cosa pedida, conforme a establecer la triple identidad requerida en la ley, y en este sentido identifica claramente que en ambos procesos concurre la vinculación entre la relación laboral que existe entre las partes y de las pretensiones hechas valer, comunes en ambas, concluyendo que *“la **circunstancia fáctica** de tratarse de épocas distintas respecto de las cuales se intenta el reconocimiento del beneficio reclamado”*⁴ no debe interpretarse de manera distinta, puesto que no se afecta el fundamento jurídico, que es el mismo, revocando lo dicho en segunda instancia, confirmando, a su vez, el fallo de primera, dictando el fallo de reemplazo correspondiente.

6. El hecho de tan categórico pronunciamiento radica en el efecto de la cosa juzgada material, aquel que en su vertiente positiva permite a los jueces cotejar situaciones similares y, verificadas las condiciones legales, decidir de acuerdo a un margen de circunstancias que se repiten.

¿Constituye una infracción al efecto relativo de las sentencias judiciales esta verificación y adecuación normativa a un caso específico? Creemos que no, dado que las condiciones de imperatividad de la norma, en este caso la cosa juzgada, no admiten que circunstancias de hecho sean utilizadas para infraccionar la debida interpretación del precepto.

7. Podría pensarse que por el hecho de que el contrato de trabajo sea de tracto sucesivo se impida que a su respecto opere la triple identidad, al faltar el objeto pedido; sin embargo, la claridad del artículo 177 es tal que no permite confundir la llamada Cosa Juzgada Formal con la Cosa Juzgada Sustancial. En efecto, esta última opera exclusivamente en el proceso que hubiere recaído y no se extiende a la posible revisión del asunto en un nuevo proceso, lo que sí tiene acogida en nuestro derecho,⁵ pero no se vinculan con los contratos de tracto sucesivo, como el contrato de trabajo, puesto que la inintangibilidad de la sentencia es menor, para que en el futuro (y en razón de una pronta solución judicial basada en la certeza)⁶ el litigante pueda ejercer su derecho a

⁴ El resaltado en negrita es nuestro.

⁵ Podemos citar por vía ejemplar la renovación de la acción ejecutiva (art. 477 del CPC), la reserva de acciones (arts. 477 y 478 del CPC), las querellas posesorias (art. 549 del CPC) o los actos judiciales no contenciosos (arts. 817 y siguientes de CPC).

⁶ Véase el Mensaje del Código de Procedimiento Civil, en lo tocante a los fines que se extraen de la existencia de los casos, por el legislador establecidos, de Cosa Juzgada Formal.

salvo, lo que denota su operatividad restringida. A este respecto, la doctrina está conteste en establecer que ésta no se aplique analógicamente a casos determinados por el legislador, como pudiera ser el contrato de tracto sucesivo (como los arrendamientos), sino que “opera por el sólo ministerio de la ley” lo que inmediatamente deja al margen su aplicación al contrato de trabajo.⁷

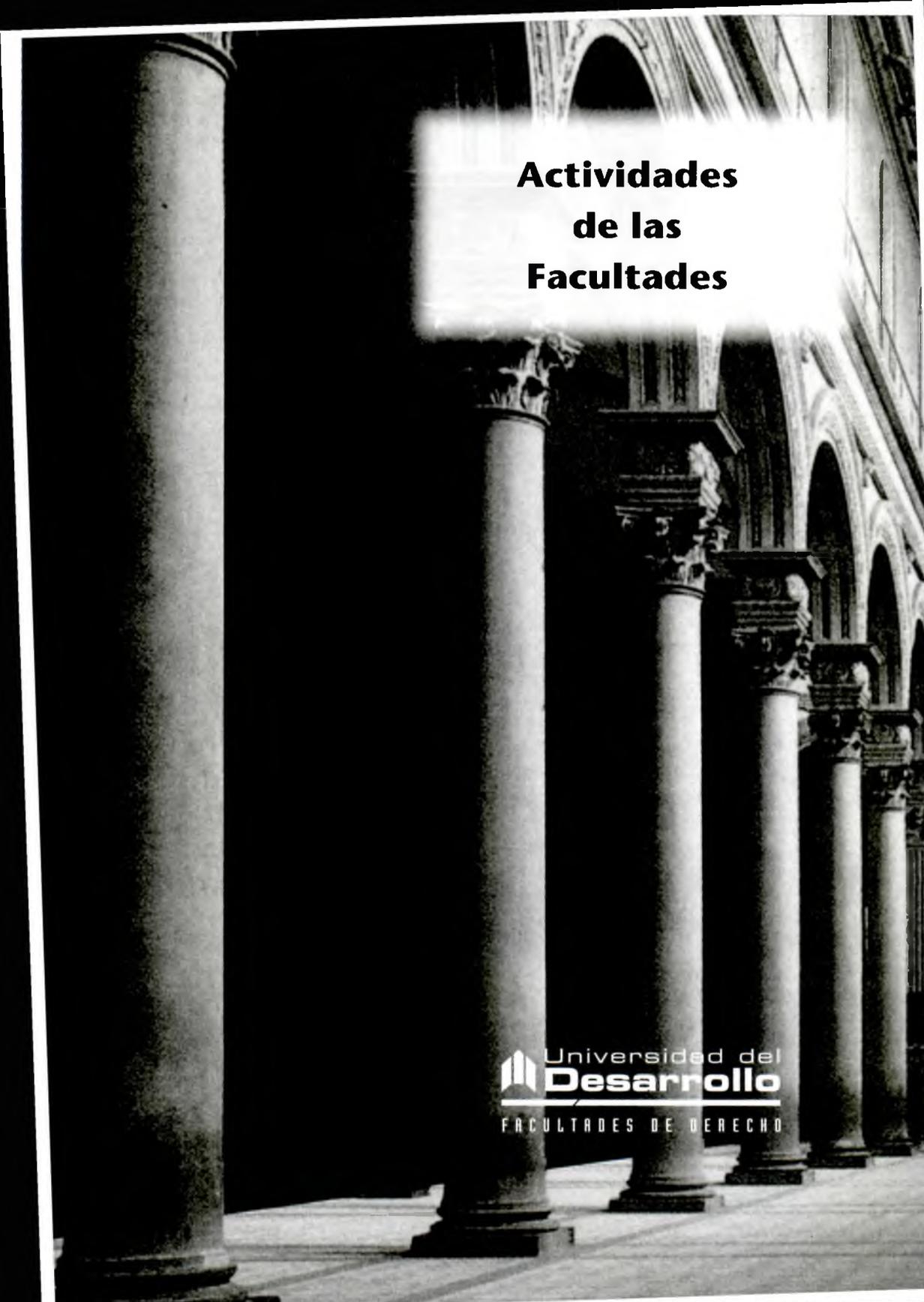
8. Asimismo, la Cosa Juzgada Sustancial, aquella en la que reside la preclusión, o sea, la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, adquiere, con particular armonía, acogida plena en el texto descisorio.

9. No podemos estar más conformes con este fallo, donde en toda su extensión se conjugan elementos doctrinarios como de razonamiento judicial que permiten al más descuidado lector, incluso, hacerse una verdadera idea de cómo, a través de una resolución judicial, el derecho admite una coherencia fundamental.

Por último, planteamos a propósito de este comentario la siguiente reflexión: ¿es posible que el derecho procesal laboral considere que en razón del elemento tutelar propio de la disciplina se puedan omitir determinadas circunstancias interpretativas? Creemos que, en fin, mientras coexistan la plenitud y la coherencia como factores claves al momento del razonamiento judicial, el debido proceso está asegurado.

Para la paz social. Para la dicha de la justicia.

⁷ Los destacados procesalistas Pereira Anabalón, Romero Seguel, Maturana Miquel y Mosquera Ruiz, al referirse al tema, comparten la misma idea.



Actividades de las Facultades

Universidad del
Desarrollo

FACULTADES DE DERECHO

Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Santiago

Segundo semestre 2007

Trinidad Siles Del Valle

Coordinadora de Carrera

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Durante el segundo semestre de este año 2007 se desarrollaron múltiples actividades académicas, de las que destacamos las siguientes:

I. Actividades de admisión

Jornada Vocacional

Se realizó la última Jornada Vocacional para los jóvenes que rendirán la PSU este año 2007. Un equipo de la Facultad recibió a los alumnos interesados en la Carrera de Derecho. Ximena Pulgar y Matías Provoste, profesores de la Carrera expusieron diversas visiones jurídicas, y alumnos de la carrera contaron su experiencia en la Universidad.

II. Actividades académicas con los alumnos

Visita al Palacio de Justicia

Durante el año, los cursos de Derecho Civil II (profesor Fernando Rabat), Derecho Civil III (profesor Angel Cruchaga) y Derecho Procesal I (profesor Carlos Pecchi) visitaron la Corte de Apelaciones de Santiago con el fin de conocer el funcionamiento y organización de los principales órganos de justicia del país.

Visita a la Empresa Siderúrgica Gerdau Aza

En la cátedra de Derecho Laboral I, a cargo de la profesora Cecily Halpern Montecino, se visitó la Empresa Siderúrgica Gerdau Aza; esta actividad práctica se realizó el día 25 de junio y les permitió a todos los alumnos conocer de cerca la organización dentro de la empresa, hacer preguntas relacionadas con los temas laborales y las normas vigentes.

Visita a la Contraloría General de la República

Los profesores de las cátedras de Derecho Administrativo II, señores Jorge Reyes y Sergio Cea, llevaron a sus alumnos a conocer la Contraloría General de la República, principal órgano de la Administración del Estado.

Visita al Centro de Justicia, Tribunales Penales, Tribunales Orales, Juzgados de Garantía

Los cursos de Derecho Penal I visitaron el V Juzgado del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal. El objetivo propuesto por los profesores Luis Bates, Sergio Huidobro y Rodrigo Medina era justamente que los alumnos comprobaran como se realizan los casos prácticos para luego relacionar los temas vistos en clases.

Conversando con abogados externos en clases de Derecho Civil III

El profesor Angel Cruchaga Gandarillas invitó a su clase de Derecho Civil a dos personalidades del mundo litigante. En una primera oportunidad, Jorge Dahm, Ministro de la Corte de Apelaciones, expresó, en forma coloquial, su experiencia profesional y les sugirió a los estudiantes diversas formas de estructurar un alegato; lo mismo sucedió con don René Abeliuk Manasevich, abogado integrante de la Corte Suprema, él realizó una clase introductoria al tema de la Responsabilidad Civil con el fin de complementar mejor las materias tratadas en clases.

Obra teatral en Derecho Romano

Los alumnos de primer año de la carrera realizaron una presentación teatral: "La Caída de la Monarquía Romana", iniciativa que anualmente ha organizado la profesora Angela Cattán Atala con otras obras teatrales. A esta presentación fueron invitadas las familias del curso, profesores y alumnos.

Seminario de Liderazgo en Picarquín

En la Hacienda Picarquín se efectuó, como en años anteriores, el Seminario de Liderazgo. En esta actividad, organizada por la DAE, Dirección de Asuntos Estudiantiles, participaron 100 alumnos de distintas carreras de la Universidad.

III. Actividades de la Facultad

Charlas a los alumnos

Durante los meses de agosto y septiembre se realizaron dos interesantes charlas en la Sede de San Carlos de Apoquindo. En una primera ocasión, Francisco Cuenca-Boy, profesor español de la Universidad de Cantabria, conversó con los alumnos de Primer Año acerca de la Enseñanza del Derecho en España y la Nueva Metodología. En una segunda oportunidad, Christian Baldus, profesor de Derecho de la Universidad de Heidelberg, Alemania, visitó el campus y se reunió con un grupo de profesores de la carrera para contarles sobre sistemas de enseñanza del Derecho, la experiencia alemana y europea.

Concurso de ayudantes

El segundo semestre se convocaron cuatro concursos de ayudantes en las siguientes asignaturas: Emprendimiento y Liderazgo, Derecho y Sociedad OD, Derecho Internacional Privado y Derecho Civil II. En las cuatro ocasiones, se continuó con el mismo procedimiento exigible en el concurso del primer semestre: se integraron comisiones de exámenes, se calificó a los interesados y se seleccionaron los mejores postulantes.

Escuela Serviana Iuris Romani

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo participó en el segundo curso interuniversitario de Profundización en Derecho Privado Romano. Esta clase magistral la dictó el profesor Patricio Lazo, de la Universidad de Antofagasta, el 2 de octubre de 2007 en la Sede de Las Condes.

Conversaciones con el Decano

Don Pablo Rodríguez, Decano de la Facultad, sostuvo tres encuentros con los alumnos de la Facultad, con el propósito de conocer las impresiones e inquietudes de los estudiantes con respecto a su carrera y la Facultad. Tres mañanas destinadas a conversar con distintos cursos de la carrera, en ellas se trataron temas relacionados con la actividad docente, materias fundamentales del currículo, infraestructura, aspectos administrativos, etc. Estas reuniones han sido muy positivas, sobre la base de ellas se evaluaron decisiones determinantes para la Facultad.

Ceremonia de Graduación: Derecho, Ingeniería Comercia e Ingeniería Civil

El 28 de noviembre, en una ceremonia solemne y emotiva, los licenciados en Ciencias Jurídicas recibieron su Diploma por el grado académico. Las palabras

de bienvenida estuvieron a cargo del Rector de la Universidad, Señor, Ernesto Silva Bafalluy; quien les dirigió palabras de reconocimiento a su esfuerzo y consejos para su futura labor como abogados e hizo un recuento de los logros alcanzados, tanto en los pregrados como en los postgrados de la UDD. Uno de los graduados de la carrera de Ingeniería Civil, a nombre de todos los graduados, respondió con un discurso de agradecimiento y felicitaciones a sus compañeros.

Primer encuentro de egresados

Las promociones de los alumnos egresados fueron invitadas por la Facultad al Restaurante "Raúl Correa y Familia" con la finalidad de acercarlos a la universidad y vincularlos a futuros proyectos que queremos emprender. Esa reunión tuvo lugar el 5 de diciembre del año en curso.

Cóctel de fin de año

Con motivo de las fiestas de fin de año, la Facultad de Derecho organizó un cóctel con todos los profesores titulares, auxiliares y el personal administrativo de la carrera, éste se llevó a cabo el día 27 de diciembre de 2007 en el Campus San Carlos de Apoquindo.

IV. Reuniones con profesores

Reunión General de Profesores

El 23 de agosto se reunieron con el Decano y los Directores de las diversas áreas, los profesores de la carrera. Ese día se dieron informaciones generales de las actividades docentes y administrativas.

Reunión de algunos profesores con el Vicerrector Académico

El 13 de septiembre, a las 18:30 hrs., se reunieron 10 profesores de la Facultad con el Vicerrector, Ernesto Silva Méndez, con el objeto de intercambiar opiniones y tratar temas de relevancia académica, como: Desafíos de la Acreditación; Reforma Curricular y Metodológica; Gestión Académica y otros asuntos vinculados a la Facultad.

V. Seminarios

“Sentencias de inconstitucionalidad e inaplicabilidad y sus efectos”

En el mes de julio pasado, la Facultad de Derecho en conjunto con el Instituto Libertad y Desarrollo, organizaron este importante seminario, cuyos principales expositores fueron don José Luis Cea, en su calidad de Presidente del Tribunal Constitucional, don Axel Buchheister y don Arturo Fermandois, además de las intervenciones de los profesores José Manuel Díaz de Valdés e Iván Aróstica Maldonado.

“*Ius Puniendi*: Impacto en el Sistema Jurídico chileno y en el ejercicio profesional”

El miércoles 17 de octubre, la Facultad de Derecho junto con el Instituto Libertad y Desarrollo llevaron a cabo el Seminario: “*Ius Puniendi*: Impacto en el Sistema Jurídico chileno y en el ejercicio profesional”. Enrique Alcalde Rodríguez analizó la aplicación de los principios del *ius puniendi* general a la sanción administrativa, luego Axel Buchheister Rosas desarrolló los principios y jurisprudencia desde una mirada de las políticas públicas.

VI. Presentaciones de libros y publicaciones

Homenaje a profesores de Derecho Civil

Los profesores de Derecho Civil Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre recibieron un homenaje solemne en la Facultad de Derecho, tanto por su desempeño profesional y académico, como por su significativo aporte al avance institucional de Chile en sus distintas actividades públicas. En su recuerdo, nuestra Universidad editó un libro de Estudios Jurídicos que se presentó ese mismo día. El acto académico estuvo presidido por el Rector de la UDD don Ernesto Silva Bafalluy. Asimismo, presentaron y comentaron la obra respectivamente el señor Decano don Pablo Rodríguez Grez y don René Abeliuk Manasevich; ambos profesores conocieron a los homenajeados y resaltaron impresiones, recuerdos e historias de sus personalidades y de sus obras.

Con un emotivo aplauso terminó la presentación del libro de don Hugo Rosende Alvarez: “**Nuevo Derecho de Familia, diversas tendencias**”, editado por esta Casa de Estudios Superiores el día jueves 27 de septiembre de 2007. Pablo Rodríguez Grez, Decano de la Facultad de Derecho, dio al público asistente la bienvenida y le dirigió al autor elogiosas palabras. La presentación del

libro estuvo a cargo de don Hernán Corral Talciani, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, quien hizo un análisis riguroso de todos los aspectos tratados por el autor.

“**Jorge Iván Hübner Gallo, Estudios en su Homenaje**” es el título del libro en el cual se reúnen artículos que le rinden tributo a su notable personalidad. El señor Decano presidió el acto y luego Ana María Hübner Guzmán, hija del homenajeado, presentó el libro.

Asimismo, la Facultad de Derecho editó la **8ª Separata de la Revista Actualidad Jurídica**, septiembre de 2007, dedicada al examen y análisis de la delincuencia, los Tribunales de Justicia y la corrupción. Se trata de gráficos que reflejan estas tres materias que actualmente preocupan significativamente a la ciudadanía.

Por último, se dio inicio a la publicación de la serie **Mundo Laboral**, que conforma una nueva separata de la revista *Actualidad Jurídica*. Su primer número analiza una encuesta de opinión sobre la realidad del trabajo, correspondiente al mes de diciembre de 2007. Se constituye así un referente y una posibilidad de encuentro con el ámbito del trabajo en Chile. Se exponen 40 gráficos y conclusiones respecto de la realidad actual del sector.

Ambas separatas se distribuyen tanto a organismos públicos y privados, como así también a diversos estudios jurídicos.

VII. Actividades de la Escuela de Postgrado

La Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho impartió este año 2007 los siguientes programas de Postgrado:

LL.M. Executive 2006 - Magíster en Derecho Económico y Financiero

Es un programa de Postgrado que conduce al grado de Magíster en Derecho Económico y Financiero al cabo de tres semestres. Las clases están a cargo de académicos connotados y de gran experiencia docente. Asimismo, imparten 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 discuten 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.

Este año, la primera generación de alumnos obtuvo el grado de Magíster en Derecho Económico y Financiero en una emotiva ceremonia realizada el día

19 de noviembre de 2007. Los alumnos graduados fueron las siguientes personas: Cristian Jorge Bogdanic Werner, Paulina Julia Carrasco Piñones, Marcela Carolina Díaz Acuña, Gabriela Diez González, Eduardo Andrés Espinosa Gálvez, Eva Gabriela Lira Pedreros, Marcos Jesús Lizana Berríos, William Jesús Martínez Quintanilla, Andrés Antonio Merino Hidalgo, Francisco Javier Prat Errázuriz, Maritza Angélica Quiñones Fredes, Valeria Alejandra Rivera Lagos, Felipe Andrés Rossé Infante, Bernardita Sáez Rozas, Visitación Cristina Vega Sanz y Rubén Eduardo Venegas Fox. En la Ceremonia, el Decano entregó un premio a la mejor alumna del Programa, la señorita Valeria Rivera Lagos.

LL.M. Executive 2007 - Magíster en Derecho Económico y Financiero

Actualmente, en la segunda versión del LL.M. Executive los alumnos ya cursaron los dos primeros semestres del Programa. Reanudarán sus clases en el mes de Marzo para realizar el tercer y último semestre del Programa.

Postítulo en Derecho Penal 2007

La segunda versión del Postítulo en Derecho Penal que imparte nuestra Facultad se realizó con la asistencia de diecinueve alumnos, entre ellos fiscales, defensores públicos, abogados penalistas que se dedican al ejercicio libre de la profesión y miembros del Poder Judicial, tales como jueces de garantía y ministros de Corte de Apelaciones, entre otros.

Este programa se impartirá nuevamente el año 2008, por cuanto estimamos que 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 su permanente estudio y análisis.

Postítulo en Derecho Tributario

El Postítulo en Derecho Tributario que impartió la Escuela de Postgrado a partir de junio del año 2007 está dirigido a profesionales que tienen interés en completar su formación a través de la especialización en el área tributaria. En esta primera versión asistieron a él veintiocho alumnos.

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 enseñan. Este postítulo se impartirá nuevamente el año 2008.

Postítulo en Derecho del Trabajo: *La relación Laboral y la Empresa Sustentable*

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.

Este programa de Postítulo, dirigido a abogados y otros profesionales relacionados con el área laboral, se impartió en su primera versión desde el mes de julio de 2007, con veintisiete alumnos.

Curso de Derecho Civil: "Antiguos y Nuevos Principios de Derecho Civil"

En octubre, la Facultad impartió breve curso sobre materias de relevante importancia en la evolución y progreso del Derecho Civil, dirigido a abogados, egresados y estudiantes. Con ello, hemos querido dejar en evidencia la renovación y modernización de esta disciplina fundamental de las ciencias jurídicas.

El programa contempló diez sesiones, en las cuales se analizaron distintos principios del Derecho Civil, tales como *Pacta Sunt Servanda*, la consensualidad y principio de escrituración, el principio de veracidad en la filiación, la buena fe, la familia en el derecho, la resolución de contrato y los contratos modernos, entre otros. Realizaron clases el Decano, Gonzalo Figueroa Y., Jorge Baraona G., Enrique Alcalde R., Ambrosio Rodríguez Q., Paulina Veloso V., Hugo Rosende A., Víctor Vial del Río, Carlos E. Concha G. y Ruperto Pinochet O.

Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción

Segundo semestre 2007

Claudia Hurtado Espinoza

Profesora de Introducción al Derecho

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO,
CONCEPCIÓN**

I. Actividades académicas

1. Estudio de especialización en España del profesor Sr. Jaime Pacheco Quezada

Con el apoyo y la colaboración de la Facultad de Derecho, el profesor de Derecho Penal Sr. Jaime Pacheco Quezada inició en octubre recién pasado sus estudios de postgrado en la Universidad de Sevilla, España.

El Master Universitario de Especialización en Derecho Penal se extiende hasta el 30 de junio del 2008 y concluye con un trabajo de investigación que será evaluado por una comisión científica.

2. Cóctel de finalización del año académico

El día martes 11 de diciembre, en los salones del Club Concepción, tuvo lugar el cóctel de finalización del año académico 2007. En la oportunidad, el Decano Gonzalo Rioseco Martínez agradeció la colaboración académica y buena disposición de los docentes durante el año 2007 y los instó a continuar comprometidos con dicha labor durante el año 2008.

Esta instancia fue propicia para dar la bienvenida a los profesores que a partir de marzo de 2008 formarán parte de nuestro cuerpo docente, a saber, los Sres. Miguel Ángel Maritano Vásquez, Álvaro Sepúlveda Sanhueza y Aristóteles Cortés Sepúlveda.

3. Taller Litigación Oral

En el contexto de la reforma procesal penal, los alumnos de quinto año cursan el segundo semestre una asignatura de carácter práctico denominada Taller de Litigación Oral. Entre las diferentes actividades a cargo de los profesores de la asignatura y realizadas en la sala de litigación, los alumnos tuvieron la oportunidad de compartir con el Fiscal Sr. Andrés Cruz Carrasco, quien abordó el tema "La actividad de los fiscales como actores de la seguridad ciudadana", y con el Defensor Regional Sr. Georgy Schubert Studer, quien conversó con los alumnos sobre "El rol del Defensor en el nuevo proceso penal".

4. Alumnos en programa de intercambio con universidades extranjeras

Cada vez son más los alumnos que, en el marco de los programas de intercambio estudiantil que promueve la Universidad, deciden cursar algunos semestres en universidades extranjeras. Actualmente, existen tres alumnos que se encuentran estudiando en el extranjero. En esta oportunidad, los destinos son la Universidad Rey Juan Carlos, de España, y la Universidad George Mason, de Estados Unidos.

II. Actividades de los alumnos

1. Elección del Centro de Alumnos

Durante el mes de septiembre tuvo lugar la elección de la directiva del Centro de Alumnos de la Facultad de Derecho. La lista que reunió mayor número de preferencias quedó integrada por los alumnos Sres. Gonzalo Vega, Presidente; Daniel Lafargue, Vicepresidente; Pablo Kopplin, Secretario; Javiera Podestá, Relacionadora Pública, y Carla Cifuentes, Tesorera.

2. Semana de la Facultad de Derecho

La primera actividad que le correspondió organizar al recién electo Centro de Alumnos fue la tradicional Semana de la Facultad. Distintas actividades, deportivas, culturales y sociales, tuvieron lugar entre el 5 y el 9 de noviembre. Esas actividades de esparcimiento concluyeron con una fiesta de gala, que se llevó a cabo el jueves 8 de noviembre, en el Country Club, en la cual compartieron profesores, alumnos y egresados.

3. Seminario Liderazgo Picarquín

Los alumnos Ignacio Iturrieta y María Francisca Guevara fueron los representantes de nuestra Facultad en el seminario de emprendimiento y liderazgo, que cada año organiza la Universidad y que en esta oportunidad se desarrolló en Picarquín.

Los alumnos aprendieron a trabajar en equipo, tuvieron charlas de liderazgo y fueron visitados por autoridades de la Universidad, las que conversaron con ellos sobre diversos temas, acercando así aun más la Universidad a los alumnos. A su regreso, nuestros alumnos compartieron con sus compañeros las experiencias vividas.

4. Jornadas de Derecho Civil

Los alumnos de la Facultad asistieron con entusiasmo a las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas este año por la Universidad Católica de Valparaíso. Alrededor de 30 alumnos, fundamentalmente de tercero y cuarto año, asistieron a dicha iniciativa y a su regreso manifestaron haberla considerado provechosa para imponerse de las nuevas tendencias del Derecho Civil, para vincular los temas de las ponencias con las materias de sus estudios de pregrado y para compartir entre ellos y con profesores y alumnos de otras casas de estudios superiores. Es de esperar que la participación se repita el próximo año.

III. Actividades de extensión

1. Seminario Reforma del Mercado de Capitales

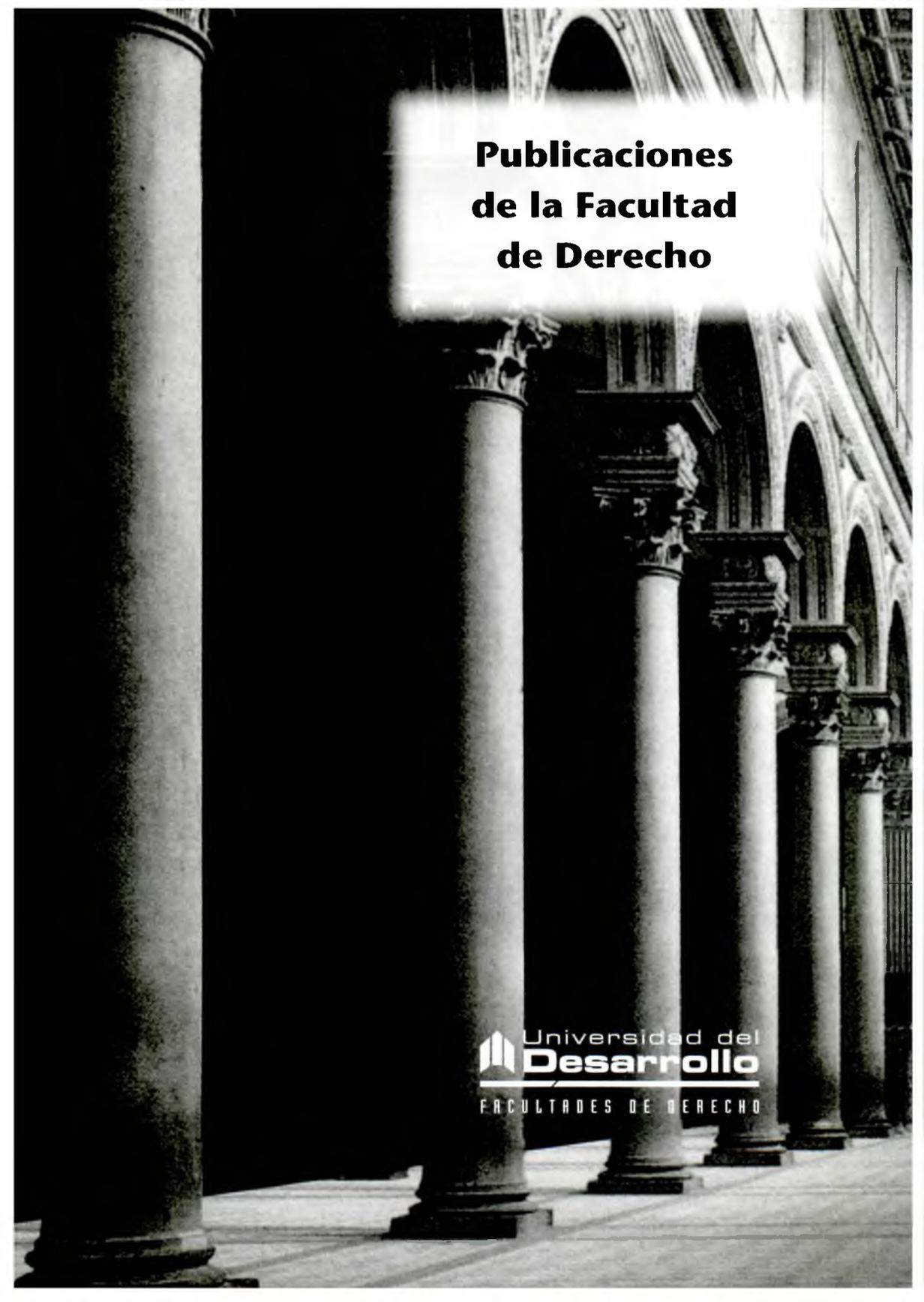
El 19 de julio se llevó a cabo el seminario Reforma del Mercado de Capitales. En la oportunidad, los abogados Alex Buchheister Rosas, del Instituto Libertad y Desarrollo, y Bruno Caprile Biermann, profesor de esta Facultad, abordaron la reforma y en particular analizaron las sociedades por acciones y la normativa sobre la prenda sin desplazamiento.

2. Seminario Reforma a Regímenes Patrimoniales

Los profesores Gonzalo Figueroa Yáñez, José Antonio Galván Bernaveau y Ramón Domínguez Águila fueron los encargados de exponer sobre el proyecto de reforma a los regímenes patrimoniales. El proyecto pretende modificar el régimen legal del matrimonio que existe actualmente –sociedad conyugal– por un nuevo régimen supletorio que se denomina comunidad de gananciales.

Según sus autores, el nuevo régimen consagra el principio de igualdad y se caracteriza porque durante la vigencia del matrimonio los patrimonios del marido y de la mujer permanecen separados y cada uno de ellos administra, goza y dispone libremente de lo suyo, formándose al término del régimen una comunidad entre los ex cónyuges o entre uno de ellos y los herederos del otro, que se rige por las normas que se establecen y por las de la comunidad.

El seminario contó con la asistencia de abogados, egresados, profesores de la Facultad y de público en general.



**Publicaciones
de la Facultad
de Derecho**

 Universidad del
Desarrollo

FACULTADES DE DERECHO

Publicaciones de la Facultad de Derecho

Hugo Fábrega Vega

Editor de Publicaciones

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

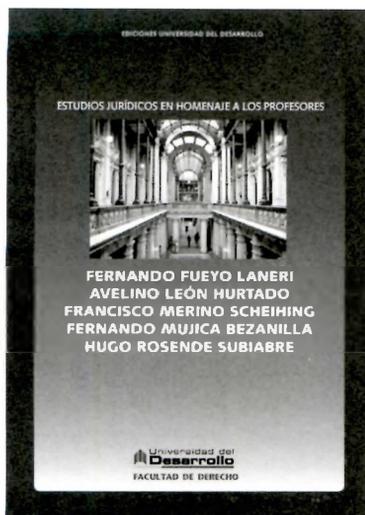
Durante este semestre la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo ha editado y publicado seis textos sobre distintas áreas del saber jurídico, conforme a los objetivos de desarrollo del conocimiento e investigación que persigue nuestra casa de estudios.

Estos textos corresponden a los libros “Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre” (Autores Varios), “Seminario Internacional Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno” (Autores Varios), “Nuevo Derecho de Familia, Diversas Tendencias” (del profesor Hugo Rosende Alvarez), “Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su Homenaje” (Autores Varios), y a las separatas de la revista *Actualidad Jurídica* preparadas por la Facultad de Derecho: “Estudios de Opinión Pública N° 8: Delincuencia, Tribunales y Corrupción”, y “Mundo Laboral N° 1: La Realidad del Trabajo Hoy”.

En cada uno de los trabajos presentados se contó con autores y articulistas de primer nivel, quienes, convocados por un tema en común, pudieron aportar interesantes puntos de vista que permitieron un debate y razonamiento acerca de temas de derecho del más alto nivel académico, lo que constituye el núcleo del objetivo que anima a cada una de las publicaciones.

Asimismo, y dada la trascendencia y carácter tanto de los libros de homenajes como del libro del profesor Rosende, la facultad organizó ceremonias de lanzamiento a lo largo del semestre, donde se presentaron al público aquellos textos, encabezados dichos actos por el discurso del Decano, don Pablo Rodríguez Grez, como de profesores especialmente convocados a esta presentación.

Dichas presentaciones se exponen a continuación, más una breve reseña del contenido de las publicaciones editadas este semestre.



“Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre”

Varios Autores

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo estimó su deber dejar un testimonio permanente de la labor académica de varios de los más insignes profesores de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile en las décadas de 1960 a 1980. Por esta razón, solicitó la elaboración de diversos trabajos sobre esta disciplina, en la convicción de que nada se ajusta más a la proyección de sus espíritus que un esfuerzo de esta índole.

El contenido de esta obra es el siguiente: I. Biografías de los profesores homenajeados: Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre; II. Estudios Jurídicos: *De la responsabilidad delictual de los contratantes* (P. Rodríguez G.), *Nulidad e indemnización de daños y perjuicios* (J. Baraona G.), *Acerca del error, su excusabilidad y otros tópicos* (M. D. Martinic G.), *La responsabilidad precontractual “Un necesario desvarío para enfrentar la cultura del litigio”* (P. P. Vergara V.), *Determinación de la ley aplicable en el derecho de autor en el convenio de Berna* (R. León U.), *Hacia una reformulación del concepto de “causa” y su proyección en el Código Civil* (E. Alcalde R.), *Algunas reflexiones frente al proyecto de nuevo Código Civil para el Perú* (G. Figueroa Y.), *Determinación de la maternidad y acción de impugnación de la maternidad* (M. Gómez de la Torre V.), *La interpretación contractual en el juicio arbitral* (C. Illanes R.), *Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia* (H. Corral T.), *El Código Civil de Andrés Bello y su influencia en América Latina* (M. Tapia R.), *Responsabilidad civil de las sociedades concesionarias de obras públicas fiscales respecto del usuario de las mismas* (F. Rabat C.).

Discurso de Presentación

Pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo rinde hoy un sentido homenaje a un grupo de destacados profesores que dieron un impulso innovador al Derecho Civil en las décadas de 1960 a 1980. Esta tarde, con emoción y recogimiento, nos hemos reunido para hacer entrega de un libro que recopila diversos trabajos –todos los cuales inciden en esta disciplina– dedicado a su memoria y a exaltar su ejemplo.

Tuve el privilegio de conocer a cada uno de ellos, apreciar su calidad humana y admirar la fidelidad con que ejercían la docencia universitaria y la noble profesión de abogado. Se trata de dos actividades complementarias, que templan el carácter y permiten enfrentar con éxito el desafío de la enseñanza superior. El derecho no se da en un vacío teórico o desvinculado del quehacer social. Nunca he creído en los médicos que abominan de los enfermos ni en los ingenieros que repudian el cálculo. El Derecho es una manifestación superior del espíritu, que busca hallar la fórmula más adecuada y eficiente para organizar la vida común, mediante la realización de los valores que, en cada momento histórico, predominan en la sociedad. Pueden esos valores ser eternos o temporales, pero son ellos los que justifican y fundan la existencia y razón de ser del Derecho. No tengo duda alguna de que así entendían nuestros homenajeados la misión que asumieron al integrarse al plantel docente de varias universidades.

Lamentablemente, nuestro país se ha caracterizado, ancestralmente y hasta el día de hoy, por la indiferencia y la ingratitud. Son muy pocos los que más allá de guardar un recuerdo agradecido de sus maestros, se ocupan de destacar su ejemplo, evitando que el paso del tiempo destruya, casi de inmediato, la huella profunda de sus pasos. Perdemos con ello un aliciente formidable para insuflar entusiasmo y fe en el estudio del Derecho. Cómo no recordar a Calamandrei, cuando decía que el abogado que creía en la justicia de su causa era capaz de cambiar el curso de las estrellas. “Los vivos son siempre y cada vez más neces-

riamente gobernados por los muertos”, sentenció el filósofo positivista Augusto Comte. Al parecer, nosotros aun no descubrimos esta realidad, por indiferencia, soberbia o desaprensión. A este imperativo obedece nuestra convocatoria. El propósito que nos inspira es ambicioso: recordar, agradecer y dejar testimonio de que ninguno de aquellos notables profesores, que marcaron y dieron carácter a su tiempo, ha quedado sepultado en el olvido y que con su ejemplo podemos también nosotros cambiar el curso de las estrellas.

Hacer una completa semblanza de cada uno de ellos es una tarea imposible, porque son muchas las aristas que deberían considerarse para retratarlos en su justa dimensión. Sólo intentaré hacer un esbozo muy rudimentario y superficial.

Como lo señalo en el prefacio de nuestro homenaje, don Fernando Fueyo Laneri fue, durante muchos años, el embajador “jurídico” de Chile, especialmente en las naciones de Hispanoamérica a las que estaba ligado por vínculos de sangre. Son innumerables los profesores y autores extranjeros que gracias a su constancia se vincularon con nuestro país y se interesaron en conocer su realidad jurídica. Si algo lo identificó era el entusiasmo por el estudio del derecho. De ello dan prueba las numerosas obras de que es autor y su biblioteca, sin duda, la más actualizada del país. Se encontraban allí libros y revistas recién editados. Esa era la manera de insertar a Chile en un mundo cada día más integrado e interdependiente. Fernando Fueyo se adelantó a su tiempo, fue, quizás sin advertirlo, un promotor de la globalización en el ámbito jurídico, cuando recién este fenómeno comenzaba a evidenciarse. Sin embargo, lo que más me impresionaba en su temperamento era la generosidad con que celebraba cada publicación, como si fuera propia, y la disposición constante a colaborar con todo quien quisiera investigar, escribir o profundizar un tema jurídico. Por eso no es exagerado decir que constituyó un acicate para el desarrollo y el progreso del Derecho Civil. Descontento con la jurisprudencia, pregonaba con fervor la necesidad de elaborar un nuevo Código Civil, lo que no nos atrevíamos a abordar –decía– por el “temor reverencial” que nos provocaban la figura y el estilo de Bello.

Don Avelino León Hurtado tuvo una larga trayectoria universitaria. Durante muchos años fue el colaborador más cercano del insigne Rector de la Universidad de Concepción don Enrique Molina Garmendia. Conflictos propios de la vida universitaria lo trajeron a Santiago ya maduro. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile realizó una carrera meteórica: Director del entonces “Seminario de Derecho Privado” (del cual yo formé parte recién titulado), Director de la Escuela de Derecho y Decano de la Facultad. En pocas palabras, era un hombre extremadamente fino en lo intelectual y humano, dotado de una capacidad de síntesis asombrosa, de lo cual dejó testimonio en su célebre trilogía sobre la “voluntad, el objeto y la causa de los actos jurídicos”, obra clásica hasta el día de hoy, y de una ironía que no lesionaba ni hería. Permítaseme una

digresión personal. Un día, sabiendo de su admiración por la poesía de Neruda, le regalé una cinta en que un actor declamaba varias estrofas de "Estravagario". Entre ellas una oda al viejo poeta, al cual describía diciendo: "el traje le quedaba grande, como si ya viviera en una casa vacía", "un árbol de huesos era el poeta", "allí lo dejé caminando presuroso a su muerte", etc. Al día siguiente, sin otro comentario, él me entregó otra cinta: la Sexta Sinfonía de Chaikovski, sin duda la más delicada de su obra musical y la más próxima a la muerte... Avelino León, por su sabiduría, prudencia y elevado espíritu universitario, dejó grabado en cada uno de nosotros un sello imborrable que debe transmitirse de generación en generación.

Francisco Merino era un profesor severo, indoblegable en su afán por transmitir a los alumnos lo medular de nuestra disciplina. Estuvo ligado al Seminario de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile desde comienzos de la década del año sesenta y no se desvinculó jamás de la cátedra. Se desempeñó, además, como Fiscal y Contralor General de la Universidad de Chile, en un período especialmente efervescente para esa casa de estudios. Me unió a él una estrecha amistad, lo que me permitió conocer sus inquietudes, aquilatar sus conocimientos y disfrutar de su sentido del humor. Culminó su carrera como abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago, dejando en ella un legado que perdurará en todos quienes tuvieron la suerte de trabajar a su lado.

Don Fernando Mujica Bezanilla representa para mí la imagen más perfecta de lo que es un profesor ejemplar, en el sentido más riguroso de esta expresión. Lo conocí muy de cerca, porque fue mi profesor de Derecho Civil durante los cuatro años del ciclo, y quien me impulsó a abrazar esta disciplina. Era extremadamente sensible y de una refinada cultura. Un día, durante su clase, aludió a un libro: "Los Thibault", de Roger Martín Du Gart (Premio Nobel de Literatura). Su cita fue una incitación a la lectura. Desde entonces asocio su recuerdo a esta obra magistral en que convive la juventud impetuosa y avasalladora con la madurez y la experiencia; la rebeldía con el tradicionalismo... Muy probablemente, un anticipo de lo que me correspondió vivir en los primeros años de ejercicio profesional cuando nuestro país veía fracturarse su institucionalidad y debilitarse el derecho. Evoco su figura con emoción y, por qué no decirlo, reprochándome el hecho de no haber estado en mi vida universitaria más cerca de él. Cuántas veces me estimuló a seguir escribiendo y estudiando, porque, decía generosamente, que él hablaba y se proyectaba a través de sus alumnos.

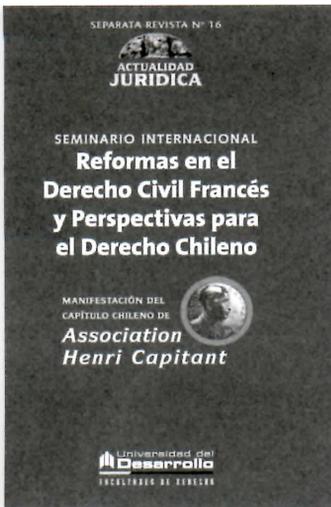
Don Hugo Rosende Subiabre marcó una época en la enseñanza jurídica y en la evolución del Derecho Civil. Impetuoso, analítico, imaginativo, profundamente comprometido con el destino de Chile. Su vida giró entre el derecho y la política, dándose por entero a ambas actividades. Se desempeñó como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile durante varios años, imponiendo

orden y disciplina en una época difícil y conflictiva. Pero lo más notable era su capacidad para entenderse con los alumnos de todos los signos, al extremo de que fueron ellos (los alumnos) quienes mayor adhesión y apoyo prestaron a sus tareas directivas. Autor de la Ley N° 18.802 que estableció la plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, sin con ello destruir aquella institución tan fuertemente arraigada en la conciencia nacional. Sus clases, sus alegatos y sus informes en derecho constituyen hoy un aporte invaluable al progreso de nuestra disciplina.

La generación a la cual rendimos hoy este sentido homenaje –a la que pertenecieron, además, nombres tan ilustres como Eugenio Velasco Letelier, Jacobo Schaulsohn, Luis Barriga Errázuriz, Carlos Ducci Claro, Antonio Zuloaga Villalón, Víctor Santa Cruz Serrano y tantos otros– fue la continuadora de otra generación cuyo brillo, por así decirlo, deslumbró en su época a jueces, juristas y estudiosos. Aparece esta última en la segunda mitad del siglo XIX con José Clemente Fabres, le siguen Luis Claro Solar, Arturo Alessandri Rodríguez, Carlos Aguirre Vargas, Alfredo Barros Errázuriz, Manuel Somarriva Undurraga, etc. Esta pléyade de juristas tuvo tanta influencia, que sólo a partir de la década del sesenta se inicia –preferentemente gracias a nuestros homenajeados– no una reacción, sino una renovación de conocimientos e inquietudes en el campo de la enseñanza del Derecho Civil. Lo anterior, creo yo, demuestra dos cosas: que el Derecho Civil sigue siendo la piedra angular en la formación del abogado; y que esta disciplina está en pleno proceso de renovación y enriquecimiento. Nada de esto sería posible si cada uno de los profesores mencionados no hubiese hecho su valiosa contribución en el campo de sus actividades.

Se ha dicho, y con razón, que la Universidad es un santuario de la inteligencia. Parodiando a don Miguel de Unamuno –rector vitalicio de la Universidad de Salamanca– en la Universidad no se vence, se convence: no se impone, se razona. En esta función, son los profesores los que, con devota constancia, van tejiendo las redes que capturan la capacidad intelectual de los alumnos, incorporándolos al mundo del saber y a la elite pensante de la sociedad. Los profesores son los artífices que van moldeando el amasijo de cristales: el cerebro y el corazón de la juventud. Tarea casi siempre silenciosa, a veces imperceptible, cuyos resultados se manifiestan sin estridencias a lo largo del tiempo.

Así visualiza a los profesores que son objeto esta tarde de nuestro homenaje. Queremos con ello revivir su trayectoria, reconocer su obra, identificar los surcos que abrieron para nuestra generación y, por sobre todo, proclamar, más allá de sus días, que derrotamos la ingratitud y el olvido y que asumimos aquí, ante todos Uds., el compromiso de transmitir su obra y su ejemplo, porque, como dijo el poeta, así se va encadenando la jornada.



Seminario Internacional: "Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno"

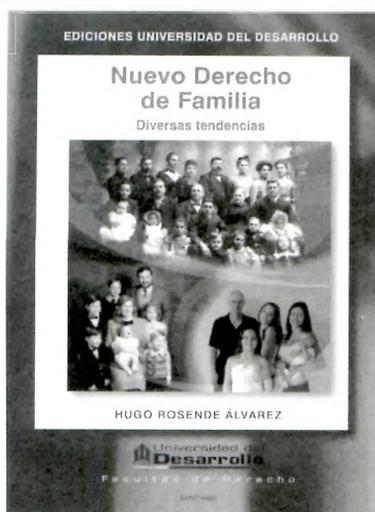
Varios Autores

Con la finalidad de ampliar el horizonte de la colaboración entre juristas de una misma cultura y sistema, la *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, fundada en París en 1935 por el gran jurista francés Henri Capitant, ha emprendido la realización de jornadas nacionales e internacionales.

Con el propósito de ampliar el alcance de sus labores la Association llevó a cabo en Chile, en diciembre de 2006, las primeras jornadas franco-latinoamericanas de derecho, con la participación de juristas franceses, argentinos, colombianos, peruanos y, desde luego, chilenos, y que tuvieron lugar en Santiago, Valparaíso y Concepción.

La Jornada de Concepción tuvo como tema central las Reformas al Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Civil Chileno, y parte de los trabajos de ellas que se publican en esta obra, se realizaron en la sede local y con el patrocinio de la Universidad del Desarrollo.

El contenido de esta obra es el siguiente: Presentación (R. Domínguez A.), Discurso inaugural (G. Rioseco M.), *El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano* (F. Mantilla E.), *La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla* (J. L. Diez Schwerter), *La reforma al derecho de las garantías en Francia: perspectivas para un devenir en Chile* (B. Caprile B.), *Apuntes sobre la "conurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica* (F. Ternera B.), *La teoría general del contrato en los proyectos de reforma del Código Civil argentino* (S. Picasso), *Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción en Francia* (D. Mazeaud), *La reforma del Código Civil francés en derecho de obligaciones, y el Código Civil chileno* (D. Peñailillo A.).



“Nuevo Derecho de Familia, diversas tendencias”

De Hugo Rosende Álvarez

En una de las conclusiones de su trabajo, el autor explica: “En el escenario descrito se debaten las reformas producidas y por venir del Derecho de Familia, con avances y retrocesos de cada una de las visiones sobre el hombre, la familia y la sociedad, alcanzando muchas veces soluciones de compromiso. Se puede decir que el conflicto se suscita en forma permanente entre quienes defienden la primacía absoluta de la libertad y aquéllos que defienden la verdad”.

Prosigue con la reflexión de que *“Las políticas públicas ponen el acento en la libertad absoluta fundada en el relativismo, criticando a quienes defienden la verdad como fundamentalistas, olvidando que la verdad es el pilar de la libertad. Nuestras naciones hispano-luso-americanas, nacidas de la fusión de las culturas judeo-cristianas y aborígenes, no pueden –en razón de su identidad– soslayar las palabras de Jesucristo: “Yo soy el Camino, la Verdad y la Vida”, como tampoco eludir la consecuencia de ellas: “La Verdad os hará libres”. Volver la espalda a esas palabras, como Pilato hiciera con Jesús, importa apartarse de “el Camino, la Verdad y la Vida”, con la consiguiente pérdida de la libertad. Las trágicas experiencias mundiales vividas durante el siglo XX son pruebas elocuentes de lo expuesto. Nuestra misión en los inicios del siglo XXI es evitarlas mediante la ayuda al renacimiento de una nueva primavera de auténtica espiritualidad que anhelan los hombres y mujeres de buena voluntad”*.

De esta manera, el profesor Rosende aborda con claro éxito el análisis de las nuevas tendencias en el Derecho de Familia, con profusa documentación bibliográfica y material anexo que enriquece su estudio.

El contenido esencial de los títulos que encabezan cada capítulo son: *La Familia; Misión trascendente de la familia; Evolución de la familia dentro de nuestro ordenamiento jurídico; El escenario mundial del siglo XX y en los inicios del siglo XXI. Agenda valórica y el nuevo Derecho de Familia; Conclusiones y Reflexión Final*.

“Nuevo Derecho de Familia. Diversas tendencias”

De **Hugo Rosende Álvarez**

Ediciones Universidad del Desarrollo
Santiago de Chile, 2007, 152 págs.

COMENTARIO DE:

Hernán Corral Talciani

Profesor de Derecho Civil,
Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Me complace comentar en estas páginas un nuevo libro dedicado al Derecho de Familia que ha sido publicado por la Universidad del Desarrollo. La nueva publicación se debe a la pluma del profesor Hugo Rosende Álvarez. Rosende es un destacado abogado que ejerce intensamente la profesión, la que combina admirablemente con una sostenida vocación académica, que se inició a la sombra de grandes maestros como don Avelino León Hurtado y Jorge López Santa María. Fue profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile hasta 1999, y hoy ejerce esta cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Ha publicado numerosos estudios sobre interpretación del contrato, responsabilidad civil y derecho de familia. Su memoria de licenciado, publicada en 1979, sobre la responsabilidad precontractual sigue hasta el día de hoy siendo una obra de obligada referencia.

Ahora nos ofrece un análisis sobre este “nuevo” Derecho de Familia, que viene forjándose desde más o menos la década de los 60 del siglo pasado y que sigue en constante ebullición y controversia. Debemos destacar el enfoque metodológico utilizado por el autor, que es de alguna manera anunciado al lector por el subtítulo: “Diversas tendencias”. En efecto, no se trata de un estudio dogmático del Derecho de Familia chileno, tal cual lo plasman las normas, usos y criterios jurisprudenciales vigentes. No es un tratado ni un simple manual de Derecho de Familia, es más que eso. Diríamos que es un ensayo que intenta ir más allá del análisis técnico legal para proporcionar una mirada sobre cómo ha estado y está evolucionando nuestro Derecho de Familia, y cuáles son las corrientes más profundas que han determinado y están impulsando estos cambios.

En este sentido, pensamos que se trata de una obra muy oportuna. Al Derecho de Familia actual puede aplicarse el mismo cuento que se aduce respecto de los avances biotecnológicos, ese de aquel avión en que los pasajeros están asombrados de la velocidad con la que se trasladan por el cielo, pero ni ellos ni el capitán saben cuál es el destino: “vamos rápido, aunque no sabemos dónde”.

Las últimas reformas legales en materia de familia, desde la ley que igualó los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales hasta la reforma a la judicatura de familia, previo paso por la aprobación del divorcio (supuestamente para proteger la familia), y aquellas que se tramitan actualmente en el Congreso (reforma al régimen de bienes) y otras que se anuncian, parecen irse discutiendo y aprobando sin que haya una certidumbre sobre cuál es el real estado de las familias chilenas, qué función deseamos que cumpla en la sociedad, y qué tipo de regulación jurídica es la que más se adecua a ella.

El libro de Hugo Rosende es un llamado de atención a reflexionar sobre esta cuestión fundamental. El *Nuevo Derecho de Familia* no es bueno sólo por ser nuevo. Por lo demás, a veces las novedades no son más que regresiones a épocas pretéritas, como sucede con el divorcio, tan caro a los patricios y a las matronas de la Roma del siglo I. Por cierto, tampoco se trata de rechazar toda innovación y asumir una postura “restauracionista”. Lo importante es discernir con sabiduría y prudencia qué cambios son progresos y qué cambios son retrocesos.

La oportunidad es una gran virtud de este libro, y hay que felicitar en este sentido no sólo al autor, sino también a Ediciones Universidad del Desarrollo, que lo ha publicado en un elegante y atractivo formato y con un tipo de papel, letra y diagramación que hace muy agradable la lectura.

Pero destacamos, además, la “integralidad” del estudio. Ya hemos señalado que el autor no se queda en el simple análisis normativo de las fuentes legales del Derecho de Familia chileno, sino que incursiona, además, en los componentes éticos, valóricos, sociales y económicos de las realidades familiares. Debe subrayarse la multiplicidad de fuentes que utiliza el autor, y que revelan su constante capacidad para extender la mirada más allá del dato normativo. Por cierto están citadas y son utilizadas las principales obras jurídicas nacionales sobre la materia, pero Rosende no tiene inconvenientes en utilizar citas de cartas y artículos de diario, textos bíblicos y documentos pontificios, poemas, como la hermosa oración sobre la ancianidad “cuando llega la tarde”, de Antonio Alonso (cfr. página 39), libros de actualidad como los de Joseph Ratzinger y Oriana Fallaci. En fin, sólo por poner un ejemplo de esta perspectiva amplia que se aleja de la anteojeada de lo normativo digamos que cuando el

autor señala que la tendencia a debilitar el matrimonio conforma un ataque serio a la familia, porque se arriba al expediente fácil de no comprometerse ni asumir responsabilidades, ilustra este aserto citando una entrevista publicada en El Mercurio, el año 2006, a Aurelio Montes del Campo viudo de Francisca Cooper, la joven que murió víctima de un tsunami mientras disfrutaba su luna de miel en Tailandia. El joven entrevistado expresa que “lo que más hay en Chile es terror al compromiso”. En este mismo sentido, son significativas las encuestas que se acompañan como anexo y que incursionan en la percepción y aprecio que las personas con abrumadora mayoría siguen manteniendo hacia la familia y al matrimonio. Seleccionamos una de las preguntas que nos parece interesante tener en cuenta: en el estudio de la Universidad del Desarrollo y CIS se hace la siguiente pregunta: “Cuando el Estado piensa en políticas públicas ¿generalmente piensa en las personas individuales o debería pensar en las familias?”, el 88% de los encuestados responden que debería pensar en las familias y no en los intereses individuales.

En tercer lugar, mencionamos como característica de esta publicación la sistematicidad de sus contenidos, que permite diversas modalidades de lectura, desde la revisión completa hasta la consulta de uno o más aspectos que puedan interesar a alguien que desea información y opinión fundada sobre un tópico específico de la evolución del Derecho de Familia. Al mismo tiempo, nos parece que esta característica del libro amplía la gama de lectores que pueden sacar provecho del mismo, y por eso será una obra útil no sólo para los profesores o jurisperitos, sino también para el juez que desea conocer el contexto de la nueva legislación familiar o para el legislador que pretende discernir su posición sobre alguna reforma legal. Es más, pensamos que, por el estilo claro, ordenado y sintético, el libro podrá ser de mucho provecho a los estudiantes de Derecho de las diversas Facultades, y no sólo de los últimos cursos, donde se enseña la materia de familia, sino también de los que se inician en los estudios legales. Es igualmente, nos parece, una obra que puede ser recomendada con fruto a cualquier persona de cultura media, aunque no sea un profesional o conocedor del orden jurídico.

La sistematización del libro es además novedosa y original. Contiene una primera parte en la que el autor fija su posición sobre la identidad de la familia, su naturaleza, sus funciones y su relevancia social, llegando así a la misión de las políticas públicas y fundamentalmente a la del instrumento jurídico, la ciencia del Derecho y la regulación, como articulador, protector y pacificador de la convivencia familiar. Un capítulo importante de esta primera parte es la que el autor titula “Misión trascendente de la familia”, y en el que, siguiendo las huellas de la antropología personalista del Papa Magno que fue Juan Pablo II, nos habla de la familia que se inicia como comunión de personas, por la alianza esponsal (el *consortium omniae vitae*, de los romanos) hasta llegar a la

“común-unidad”, la comunidad personal, en la que se produce la genealogía de la persona cuando por el darse recíproco del esposo y la esposa, estos reciben como don invaluable la llegada de los hijos. No deja de mencionar el autor las tendencias culturales que se oponen a esta comprensión de la transmisión de la vida y de la comunidad familiar, dando lugar a lo que sin exageración se ha dado en llamar la “cultura de la muerte”, y que ha tenido su expresión más siniestra en la desprotección de los más indefensos en la familia: los *nascituri* o concebidos que aún no nacen, y los enfermos y ancianos.

No podemos sino concordar con el autor en este diagnóstico que amenaza nuestro mundo moderno que, en una esquizofrenia incomprensible, proclama la tutela de los derechos humanos, de primera, segunda y ahora hasta de tercera generación y, sin embargo, es capaz de legalizar atentados tan brutales como la muerte deliberada de niños indefensos y de ancianos a los que se coloca en la calidad de “estorbos” sociales. Pensemos en el caso que acaba de remecer la conciencia internacional ocurrido en la civilizada y democrática Italia, en que la madre que esperaba dos mellizas, una de ellas con síndrome de Down, al amparo de una ley criminal, pide la eliminación de la criatura enferma, la cual se salva porque el médico se equivoca y aborta a la niña sana. Lo espeluznante del caso es que la historia no queda ahí, y ello indica el grado de distorsión de la conciencia moral de un sector de la población mundial que ha sido captada por la propaganda omnipresente de la cultura de la muerte. La madre al saber el error solicitó que en una segunda intervención fuera finalmente eliminada la niña discapacitada.

El autor, siguiendo una expresión provocativa del profesor Pablo Rodríguez, atribuye estas amenazas a la civilización del amor, cuya expresión máxima es la familia, a un cambio cultural que parece más un “cambio de época” que “una época de cambios”. Estaríamos presenciando un cambio de ciclo histórico caracterizado por un desarrollo científico y tecnológico acelerado, un decaimiento de las ideologías y de la religión, un hedonismo relativista, que repercute en la falta de valores en la educación, un escapismo, la conformación de una nueva moral sexual y una exaltación del consumo. Tres hechos menciona el autor que no tienen una valoración negativa, pero que se incluyen en el cambio socio-cultural que hemos presenciado: la incorporación de la mujer al trabajo remunerado, la extensión de los índices de vida, y la incidencia de los medios de comunicación social e Internet.

Cerrada esta primera parte, Hugo Rosende nos introduce ya en el Derecho de Familia nacional, para hacer una sintética pero muy ilustrada y precisa evolución de la regulación positiva de la familia en el Chile republicano. Menciona todas las reformas legales que se han introducido desde que en 1855 se aprobara el Código Civil hasta la Ley N° 20.030 de 2005 que modificó la acción de inves-

tigación de la paternidad. Dos elementos deben anotarse de este análisis: en primer lugar, que no se descuida el tratamiento constitucional de la familia y sus relaciones afines, desde la Constitución de 1833, pasando por la de 1925, hasta llegar a la Constitución de 1980, donde la familia es expresamente consagrada como una comunidad merecedora de un tratamiento específico de tutela. Es interesante el estudio que se hace de la reforma constitucional de 1989, por la cual se integró a la normativa constitucional una mención a los derechos reconocidos por los tratados internacionales ratificados por Chile. El debate sobre la jerarquía normativa de los tratados tiene relevancia para los cambios legales que se van a producir en el país en el período 1990 a 2005, con la ley que despenaliza el adulterio, incorpora la figura de los bienes familiares y añade como alternativa convencional el régimen de participación en los gananciales, con la ley que sustituye el régimen de filiación para incorporar los principios de igualdad y libre investigación de la paternidad, con la ley de adopción que iguala el estado de adoptado al de hijo, con la ley de matrimonio civil que consagra el divorcio vincular, y con la ley de tribunales de familia que intenta hacer operativas dichas reformas en el plano jurisdiccional. El autor plantea que este conjunto de reformas legales no son producto de iniciativas singulares y desconectadas unas de otras, sino más bien la concreción de un programa político-ideológico que se ha mantenido en el tiempo y que tiene por misión rediseñar el concepto de familia, o diríamos mejor la imagen legal de la familia que ofrecen los textos normativos.

La tercera parte del libro se titula "El escenario mundial en el siglo XX y en los inicios del siglo XXI. Agenda valórica y el nuevo Derecho de Familia". El autor pasa revista con información de primera mano a los debates que se están produciendo en torno al actual Derecho de Familia chileno, como el de regular el concubinato (o unión de pareja), el reconocimiento legal de las uniones homosexuales, la procreación artificial *postmortem* y la manipulación de embriones por congelamiento o por clonación. Más allá de estos problemas que dicen relación con los valores del Derecho de Familia, el autor también menciona una serie de tendencias, interpretaciones y reformas legislativas que están emergiendo o pueden sobrevenir en un tiempo próximo en relación con el matrimonio y su régimen de bienes, la filiación, la violencia intrafamiliar, y el respeto a la garantía fundamental de la honra y la vida privada, que la Constitución no sólo asegura a la persona sino también a su familia (art. 19 N° 4 Const.).

Oportunidad, integralidad y sistematicidad. Dejamos para el final otra característica que nos parece sobresaliente de la obra: la valentía. Sin duda Hugo Rosende es un hombre amable, equilibrado, incluso conciliador, pero no hay que confundir la humildad, la sencillez y la amabilidad con una actitud pusilánime o con una falta de fortaleza para mantener y defender las convicciones. Nada más lejos de Hugo Rosende, quien en esto, como en tantas otras cosas,

es fiel al ejemplo de su padre, a quien se dedica la página introductoria del libro. El texto refleja también esta faceta de la personalidad del autor, es un libro valiente, incluso "contra corriente", y en este sentido es un libro de tesis, de defensa de la concepción cristiana de la familia. Es encomiable esta posición porque muchas veces se observan análisis del Derecho de Familia que quieren plantearse como una mera descripción aséptica de normas, en las que el autor pretende omitir su posición de fondo sobre los aspectos sustanciales que implica esta regulación. Como si pudiera existir un Derecho de Familia neutro desde el punto de vista ético, en el que la ley no toma partido por ninguna posición moral y se limita a ofrecer un marco regulatorio abierto donde las personas puedan decidir autónomamente y sin interferencias lo que estiman correcto o incorrecto para sus vidas. Pero esto es una falacia, como bien lo pone de manifiesto el libro que comentamos. Esa supuesta neutralidad axiológica del Derecho de Familia es lógicamente imposible y prácticamente inviable. En efecto, el Derecho de Familia surge de una valoración ético-jurídica, a saber, que es bueno (conveniente, útil, saludable) para la sociedad y las personas que la vida en común y la generación de la especie se organice en el grupo humano que llamamos familia. La principal función del Derecho de Familia no es la de resolver conflictos propios de la convivencia familiar, esa es la parte negativa o patológica de la regulación. Antes que nada el Derecho de Familia debe proteger, promover e incentivar la vida en una familia unida, estable y solidaria. Hay una función propedéutica del Derecho de Familia que entrega señales a la sociedad sobre cómo deben ser las relaciones entre hombres y mujeres y entre padres e hijos. Los que propician una "neutralidad valórica" del Derecho de Familia no son consistentes con su propio planteamiento. Lo que intentan es imponer su propia visión o comprensión de cómo debe organizarse la familia, a saber, no con un matrimonio permanente o para toda la vida, sino con una mera unión de personas del mismo o de distinto sexo y con prescindencia de su intención de fundar un hogar para los hijos. Este es también un modelo valórico, y quienes lo defienden deberían ofrecer argumentos para demostrar por qué es preferible al que denostan, y no excusarse de argumentar con el expediente fácil y falaz de que están sólo proponiendo un Derecho de Familia no comprometido valóricamente.

Pero hay otra actitud que también puede adoptarse frente a los cambios legales en la familia. Es la que asumiría un positivista estricto, ya sea en su vertiente normativista, analítica o sociológica. Así se describirán los cambios legales, pero se prescindirá de emitir juicios de valor sobre si ellos son favorables o negativos, porque, se arguye, el jurista debería limitarse a exponer la norma sin hacer valoraciones de justicia, ya que esto les correspondería a otros agentes, como los filósofos o científicos políticos. También es muy socorrida la posición del positivista sociológico, que a veces se complementa con la anterior, cuando se señala que la norma se ha dictado porque así lo quiere la mayoría de la socie-

dad. Este tipo de jurista podrá lamentar personalmente ciertos cambios, pero estimará que jurídicamente son correctos en la medida en que ellos son impuestos por “la realidad social” existente, que el derecho no tiene más remedio que plasmar. Este argumento fue el que terminó por triunfar en la batalla por admitir el divorcio incluso en su versión más cruel: la del desahucio unilateral. Esta posición, es verdad, resulta intelectualmente atractiva, porque permite al estudioso del Derecho de Familia mantener en privado sus convicciones personales y no sentir que se las traiciona cuando expone lo que dicen las leyes positivas, ya que estas traducirían una decisión de la mayoría parlamentaria o social y con ello nada más hay que decir desde el punto de vista jurídico. Hugo Rosende no se deja seducir por esta postura, y por el contrario asume la más fatigosa y responsable tarea de ofrecer claramente su opinión, fundada y con argumentos racionales, sobre las opciones de fondo de la nueva legislación de familia. Nos parece bueno que lo haga, y no sólo porque compartamos la mayor parte de sus conclusiones, sino porque reivindica así la labor más excelsa del jurista, que no puede ser un mero técnico organizador de normas o un mero constataador de lo que la masa social aprueba o no aprueba.

Se libra así del estigma que los juristas tenemos desde hace largo tiempo de dedicarnos a cuestiones sin verdadera trascendencia. Ya Erasmo en su cáustico *Elogio de la Locura*, hacía que ésta elogiara como grandes necios a los estudiosos del derecho: “Los jurisconsultos reclaman entre los doctos el primer lugar, y cierto es que ningunos otros se muestran tan satisfechos de sí mismos cuando, al modo de nuevos Sísifos, suben eternamente la piedra urdiendo en su cabeza un cúmulo de leyes, sin importarles un comino que vengan o no vengan a pelo, amontonando comentario sobre comentario, opinión sobre opinión y haciendo creer que sus estudios son los más difíciles de todos, por reputar que lo más penoso es por lo mismo lo más excelente”.

Nada más alejado de esta descripción erasmiana del jurista diletante que el oficio que nos muestra Hugo Rosende en su estudio sobre el Derecho de Familia y sus tendencias. Más bien parece reproducir la antigua sentencia romana de que el jurista trata con la ciencia de lo justo y de lo injusto, es decir, no sólo con describir lo que dicen las leyes, o justificarlas con un supuesto consenso social, sino con discernir si su contenido es congruente con valores como la justicia, el bien común, el respeto a la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales.

En este sentido, el libro es un ensayo que se juega a fondo con serena energía por la identidad específica de la familia, que tiene su base, como incluso reconoce hoy la Ley N° 19.947, en el matrimonio, al que nuestro Código Civil sigue definiendo como una comunidad entre hombre y mujer, indisoluble y para toda la vida. A veces se trae a colación el precepto constitucional que reconoce a la

familia como núcleo fundamental de la sociedad y se sostiene que al no haber mencionado al matrimonio ha acogido una noción amplia de familia, capaz de incluir a las supuestas “nuevas formas”. El autor demuestra con argumentos contundentes que ello no es así y que una interpretación fiel de dicho precepto debe llevar a concluir que la familia que se protege y se incentiva en el texto constitucional es la familia fundada en el matrimonio.

De allí que el autor muestre su discrepancia con la legislación que reformó el régimen de filiación y estableció que los hijos nacidos en matrimonio tuvieran los mismos derechos que los hijos engendrados fuera de él. A Hugo Rosende le parece que con ello ha habido un cierto reconocimiento de la unión de hecho y un debilitamiento del rol social y jurídico del matrimonio. El descenso de la tasa de nupcialidad y el explosivo aumento de los nacimientos fuera de matrimonio no parecen sino corroborar este aserto.

A nuestro juicio, la Ley N° 19.585 en su texto no contiene un reconocimiento de las uniones de hecho, porque la igualación de derechos es para todos los hijos, nazcan de matrimonios, concubinatos o relaciones esporádicas. Además, la legislación se cuidó de incrementar notablemente los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente, con lo cual favoreció al matrimonio e indirectamente a los hijos matrimoniales. Pero la presentación política y mediática que se hizo de la ley (que a veces es más influyente que su propio tenor) contribuyó a que se difundiera la imagen que critica Rosende: de la igualdad de los hijos, se pasa a la igualdad de “las familias”, y aquí ya viene incluida (cual caballo de Troya) la unión de hecho como alternativa equiparable al matrimonio.

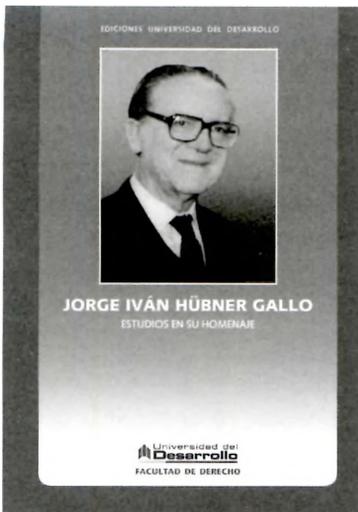
No elude tampoco el autor el tema del reconocimiento legal de las uniones de personas del mismo sexo y su acceso al estatuto del matrimonio. Se opone con buenas razones a ambas alternativas. Con una lucidez y concisión admirables Rosende nos dice: “Creemos que la persona homosexual merece respeto como cualquier otra en razón de la dignidad que posee como ser humano. Distinta es la situación de la conducta homosexual, de la cual es expresión la convivencia carnal entre personas del mismo sexo, que no puede asimilarse al matrimonio en modo alguno, ni menos puede aceptarse la adopción de niños por parejas homosexuales. Finalmente, en cuanto a las relaciones patrimoniales, bastan las reglas generales de los contratos, de los cuasicontratos o de las asignaciones testamentarias permitidas por la ley” (p. 120).

Finalmente, podemos dar cuenta de la clara posición que asume el autor sobre una reforma legal que se encuentra en plena discusión en el Congreso Nacional, esto es, aquella que pretende derogar la sociedad conyugal como régimen legal de bienes del matrimonio. A juicio de Rosende, las reglas de la sociedad conyugal debieran simplificarse pero no sustituirse el régimen de comunidad,

que parece más acorde con la unión de la vida de los cónyuges. Pero advierte que es necesario modificar el régimen impositivo actual que castiga a los matrimonios casados en sociedad conyugal, sobre todo al marido que administra bienes propios de la mujer.

Sólo nos resta decir que se nota que el libro es obra de alguien que no sólo ha estudiado la Familia y su Derecho, sino que la ha vivido en su propia experiencia personal, y esto queda reflejado a lo largo de las 150 páginas que componen la obra. El autor declara sin pudor alguno haber tomado de su padre, de su pensamiento y de su fe, la inspiración para redactar este estudio sobre la familia. Conmueve observar que cite sabias máximas que aprendió de labios de su madre. Todo el escrito trasunta, además, el cariño que el autor siente por la hermosa familia que ha sabido fundar y sacar adelante en compañía de Estrella, su mujer. Además, y sin que ello afecte la objetividad y la razonabilidad de los planteamientos, se observa en el libro el cariño y la fidelidad del autor a esa otra gran familia: la familia de los hijos de Dios en Jesucristo, que tiene por Madre a la Iglesia Católica.

En suma, la familia es una realidad en la que se entrecruzan el amor y la justicia, la solidaridad y el derecho. El Derecho de Familia nace de ese ensamblaje misterioso en que el amor prometido pasa a ser debido en justicia, como puede caracterizarse la alianza matrimonial. El autor termina su libro citando a SS. Benedicto XVI, cuando dice que “nuestra tarea es vestir de amor los acontecimientos cotidianos”. Se nota que Hugo Rosende ha puesto en práctica esta misión, tanto al construir su familia como en la escritura de esta obra que nos honramos en comentar y a la que auguramos el mayor de los éxitos.



“Jorge Iván Hübner Gallo - Estudios en su homenaje”

Varios Autores

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo quiso rendir un homenaje de respeto y admiración a la figura y obra del profesor Jorge Iván Hübner Gallo. Su idealismo y enseñanzas gravitaron poderosamente en una serie de generaciones que tuvieron la fortuna de conocerlo y apreciarlo. Multifacético, de una cultura universal e hispanista declarado, fue alumno de José Ortega y Gasset, cuando realizó estudios de filosofía en España, y condiscípulo de numerosos abogados de larga y fructífera trayectoria. La vida universitaria no fue generosa con él. Merecía mucho más de cuanto se le reconoció. Probablemente la profundidad de su pensamiento, que lleva siempre unida la sencillez y la templanza, lo distanciaron de ambiciones y posiciones expectantes en el plano económico, social y político. Su espíritu reclamaba otros nutrientes y los encontró en sus libros, sus alumnos y la defensa de los valores eternos en que se sustentaba su fe. Reclamamos para Jorge Iván Hübner Gallo un instante de recogimiento y reflexión. Nada fortalecerá más nuestro espíritu que evocar en una hora llena de incertidumbres y vacilaciones en el plano que a él más interesaba: los valores cristianos. Su desaparición nos privó de un soldado del intelecto, de un maestro original y pletórico de ideas renovadas, que se entregaba diariamente a la exigente demanda de los estudiantes. Sin un atisbo de sectarismo ni intolerancia, transitó por la vida proyectando optimismo, atrayendo a los que aspiran a “cambiar el mundo” para dar a esas energías un sentido positivo. Nada más próximo a sus preferencias que este homenaje. Los trabajos aquí reunidos en su recuerdo expresan un mensaje que resume los propósitos que nos inspiran: nuestra gratitud por su generoso caminar por esta Tierra.

El contenido de la obra es el siguiente: *Presentación; Jorge Iván Hübner Gallo: su familia, sus obras, su personalidad* (J. Williams B.); *Ecos de Antígona en el siglo XX: Jan Patocka* (J. García-Huidobro C.); *Alteridad y reciprocidad en el dialogo Critón de Platón* (F. Quintana B.); *La ley. Glosas de la definición de Santo Tomás* (J. J. Ugarte G.); *Tomás Moro: un abogado para todas las horas* (H. Corral T.); *Un poco más allá*

de Kelsen (P. Rodríguez G.); ¿Podemos decir algo acerca de la justicia? (A. Squella N.); La filantropía en el derecho penal hispano-indiano (A. Dougnac R.); Matrimonio, familia y natalidad en Chile (G. Ibáñez S.M.); Cristianismo y Política (F. Moreno V.); La Corte Interamericana de Derechos Humanos (M. Pacheco G.); Sobre la formación del abogado en Chile en el siglo XX (A. Bascuñán V.); La extradición y el principio de especialidad (V. Bullemore G. – J.R. MacKinnon R.); La seguridad jurídica y los planes reguladores (P. Figueroa V.).

Discurso de Presentación

Pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro “Jorge Iván Hübner Gallo - Estudios en su Homenaje”.

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

No es fácil para mí referirme a Jorge Iván Hübner Gallo. Compartí con él muy estrechamente parte de mi vida, tanto como estudiante de derecho como cuando recién comenzaba a ejercer la profesión. Aquellos tiempos eran difíciles, en especial para hombres con ideas y concepciones firmes y bien definidas. Chile se debatía entonces en un ambiente contaminado por las ideologías políticas y el descontento social, factores estimulados por aquellos que creían que la “lucha de clases” era el gran motor de la historia. Grandes sectores ciudadanos propiciaban cambios estructurales que ponían en peligro la institucionalidad democrática. Caminábamos, sin advertirlo, hacia una crisis profunda que, como un designio fatal, nos aguardaba a corto plazo. Jorge Iván Hübner no esquivó sus responsabilidades ciudadanas y, no obstante sus afinidades intelectuales, intervino activamente en la arena política, teniendo como único norte la defensa de sus ideales y de los valores permanentes que había abrazado. Desde la Cámara de Diputados hizo oír su voz sin ambages ni eufemismos y se abocó por entero a las tareas legislativas, particularmente en aquellas materias más próximas a sus inquietudes y afinidades. Quiero, con este recuerdo, destacar cuánto amaba a su patria y de qué modo estaba empeñado en servirla.

Jorge Iván Hübner perteneció a la generación de los “estancieros”, un grupo de chilenos que, inspirados en Portales, avizoró con antelación la crisis que se cernía sobre nuestro país. Lamentablemente, como casi siempre ocurre con los visionarios que se adelantan a su tiempo, no fue oportunamente escuchado. ¡Qué distinto habría sido nuestro destino si las sensibilidades políticas hubieran encarado aquel oscuro presagio!

Pero, más allá de la figura pública, del abogado exitoso y eficiente, del profesor dedicado y empapado de su misión, del jurista original y creativo, me interesa destacar al hombre, al padre de familia y al amigo noble y sin dobleces. Permítaseme una evocación para mí muy personal. Cuando recién comenzaba la temporada de exámenes de primer año de derecho, en medio de la agitación y las tensiones que sufren los estudiantes que enfrentan por primera vez esta experiencia, y tan solo cuatro días antes del examen de Introducción, perdí a mi padre en circunstancias muy dolorosas. Fue entonces cuando conocí en toda su dimensión a Jorge Iván Hübner. Él, más que nadie, me instó a no decaer, a enfrentar esta desgracia saliendo al encuentro de la adversidad, doblegando nuestras naturales debilidades. Y así ocurrió, lejos de unir a la desgracia la derrota académica, me empeñé en superar lo que parecía, y sin duda era, irremediable. En ese instante quedaron grabados en mi espíritu su generosidad y apoyo, comprometiendo mi gratitud para siempre.

Al año siguiente, me designó ayudante de su cátedra, función que constituyó para mí un nuevo e inesperado desafío. Incluso más, en dos o tres oportunidades me hizo impartir clases, como queriendo estimularme y despertar una naciente vocación académica. Lo que señalo tiene especial significación, porque entonces ni política ni filosóficamente pensábamos lo mismo. Todos llegamos a la Universidad con un bagaje de utopías y de sueños irrealizables y somos portadores de prejuicios que se van diluyendo a través del tiempo. Sin embargo, ello no fue un impedimento para que yo desempeñara tareas que complementaban sus lecciones. A su sentido humano agregaba un espíritu abierto, tolerante, que no imponía barreras de ningún orden. Pero mi relación con Jorge Iván no termina aquí. Me desempeñé, más adelante, como procurador de su estudio y, luego, al recibirme de abogado, tuve con él mi primera oficina profesional. ¡Cómo olvidar aquellos tiempos llenos de esperanzas, retos, ideales e invaluable experiencias! Conocí a sus numerosos y pequeños hijos, a una mujer encantadora que fue la compañera de toda su vida, y su hogar, en el cual todo era espontaneidad y sencillez. Posteriormente desempeñamos en la Facultad cátedras paralelas, lo cual estrechó aun más nuestra relación. El tiempo, con su caminar incesante, siguió avanzando. Nuestras actividades se bifurcaron, pero espiritualmente no nos separamos. Por el contrario, casi sin advertirlo, descubrí la fortaleza de sus convicciones y compartí muchos de sus juicios. Jorge Iván Hübner fue para mí un ejemplo, un modelo, un arquetipo digno de destacarse y emularse.

Quisiera recordar esta tarde dos características singulares de su personalidad. Había en su conducta, como lo digo en el trabajo que se publica en su homenaje, un cierto sentido lúdico de la vida. Tenía, como dice Agustín Squella en su trabajo, la "virtud del humor". Muy pocas cosas eran trascendentales y merecían tomarse en serio. Junto a la reflexión sobre el destino trascendente del

hombre, en que gravitaban la filosofía y la fe, la convivencia social y doméstica no inmutaba su intelecto ni empañaba su entendimiento. Sabía, como en otro tiempo lo comprendieron Sócrates y sus discípulos, que el eco de una palabra puede perdurar en el tiempo más que la solidez aparente de una estatua. Por eso, predominaba en él la verdad por sobre la apariencia y, también por eso, la ambición y la riqueza material no perturbaban su espíritu.

En otro sentido, me impresionó profundamente que después de la muerte de su padre, el gran poeta Jorge Hübner Bezanilla –que en vida publicó un solo libro cuando tenía apenas 17 años–, Jorge Iván reuniera sus principales poemas y editara un libro que ahondó la huella que dejó su progenitor en la literatura nacional. Hoy podemos conocer su poesía, de notable profundidad y belleza, sin necesidad de rastrearla en recopilaciones o antologías.

No cabe duda que la trayectoria diplomática de su padre dio a Jorge Iván Hübner la posibilidad de conocer y comprender al hombre en una proyección más universal. Él aprovechó esta ventaja, volcando su talento principalmente en la enseñanza universitaria y la reflexión filosófica. Esa fue su más valiosa contribución, de la que somos tributarios especialmente quienes fuimos sus alumnos. No es casual que haya escrito sobre el “mito de la explosión demográfica”, cuando se denunciaba este fenómeno como una maldición apocalíptica; o sobre los “derechos humanos”, cuando recién se perfilaba la universalización de los mismos y se los quería transformar en un instrumento de lucha política; o sobre la “generación del 50”, desatando una polémica que conmovió al ambiente literario nacional. Eran los chispazos geniales de Jorge Iván Hübner: imaginativo, creativo, futurista y, en el mejor sentido de la palabra, rupturista.

La vida universitaria y política no fue generosa con Jorge Iván Hübner. No recibió todo lo que merecía y había ganado con su talento. Muy probablemente, era demasiado inteligente como para acomodarse, ubicarse en posiciones de conveniencia y provecho o atormentarse ante la postergación y la injusticia. Él transitó por la vida sin aspavientos ni ambiciones, porque el oropel de la fama no se concilia con la templanza y la sabiduría. Por eso esta tarde, al presentar un libro en su homenaje, queremos dejar testimonio de lo que vimos y vivimos junto a él, con la secreta esperanza de que ello sirva de ejemplo para medir y compartir la fertilidad intelectual de su leve paso por la Tierra.

“Jorge Iván Hübner Gallo. Estudios en su Homenaje”

Ediciones Universidad del Desarrollo
Santiago de Chile, 2007

COMENTARIO DE:

Ana María Hübner Guzmán

Profesora de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DE CHILE

Abogada Consejera

CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

El libro contiene 14 trabajos que abarcan temas jurídicos de la más diversa índole, posiciones encontradas, que arrancan de toda suerte de creencias políticas y jurídicas, iusnaturalistas y positivistas. Se abre así el fuego del foro filosófico, entre vivos y muertos, con una diversidad que enriquece el debate, todos reunidos en homenaje de un hombre tolerante que buscaba la verdad, sin ambages ni antagonismos, con discusiones desde trincheras diferentes, pero sin dañar la amistad y camaradería.

De alguna forma, como lo señala Squella, las líneas escritas van al encuentro del fallecido, quien permanece en sus obras y en los corazones de quienes lo conocieron. El diálogo aún continúa, con respuestas a interrogantes que tantas veces departieron.

Contiene también aspectos bibliográficos de Jorge Iván Hübner Gallo, en recuerdo de un soldado del intelecto, como se afirma en la obra, quien se refugió en sus libros, como muestra de su sencillez de vida, alejado de ambiciones económicas. En la persona de Hübner, según se advierte de la lectura de los distintos autores, se encuentra al filósofo, al profesor, al hombre de derecho, al abogado, al padre de familia, al bromista, etc., una personalidad enriquecida por la variedad de su diversidad.

Resulta loable que la obra pueda reunir aspectos tan disímiles entre maestros de la Filosofía del Derecho, lo que enriquece no sólo la cátedra, sino que el debate nacional, pues se abre el intelecto a la duda, e intenta desentrañar la norma justa o injusta, la justicia, el bien común, y tantos otros tópicos, con espíritu crítico, desde prismas y ángulos diferentes, pero que tienen como elemento común, el respeto a la persona y a los derechos humanos, y el deseo de procurar un mundo mejor.

Comienza el libro con la presentación del homenajeado por parte de don **Jaime Williams Benavente**, profesor titular de Filosofía del Derecho en las Universidades de Chile, del Desarrollo y Gabriela Mistral.

El autor compartió con Jorge Iván 40 años de vida universitaria, de trabajo y amistad. Nos habla de su familia, sus publicaciones, su personalidad. Williams mantuvo una amistad iniciada desde que él cursaba 5° año de Derecho en la Universidad Católica de Chile. Luego se incorporó como procurador a la oficina de Hübner y más adelante sería su ayudante en la cátedra, de donde pasaría rápidamente a incorporarse a la planta, iniciando su carrera docente y llegando a ser profesor titular.

Fue a lo largo de todos estos años donde la férrea unión que existió entre ambos se consolidó y los hizo compartir alegrías y tristezas. Ello le permite hoy dar una mirada retrospectiva certera, con reflexiones que conmueven por lo generoso de su relato.

Se inicia el trabajo de Williams con detalles de los ancestros alemanes e italianos de la familia Hübner, los que echan raíces en la segunda mitad del siglo XIX. El fundador de la familia Hübner en Chile fue el bisabuelo Karl Hübner Bode, médico, quien arriba a Valparaíso en 1857, a los 23 años de edad, estableciéndose en Los Andes, y casándose en 1858 con Petronila Bermúdez. El hijo mayor, Carlos Luis Hübner Bermúdez, abuelo de Jorge Iván, es un apasionado de la literatura y el periodismo, quien participa mientras era estudiante universitario como corresponsal en diferentes periódicos, "EL Diario la Patria", "La Época", donde satirizaba usos y costumbres de las autoridades locales. Cuando este diario es clausurado, estuvo preso 6 meses. Pasa un tiempo radicado en Brasil con su mujer, Teresa Bezanilla Rojas, como encargado de negocios, y allí nace su primer hijo, Jorge Hübner Bezanilla. En 1894 regresa a Chile y asume como secretario de redacción del diario liberal "La Ley", para luego tener participación como redactor en diarios y revistas, entre ellas "Zig-Zag". Donde se asentó hasta su muerte fue en "El Diario Ilustrado", con sus sátiras y pluma punzante y chistosa. Muere a los 49 años, heredando su amor por las letras dos de sus hijos, Jorge y Sara.

Los padres de Jorge Iván son Jorge Hübner Bezanilla y Ofelia Gallo Schiavetti. El primero nace en Petrópolis, Brasil, egresa de derecho, pero nunca se recibió de abogado. Su amor son la literatura y el periodismo. Amigo de Alone, con quien comparte su interés por la prosa y el verso. Se negó siempre a publicar sus obras. Su hermana Sara, junto a otras señoras, funda el "Club de Señoras", que incentivó el protagonismo femenino y realizó una importante labor en el campo de la literatura y las artes. Sara fallece antes de los 40 años. Jorge Hübner Bezanilla también publica sobre economía y política en diarios de Francia

e Inglaterra. En 1922 se casa con Ofelia Gallo Schiavetti, con quien tiene un solo hijo, Jorge Iván, y en 1923 inicia su carrera diplomática. Fallece a los 72 años.

Por su parte, Ofelia proviene de una numerosa familia materna integrada por 8 hermanos, 6 hombres y 2 mujeres, una de ellas Anunciatta, quien sería la suegra de Hübner Bezanilla. La familia de Ofelia nació en el norte de Italia. Emigran a Sudamérica, radicándose en Chile en 1874, donde abren un negocio: "Schiavetti Hermanos", dedicado a la exportación de productos chilenos. En la Exposición Internacional de Milán de 1906 obtiene medalla de plata. La poderosa Fiat fue galardonada con la de oro. Ello demuestra la magnitud de la empresa.

Anunciatta se casa con un empresario italiano, Giulio Gallo Ramella, y tienen cuatro hijos, entre ellos Ofelia, madre de Jorge Iván, la que nace en el cerro Castillo el 17 de junio de 1893. Era una mujer intelectual, estudió piano y fue concertista, dominaba a la perfección la cocina italiana. Muere en 1968.

Jorge Iván nace el 11 de abril de 1923, pero se lo inscribe con fecha 11 de mayo de 1923, teniendo un nacimiento oficial diferido en un mes. Por las destinaciones diplomáticas de su padre, realizó sus estudios secundarios en el extranjero, hablando francés, italiano y alemán, como su propia lengua. Sólo el último año de humanidades lo hizo en el colegio San Ignacio. Fue discípulo espiritual del padre Hurtado, quien despertó en él la vocación de entrega cristiana. Fue el alumno más destacado de la promoción en la escuela de Derecho de la Universidad de Chile. Al mismo tiempo se matriculó en Pedagogía en Filosofía en el Instituto Pedagógico de la Universidad de Chile. Juró como abogado en 1948 y dos años más tarde comenzó con su cátedra en la Universidad de Chile en Introducción al Derecho.

Williams destaca a Hübner como un individuo de una personalidad multifacética. Dotado de una memoria prodigiosa que le permitía en todo instante citar pensamientos que enriquecían sus posturas y lo hacían un orador de excelencia. Nos cuenta anécdotas compartidas, tales como aquella cuando Jorge Iván fue el chofer que lo llevó a la Iglesia el día de su matrimonio, con la exigencia impuesta por el novio, que el auto Ford Falcon estuviese limpio y que fuera puntual. Asimismo, recuerda aquella tarde en que tocó el timbre de su casa de Concón un extraño ataviado con una fea máscara, los niños pequeños de Williams huyeron despavoridos a esconderse, hasta que este último reconoció los viejos zapatos café con los cordones sueltos. El hombre niño se reflejaba en esos pequeños juegos, tenía la reflexión y madurez del adulto y la travesura de un infante.

El autor nos traslada a acontecimientos históricos, nos sitúa en la realidad de la época y su crónica se desenvuelve entre anécdotas y notas reflexivas acerca de la personalidad de Hübner. Sus bromas permanentes, como aquella cuando este último pegó en la oficina de Williams, en la Universidad de Chile, avisos de "venta de chicha de Cauquenes", "se hace precio para los regalones", "venta sólo en garrafa", etc. Hasta que la máquina de escribir Olimpia reveló la autoría de los carteles.

El articulista hace certeras acotaciones de Hübner en cuanto a su vida familiar, política, universitaria, actividades profesionales, periodísticas, público-culturales, sus obras, sus aportes al pensamiento jurídico.

En la Facultad de Derecho, Hübner tuvo actividades políticas, se incorporó a la juventud del Partido Conservador, siendo electo Presidente del Centro de Alumnos del Instituto Pedagógico y luego Presidente de la FECH. Más adelante fue secretario de ese partido y luego diputado en los años 1961-1965. Fue autor de la moción de numerosas leyes, como asimismo tuvo activa participación en otras, como la Ley de Protección de Menores, penalizar el delito de crueldad de los animales, etc.

Durante el Gobierno Militar fue integrante de la Comisión Legislativa N° 1, entre 1980 y 1990.

También se desempeñó como abogado, teniendo además actividades periodísticas, fue colaborador permanente de "El Diario Ilustrado" desde 1950 a 1970, también de la revista "El Estanquero", el "ABC de Madrid", y el "ABC de Las Américas". El Colegio de Periodistas lo tuvo entre sus socios fundadores. Hübner fue miembro y consejero de diversos organismos, Director de la biblioteca del Congreso entre 1974 y 1990. La docencia le interesó desde un inicio, y a los 25 años ganó el concurso de oposición y antecedentes al cargo de profesor extraordinario de Introducción al Derecho, al cual más adelante se incorporaría Máximo Pacheco, con quien compartió una amistad de por vida. La docencia la ejerció hasta el año 2003.

Williams nos ilustra sobre los acontecimientos de la Universidad, entre ellos los periodos amargos, como la designación de Hübner como decano, cargo al que renunció 6 días después.

En cuanto a sus obras, el autor se remonta a los 15 años de edad de Jorge Iván, cuando este último publica su primera y única colección de cuentos, para luego referirse a sus publicaciones relacionadas con la cátedra, sus manuales docentes. Más adelante aborda: "Los Católicos en la Política", "El Mito de la Explosión Demográfica", "El Panorama de los Derechos Humanos".

Finalmente nos relata detalles de su matrimonio e hijos, refiriéndose a su mujer, tempranamente fallecida a los 46 años, quien lo acompañaba en sus diversas actividades, y a sus siete hijos y 38 nietos. Jaime cuenta con sencillez el encargo que ella le hiciera cuando estaba en su lecho de enferma, de que asumiera la promesa de cuidar a Jorge. El compañero leal se mantuvo siempre a su lado, y el homenaje que hoy se realiza, sin duda, es producto, además de la contribución generosa de los amigos de siempre, del esfuerzo y tenacidad de Williams, logrando un libro ameno, diverso, que nos aporta ideas e inquietudes, que seguramente el homenajeado habría disfrutado.

Concluye Williams destacando como característica religiosa de la personalidad de Hübner su afán de verdad, su pasión por entender y conocer dogmas. Nos señala que le atraían particularmente Tomás de Aquino y Agustín de Hipona, admiraba a Tomás Moro. Le gustaba la metafísica. Destacan también su creatividad y su idea de privilegiar la formación y no la información, como su respeto por la persona y sus derechos.

En suma, el análisis que hace Williams resulta dinámico, interesante, entretenido y sin duda destaca aquellos hitos más importantes de la vida y obra del homenajeado, constituyendo un aporte muy valioso para el conocimiento de este hombre de derecho.

A continuación los demás articulistas tratan los más variados temas, vinculados con la pasión de Jorge Iván, la Filosofía del Derecho, y que paso a detallar en el orden del libro:

Joaquín García Huidobro, profesor de Derecho Natural en la Universidad de Los Andes. "Ecos de Antígona en el siglo XX, Jan Patocka."

Comienza el trabajo con el diálogo entre Antígona y Creonte, donde es requerido este último acerca de si su tío puede hacer leyes que duren para siempre. Y responde él mismo que no es posible, sólo se dictan leyes que duran un suspiro. Por ello, él declara obedecer la ley de Dios, que es para siempre.

Nos relata García Huidobro que el checo Patocka dedicó un estudio a Antígona publicado en 1967, y señala que debe tomarse en serio lo que nos transmite su autor, entre otros: "que el respeto por los muertos es mayor que por los vivos, que alguien puede arriesgar la vida a causa de la costumbre y un rito, y que no se ha roto la fe en las profecías y en los dioses."

La idea que reitera la reflexión de Patocka es la de límite, al hombre le corresponde una porción de la realidad, ese límite o frontera no es de carácter espacial, está circunscrito por criterios o leyes que no controlamos. Por otro lado, el

hombre, a pesar de su ingenio, no puede escapar de la realidad de la muerte. Ello nos recuerda que el mundo en que vivimos pertenece a los dioses.

El abandono de los límites por Creonte, lejos de ampliar su perspectiva, lo encoquece. La idea de los límites fue recogida por la tradición cristiana, enseñando que hay cosas que están prohibidas, por ejemplo, la traición, el adulterio, la idolatría, etc.

Patocka conoció esta preocupación, el filósofo checo reprobaba los intentos de crear la moralidad a través de la coerción, prescindiendo de la convicción interior. Termina el trabajo con la siguiente reflexión: "La gente sabe otra vez que existen cosas por las que vale la pena sufrir, y que las cosas por las que sufre eventualmente son aquellas por las que vale la pena vivir".

Fernando Quintana Bravo, profesor de Filosofía, Universidad de Chile. "Alte-ridad y reciprocidad en el diálogo *Critón* de Platón".

El diálogo *Critón* es una de las primeras obras de Platón que abordan un aspecto de la justicia. Gira en torno al proceso y condena la muerte de Sócrates. Nos sitúa frente a la actitud que se debe tener ante el derecho injusto. Aparece también una primera concepción de la justicia.

Se inicia el diálogo con la visita de Critón a Sócrates, que se encuentra dormido en la prisión. Critón, admirándose de su serenidad frente a la ejecución inminente, hace esfuerzos por persuadirlo de que huya y comience una vida nueva.

Sócrates responde que la rectitud moral es la que debe regir su conducta. Si es justo o no que trate de salir de prisión sin la autorización de los atenienses. Se desechan las consecuencias y otras consideraciones.

El tema de la justicia queda plasmado sobre la base de diversos principios, entre ellos: "nunca se debe obrar con injusticia voluntariamente", "no se debe responder a una injusticia con otra injusticia", "no se debe causar un mal a nadie". La justicia está inserta en principios morales. Los actos justos constituyen una forma de bien a otro, y en consecuencia un buen vivir. La construcción de una vida buena exige la realización de actos justos. El tema en *Critón* consiste en saber si hay situaciones en la vida donde el principio de no dañar puede dejarse de lado. Hay casos que fueron desarrollados por otros filósofos, donde el principio cesa, como en la legítima defensa, el estado de necesidad, la guerra justa, la mentira piadosa.

José Joaquín Ugarte Godoy, profesor titular de Filosofía del Derecho y de Derecho Civil en la Universidad Católica de Chile. "La Ley, glosas de la definición de Santo Tomás de Aquino".

Comienza con la naturaleza y analogía de la ley, buscando primeramente desentrañar el origen de la palabra latina *lex*, de la que procede la española ley. Se agrega que con ella no sólo se significa una regla de conducta o una abstención, sino también los juicios o enunciados intelectuales de carácter imperativo que exigen la respectiva acción o abstención, por ejemplo, trabaja para vivir, paga tu deuda, etc.

Analiza su autor la ley como acto de la razón del gobernante, la voluntad en la ley. La ley no es la razón misma, ni un hábito de la razón, ni un acto de la razón, sino que una obra de la razón.

Luego aborda el fin de la ley, partiendo por señalar que la ley se ordena al fin último del hombre, que es la felicidad. La ley se ordena al bien común. Más adelante se refiere a la causa eficiente de la ley: la ley debe ser dada por la autoridad. Luego prosigue con la promulgación de la ley.

Citando a Santo Tomás transcribe el concepto de ley: "Cierta ordenación de la razón para el bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad". Continúa el autor con las diversas leyes, la ley eterna, la ley natural, la ley humana, la ley divina o la ley positiva.

Por último, se refiere a los efectos de la ley.

Hernán Corral Talciani, profesor de Derecho Civil y Decano de la Facultad de Derecho Universidad de Los Andes. "Tomas Moro, un abogado para todas las horas".

El profesor comienza con una cita de Hübner: "No existe, tal vez, fuera del sacerdocio, apostolado más noble que el del hombre de Derecho".

Luego se refiere a Tomás Moro, como hombre, humanista y santo, centrándose principalmente en su característica de hombre de Derecho, una de sus facetas más desconocidas. Tomás Moro nace en 1478 en Londres. Su padre, John Moro, era un prestigioso abogado del foro inglés, que ejercería gran influencia en su hijo. La madre de Moro fue la primera de las 4 mujeres que tendría John. Tomás Moro, ya recibido de abogado, se casa a los 26 años con una mujer 10 años menor que él, ella muere a los 22 años, dándole 4 hijos. Moro vuelve a contraer nupcias, ahora con una viuda que le aventajaba en 8 años de edad. Moro era católico observante y compatibilizaba sus labores profesionales con la vida dedicada a su familia. Se acostaba a las 9, y se levantaba a las 2 de la mañana a rezar y trabajar hasta las 7, a esa hora concurría a misa. Por la noche dirigía las oraciones en su casa. Su obra más famosa es *Utopía*. Sus habilidades como abogado lo llevaron al más alto cargo del reino como Lord Canciller de Inglaterra. Fue el primer laico en ocupar ese puesto. Las circunstancias políticas

comenzaron a serle adversas por su fidelidad a la Iglesia Católica. Moro renunció a su cargo, pero su silencio era demasiado elocuente para un reino que veía en el gran abogado y juez la representación de la rectitud. Compelido a jurar las leyes que legitimaban el nuevo matrimonio del rey y su nueva calidad de jefe supremo de la iglesia inglesa, se negó a hacerlo invocando su conciencia. Sería juzgado y condenado por traición, ejecutado por decapitación el 6 de julio de 1535. Fue beatificado por León XIII en 1886 y canonizado por Pío XI, en 1935.

Se le ha considerado patrono y modelo de los abogados. La elección de su profesión ha sido discutida. Algunos señalan que fue imposición de su padre, pero al parecer ella más bien fue inspirada por una posición propiamente vocacional. Más adelante se describe la formación universitaria de Moro, la que duró 7 años, para proseguir con el ejercicio del derecho como abogado, desplegando gran habilidad, percibe los problemas jurídicos y los visualiza doblemente, con soluciones opuestas, previo a dar a conocer su postura definitiva. De esta manera, presenta al juez los mejores argumentos, sin pretender juzgar. Al recibir a un cliente, le exigía que dijera toda la verdad, luego concluía: "Si el caso es como me habéis declarado, me parece que ganaremos el asunto". También ejerció la docencia e incursionó en el terreno judicial como juez, sirviendo este cargo por 8 años. Asimismo, fue asesor de empresas, mediador, y también tuvo misiones diplomáticas. Ocupó cargos políticos, el primero de ellos fue el de parlamentario. Más adelante pasó a ser cortesano real, formó parte del comité asesor del rey en persona, llamado *Privy Chamber*, se le concedió el título de caballero, Sir Thomas More. Su ascenso sigue, el año 1523 es elegido "*speaker*" o Presidente del parlamento convocado por Enrique VIII. En 1529 es designado Lord Canciller.

Moro caería en la batalla de la ruptura de la Iglesia Católica con Enrique VIII, quien creó la Iglesia Anglicana. Fueron infructuosos sus esfuerzos para evitar la separación de Iglesias, terminando finalmente con la renuncia a su cargo. Moro habría dicho que se le persigue no tanto por no reconocer la primacía del Rey sobre el Papa, sino que por no haber consentido en la nulidad matrimonial del Rey con Catalina.

Sus obras no están dedicadas al derecho como tal, ni se han conservado sus informes, dictámenes o sentencias, sin perjuicio que *Utopía* contiene materias que conciernen al derecho. La posición de Moro respecto del derecho se acerca a los postulados iusnaturalistas propios de la doctrina de Santo Tomás de Aquino. En la reforma a los Tribunales, fue él quien introdujo la práctica de que las partes se pudieran hacer representar por abogados, hizo esfuerzos para que las decisiones judiciales se adoptaran imparcialmente y sin tener en consideración el estado social de los litigantes.

El autor trata con maestría el destino final de Moro, su confinamiento en la Torre de Londres, el juicio que se le sigue, y la forma brillante como Moro se defiende, alegando finalmente, una vez que ya ha sido condenado, la nulidad de la ley que se le pretende aplicar y la nulidad del proceso. Finalmente se lo condena a ser ahorcado, desentrañado y troceado. El rey conmuta la pena por la decapitación en razón de los servicios prestados en la Corte. La condena se lleva a efecto a los 58 años de Moro. Declaró que moría como servidor del Rey, pero primeramente de Dios.

El autor señala que Moro ha sido reconocido como el gran defensor de la libertad de conciencia, pero de aquella sólidamente formada.

Finalmente, se recapitulan las ideas iniciales en cuanto a que Moro fue un abogado para todos las horas, sin dobleces, y que nos debe servir de ejemplo, para que nuestro sentido de la justicia, de servicio a los demás, nuestros valores éticos y religiosos se mantengan como guía en todo lo que hacemos en la vida.

Pablo Rodríguez Grez, Decano Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. "Un poco más allá de Kelsen".

El autor inicia su trabajo recordando a Hübner, su profesor de Introducción al Derecho, de quien fuera además ayudante por varios años hasta asumir él la cátedra en la misma Universidad. Recuerda su falta de ostentación y humildad, y señala que aun cuando sus pasos se alejaran con el tiempo debido a las distintas actividades que cada uno desempeñó, jamás dejó de considerarlo un maestro.

Luego prosigue con la estructura del sistema jurídico como llave esencial para comprender la forma en que funciona el ordenamiento jurídico y cómo se integran a él los imperados.

Señala coincidir con Kelsen en cuanto Derecho y Estado son la misma cosa. Postula que una norma vale porque otra norma le confiere esa condición, la validez jurídica no depende del contenido de la norma, sino de la circunstancia que formal y materialmente se incorpore al sistema jurídico de acuerdo a lo que prescribe una norma superior. Plantea que si la validez jurídica es derivada, debe precisarse qué norma confiere valor a la Constitución, a partir de la cual se van encadenando las demás normas del sistema. Kelsen responde: La primera Constitución es otorgada por algún usurpador o por algún Parlamento constituido no importa cómo. Se pregunta el articulista: ¿Pueden identificarse los elementos que debieron concurrir en la gestación de aquella Constitución? ¿Qué alcance podemos atribuir a lo que "el primer órgano histórico constituyente ha manifestado como voluntad suya y que tiene valor de norma? Agrega

que no es una contradicción con la postura de Kelsen, sino dar un paso más en pos de una ciencia puramente jurídica. Asimismo señala que el derecho no surge espontáneamente con la aparición del hombre sobre la Tierra, sino que es una manifestación cultural que supone una larga evolución y la conjunción de elementos. Así propone la idea de un acto original institutor de derecho, el que alcanzó el carácter de tal al momento de hallarse reunidos todos sus componentes.

Nos señala el articulista que el origen del derecho ha debido surgir de un acto de consenso, en que fluyen todas las voluntades hacia un mismo fin, generándose una voluntad colectiva que sirve de sello legitimador del acuerdo adoptado; o bien de un acto de imposición. Aclara que se refiere a un hecho objetivo que debió ocurrir. Dicho acto institutor (consenso o imposición) ha debido estar dotado de validez originaria, dada por la adhesión del grupo, con valores presentes, siendo esencial el valor denominado por su autor como "normativización coercitiva de la conducta social", lo que significa que el derecho nace cuando el grupo social (consenso) o quienes son capaces de hacerse obedecer (imposición) convienen en que la vida social se organizará sobre la base de que la conducta externa de sus integrantes se regirá por medio de normas. También están presentes elementos instrumentales.

Al darse la situación anterior, el Estado adquiere el monopolio de la fuerza, con el limitado objetivo de ponerla al servicio de la realización coercitiva del derecho. La coerción es el sello característico del derecho. Quien controla las potestades, a juicio del autor, impone los valores.

A continuación se refiere al desarrollo del sistema normativo, para finalmente concluir en la necesidad del análisis de estas materias.

Agustín Squella Narducci, profesor de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho, Universidad de Valparaíso y Universidad Diego Portales. "¿Podemos decir algo acerca de la justicia?"

El articulista comienza con señalar que Iván Hübner habría respondido que sí a esta pregunta, y que en su caso, su respuesta habría sido negativa, pero no en términos absolutos. Señala que al publicar esta conferencia mantiene sus discusiones con Jorge Iván y prolonga la amistad que los unió.

Squella fundó en 1981, junto con Hübner y con Jorge Millas, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, donde se acogen todo tipo de planteamientos e ideas, la diversidad, y el reconocimiento de la duda, y por ende, de que todos somos sujetos vacilantes, es nuestra propia humanidad la que sale a relucir.

A continuación se pregunta: ¿Qué es la filosofía? Sólo la filosofía puede responder. Se difiere el momento del trabajo filosófico con esta interrogante. El sastre no se pregunta qué es la sastrería, sino que sencillamente hace su labor. ¿Cómo delimitar el objeto de la filosofía? Y específicamente el de la filosofía del derecho. Alude al relato de Tabucchi: “un pequeño equívoco sin importancia”, como llegar tarde a una cita importante, leer un libro recomendado que resulta terriblemente aburrido. La citada expresión fue tomada por los jóvenes de un antiguo empleado de la universidad. Federico, interesado en la literatura clásica, es matriculado, por error del viejo empleado, en Derecho. Dicha equivocación cambiaba el curso de su vida. El empleado le responde: “se trata de un pequeño equívoco, sin importancia”. Federico continúa asistiendo a clases, a Filosofía del Derecho, y descubre que consigue entender problemas que nunca antes había resuelto.

La pregunta por la justicia es una de aquellas que nos planteamos: ¿Podemos hablar de la justicia con sentido? Más adelante se refiere a la justicia, como virtud, como medida, o criterio para evaluar los procesos de producción, de interpretación y aplicación del derecho, así como las decisiones normativas que resultan de tales procesos. Los juicios de justicia son posible, en concepto del autor, sobre la base de tres supuestos, que exista un determinado derecho positivo con realidad histórica, que exista un ideal de justicia, por referencia al cual ese mismo derecho positivo puede ser calificado de justo o injusto, y que exista un sujeto interesado en llevar a cabo la confrontación entre el ideal de justicia y la justicia positiva. El más complejo es el segundo, la existencia de un criterio de justicia. Los hombres han forjado siempre múltiples ideales de justicia, diversos y contrapuestos. Se produce el dilema entre ciegos y soñadores –según la imagen de Hart–. Los soñadores califican de ciegos a quienes no creen en la posibilidad de demostrar racionalmente que un determinado ideal de justicia es el mejor o el verdadero, puesto que no son capaces de ver la luz, y los segundos replican que los que sí creen en esa posibilidad están soñando. Para explicar, su autor se refiere a los diferentes temperamentos morales, los indiferentes, los desinteresados, los desinformados, los neutrales, los relativistas, los escépticos, los falibles, los absolutistas, los fanáticos. Nos recuerda a Tabucchi, quien escribió un corto ensayo denominado: “un baúl lleno de gente”, donde analiza la cuestión de la identidad, concluyendo que cada uno es más que uno, que somos cada cual varios a la vez, o sea, un baúl lleno de gente. Ello se advierte nítidamente en materia de índole moral, tendríamos que tomar conciencia de que es posible señalar un rumbo, más no determinar la posición exacta de nuestro objetivo.

Concluye expresando que así como los cultos de la lomografía descubren lo hermoso de las malas fotos, del mismo modo nosotros podríamos encontrar lo acertado de las inadecuadas teorías de la justicia que hemos sido capaces de idear hasta ahora.

Antonio Dougnac Rodríguez, profesor titular de Historia del Derecho, Universidad del Desarrollo y Universidad de Chile, Miembro de la Academia de la Historia. "La filantropía en el Derecho Penal".

Comienza el estudio rememorando las enseñanzas de Hübner, las veces en que ha acudido a sus Manuales en búsqueda de respuestas o explicaciones doctrinarias. Recuerda el peculiar tiempo que Hübner demoraba al firmar, como su cubículo atestado de libros y una suerte de techumbre de plástico en el techo para evitar las corrientes de aire y su sobriedad en el vestir.

A continuación, presenta un estudio de un personaje mexicano del siglo XVIII, Manuel de Lardizábal, que luchó por el establecimiento de penas más humanas. Nace en 1739 en Tlaxcala, virreinato de Nueva España, México actual. Son 12 hermanos. Cursó estudios de Filosofía y Letras. Luego estudia en la Universidad Mayor de Valladolid, se lo designa miembro de la Academia de Geografía e Historia de Valladolid. Obtiene importantes cargos, alcalde del crimen de la Real Audiencia y Cancillería de Granada, Fiscal de la Sala de Alcaldes de Corte y Fiscal Supremo del Consejo de Castilla. En 1782 publica su obra imperecedera: "Discurso sobre las penas contrahído a las leyes de España para facilitar su reforma", que es el primer tratado de penología en el mundo. En él se advierte desde la introducción la necesidad de una modificación legislativa material y formal. Advierte la existencia de castigos crueles que no corrigen al delincuente, misión relevante que le atribuye a la pena, la que además muchas veces no es proporcional al delito. Era partidario de la codificación. Señala que la ley penal ha de conciliar el interés común de la sociedad con los derechos particulares de los ciudadanos, y el que las penas han de ser concordantes con la cultura y carácter de los pueblos para evitar su desuso. Continúa con la naturaleza y características de las penas, su origen y la facultad de establecerlas y regularlas, su objeto, fines y clases de penas.

Gonzalo Ibáñez, profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. "Matrimonio, Familia y Natalidad en Chile".

Se remonta a la época de 1960 con el debate de la explosión demográfica y la sexualidad dentro del matrimonio, la que dio paso a la comercialización de productos anticonceptivos, incluidos los abortivos. Hace alusión a dos libros de Hübner sobre la materia: "Los Católicos en la Política" y "El Mito de la Explosión Demográfica". Agrega que los hechos han dado razón a Jorge Iván y que hoy el mundo da pie atrás, ofreciendo incentivos a quienes tienen hijos. En Chile, la situación no es mejor que en otros países, la natalidad ha descendido a niveles alarmantes, preparándose para enfrentar el envejecimiento de la población.

Advierde el autor sobre la invasión de las ideas anticonceptivas y abortivas, la idea de la sexualidad no sobre la base de la procreación, sino que tan solo

sustentada en el afecto entre los cónyuges, descartando la responsabilidad de una paternidad y maternidad. Con ello se dejó al matrimonio sin sustento básico, ¿para qué insistir en la indisolubilidad o en la fidelidad, o en la castidad? Es cierto que el afecto recíproco es muy importante, pero ello no puede llevar a desligarlo de la posibilidad creadora.

Acota que la Ley 19.947, de Matrimonio Civil, constituye una expresión de la desvalorización del matrimonio, a pesar de sus declaraciones contradictorias, como afirmar que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que el Estado debe propender a su fortalecimiento.

A continuación, el autor hace un estudio de la Ley de Matrimonio Civil y de la Constitución, para demostrar la incongruencia entre la una y la otra. Comienza con el análisis de la ciencia y fe de cara al matrimonio, aclarando que la perennidad del matrimonio no deriva de ningún precepto religioso, sino de lo que son los rasgos definitorios de nuestra naturaleza. Recuerda al efecto las palabras del Pontífice S.S. Juan Pablo II, cuando nos visitó en abril de 1987, contenidas en la Carta apostólica "*Familiaris Consortio*". Ilustra también con una cita de Jorge Iván, en "*Los Católicos en la Política*"

Prosigue con el cuidado del matrimonio y de la familia como un deber de las personas involucradas, pero también del Estado y de toda la sociedad. Y a continuación se centra en la contradicción que existe entre la Constitución y las normas de la Ley 19.947, partiendo por la vulneración del art. 19 N° 1 de la Carta Fundamental, referido al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, pues es difícil encontrar otra situación que pueda afectar tanto la salud psíquica de las personas como el divorcio. Asimismo la ley despoja a las personas de la posibilidad de elegir un matrimonio indisoluble, por tanto no nacen libres e iguales en dignidad y derechos, ya que cercena a quienes quieren optar por la indisolubilidad. Quien promete amor de por vida lo hace a sabiendas que la ley estará al lado de quien no cumplió su promesa. La nueva ley cohonesto la mentira y la hace obligatoria. ¿Cómo puede ser la familia en estas condiciones el pilar fundamental de la sociedad? ¿Cómo protege la autonomía de la voluntad? ¿Cómo puede estar el Estado al servicio de la persona humana promoviendo el bien común, si permite la disolución de su núcleo básico autorizando una unión pasajera y disoluble? ¿Cómo podrá proteger a la población y a la familia si debilita ese proyecto? La contradicción es evidente.

Concluye el autor citando a Jorge Iván, quien hace cuarenta años ya expresaba su inquietud frente a lo que venía, siendo sus palabras premonitorias de lo que hoy vive nuestra sociedad.

Fernando Moreno Valencia, miembro ordinario de la Pontificia Academia Santo Tomás de Aquino, Director del Instituto de Filosofía, Universidad Gabriela Mistral. "Cristianismo y política".

Sus autor aborda la posibilidad de una política cristiana, y nos relata la desilusión y frustración de Jacques Maritain al constatar lo lejana a la realidad que está dicha opción.

Agrega que hoy existe el desafío de preocuparse de trabajar políticas cristianas, lo que requiere un heroísmo proporcional a su contenido, fin y tareas. Ella se traduciría en que católicos y no católicos, cristianos y no cristianos participarían de una dinámica orientada a la consecución del bien común, reconociendo tan sólo los valores humanos que el Evangelio ha descubierto.

Apunta que la vida cristiana no se expresa solamente en las virtudes personales, sino también en las virtudes sociales y políticas. Muchas veces se utiliza la democracia para encubrir y justificar todo. El político cristiano es un agente de la unidad de paz, que define y realiza el bien común, como lo enseña Santo Tomás de Aquino, es un servidor, o un servido. La donación (de sí) por el bien personal y común es su energía y su norma. Así también debe llevarse al Estado a su papel de servidor de la sociedad en el pleno respeto de la persona humana y de su empeño por alcanzar su fin último.

Máximo Pacheco Gómez, profesor titular de Introducción al Derecho, ex Decano de la Facultad de Derecho Universidad de Chile. "La Corte Interamericana de Derechos Humanos"

Comienza señalando que rendir un homenaje a Jorge Iván es un acto de justicia. Recuerda que fue su compañero de estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, donde Hübner destacó como el primer alumno. Con ocasión de su elección como miembro de la Corte Interamericana, Pacheco intercambió con éste opiniones acerca de la finalidad y funcionamiento de dicho Tribunal, advirtiendo sus inquietudes, lo que lo llevó a elegir este tema.

Luego el autor nos introduce en su estudio afirmando previamente la existencia de derechos humanos o derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad, los que deben ser consagrados y garantizados. A continuación se remonta al año 1969, con motivo de la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, realizada en San José, Costa Rica, donde se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o "Pacto de San José de Costa Rica", siendo sus Estados miembros 365 países. La Convención establece dos órganos competentes: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana

de Derechos Humanos. A continuación señala las diferencias de éstas, las que estriban en su distinta naturaleza y competencia. La primera impone como sanción máxima una de índole moral: la publicación, en cambio la segunda es un tribunal cuyas decisiones en el campo jurisdiccional son obligatorias. La Comisión es un auxiliar en la administración de justicia.

Prosigue el trabajo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, trata su organización y funcionamiento. Se compone de 7 jueces, electos por 6 años, los que pueden ser reelegidos por un solo período, quienes gozan de la inmunidad reconocida a los diplomáticos. El quórum para las deliberaciones es de 5 miembros. Tiene su sede en Costa Rica, sin perjuicio de que pueda celebrar reuniones en cualquier territorio de un Estado miembro de la O.E.A., cumpliéndose los presupuestos del art. 58 de la convención. La Corte sesiona en pleno. Los idiomas oficiales de trabajo son el inglés, el español, el portugués y el francés.

Más adelante trata la competencia y funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Chile aceptó la competencia de la Corte en el año 1990. Para que la Corte pueda conocer un caso es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los arts. 48 a 50 de la Convención, o sea, el trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El fallo es inapelable. También la Corte tiene competencia consultiva.

La protección internacional es de naturaleza subsidiaria, opera en defecto de la jurisdicción interna.

Concluye el autor proponiendo ideas para el mejor funcionamiento de la Corte.

Antonio Bascuñán Valdés, profesor titular de Introducción al Derecho y Profesión Jurídica, ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. "Sobre la formación del abogado en Chile en el siglo XXI".

Comienza la exposición con la inquietud acerca de la forma en que se enseña el derecho. Ello a partir de la proposición de un trabajo de investigación en el curso Profesión Jurídica, donde una alumna plantea la idea de indagar acerca del caso Illapel. Escuelas de Derecho en pequeñas ciudades de la Cuarta Región. El autor se pregunta. ¿Cuál es el perfil del abogado que se está formando? ¿Tiene alguna relación con su realidad sociocultural?

Nos transmite su experiencia, partiendo por hacer un recuento de la forma de enseñanza tradicional, con clases expositivas, exámenes orales, actitud pasiva

del estudiante ante el profesor, estudio del derecho positivo, y otras características. No es el único sistema, en la Universidad de San Felipe la enseñanza del derecho se basa en el derecho romano y el canónico. Luego se busca un abogado comprometido con la codificación.

La gran reforma de los estudios en 1902 pretende un perfil de abogado conocedor de las ciencias jurídicas y sociales, debe aprender el derecho de manera sistemática. En 1935, se establece el perfil de un técnico profesional del derecho positivo. Es el modelo Alessandri. A finales de los años 60, surgen nuevas reformas, buscando un perfil de estudiante más creador, investigador, más crítico, más vinculado a las disciplinas económicas y sociales, a la filosofía y a la historia y no solo conocedor del derecho positivo. En 1975 se retrocede al modelo de 1935.

Con todo ello, demuestra que no existe un solo perfil, y se plantea ¿cuál es el del siglo XXI? La Facultad de Derecho con su reforma en el año 2002 flexibilizó los estudios mediante la incorporación de nuevas asignaturas, permitiendo la existencia de varios perfiles profesionales para enfrentar una diversidad de roles.

El articulista se refiere a la importancia de formular programas claros, con definición de los perfiles y no la simple relación de las asignaturas que comprende la carrera. Definido el perfil, se estará en condiciones de definir los objetivos educacionales que el estudiante debe cumplir. También deben incorporarse objetivos en el ámbito afectivo, el alumno debe ser sensible a la justicia, la igualdad, libertad y solidaridad.

Postula el autor por clases activas, en que el alumno desarrolle distintas actividades, aplicando conocimientos, debatiendo posiciones, doctrina o teorías, resolviendo casos, etc... Por otro lado, el plan de estudios debe contener un sistema de evaluación adecuado.

Finalmente nos llama a tomar conciencia de que el derecho es un deber, que es un subsistema que forma parte de un sistema social, que el derecho vigente es el producto de una adecuación histórica, que forma parte de la cultura, que permite alcanzar determinados objetivos y que es un regulador de la fuerza en la sociedad.

Concluye recomendado menos cantidad de asignaturas y materias y mayor calidad en aquellas que se enseñen, recordando además que el grado de licenciado, con la masificación de la enseñanza, es un grado mínimo para ejercer la profesión, lo que se resuelve con la especialización y profundización teórica y práctica de áreas particulares, lo que es propio de los estudios de postgrado.

Vivian Bullemore, profesor de Derecho Penal, Director del Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile; y **John R. Mackinnon Roehrs**, ayudante de Derecho Penal, Universidad de Chile. "La extradición y el principio de la especialidad".

El autor comienza haciendo recuerdos de las reuniones departamentales en la casa de Hübner en Reñaca.

A continuación pasa a referirse a la extradición definiéndola en su concepción tradicional como: "la entrega de una persona que un Estado hace a otro, con el fin de que éste la procese o la sancione", para luego dar un concepto propio. Explica que se habla de activa o pasiva, según sea el rol que el Estado asuma, requirente o requerido.

Luego analiza los requisitos de la extradición, partiendo por el principio de doble incriminación o de identidad de la norma, para proseguir con el principio de la mínima gravedad y el de exclusión de los delitos políticos. A continuación estudia los requisitos relativos a la calidad o persona del delincuente, a la punibilidad del hecho o procesabilidad del delincuente y a los efectos de la extradición.

Prosigue con los principios de Derecho Internacional, como fuente de extradición; con el principio de especialidad, para luego referirse a la improcedencia de un nuevo juicio de extradición por delitos distintos y anteriores a la extradición concedida.

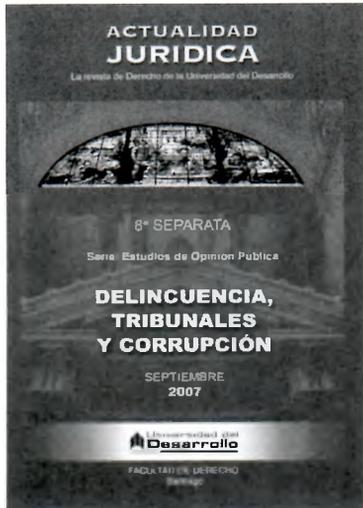
Patricio Figuera Velasco, profesor de Urbanismo y Construcción, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. "La seguridad jurídica y los Planes Reguladores".

El autor hace recuerdos de Jorge Iván, de sus afanes comunes, como del período en que éste fue diputado y efectuó grandes aportes, entre otros, en la defensa de los propietarios urbanos, a quienes se les congelaban las rentas de arrendamiento, a la par que se les aumentaban las contribuciones. Ello ocasionaba un gran perjuicio a pequeños inversionistas, especialmente jubilados y personas de edad, que, dada la deficiencia de los sistemas previsionales de aquella época, sólo contaban para su vejez con las rentas de arrendamiento de sus propiedades.

Sostiene el articulista que, sin duda, el tema elegido habría sido de gran interés para Jorge Iván, porque él tenía una perspectiva clara sobre el derecho de propiedad así como de la función social de dicho derecho.

Efectuado este reconocimiento, nos introduce en el tema partiendo por las normas contenidas en la Carta Fundamental, las que no permitirían la existencia de planes reguladores, por no estar contenidos en leyes. Sin embargo, prefiere dejar de lado este problema, dado que es imposible que la ley pueda regular el sinnúmero de situaciones que abarcan los planes reguladores. Prosigue estudiando la situación del plan regulador que modifica uno anterior, afectando derechos adquiridos por particulares. Da el ejemplo del plan regulador de Santiago de 1994, que dejó fuera del área urbana construible una extensión de 326 hectáreas, sobre las cuales se había obtenido permiso de edificación, pagándose los derechos municipales correspondientes. El afectado interpuso un recurso de ilegalidad, el que fue acogido por la Corte, frente a la gravedad del derecho vulnerado. A continuación trata la situación del plan regulador que en base a información errónea afecta derechos de propiedad de particulares, para proseguir con la relación de la situación del aeropuerto de Los Cerrillos, donde el afectado recurrió a la nulidad de derecho público, la que actualmente se ventila ante el 8° Juzgado civil de Santiago. Luego aborda la situación de inestabilidad e inseguridad jurídica de los derechos de los particulares frente a la modificación de los planes reguladores. Por último, trata los recursos administrativos y/o jurisdiccionales en relación a los planes reguladores, proponiendo su pronta regulación para que en forma clara y precisa se determinen los recursos posibles.

En resumen, la obra aporta interesantes ideas, efectúa críticas constructivas, propone valiosas reformas y tiene como denominador común la búsqueda de la verdad y la justicia en torno a los derechos humanos, unificando a sus autores y al homenajeados en la búsqueda incesante de una sociedad más solidaria, que permita a cada uno de sus integrantes una efectiva realización material y espiritual.



Separata Estudios de Opinión Pública N° 8 "Delincuencia, Tribunales y Corrupción"

**Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo**

En la octava separata de la serie "Estudios de Opinión", la Facultad de Derecho presenta una encuesta realizada telefónicamente a mil personas. Las materias que aborda este estudio son: delincuencia, tribunales y corrupción, temas que preocupan hondamente a la ciudadanía.

Los resultados de esta encuesta son desalentadores, pues existe un justificado descontento en lo que atañe a la tarea de las autoridades, los tribunales de justicia y el prestigio de las instituciones fundamentales. Con todo, se cree que es conveniente desnudar esta realidad y dar a conocer lo que piensan nuestros compatriotas sobre cada uno de estos problemas. Sólo de esa manera podrá encararse con éxito la angustia de parte de nuestra población y superar este trance que, desgraciadamente, agobia a muchos chilenos.

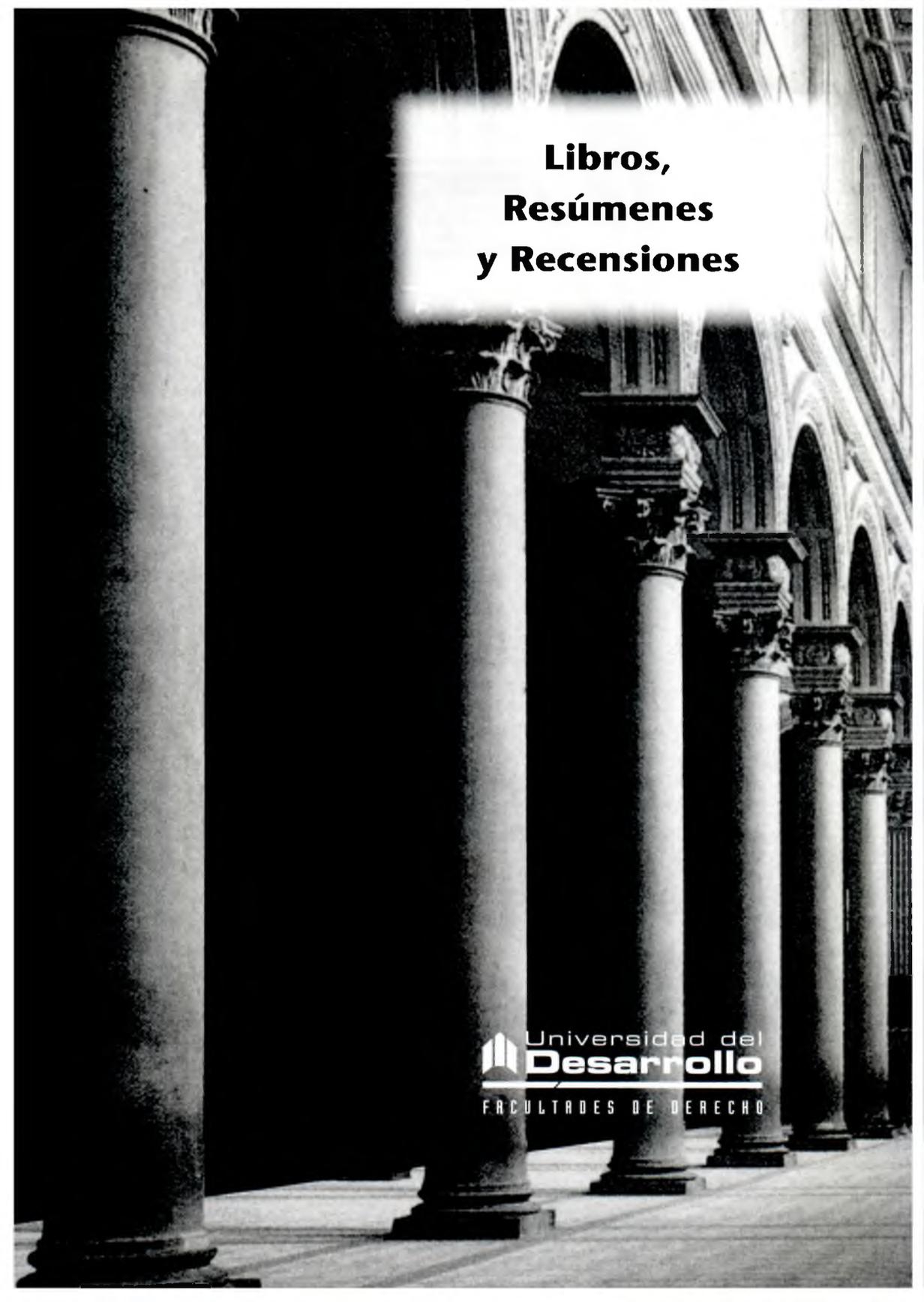


Separata *Mundo Laboral* N° 1 “La Realidad del Trabajo Hoy”

**Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo**

Constituye la primera separata de la serie “Mundo Laboral”, también dependiente de la revista *Actualidad Jurídica*, donde se dan a conocer temas relacionados con las relaciones de trabajo proponiéndose como desafío constituirse en referente y canal de encuentro del acontecer laboral y previsional chileno.

Este primer número comprende la encuesta de opinión “La Realidad del Trabajo Hoy”, e incluye 40 gráficos sobre temas de importancia actual: horas extraordinarias, gratificaciones, terminación de contrato e indemnizaciones, sindicalización, negociación colectiva, sistema de pensiones, sistema de salud, seguro de desempleo, subcontratación, y la fiscalización de la Inspección del Trabajo; todo orientado a preciar de mejor manera en qué medida los resultados de esta encuesta guardan concordancia con los desafíos propuestos por la Organización Internacional del Trabajo, en cuanto a verificar cuáles son las áreas en las cuales centrar los esfuerzos tendientes a mejorar las relaciones de trabajo para poder contar con empresas realmente sostenibles.



**Libros,
Resúmenes
y Recensiones**

 Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

“Derecho procesal penal chileno”

De **María Inés Horvitz Lennon** y **Julián López Masle**

COMENTARIO DE:

Raúl Núñez Ojeda

Doctor en Derecho

Profesor

UNIVERSIDAD DE CHILE

UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ESPAÑA)

UNIVERSITÄT JOHANN WOLFGANG GOETHE –FRANKFURT AM MAIN- (ALEMANIA)

Explicaciones dogmáticas sobre el nuevo sistema procesal penal chileno

La ciencia procesal penal chilena ha tenido un verdadero despertar o, si se prefiere, un florecimiento al alero del nuevo Código Procesal Penal del 2000.¹ Desde una perspectiva cuantitativa, en los últimos siete años se han publicado más libros sobre esta materia que durante todo el siglo pasado. Con todo, debemos dejar constancia de la irregular calidad dogmática de la mayor parte de estos libros. Efectivamente, en Chile se sigue con la idea, abandonada hace ya varios siglos en Europa,² de que para escribir en Derecho sólo hace falta imaginación, un computador, el Código en cuestión y algunos (no muchos) libros nacionales. El resultado salta a la vista. Libros en que la bibliografía utilizada no supera, en el mejor de los casos, a seis textos (incluido el Código comentado) y en los que no es posible encontrar respuesta alguna ante las interrogantes que plantea el nuevo sistema procesal penal desde un punto de vista teórico como desde uno práctico. En definitiva, se trata de simples glosas del articulado del Código Procesal Penal que rozan la obviedad. Todo ello contrasta con la realidad de otros países, y me refiero no sólo a los del primer mundo o desarrollados. Efectivamente, países de nuestro entorno cultural,

¹ Basta con echar una simple mirada a los libros que hoy tratan sobre la reforma procesal penal y las editoriales que han nacido a partir de la publicación de los mismos.

² En general, en la literatura europea, el análisis del estado de la doctrina nacional como extranjera es un deber ineludible del científico social. No cabe duda que este afán de minuciosidad es propio del desarrollo de la ciencia jurídica a fines del siglo XIX. Para un estudio sobre el tema consultar: PETERS, KARL, *Strafprozess*, CF. MÜLLER, Heidelberg, 1985 págs. 57 y ss.

como Argentina y Brasil, tienen una ciencia procesal penal con un alto grado de desarrollo dogmático y mantienen un constante diálogo con la dogmática de la Europa continental.³

El libro que comento en esta oportunidad es precisamente la cara opuesta de la moneda. Efectivamente, la sola lectura del libro de la profesora HORVITZ LENNON y del profesor LÓPEZ MASLE demuestra de una manera contundente que en Chile se pueden escribir libros de una calidad dogmática similar a la del viejo continente. Los autores demuestran tener un amplio conocimiento de la ciencia procesal penal y de los problemas de aplicación del nuevo sistema procesal. En definitiva, es un libro de consulta obligatoria de cualquier persona que pretenda estudiar el Derecho Procesal Penal contemporáneo de manera seria.

El Derecho Procesal Penal chileno (tomo II) de HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE es la esperada continuación del libro que con idéntico título se publicó en el año 2002 en la misma casa editorial. Específicamente, esta segunda entrega aborda la etapa intermedia, el tema de la prueba, la etapa de juicio oral, el problema de los recursos en el proceso penal, los procedimientos especiales, la ejecución de las sentencias condenatorias y medidas de seguridad, y el problema de la acción civil en el proceso penal. Por otro lado, los capítulos dedicados a la prueba y los recursos son del profesor LÓPEZ MASLE y los demás son de la profesora HORVITZ LENNON.

El libro comienza con el capítulo X dedicado a la llamada etapa intermedia. En él la profesora HORVITZ LENNON dedica una primera parte a dibujar los distintos modelos de control negativo de la acusación que existen en el derecho comparado.⁴ Para luego dejar claro que en el nuevo sistema procesal penal chileno el control negativo de la acusación es solo formal y no sobre su mérito. En cuanto al tribunal competente para conocer de la citada fase, en Chile se sigue el modelo adoptado por Italia y Portugal, es decir el juez de garantía será el encargado de conocer de la fase intermedia. Cuestión criticada por la profesora HORVITZ LENNON, para quien sería la mejor alternativa establecer un tercer juez competente distinto del que conoció la fase de investigación y del que conocerá la fase de juicio oral.⁵

³ Un ejemplo es la producción intelectual del profesor argentino Dr. JULIO B.J. MAIER. El citado profesor ha demostrado con su trabajo ser un referente obligado de la dogmática procesal penal de América del Sur.

⁴ Para un completo análisis del Derecho comparado consultar en español: ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, GUILLERMO, *El período intermedio del proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, *passim*.

⁵ También me manifesté en este sentido, hace ya varios años, en mi artículo: NÚÑEZ OJEDA, RAÚL, "La imparcialidad objetiva del juzgador penal y el principio acusatorio (el caso español)", *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo I, 1998, págs. 26 y 27.

La fase intermedia se materializa en la audiencia de preparación de juicio oral que, utilizando la terminología del profesor TAVOLARI OLIVEROS,⁶ tiene como contenido tres actividades, a saber: saneadoras del proceso (corrección de vicios formales, excepciones de previo y especial pronunciamiento), abreviadoras del proceso (acordar salidas alternativas y procedimiento abreviado), y esclarecedoras e instructoras (debate sobre la prueba ofrecida, convenciones probatorias, exclusión de prueba y prueba anticipada).⁷ Todas ellas son examinadas con gran profundidad por la autora. En especial cabe destacar el tema de las convenciones probatorias, que es toda una novedad en nuestro sistema procesal. El Código Procesal Penal permite acordar al fiscal como al querellante, si lo hubiere, con el imputado convenciones probatorias que luego se someterán a la aprobación del juez de garantía para poder ser incorporadas de manera precisa en el auto de apertura del juicio oral. Así las cosas, la profesora HORVITZ LENNON se pregunta ¿existe alguna restricción en cuanto al ámbito de los hechos susceptibles de convención probatoria? La respuesta de la autora es que las limitaciones a las convenciones probatorias surgen del fundamento de legitimación del juicio oral. Esto significa que el mero acuerdo o consenso entre las partes sobre la existencia de un hecho o hechos no es un método aceptable para garantizar la determinación verdadera de los mismos en el ámbito del proceso penal, ya que la verdad, entendida como correspondencia, sigue siendo la única forma de explicar racionalmente en qué consiste la justicia de una decisión.

En cuanto a la impugnación del auto de apertura del juicio oral, solamente el Ministerio Público podrá deducir recurso de apelación en contra de este por exclusión de prueba de cargo, pero exclusivamente cuando se trata de prueba proveniente de actuaciones o diligencias declaradas nulas o con inobservancia de garantías fundamentales. Esto puede llevar a que rechazada la apelación por el tribunal de alzada el Ministerio Público se encuentre obligado a llevar adelante el juicio oral sin el sustento probatorio adecuado o incluso sin material alguno. Para esta situación la profesora HORVITZ LENNON nos propone la solución siguiente, de *lege ferenda* sería conveniente otorgar la facultad al fiscal para solicitar el sobreseimiento definitivo del caso al juez de garantía, quien debería decretarlo sin revisar el mérito de los antecedentes en base a una causal concreta introducida en el artículo 250 del Código Procesal Penal. Pero de la solución de *lege lata* sería permitir al fiscal pedir la absolución del acusado no obstante haber solicitado su condena en la acusación.

El capítulo IX lleva por título La Prueba y es obra del profesor LÓPEZ MASLE. Quizás la única observación que se puede hacer de este capítulo es la preterición de

⁶ TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, "La etapa intermedia", *Revista de Derecho Procesal* N° 20.

⁷ Sobre la función de la etapa intermedia en el sistema procesal penal alemán ver, entre otros: ERNST, CHRISTOPH, *Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung*, Peter Lang, Frankfurt, 1986, y HEGHMANN, MICHAEL, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, VWF, München, 1991.

la discusión sobre la finalidad de la prueba. Es decir, si a través de prueba se busca establecer la verdad o sólo se busca formar la convicción del juzgador. Así las cosas, si admitimos que la finalidad de la prueba es la búsqueda de la verdad, ¿a qué verdad nos estamos refiriendo? Con todo, el capítulo está muy bien trabajado por el autor, quien además demuestra un amplio conocimiento de la doctrina y legislación comparada, especialmente de Norteamérica.

En una primera parte el profesor LÓPEZ MASLE intenta fijar algunos conceptos de lo que podríamos llamar la teoría general de la prueba penal. Para luego entrar de lleno en el desarrollo de una distinción que es muy pertinente en estas materias, a saber la de actos de investigación y de prueba. A continuación el autor procede a fijar las reglas que deben regir la producción de elementos de prueba y la prueba propiamente tal y los límites de estas actividades, es decir, las reglas de exclusión. También se debe destacar el buen desarrollo del apartado sobre la prueba ilícita, que ocupa un número importante de páginas dentro de este capítulo, materia que en Chile es toda una novedad.⁸

Un tema que en algún momento despertó en nosotros algún interés es lo relativo a la validez de las grabaciones realizadas por el propio ofendido al inculcado, como elemento de prueba susceptible de ser valorado por el tribunal en el juicio oral posterior.⁹ El profesor LÓPEZ MASLE llega a la conclusión que en Chile siempre la grabación magnetofónica realizada por el interlocutor de una conversación debe ser considerada prueba ilícita, sobre la base que el artículo 226 del Código Procesal Penal exige en todos los casos autorización judicial y que el artículo 161 A del Código Penal señala que las grabaciones de conversaciones privadas hechas por particulares sin autorización judicial previa son siempre ilícitas. La norma del artículo 226 del Código Procesal Penal, si bien es cierto no distingue, debe ser interpretada de manera coherente con el nuevo sistema procesal penal.¹⁰ De ahí que debe entenderse que la autorización judicial se refiere a los órganos de persecución penal del Estado. Por otra parte, el artículo 161 A del Código Penal se aplicaría cuando un tercero

⁸ Se deben destacar dos monografías anteriores en esta materia: HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, *La exclusión de prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2002; MINI MASSONI, MARIO, *La prueba ilícita en el proceso penal*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2005; y ZAPATA, MARÍA FRANCISCA, *La prueba ilícita*, LexisNexis, Santiago, 2004. Con todo, la última monografía pasa por alto, sin justificación alguna, el excelente libro de HERNÁNDEZ BASUALTO. Para el tema de la prueba prohibida antes de la reforma consultar por todos: BOFILL, JORGE, *Die Beweisverbote im chilenischen Strafprozess*, Dissertation, Universität zu Erlangen-Nürnberg, 1988, *passim*.

⁹ Vid. ampliamente en: NÚÑEZ OJEDA, RAÚL, "El ofendido por el delito y la prueba en el enjuiciamiento criminal español", *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, LexisNexis, Santiago, 2003, págs. 115 y ss.

¹⁰ Cabría hacer uso de la teoría de KLAUS GÜNTHER sobre el discurso de aplicación como una parte integrante de la teoría discursiva del Derecho Penal (GÜNTHER, KLAUS, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht.*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1988, *passim*). Para un análisis de una fundamentación del Derecho Penal desde la teoría de la acción comunicativa de HABERMAS ver ampliamente: GÜNTHER, KLAUS, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 2005, *passim*.

ajeno a la conversación la grabe o la filme y no cuando el propio participante en la misma lo hiciere, además la restricción sólo se aplicaría si estamos frente a un recinto privado y no cuando es uno de libre acceso al público.¹¹ En definitiva, nuestra opinión se inclina hacia la aceptación de la citada grabación como elemento de prueba. Como argumento de cierre podemos agregar que incluso aceptando que se realiza el tipo del artículo 161 A del Código Penal, esta conducta podría quedar amparada por una causal de justificación como legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio legítimo de un derecho o inexigibilidad de otra conducta.¹²

En el capítulo X la profesora HORVITZ LENNON aborda el tema de la etapa de juicio oral en el nuevo sistema procesal penal. Ciertamente que este apartado es de una gran relevancia si miramos el proceso penal nuevo desde la perspectiva de los principios inspiradores de la reforma. Pero desde hace ya bastante tiempo se tiene conciencia que el centro del proceso penal se ha desplazado desde la fase de juicio oral hacia la etapa de investigación y la fase intermedia, como consecuencia del fenómeno de la justicia penal negociada y de la aplicación del principio de oportunidad, como la propia profesora HORVITZ LENNON nos muestra al estudiar el procedimiento abreviado más adelante en el libro.¹³

Una cuestión que debe ser destacada es la opción de nuestro legislador por un modelo de juicio oral angloamericano. Efectivamente, la gran diferencia entre el modelo de juicio oral europeo continental y el angloamericano radica en los poderes del tribunal.¹⁴ Es decir, si el tribunal tiene o no iniciativa probatoria durante esta etapa del procedimiento. En el sistema chileno, con el objeto de mantener la imparcialidad objetiva del juzgador penal, se optó por un modelo en que sólo las partes pueden aportar y producir prueba en el juicio oral. Con todo, los miembros del tribunal conservan una facultad muy importante, que puede ser considerada como el único caso en el que se podría producir prueba,

¹¹ En el mismo sentido confrontar: POLITOFF L., SERGIO; MATUS A., JEAN PIERRE, y RAMÍREZ G., MARÍA CECILIA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, págs. 225 y ss.

¹² También manifiestan una posición similar: HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, op. cit., pág. 67; y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, págs. 72 y ss.

¹³ Como señala el profesor ROXIN (ROXIN, CLAUDIUS, *Strafverfahrenrecht*, CH. Beck, München, 1998, pág. 336) en la actualidad el juicio oral no puede ser considerado como el punto culminante en el enjuiciamiento criminal alemán. Efectivamente, esta afirmación debe ser matizada, porque gran parte de los procedimientos penales terminan sin juicio oral. En el mismo sentido: ALBRECHT, PETER-ALEXIS, *Die vergessene Freiheit*, Berliner Verlag, 2003, págs. 90 y ss.

¹⁴ Para una visión del sistema inglés consultar: SANDERS, ANDREW, y YOUNG, RICHARD, *Criminal Justice*, Butterworths, London, 2000, págs. 551 y ss. Para el sistema de los Estados Unidos de América ver: HALL, DANIEL E., *Criminal Law and Procedure*, Delmar Publisher, Albany, 1996, págs. 413 y ss. Para el sistema alemán consultar: SCHELLENBERG, FRANK, *Die Hauptverhandlung im Strafverfahren*, Carl Heymanns, Köln, 2000, *passim*. Para una comparación entre el sistema de Alemania y el de los Estados Unidos de América ver: HERRMANN, JOACHIM, *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des angloamerikanischen Strafverfahrens*, Duncker und Humblot, Berlin, 1971, *passim*.

aunque el Código es precavido en esta materia. Efectivamente, se suele establecer en el Código la posibilidad de que los miembros del tribunal formulen preguntas a los testigos, peritos o al propio imputado para que "aclare sus dichos" (arts. 326 inc. 3° y 329 inc. 4° CPP).¹⁵

Otro aspecto interesante es el referido al efecto que produce el pedido de absolución que realiza el Ministerio Público, una vez formulada la acusación y rendidas las pruebas, en el tribunal del juicio oral. En otras palabras, si la solicitud de absolución obligaría al tribunal a dictar una sentencia absolutoria. Una vez más estamos de acuerdo con la profesora HORVITZ LENNON, en que el tribunal no está vinculado por la petición de absolución realizada por el Ministerio Público cuando actúa como único acusador. Efectivamente, en nuestra opinión el argumento definitivo se encuentra en que esta solución no afecta el llamado principio acusatorio, ya que la finalidad del citado principio es mantener la imparcialidad objetiva del juzgador penal. Cuestión que ha quedado asegurada una vez formulada la acusación por el Ministerio Público y rendida la prueba en el juicio oral respectivo.¹⁶

El capítulo XI lleva por título Los Recursos y es obra del profesor LÓPEZ MASLE. Este capítulo también es uno de los más importantes en un análisis dogmático del nuevo sistema procesal penal chileno. Esto es así, ya que es una de las materias en que se realizó uno de los cambios más importantes. Me estoy refiriendo a la eliminación del sistema de la doble instancia en materia criminal, o dicho en otras palabras, a la desaparición del recurso de apelación en contra de las sentencias definitivas dictadas en juicio oral, cuestión que fue objeto de una fuerte controversia durante la tramitación del Código, como deja constancia el autor. Es más, incluso en España cada vez gana más fuerza la idea errada que sólo la doble instancia satisface el contenido del artículo 2.1 del Protocolo 7° del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, como el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966.¹⁷ Con todo, coincidimos con LÓPEZ MASLE que habiéndose concebido en primera

¹⁵ Los argumentos en contra de uno y otro modelo se pueden resumir en: a) *Sistema continental*. 1) Como en estos sistemas el Tribunal del juicio oral tiene acceso al material instructorio estará fuertemente influido por éste; 2) Como al Tribunal del juicio oral le corresponde alcanzar la verdad material muchas veces se transforma en un adversario del acusado; b) *Sistema angloamericano*: 1) En los procesos penales complejos (Derecho penal expandido) el sistema no permite dar al conflicto una solución satisfactoria para la sociedad; 2) El imputado pierde una garantía frente a la dispar posición entre la acusación y la defensa.

¹⁶ Solución que también defiende para el sistema procesal penal español en: NÚÑEZ OJEDA, RAÚL, *El acusador particular en el sistema procesal penal español*, Barcelona, 2005 (en prensa).

¹⁷ Por todos ver, entre otros: NIEVA FENOLL, JORGE, *El hecho y el derecho en la casación penal*, JM. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 85 y ss.; y YAÑEZ VELASCO, RICARDO, *Derecho al recurso en el proceso penal. Nociones fundamentales y teoría constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, págs. 278 y ss. Opinión que se ve reforzada con el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, de 20 de julio de 2000, que censuró el sistema de recursos del proceso penal español por no ajustarse al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York.

instancia un tribunal colegiado integrado por tres miembros, cuyas decisiones son impugnables a través del recurso de nulidad, y habiéndose estructurado este último como un recurso desformalizado, que permite controlar el respeto a los derechos y garantías comprometidas en el procedimiento penal y la conformidad de la sentencia con las reglas de la sana crítica, la posibilidad de apelación habría resultado del todo superflua.¹⁸ Así las cosas, en nuestro sistema procesal penal en materia de recursos lo importante es la llamada regla de la *doble conformidad*. Es decir, el derecho a lograr un nuevo juicio cuando mediante el recurso se comprueba que la condena, por fallas jurídicas en el procedimiento, en la percepción directa de los elementos de prueba por parte del tribunal que la dictó o, incluso, por fallas en la solución jurídica del caso, no puede ser confirmada como intachable y, por ende, no se sostiene frente al recurso.¹⁹

A continuación el profesor LÓPEZ MASLE analiza de manera prolija los recursos que el sistema procesal penal pone a disposición de los intervinientes. A saber, los recursos de reposición, apelación (y de hecho) y nulidad. Así las cosas, el más importante de entre ellos es, sin lugar a dudas, el recurso de nulidad. El recurso en cuestión es toda una novedad en nuestro sistema procesal penal, ya que se aleja del clásico recurso de casación de raigambre española que reconocía nuestro Código de Procedimiento Penal de 1906. Efectivamente, es conocido por todos que existen tres modelos de casación, a saber: el modelo francés,²⁰ el modelo alemán²¹ y el modelo mixto o "bastardo" español.²² Ciertamente nuestro recurso de nulidad se aleja de los tres modelos ideales antes mencionados por ser finalmente el resultado de una transacción entre el original recurso de nulidad, planteado por el proyecto presentado al Congreso, y su transformación durante la tramitación del mismo ante las Cámaras. Efectivamente, el actual recurso de nulidad no es otra cosa que la reunión en un mismo cuerpo normativo del articulado del original recurso de nulidad con el recurso extraordinario que trató de introducir la Cámara de Diputados de la República.

¹⁸ Opinión que sostenía el profesor TAVOLARI OLIVEROS en Chile antes de la reforma procesal penal (TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, "Hacia una teoría general de la impugnación", *Comentarios procesales*, Edeval, Valparaíso, 1994, págs. 43 y 44). Recientemente el mismo profesor se ha vuelto a manifestar en los mismos términos: TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, *Instituciones del nuevo proceso penal*, "Atribuciones del Tribunal que conoce del recurso de nulidad en relación a los hechos consignados en la sentencia", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

¹⁹ MAIER, JULIO B.J., *Derecho procesal penal* (tomo I), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, págs. 710 y 711.

²⁰ Por todos ver: MERLE, ROGER, y VITU, ANDRÉ, *Traté de Droit Criminal. Procédure Penal*, Cujas, Paris, 2001, págs. 1001 y ss.

²¹ Por todos ver: SARSTEDT, WERNER, y HAMM, REINER, *Die Revisión in Strafsachen*, W. de Gruyter, Berlin, 1998, *passim*.

²² Sobre el tema consultar a modo indicativo en español: NIEVA FENOLL, JORGE, *El hecho y el derecho en la casación penal*, JM. Bosch, Barcelona, 2000; PASTOR, DANIEL, *La nueva imagen de la casación penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001; y VECINA CIFUENTES, JAVIER, *La casación penal. El modelo español*, Tecnos, Madrid, 2003.

El capítulo XII corresponde a la pluma de la profesora HORVITZ LENNON y trata los diversos procedimientos especiales. Efectivamente, en él se realiza un análisis de los procedimientos simplificado, monitorio, abreviado por delitos de acción penal privada y el necesario para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad. Así las cosas, si bien cada uno de ellos merecería un comentario por separado, por las características del trabajo presentado, sólo me ocuparé de resaltar dos cuestiones importantes dentro del capítulo.

La primera cuestión dice relación con el procedimiento abreviado y su vinculación con el concepto de justicia penal negociada. Comparto con la autora la visión crítica de la institución del consenso en el proceso penal.²³ Un sistema procesal penal corre el peligro de perder legitimidad ante el uso reiterado y sin control de las figuras afines a la institución del *Plea Bargaining* norteamericana. Por tanto, con la excusa de la modernización del sistema penal²⁴ o con cualquier otra excusa, no se puede poner en riesgo la legitimidad del sistema en su conjunto. Además, lo anterior desconoce todos los avances que la dogmática alemana ha realizado en relación con los efectos comunicativos que produce el proceso penal, es decir, el juicio oral del mismo.²⁵

²³ En este sentido SCHÜNEMANN (SCHÜNEMANN, BERND, "¿Crisis del procedimiento penal? (Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo), trad. S. Bacigalupo, *Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania del Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1991, pág. 52) lamenta la falacia en que ha caído tanto la dogmática como los operadores jurídicos europeos, al señalar: "(...) la idea de que el procedimiento continental europeo desde hace algún tiempo ha entrado en una crisis profunda, de la cual parecería haber salido gracias a la introducción realizada por el legislador y por la práctica judicial del *plea bargaining* americano" (la cursiva es del autor). También muy críticos con el auge de los acuerdos en el proceso penal: HAMM, REINER, "Absprachen im Strafverfahren?", ZRP, 1990, págs. 337 y ss.; y HASSEMER, WINFRIED, "Pacta sunt servanda – auch im Strafprozess- BGH, NJW 1989, 2270", JUS, 1989, págs. 890 y ss. Una exposición sintética sobre los beneficios y riesgos del los acuerdos en el proceso penal, ver: DAHS, HANS, "Absprachen im Strafprozess. Chancen und Risiken", NStZ, 1988, págs. 153 y ss.

Para una visión general del debate en los Estados Unidos de América consultar a modo indicativo: ALSCHULER, ALBERT W., "Personal Failure, Institutional Failure, and Sixth Amendment", N.Y.U. *Rev. L. & Soc. Change*, t. 14, 1986, págs. 149 y ss.; íd., "The Changing Plea Bargaining Debate", *Cal. L. Rev.*, t. 69, 1981, págs. 652 y ss.; íd., "The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining", *Yale L.J.*, t. 84, 1975, págs. 1179 y ss.; íd., "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining", *U. Chi. L. Rev.*, t. 36, 1968, págs. 50 y ss.; EASTBROOK, FRANK H., "Plea Bargaining as Compromise", *Yale L.J.*, t. 101, 1992, págs. 1969 y ss.; SCHULHOFER, STEPHEN J., "Plea Bargaining as Disaster", *Yale L.J.*, t. 101, 1992, págs. 1979 y ss.; UVILLER, H. RICHARD, "Pleading Guilty: A Critique of Four Models", *Law & Contemp. Probs.*, t. 41, 1977, págs. 102 y ss.; y WHITE, WELSH S., "A Proposal for Reform of the Plea Bargaining Process", *U. Pa. L. Rev.*, t. 119, 1971, págs. 439 y ss.

²⁴ Ver: NÚÑEZ OJEDA, RAÚL, "Los procedimientos del viejo y el nuevo Derecho penal", *Revista del Centro de Estudios de la Justicia*, 2005 (en prensa).

²⁵ Sobre la importancia del efecto comunicativo del proceso penal para el restablecimiento de las capacidades comunicativas de la víctima y de la sociedad que depende del mantenimiento de las citadas capacidad intactas de cada uno de sus miembros, confrontar el excelente trabajo del profesor: GÜNTHER, KLAUS, "Die symbolisch-expressive Bedeutung der Straf – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?", *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geb.*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002, págs. 205 y ss.:

Si bien es cierto que nuestro procedimiento abreviado no alcanza la irracionalidad del sistema norteamericano, no podemos negar que un grado de parentesco reconoce con aquel. Efectivamente, en nuestro procedimiento abreviado también se requiere un acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público. El primero reconoce los hechos contenido en la acusación y los antecedentes reunidos en la investigación, el segundo rebaja su pretensión punitiva para entrar en el rango señalado por la ley.²⁶ También se requiere entrar en negociación con el querellante particular cuando este exista. Es decir, se requiere llegar a un acuerdo económico con el mismo para evitar que se oponga al acuerdo entre el imputado y el fiscal. Finalmente, el juez de garantía debe verificar tanto los aspectos formales del acuerdo como la voluntad exenta de vicios del imputado. Así las cosas, el juez de garantía queda en situación de fallar la causa con el mérito de los antecedentes contenidos en la carpeta del fiscal, con la sola limitación que si la sentencia es condenatoria no podrá superar la solicitada por el fiscal, una vez cerrado el debate entre los intervinientes en la misma audiencia. Como señala la profesora HORVITZ LENNON, parece que nos encontramos ante un sistema neo-inquisitivo.

La otra cuestión que es digna de destacar es el acertado tratamiento que realiza la profesora antes citada del procedimiento contemplado para la aplicación de las medidas de seguridad. Efectivamente, este procedimiento es el pariente pobre de todo el sistema procesal penal. En la literatura poco o nada se destina al tratamiento del mismo, no sólo en material monográfico, sino también en el tratamiento que se le dispensa en los manuales de Derecho Procesal Penal de los distintos Estados.²⁷

El capítulo XIII también corresponde a la autoría de la profesora HORVITZ LENNON, y trata sobre la ejecución de las sentencias condenatorias y de las medidas de seguridad. En esta materia concordamos con la profesora en la necesidad que en nuestro sistema procesal se recoja la figura del juez de vigilancia penitenciaria que se encuentra en otros ordenamientos jurídicos.²⁸ Nos parece absolutamente inaceptable que los condenados a una pena privativa de libertad, mientras cumplan su condena, carezcan de un procedimiento jurisdiccional para reclamar el

²⁶ Sólo se aplica este procediendo cuando el Ministerio Público solicita la aplicación al imputado de una pena no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuera su entidad o monto, existiendo el pleno acuerdo del imputado.

²⁷ Como una excepción que confirma la regla, cabe consultar en España: SANTOS REQUENA, AGUSTÍN-ALEJANDRO, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Comares, Granada, 2001, *passim*, y SANZ MORAN, ÁNGEL JOSÉ, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Madrid, 2003, *passim*.

²⁸ A modo indicativo ver: GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 123 y ss., y NAVARRO VILLANUEVA, CARMEN, *Ejecución de la pena privativa de libertad*, JM. Bosch, Barcelona, 2002, págs. 155 y ss.

respeto de sus derechos. También concordamos con la autora en la necesidad de que se dicte en Chile una ley general de ejecución penitenciaria que ponga fin al estado caótico y fragmentario de nuestra legislación en esta materia.

Finalmente, el capítulo XIV, que lleva por título La Acción Civil en el Proceso Penal, es de autoría de la profesora HORVITZ LENNON. La comisión de un hecho delictivo no sólo puede comportar responsabilidad penal, sino también la denominada responsabilidad civil *ex delicto*.²⁹ Responsabilidad penal y responsabilidad civil, pese a su distinta naturaleza, tienen, como presupuesto común, la concurrencia de un acto ilícito, es decir, un acto o omisión contrario a Derecho: lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y causación de un daño, respectivamente. Así, ilícito penal y civil forman parte de una categoría más amplia, los "actos ilícitos".³⁰ Por tanto, no hay una diferencia cualitativa entre un ilícito penal y un ilícito civil, sólo una decisión político-criminal que ha llevado al legislador a la tipificación de ciertos ilícitos.³¹

En otras palabras, las penas y las medidas de seguridad no son las únicas consecuencias jurídicas del delito. La obligación de reparar los daños y perjuicios, patrimoniales o morales, es igualmente consecuencia jurídica del delito.³² En este sentido el Código Penal español en su artículo 109.1 dispone que "la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados". Por otra parte, el artículo 116.1 del mismo cuerpo normativo señala: "toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios".

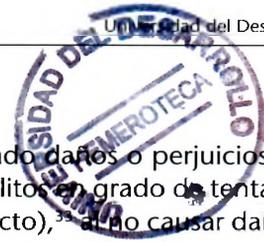
El fundamento de la responsabilidad civil *ex delicto* se encuentra en la existencia de un daño causado por el ilícito penal. Por tanto, cualquier delito puede dar lugar a responsabilidad civil si ha generado daños o perjuicios. Como con-

²⁹ CREUS, CARLOS, *Reparación del daño producido por el delito*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, págs. 10 y ss.

³⁰ FONT SERRA, EDUARDO, "Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal", *RJCat*, 1988, págs. 944 y ss.; id., *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, La Ley, Madrid, 1991, págs. 11 y ss.; GARCÍA ARAN, MERCEDES (CON MUÑOZ CONDE, FRANCISCO), *Derecho Penal. Parte general* (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 617 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, "Antijuridicidad civil y penal en el evento jurídico de daño", *RDPriv*, 1949, págs. 863 y ss.; ROIG TORRES, MARGARITA, *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 101; SILVA MELERO, VALENTÍN, "Ilícitud civil e ilícitud penal", *RGLJ*, 1946, pág. 18; SOTO NIETO, FRANCISCO, *La responsabilidad civil derivada de ilícito culposo*, Montecorvo, Madrid, 1982, pág. 93; y VÁZQUEZ SOTELÓ, JOSÉ LUIS, "El ejercicio de la acción civil en el proceso penal", *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración corporal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995, págs. 111 y 112.

³¹ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. I, Trotta, Madrid, 1998, pág. 235.

³² Desde una perspectiva neo-retribucionista LESCH (LESCH, HEIKO H., *La función de la pena*, trad. J. Sánchez-Vera, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 2) distingue claramente entre los conceptos de indemnización y pena. Para este autor la pena no persigue la compensación de la víctima, sino que, al menos prima facie, produce un nuevo mal: La pena es pues lo contrario de la indemnización compensatoria civil, es la ordenación querida de un mal.



trapatida, si hay delito pero de él no se han derivado daños o perjuicios, no habrá nacido responsabilidad civil alguna. Así los delitos en grado de tentativa y los delitos de peligro (tanto concreto como abstracto),³³ al no causar daño o perjuicios, no podrían dar lugar a responsabilidad civil *ex delicto*.³⁴

Nuestro sistema procesal penal permite acumular la acción civil *ex delicto* al proceso penal. Se trata pura y simplemente de la inserción de un juicio civil dentro de un proceso penal.³⁵ El fundamento de la acumulación de la acción civil en el proceso penal es el principio de economía procesal.³⁶ Este argumento fue introducido por el legislador español al importar esta solución legislativa del *Code d'instruction criminelle* francés de 1808.³⁷

³³ Ciertamente, en los supuestos de delitos de peligro no existe perjudicado individualizable. Este es el caso precisamente del delito de tenencia de armas. Por otro lado, en los delitos en grado de tentativa, si bien no procede resarcir el delito que el sujeto activo tenía la intención de cometer, sí deberán ser indemnizados los daños o perjuicios del delito previamente consumado.

Existen delitos que no generan responsabilidad civil *ex delicto* en el caso concreto. Son delitos consumados, no calificables como delitos de peligro, que en el caso concreto no causan perjuicios patrimoniales ni daños morales. Sin embargo, estas reglas generales deben ser matizadas siempre en atención a las circunstancias particulares del caso.

³⁴ En principio, cabría sostener tres hipótesis respecto a la relación que debe existir entre el daño indemnizable y el hecho penalmente típico para hablar de "responsabilidad civil derivada de delito". La primera consideraría que la responsabilidad civil derivada de delito sólo alcanza a los daños que se manifiestan en el resultado típico del delito; la segunda, que dicha responsabilidad alcanza a daños trascendentes al resultado típico, pero, en todo caso, imputables a la conducta típica según las reglas de la imputación objetiva y subjetiva que rigen en el ámbito de la responsabilidad extracontractual; y la tercera, que entendería que la responsabilidad civil va incluso más allá de la reparación de los daños objetiva y subjetivamente imputados a la conducta típica en los términos del Derecho civil de daños. Los Tribunales, oscilando entre la segunda y la tercera posibilidad, se han inclinado en ocasiones por la más amplia (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, "¿«ex delicto»? Aspectos de la llamada «responsabilidad civil» en el proceso penal", <http://www.indret.com>, núm. 3, 2001, pág. 4).

³⁵ GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO (CON HERCE QUEMADA, VICENTE), *Derecho Procesal Penal*, Edersa, Madrid, 1987, pág. 9.

³⁶ Sobre las ventajas del sistema de la unión consultar a modo indicativo: ARANGUENA FANEGO, CORAL, *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal*, JM. Bosch, Barcelona, 1991, págs. 232 a 234; CREUS, CARLOS, *Reparación del daño producido por el delito*, op. cit., págs. 13 y 14; MOLARI, ALFREDO, (CON PISANI, MARIO; PERCHINUNNO, VINCENZO; y CORSO, PIERMARIA), *Manuale di procedura penale* (3ª ed.), Manduzzi, Bologna, 2000, págs. 109 y 110; MUÑOZ ROJAS, TOMÁS, "Legitimación del responsable civil subsidiario en el proceso penal", *RDProc*, 1965, pág. 145; ROXIN, CLAUDIUS, *Strafverfahrensrecht*, op. cit., pág. 503; PEDRAZ PENALVA, ERNESTO, *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Trivium, Madrid, 1985, págs. 22 y 23; PISAPIA, GIANDOMENICO, *Compendio di procedura penale* (5ª ed.), CEDAM, Padova, 1988; pág. 92; PRADEL, JEAN, *Procédure pénale* (9ª ed.), Cujas, 1997, págs. 219 a 224; PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, LEONARDO, y GUTIÉRREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, EDUARDO, *Derecho Procesal Penal* (4ª ed.), Tecnos, Madrid, 1989, págs. 68 y 141; PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, LEONARDO, *Derecho de Tribunales*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 157; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, "La situación del enjuiciamiento criminal en España", *Justicia*, 1983, pág. 563; y, SPROVIERO, JUAN H., *La víctima del delito y sus derechos*, Abaco, Buenos Aires, 1998, págs. 106 a 109; STEFANI, GASTON; LAVASSEUR, GEORGES; y BOULOC, BERNARD, *Procédure pénale* (17ª ed.), Dalloz, París, 2000, pág. 261.

³⁷ En su artículo 3 el *Code d'instruction criminelle* francés de 1808 señalaba: "L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique". El actualmente vigente *Code de Procédure Pénale* francés de 1959 mantiene la institución en términos similares, en su artículo 3 párrafo primero dispone: "L'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction".

Este sistema es seguido también por Alemania. Efectivamente, el § 403 Strafprozeßordnung alemana

Con todo, no han faltado voces críticas al sistema.³⁸ En este sentido crítico, GÓMEZ COLOMER,³⁹ tras señalar las ventajas de la acumulación de un objeto penal y otro civil en un proceso, también indica: "(..) el gran inconveniente de obligar a nuestros jueces y magistrados a utilizar, aplicar y manejar una doble mentalidad y técnica jurídicas al mismo tiempo, pues deben investigar, probar y juzgar penal y civilmente en la misma causa. Esta opción, que es por ello discutible, ronda el absurdo cuando por *mor* de las circunstancias se tiene que desarrollar un proceso penal para dictar un pronunciamiento únicamente civil".⁴⁰ Así las cosas, nos parece que el legislador chileno debió haber eliminado la posibilidad de que la responsabilidad civil *ex delicto* pudiera ser conocida por los tribunales penales.⁴¹ Además, esta es la tendencia que domina el Derecho comparado, tanto en los Códigos de nuevo cuño como en las recientes reformas de centenarias leyes de enjuiciamiento civil en la Europa continental.⁴²

Por otro lado, coincidimos con la profesora HORVITZ LENNON en la crítica a la regulación legal que contiene el Código de Procedimiento Civil sobre la influencia de la sentencia condenatoria y absolutoria dictada en el proceso penal en el

señala: "[Voraussetzungen] (1) Die Verletzte oder sein Erbe Kann gegen den Beschuldigten einen uas der Straftat erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruch, der zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehört und noch nicht anderweit gerichtlich anhängig gemacht ist, im Strafverfahren geltend machen, im Verfahren vor dem Amtsgericht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes. (2) Der Verletzte oder sein Erbe soll von dem Strafverfahren möglichst frühzeitig Kenntnis erhalten; dabei soll er auf die Möglichkeit, seinen Anspruch auch im Strafverfahren geltend zu machen, hingewiesen werden". Finalmente, también éste sería el sistema adoptado en Italia por el Codice di Procedura Penale de 1988, tal como se desprende de la lectura del artículo 74 del mismo: "L'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno di cui all'articolo 185 del codice penale può essere esercitata nel processo penale dal soggetto al quale il reato ha recato danno ovvero dai suoi successori universali, nei confronti dell'imputato e del responsabile civile".

³⁸ Críticos con el sistema de acumulación de la acción civil al proceso penal, entre otros: BELING, ERNST VON, *Derecho Procesal Penal*, trad. M. Fenech, Labor, Barcelona, 1943, pág. 80 nota 4; FLORIAN, EUGENIO, *Derecho Procesal Penal*, trad. L. Prieto Castro, Bosch, Barcelona, 1934, págs. 224 a 226; KÜHNE, HANS-HEINER, *Strafprozeßrecht. Ein Lehrbuch zum deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht* (5° ed.), CF. Müller, Heidelberg, 1999; pág. 475; y, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, "¿«ex delicto»? Aspectos de la llamada «responsabilidad civil» en el proceso penal", op. cit., págs. 10 y ss.

³⁹ GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS (CON MONTERO AROCA, JUAN; MONTÓN REDONDO, ALBERTO; y BARONA VILAR, SILVIA), *Derecho Jurisdiccional. Proceso penal*, Tirat lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 110 y ss.

⁴⁰ El profesor alemán LEIBLE (LEIBLE, STEFAN, *Proceso civil alemán*, trad. R. Witthaus, Biblioteca Jurídica Dike, Medillín, 1999, pág. 61) señala que parece dudoso que estos argumentos apunten a la esencia de la cuestión, en atención a las numerosas experiencias positivas del sistema de acumulación de la acción civil al juicio penal en los ordenamientos jurídicos románicos.

⁴¹ Con todo, debemos aceptar que desde la perspectiva de la víctima (ofendido-perjudicado), es mucho más conveniente que un mismo juicio proceda al enjuiciamiento de las conductas tipificadas penalmente, como delitos o faltas, y de la responsabilidad civil *ex delicto*. En efecto, la atribución de esta competencia al juez penal permite a la víctima esperar que su resarcimiento sea más preciso, más económico y más rápido.

⁴² Por todos contrastar: KÖCKERBAUER, HANS PETER, *Das Adhäsionsverfahren nach der Neuregelung durch das Opterschutzgesetz 1987 und seine rechtliche Problematik*, Peter Lang, Frankfurt, 1993, *passim*, y KLAUS, THOMAS, *Neuere Beiträge zur Lehre vom Adhäsionsprozess*, Verlag Kovac, Hamburg, 2000, *passim*.

juicio civil posterior. En una primera aproximación al problema parece lógico que la declaración penal de inexistencia del hecho trascienda al proceso civil posterior. Sin embargo, al analizar la cuestión desde el prisma de los distintos criterios de organización de la tutela procesal que rigen en el orden jurisdiccional civil y penal, cabe concluir que la solución legal puede ser injusta.⁴³

Un ejemplo ilustrará mejor el problema: si en el enjuiciamiento criminal por un delito de apropiación indebida el juez duda si quien recibió en depósito un bien lo devolvió a su dueño o, por el contrario, lo hizo suyo, deberá absolver, ya que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de delito recae sobre la acusación; sin embargo, el juez debería condenar a restituir la cosa o a indemnizar a su propietario, pues la carga de la prueba sobre el cumplimiento de la obligación de devolver recae sobre el depositario.⁴⁴

En el ejemplo anterior, la absolución judicial está sustentada en la declaración judicial de inexistencia del hecho, con lo que resulta imposible atribuir efecto alguno a la sutil distinción entre “inexistencia probada y no probada”.⁴⁵ Si el hecho de que el depositario se quedó con la cosa sin devolverla no se consigue acreditar en el proceso penal, la sentencia habrá de declararlo inexistente, y dicha declaración no resulta lógico que vincule la decisión de un proceso civil posterior.⁴⁶

⁴³ Los criterios de organización de la tutela procesal son distintos en el orden civil y en el orden penal, mientras en el ámbito civil rigen los criterios de oportunidad, aportación de parte y disponibilidad; en el penal los criterios de necesidad, investigación de oficio y indisponibilidad. Sobre los criterios de organización de la tutela procesal consultar por todos: RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español*, JM. Bosch, Barcelona, 2004, págs. 20 y ss.

⁴⁴ Ejemplo propuesto por: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS, y GUTIÉRREZ ZARZA, M. ÁNGELES, *Enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación complementaria. Doctrina y jurisprudencia* (Dir. C. Conde-Pumpido Ferreiro), tomo I, Trivium, Madrid, pág. 640.

⁴⁵ Para NADAL GÓMEZ (NADAL GÓMEZ, IRENE, *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 196) sería deseable que la sentencia penal señalase con claridad cuándo la declaración de no culpable se debe a la ausencia de hecho o cuándo ésta responde a la ausencia de la necesaria actividad probatoria.

⁴⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS, y GUTIÉRREZ ZARZA, M. ÁNGELES, *Enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación complementaria. Doctrina y jurisprudencia* (Dir. C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), t. I, op. cit., pág. 640. En los Estados Unidos de América, sistema integrante del *Common Law*, la absolución, en el proceso penal no impide en modo alguno una acción subsiguiente en vía civil de reclamación de daños. Esta particularidad del sistema procesal americano tiene su base en los diferentes “niveles de prueba” requeridos en el enjuiciamiento civil y en el penal. En los procesos penales, la acusación debe probar el hecho “más allá de toda duda razonable”. Si el Jurado tiene una duda razonable, deberá resolver a favor del acusado. Este es el estándar de prueba más estricto. En el proceso civil, el estándar de prueba exigible tanto a la parte demandante como demandada es menos intenso, por regla general, no es superior al de la “prueba preponderante” y ocasionalmente al de la “prueba clara y convincente” (FLETCHER, GEORGE P., *Conceptos básicos de Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 36 y ss.). Sobre la teoría y praxis del sistema de prueba anglo-americano consultar por todos: DAMASKA, MIRJAN R., *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven, 1997, y ZUCKERMAN, A.A.S., *The Principles of Criminal Evidence*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

Por otro lado, la vinculación del Juez civil a la declaración penal de inexistencia del hecho constituye una más que discutible medida legal que poco tiene que ver con el efecto positivo de la cosa juzgada de la sentencia, que ni se extiende a la declaración de hechos probados ni, en cualquier caso, podría oponerse a quienes no hubieran sido parte en el enjuiciamiento criminal.⁴⁷

Así llegamos al final de este comentario con el completo convencimiento que el libro de la profesora HORVITZ LENNON y del profesor LÓPEZ MASLÉ es el más completo que hasta el momento se ha escrito sobre el enjuiciamiento criminal chileno. Pero, además, desde una perspectiva dogmática, es uno de los mejores en lengua hispana. Efectivamente, el libro no sólo explica el Código Procesal Penal chileno, sino que lo conecta con el debate doctrinal y político-criminal de la comunidad científica internacional.

Por tanto, no me queda más que felicitar a los autores y decirles que quedo a la espera de otros trabajos tan completos e interesantes como el que acabo de comentar.

⁴⁷ GONZÁLEZ-CUÉLIAR SERRANO, NICOLÁS, y GUTIÉRREZ ZARZA, M. ÁNGELES, *Enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación complementaria. Doctrina y jurisprudencia* (Dir. C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), t. I, op. cit., pág. 640. Para GUTIÉRREZ ZARZA (GUTIÉRREZ ZARZA, ÁNGELES, *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Colex, Madrid, 2000, pág. 215) el efecto positivo de la cosa juzgada no se extiende a la declaración de hechos probados, pues se limita a la parte dispositiva de la resolución, independientemente de que, aunque se operara con un concepto de cosa juzgada ajeno al generalmente aceptado por la dogmática procesal y se considerara que la incluye, nunca podría oponerse a quien no ha sido parte del enjuiciamiento criminal.

“Derecho Internacional Privado”

De **Aldo Monsálvez Müller**

Universidad Internacional SEK
Tercera edición, 2007.

COMENTARIO DE:

José Miguel Sarroca Poblete

Abogado, Magister en Derecho de los Negocios (MBL)

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

Profesor Auxiliar de la Cátedra de Derecho Internacional Privado
y Coordinador Académico de la Escuela de Postgrado
de la Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En este trabajo intitulado *Derecho Internacional Privado* el autor cumple nuevamente el esfuerzo desplegado en orden a entregar al foro jurídico los aspectos generales y especiales de esta disciplina, con una visión moderna y actual, teniendo siempre presente que cada Estado es soberano para regular con sus leyes las relaciones jurídicas existentes entre personas de una u otra Nación.

En este texto fundamental para el estudio encontrará el lector los siguientes elementos: concepto, naturaleza y características del Derecho Internacional Privado; procedimientos para solucionar los problemas derivados del tráfico jurídico internacional; normas de conflicto, normas de aplicación inmediata y normas sustantivas especiales; fuentes del Derecho Internacional Privado: ley nacional que configura el sistema chileno de Derecho Internacional Privado, los tratados internacionales, los principios generales del Derecho, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y la convención particular asociada al principio de libre contratación en el ámbito internacional; el sistema de La Habana y el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, con su reserva y aplicación en Chile; las tendencias modernas acerca de la solución de los conflictos de leyes; los factores de conexión y la solución de los conflictos de nacionalidad y domicilio en el Derecho Internacional Privado; la condición jurídica de los extranjeros en Chile: las personas naturales y personas jurídicas; los conflictos de leyes y las cuestiones que origina la aplicación de la ley extranjera: naturaleza, aplicación, prueba, recurso de casación en el fondo por infracción de ley extranjera, limitaciones legales y doctrinarias a las aplicaciones del Derecho extranjero: calificación, fraude a la ley, orden público y reenvío; reconocimiento internacional de los derechos adquiridos.

Así también se analiza el estatuto de las personas, incluyendo la extraterritorialidad de la ley chilena y el matrimonio en el Derecho Internacional Privado desde el punto de vista de la ley que rige las formalidades, los requisitos internos, la disolución por divorcio y nulidad, y los efectos que produce en la persona y bienes de los cónyuges.

Es importante destacar que el autor se detiene en lo anteriormente señalado y explica el estado actual de la *nueva ley de matrimonio civil* señalando que los efectos del matrimonio en la persona de los cónyuges son consecuencia de la celebración del acto matrimonial, y quedan regidos por la ley que establezca cada sistema jurídico, el que señalará su propio factor de conexión.

En el derecho comparado, los sistemas jurídicos no consideran un solo factor de conexión para la solución de los conflictos de leyes, sino que aplican distintos elementos según la materia de que se trate, con predominio de un factor que guarde armonía con el principio fundamental que adopte el respectivo ordenamiento jurídico.

Nuestro país se inclina por uno propio, el que consta en el artículo 14 del Código Civil, base de nuestro sistema jurídico territorial. Por ende la ley chilena se aplica a toda persona que vive permanente o transitoriamente en el territorio, no importando su nacionalidad.

Por lo mismo, la ley sólo rige en nuestro territorio, no teniendo fuerza obligatoria más allá de sus fronteras, y sólo por excepción obliga en el extranjero a los chilenos en las materias y casos establecidos por el artículo 15 del Código Civil, lo que constituye el denominado estatuto personal restringido del chileno en país extranjero.

Acorde con lo anterior, si los cónyuges se encuentran fuera del territorio, sea en calidad de domiciliados, residentes, transeúntes o habitantes, quedan sometidos a la ley extranjera en cuanto a sus relaciones jurídicas matrimoniales, ya que nuestra normativa nada dice al respecto, salvo que ambos cónyuges sean chilenos, en cuyo caso la relación matrimonial quedará regida por la ley chilena por aplicación del artículo 15 N° 2 del Código Civil.

También la relación jurídica matrimonial quedará sometida a la ley chilena respecto de los matrimonios celebrados en Chile, ya que por el artículo 81 de la nueva Ley de Matrimonio Civil "Los efectos de los matrimonios celebrados en Chile se regirán por la ley chilena, aunque los cónyuges sean extranjeros y no residan en Chile". No cabe duda que si un matrimonio se celebra en Chile y los cónyuges habitan el territorio de la República, los efectos del matrimonio o la relación matrimonial quedará regida por la ley chilena; pero, es absurdo

que si los cónyuges residen en el extranjero se les deba aplicar la ley chilena a su relación matrimonial, excepto que ambos sean chilenos ya que en este caso quedarán sometidos a la ley chilena conforme al mencionado artículo 15 N° 2 del Código Civil.

Dicho artículo 81, señala el profesor Monsálvez Müller, *configura un nuevo caso de extraterritorialidad de la ley chilena*.

En relación al *divorcio*, nuestro país privilegia la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción, que, a juicio del profesor Aldo Monsálvez Müller, *es la ley que regula los efectos del matrimonio en la persona de los cónyuges, es decir, el estatuto personal*.

En consecuencia, el juez chileno para determinar la ley que regirá el divorcio, previamente, debe definir la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción.

Respecto de la ley aplicable a la relación matrimonial, el profesor Enrique Barros, con motivo de la discusión del proyecto de ley en el Parlamento, señaló que la nueva ley de matrimonio civil debiera contener disposiciones sobre la ley aplicable al matrimonio que atiendan a los factores de conexión que resulten más cercanos a ambos cónyuges, bajo el supuesto de que la ley chilena debe considerar que la relación matrimonial debe estar sujeta a un estatuto jurídico unitario. Esto es que, según nuestro derecho internacional privado, con independencia de la nacionalidad chilena de uno de los cónyuges, esos factores de conexión sean los determinantes para definir el estatuto legal aplicable, sea el chileno o uno extranjero.

De acuerdo con la práctica comparada, se podría establecer una secuencia de factores de conexión relevantes, si la relación matrimonial contiene algún elemento que la vincule potencialmente a más de un orden jurídico. Así, se podría indicar que, si ambos cónyuges tienen la misma nacionalidad, su matrimonio está regido en cuanto a sus efectos y a su disolución por la ley de la nacionalidad común; que a falta de nacionalidad común, debe aplicarse la ley del domicilio común, o del lugar donde tuvieron domicilio común, aunque uno de ellos luego haya cambiado su domicilio; y que, a falta de los dos factores de conexión típicos del estatuto personal antes referidos, la definición de la ley aplicable debe ser efectuada por el juez chileno que conozca del caso atendiendo al Derecho al que los cónyuges están más íntimamente vinculados, en atención al conjunto de factores de conexión que resulten pertinentes.

Una vez definido el derecho aplicable a los efectos de la relación matrimonial (excluido lo referente al régimen de bienes de los que se domicilian en Chile,

que está eficazmente regulado en el artículo 135, inciso 2°, del Código Civil), ese mismo ordenamiento jurídico debiera ser aplicable a la disolución del matrimonio.

En otras palabras, también en esta materia la ley aplicable debiera ser la más cercana a la relación de familia, sin que se establezca otra reserva que la genérica relativa al orden público internacional chileno, lo que impediría, por ejemplo, que los jueces chilenos debieran aplicar una ley que autorice el divorcio por repudiación unilateral.

Habida consideración de lo señalado, el profesor Aldo Monsálvez Müller señala que *la ley que rige la relación matrimonial, es decir, los derechos y obligaciones de los cónyuges sin contenido patrimonial, y, por consiguiente, el divorcio, será la ley chilena, siempre que éstos sean habitantes del territorio de la República, aun cuando uno de ellos hubiere dejado de serlo; si los cónyuges permanecen o habitan en un Estado extranjero, la relación matrimonial deberá regirse por la legislación de dicho Estado extranjero, excepto si ambos cónyuges son chilenos, ya que, en este caso, la relación matrimonial estará regida por la ley chilena, conforme lo dispone el artículo 15 N° 2 del Código Civil.*

El profesor Monsálvez Müller por otra parte nos indica que aquí *emerge precisamente el factor de conexión de los vínculos más estrechos o de la relación más significativa, por lo que será la ley del Estado con el cual los cónyuges tengan tales vínculos o relación la que el juez deberá aplicar a la relación matrimonial y al divorcio.*

También la relación jurídica matrimonial quedará sujeta a la ley chilena, tratándose de matrimonios celebrados en Chile, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile, por así disponerlo el artículo 81 de la nueva Ley de Matrimonio Civil.

Y si no fuere posible la definición de la ley aplicable conforme a los factores mencionados, resulta de toda conveniencia que el juez chileno de la causa aplique aquella ley que en su concepto guarde o represente, respecto de los cónyuges, los vínculos más estrechos.

Establecida la ley que rige la relación matrimonial al momento de interponerse la acción, este mismo ordenamiento jurídico regulará las causales de divorcio y sus efectos, resguardando, el juez, las normas y principios que constituyen el orden público interno.

Finalmente en esta parte es importante destacar que en las últimas décadas algunas sentencias de la Corte Suprema, en votos de prevención, se han inclinado por estimar que la extinción del estado civil de un chileno en país ex-

tranjero deberá regirse exclusivamente por la ley chilena, según así lo dispone el artículo 15 N° 1 del Código Civil. En consecuencia, según este criterio, los chilenos en el extranjero sólo podrán disolver su matrimonio conforme a las causales y limitaciones establecidas por la ley chilena.

Con respecto a la ley aplicable a la *nulidad*, será la ley chilena si el matrimonio se celebró en Chile, por ser la ley que rige la validez del acto matrimonial, conforme al artículo 14 del Código Civil y 81 de la nueva Ley de Matrimonio Civil.

Si el matrimonio fue celebrado en país extranjero y se pretende que sea declarado nulo en Chile, el profesor Monsálvez Müller acertadamente nos señala *que es el juez el que debe exigir que la causal de nulidad invocada exista tanto en el ordenamiento jurídico del país de la celebración como en el derecho chileno. El fundamento legal de este criterio lo encontramos en el artículo 80 inciso 1° de la nueva Ley de Matrimonio Civil –“los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración”– en relación con el citado artículo 14 del Código Civil, debiendo tenerse en cuenta que el matrimonio celebrado en país extranjero en conformidad a las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiera celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.*

Por lo demás, esta ha sido la doctrina aceptada por los tribunales chilenos en casos de nulidades de matrimonios celebrados en países extranjeros.

Así también el profesor Monsálvez Müller nos señala que *este mismo criterio debería aplicarse respecto de los matrimonios celebrados en el extranjero sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes, causal contemplada por el artículo 80 inciso 3° de la nueva Ley de Matrimonio Civil.*

No obstante lo anterior, bastará que la causal de nulidad exista en Chile respecto de un matrimonio celebrado en país extranjero contraviniendo los impedimentos dirimentes, el que podrá ser declarado nulo por un Juez chileno y de conformidad a la ley chilena. Si bien el artículo 80 inciso 2° de la nueva Ley de Matrimonio Civil no especifica la nacionalidad del cónyuge que debe respetar dichos impedimentos, creemos que la exigencia debería ser para el cónyuge chileno y no para contrayentes extranjeros, como podría absurdamente interpretarse atendidas la redacción y amplitud del precepto.

Finalmente, la ley que rija el divorcio y la nulidad del matrimonio se aplicará también a sus efectos.

En la segunda parte del libro *Derecho Internacional Privado* también se analiza el régimen jurídico a que están sujetos los bienes, su implicancia respecto de

la jurisdicción nacional, la sucesión por causa de muerte, los contratos internacionales y el principio de la libre contratación en el ámbito internacional.

En el Derecho Penal Internacional se estudian los distintos sistemas de jurisdicción penal y la extradición. *En este último instituto y como hecho destacable a propósito del caso Fujimori, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, en fallo de fecha 21 de septiembre de 2007, Rol 3744-07, citó como fuente doctrinaria el texto (tercera edición) del profesor Aldo Monsálvez Müller*

En este texto y desde el punto de vista del Derecho Comercial Internacional se aborda la nueva *lex mercatoria*, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, los contratos de intermediación comercial y los métodos de solución de controversias mercantiles y el arbitraje comercial internacional.

Por último, en el Derecho Procesal Internacional se estudian los sistemas de competencia judicial, las excepciones que tienen carácter internacional, el reconocimiento y ejecución en Chile de resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros, y el justo y debido proceso en el Derecho Internacional.

Finalmente en anexos se incluyen diferentes convenciones internacionales, tanto universales como interamericanas, como el propio Código de Bustamante, lo que permitirá al lector un mejor aprendizaje de las distintas materias.

Precisamente estas convenciones internacionales revisten particular importancia jurídica, ya que permiten armonizar los criterios de solución de conflictos de leyes y modernizar en gran medida el derecho interno a través de la incorporación de reglas materiales y sustantivas especiales.

Estamos seguros que este libro constituirá un aporte para profesionales y alumnos en el estudio de las materias atinentes al Derecho Internacional Privado.

Índice Revista Ius Publicum N° 19 / 2007

Escuela de Derecho

Universidad Santo Tomás

ESTUDIOS

- Juan de Dios Vial Larraín.** *Una ética del hombre bueno*
- Adolfo Wegmann Stockebrand.** *La ley como instrumento de pedagogía moral en Santo Tomás de Aquino*
- Wolfgang Waldstein.** *¿Qué cosa es la falacia naturalista?*
- Camilo I. Cobo De la Maza.** *Arturo, ideal de rey cristiano*
- Sergio Raúl Castaño.** *Notas histórico-sistemáticas sobre la concepción moderna de los derechos individuales*
- Miguel Ayuso.** *¿Nuevo socialismo?*
- Attilio Tamburrini.** *La intolerancia de la libertad*
- Gonzalo Candia Falcón.** *Proyecto de Ley General de Educación. Algunos de sus mecanismos ante la libertad de enseñanza*
- Eduardo Soto Kloss.** *La intangibilidad de los permisos de construcción ¿es posible dejarlos sin efecto por vía administrativa?*
- Andrés E. Schlack.** *Aplicación de criterios objetivo-individuales en la constatación del perjuicio patrimonial en el delito de estafa*

CRONICA

- Marcelo Elissalde Martel.** *In memoriam*
- Crispulo Marmolejo G.** *Lolek de cumpleaños*
- Jesús Ginés Ortega.** *Reflexiones de actualidad*
- Max Silva Abbott.** *Reflexiones éticas*
- Gonzalo Rojas Sánchez.** *Reflexiones fuertes*
- María Alejandra Gajardo Ugás.** *Criterios de muerte según la legislación chilena*

DOCUMENTOS

- Pius PP. XII.** *Lettera di Sua Santità Pio XII "Acerrimo Moerore" Agli Ecc.Mi Arcivescovi E Vescovi D'Ungheria, In Segno Di Protesta Contro L'Arresto Dell'Arcivescovo Di Strigonia*
- SS.Giovanni Paolo II.** *Discorso Ai Partecipanti Ad Un Convegno Di Studi Su "Il Diritto Alla Vita E L'Europa"*
- SS. Juan Pablo II.** *Discurso a los participantes en el VII Simposio de Obispos Europeos*
- SS. Benedicto XVI.** *Discurso a los participantes de la Asamblea General de la Academia Pontificia para la Vida*
- SS. Benedicto XVI.** *Discorso Ai Partecipanti All'Incontro Dei Rettori E Docenti Delle Università Europee*
- Cardenal Francisco Javier Errázuriz Ossa.** *A nadie puede serle indiferente*
- Noticias Globales.** *Persecución religiosa*
- Noticias Globales.** *La ideologización del cambio climático*
- Gonzalo Vial Correa.** *Toque de agonía para la PSU... ¿Y para el Consejo de Rectores?*
- Ernesto Tironi.** *Educación, lucro, alcaldes desesperados y calidad*
- Lucía Santa Cruz.** *¿Los ingleses de Sudamérica?*

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

- Gabriel Bocksang Hola,** *El procedimiento administrativo chileno. Estudio analítico y sistemático (Eduardo Soto Kloss)*

Fernando Saenger G., Guillermo Bruna C., *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad*
(Alejandro Silva Bascañán)

Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad* (Manuel J. Peláez)

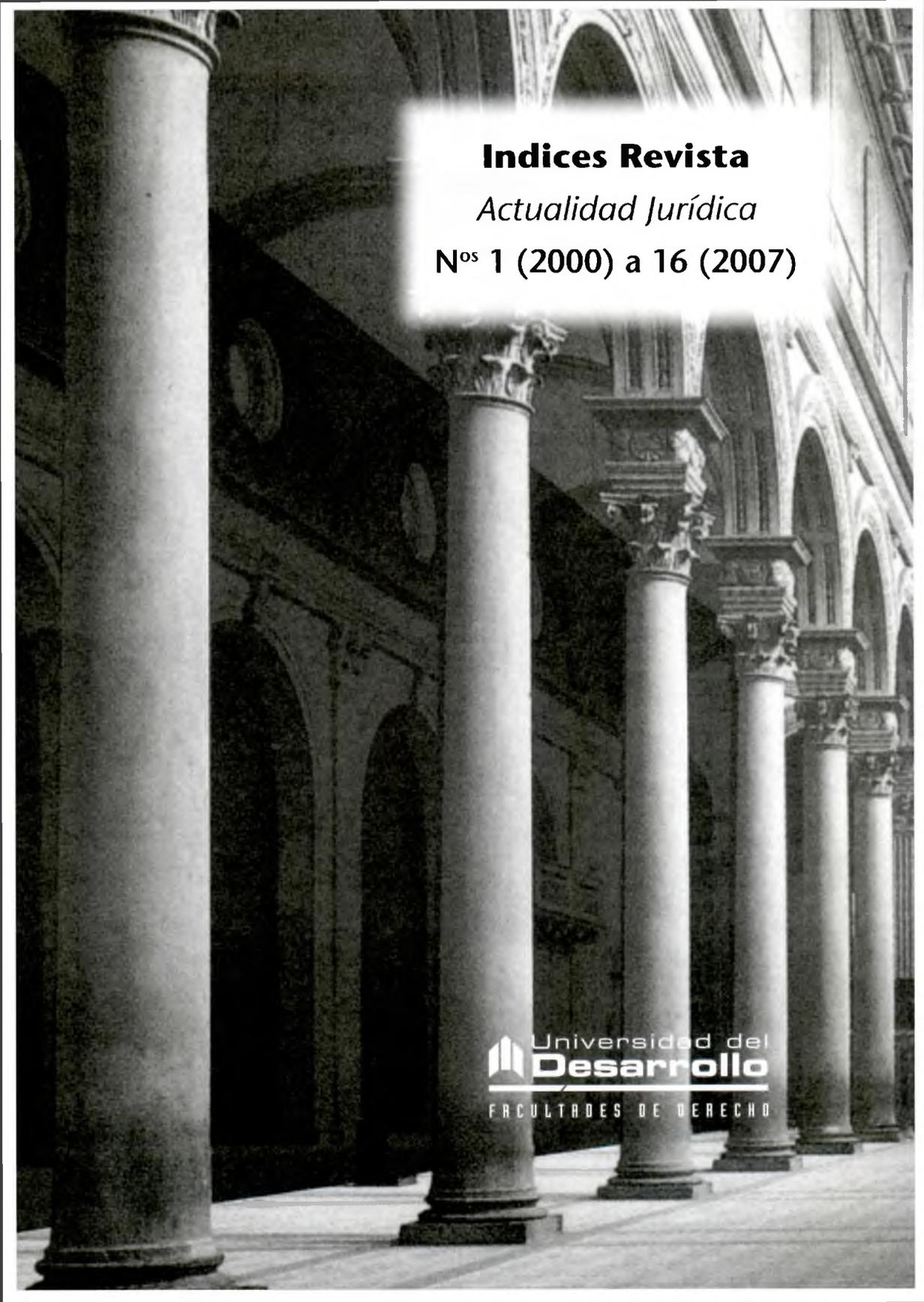
Susana Galera Rodrigo, *Sistema europeo de justicia administrativa* (Guillermo Hierrezuelo Conde)

Oswaldo Lira, SS.CC., *Nostalgia de Vázquez de Mella* (Eduardo Soto Kloss)

Miguel Ayuso, *La política, oficio del alma* (Eduardo Soto Kloss)

AA.VV., *Estudios en honor de Francesco Gentile* (Miguel Ayuso)

AA.VV., *Las Universidades Católicas. Estudios jurídicos y filosóficos sobre la educación superior católica* (Eduardo Soto Kloss)



Indices Revista

Actualidad Jurídica

N^{os} 1 (2000) a 16 (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 16 (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" (**Prof. 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: **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:

Prof. Cecily Halpern Montecino.

Prof. Hugo Rosende Álvarez.

Prof. Mario Rojas Sepúlveda.

Prof. 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

Haciendo clic 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: Prof. Bruno Caprile Biermann

SANTIAGO: Prof. Hugo Fábrega Vega

Una vez que el estudio o artículo sea publicado en la Revista, el autor recibirá un ejemplar del número correspondiente en forma gratuita.

Los originales de las comunicaciones remitidas a la Revista no serán devueltos a los autores.

ISSN N° 0717-5914

Ventas y Suscripciones

Informaciones sobre venta de ejemplares atrasados puede obtenerse mandando un correo, fax o email a Ediciones Universidad del Desarrollo:

CONCEPCIÓN: Ainavillo N° 456, Fono 56-41-268670, Fax 56-41-268669, Email: cferrando@udd.cl

SANTIAGO: Avda. 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
- 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

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

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Notas sobre la enseñanza del derecho en las Indias*, N° 16, 2007, 89.

CATTAN ATALA, Ángela, *El protector de naturales y el derecho a la defensa*, N° 3, 2001, 309.

CATTAN ATALA, Ángela y MERINO ÁLVAREZ, Christian, *La Avería: pervivencia del Derecho Romano en el sistema del transporte marítimo indiano*, N° 2, 2000, 151.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano*, N° 3, 2001, 95.

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.

OBBERG 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 concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el Derecho Público chileno*, N° 16, 2007, 143.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El derecho al honor y la sed de mentira*, N° 10, 2004, 69.

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.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los requisitos para obtener el título de abogado: alegato para el establecimiento de un examen único, cualquiera sea la filiación universitaria del candidato*, N° 16, 2007, 65.

CLARO VALDÉS, Ricardo, *Rol del empresario en las encíclicas sociales*, N° 4, 2001, 257.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho*, N° 3, 2001, 233.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado*, N° 16, 2007, 23.

DÍAZ URIBE, Hugo Antonio, *Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados*, N° 14, 2006, 55.

MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Reflexiones sobre la constitucionalidad de un eventual restablecimiento del examen de competencia ante la Corte Suprema para la obtención del título de abogado*, N° 16, 2007, 75.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abogados forenses*, N° 16, 2007, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Actualidad Jurídica cumple 5 años*, N° 10, 2004.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Derecho y Justicia*, N° 5, 2002, 345.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Abogados Forenses)*, N° 16, 2007, 5.

- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Estructura funcional del derecho*, de Pablo Rodríguez Grez, *discurso de presentación*, N° 5, 2002, 329.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *El acceso a la profesión de abogado en España*, N° 16, 2007, 51.

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.
- ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Ley reservada del Cobre. Visión jurídica y política*, N° 16, 2007, 331.
- 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° 15, 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.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio del derecho a la propia imagen desde una perspectiva jurisprudencial, veinticinco años después de la promulgación de la Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 de mayo*, N° 16, 2007, 203.
- 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 Contraloría hoy*, N° 16, 2007, 127.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La estabilidad de los contratos administrativos*, N° 6, 2002, 191.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Licitación pública: concepto, principios y tramitación*, N° 13, 2006, 291.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, N° 14, 2006, 149.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Informe en Derecho*, N° 4, 2001, 379.
- 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 Loes*, N° 1, 2000, 11.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tema central*, N° 2, 2000, 5.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley*, N° 1, 2000, 47.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Existe el derecho internacional?*, N° 8, 2003, 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema La crisis del Derecho Internacional)*, N° 8, 2003, 7.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Corte Penal Internacional y Soberanía Universal*, N° 2, 2000, 9.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdiccionalidad*, N° 1, 2000, 55.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La mujer ante el derecho internacional público*, N° 11, 2005, 281.

5) DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

- CAMPUSANO, Raúl F., *Aspectos jurídicos y políticos de la relación entre desarrollo sustentable y actividad minera*, N° 4, 2001, 277.
- CAMPUSANO, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabcikovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay*, N° 14, 2006, 179.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y CAMPUSANO, Raúl F., *Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable*, N° 16, 2007, 171.

6) DERECHO PENAL

- BATES HIDALGO, Luis, *Corrupción: concepto y aspectos penales*, N° 6, 2002, 35.
- BATES HIDALGO, Luis, *Responsabilidad penal de los adolescentes*, N° 16, 2007, 107.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 7, 2003, 359.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *¿Caben la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguros?*, N° 14, 2006, 219.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Proyecto de ley chileno que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN*, N° 11, 2005, 139.

- MEDINA JARA, Rodrigo, *De vuelta sobre los límites entre defraudaciones e incumplimientos civiles*, N° 16, 2007, 291.
- MEDINA JARA, Rodrigo, *Dos aspectos del delito de negociación incompatible*, N° 10, 2004, 223.
- NOVOA ALDUNATE, Eduardo, *Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del ius puniendi estatal y la expansión del derecho penal*, N° 15, 2007, 191.
- OYANEDER DAVIES, Patricio, *Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuridicidad*, N° 8, 2003, 309.
- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, y TORRES DUFFAU, Marcelo, *Delito permanente, amnistía y prescripción*, N° 11, 2005, 87.

3. Derecho Privado

1) DERECHO CIVIL

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido*, N° 8, 2003, 69.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La Personalidad Jurídica y el poder sancionador de la Administración*, N° 1, 2000, 183.
- ALVARADO MARAMBIO, José Tomás, *Divorcio y concepciones de la naturaleza humana*, N° 9, 2004, 65.
- AMENÁBAR ATRIA, Felipe, *Los derechos del paciente frente a la responsabilidad*, N° 7, 2003, 105.
- BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho*, N° 7, 2003, 293.
- CAMPUSANO, Raúl F., *Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada*, N° 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)*, N° 8, 2003, 95.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La imprevisión*, N° 15, 2007, 141.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La reforma al derecho de las garantías en Francia: perspectivas para un devenir en Chile*, Separata N° 16, 2007, 53.
- 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.
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla*, Separata N° 16, 2007, 35.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil*, N° 2, 2000, 327.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, N° 15, 2007, 83.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Las reformas al derecho sucesoral de la Ley N° 19.585*, N° 1, 2000, 233.

- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Presentación del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata N° 16, 2007, 7.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?*, N° 2, 2000, 347.
- 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, *El principio de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano*, Separata N° 16, 2007, 17.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *La cesión del contrato en el derecho colombiano*, N° 13, 2006, 209.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual*, N° 11, 2005, 213.
- MAZEAUD, Denis, *Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción en Francia*, Separata N° 16, 2007, 89.
- 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.
- MONSÁLVIZ 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: la objetivación de la responsabilidad, nuevos factores de atribución y ampliación del campo de legitimación activa y pasiva*, N° 2, 2000, 299.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *¿Qué divorcio?*, N° 9, 2004, 25.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La reforma del Código Civil francés en derecho de obligaciones y el Código Civil chileno*, N° 16, 2007, 113.
- PICASSO, Sebastián, *La teoría general del contrato en los proyectos de reforma del Código Civil argentino*, Separata N° 16, 2007, 73.
- PIZARRO WILSON, Carlos, *El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: "El derecho de retracto"*, N° 11, 2005, 255.
- 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.

- RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso de Inauguración del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata N° 16, 2007, 13.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *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.
- TERNERA BARRIOS, Francisco, *Apuntes sobre la "conurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica*, Separata N° 16, 2007, 65.
- 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 reconvencción*, N° 6, 2002, 327.

2) DERECHO COMERCIAL

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección*, N° 16, 2007, 115.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la Sociedad Anónima*, N° 2, 2000, 233.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado*, N° 14, 2006, 117.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los grupos empresariales*, N° 6, 2002, 203.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima*, N° 5, 2002, 243.
- CARREÑO NIGRO, Héctor, *La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile*, N° 3, 2001, 243.
- CARREÑO NIGRO, Héctor, *Responsabilidad de los Administradores en una Sociedad Colectiva*, N° 2, 2000, 253.
- CASTRO GONZÁLEZ, Fernando, *Adecuación de la legislación marcaría chilena a tratados internacionales*, N° 2, 2000, 81.
- 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.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *Las preferencias*, N° 16, 2007, 299.
- OBERG 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.

OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Mejorar la justicia?*, N° 12, 2005, 25.

OBBERG 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.

OBBERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia*, N° 13, 2006, 233.

- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Máximas de experiencia*, N° 10, 2004, 167.
- OBERG 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 MATURANA MIQUEL, Cristian, *Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil*, N° 5, 2002, 25.
- RABAT CELIS, Fernando José, *Procedencia del abandono del procedimiento en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión?*, N° 5, 2002, 109.
- 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, María Fernanda, *Capital de riesgo: el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones*, N° 16, 2007, 391.
- JUPPET EWING, María 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.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, N° 16, 2007, 247.
- 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

- FRAGA YOLI, Andrea, *El mobbing y su regulación en el derecho laboral chileno*, N° 16, 2007, 407.
- 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.
- OSBERG 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)¹ Semestre 2001, N° 5, 2002, 337.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Primer Semestre 2002, N° 6, 2002, 359.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Segundo Semestre 2002, N° 7, 2003, 459.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Primer Semestre 2003, N° 8, 2003, 339.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Segundo Semestre 2003, N° 9, 2004, 397.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Primer Semestre 2004, N° 10, 2004, 359.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Segundo Semestre 2004, N° 11, 2005, 331.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Primer Semestre 2005, N° 12, 2005, 241.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Segundo Semestre 2005, N° 13, 2006, 435.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)*, Primer Semestre 2005,² 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.

¹ Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.

² Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

- GARCÍA ASPILLAGA, Pedro, *Sobre la judicialización de la medicina*, N° 9, 2004, 389.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2006*, N° 15, 2007, 337.
- HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Participación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en la XLI Conferencia de la FIA (Federación Interamericana de Abogados). Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI*, N° 13, 2006, 425.
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2007*, N° 16, 2007, 509.
- 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 de inauguración año académico 2007, Facultad de Derecho*, N° 16, 2007, 504.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso Inaugural del año académico 2002*, N° 6, 2002, 334.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2007*, N° 16, 2007, 497.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 441.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2001*, N° 5, 2002, 325.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 333.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 455.
- VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 333.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, N° 2, 2000, 371.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del Jurista*, N° 1, 2000, 307.

C. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Estado actual de la jurisprudencia en materia de cortes generalizados de suministro eléctrico: una visión crítica*, N° 12, 2005, 197.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *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.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los 19 comerciantes, Excepción Preliminar*, 12 de junio de 2002, N° 7, 2003, 467.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los derechos adquiridos de nuevo en entredicho: ¿Limitación o expropiación parcial?*, Tribunal Constitucional, rol N° 505-06, 6 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 423.
- 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.

- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal*, Sentencia del tribunal Constitucional, rol N° 681-2006, de 26 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 435.
- 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.

UGOLINI TELLO, José Alonso, *Una nueva atribución de la Dirección del Trabajo: la calificación de las garantías que deben constituir las empresas de servicios transitorios*, N° 16, 2007, 479.

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 Proprium 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°s 1 (2000) a 11 (2005)*, N° 12, 2005, 259.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índices de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N°s 1 (2000) a 15 (2007)*, N° 16, 2007, 533.
- 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, *Competitividad y adaptación laboral. ¿Cómo está Chile? Una aproximación inicial*, de Héctor Humeres Nogue, N° 16, 2007, 525.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, de Héctor Humeres Nogue, N° 12, 2005, 251.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado*, de Aldo Monsálvez Müller, N° 6, 2002, 479.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado*, de Aldo Monsálvez Müller, N° 15, 2007, 357.

- FÁBREGA VEGA, Hugo, *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.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 17-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 16, 2007, 528.
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum* N° 18-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, N° 16, 2007, 529.
- 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 Noguez, N° 11, 2005, 341.
- OSBERG 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, *China, el imperio de las mentiras*, de Guy Sorman, N° 16, 2007, 515.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Introducción al Derecho*, de Agustín Squella Narducci, N° 2, 2000, 437.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Teoría del Gobierno, derecho chileno y comparado*, de José Luis Cea Egaña, N° 3, 2001, 359.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Verdad, valores, poder, piedras de toque de la sociedad pluralista*, de Joseph Ratzinger, N° 14, 2006, 313.

E. SEPARATAS

- FACULTAD DE DERECHO, CONCEPCIÓN, *Separata Revista N° 16, Seminario Internacional, reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno, Manifestación del capítulo chileno de Association Henri Capitant*, julio de 2007.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aspectos fundamentales de la realidad nacional*, N° 4, noviembre de 2003.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aumento y control de la delincuencia*, N° 6, julio de 2005.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Cultura Cívica de la ciudadanía*, N° 3, mayo de 2003.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, 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.

F. 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, *Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección*, N° 16, 2007, 115.
- 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.
- ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Ley Reservada del Cobre. Visión jurídica y política*, N° 16, 2007, 331.
- 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 concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el Derecho Público chileno*, N° 16, 2007, 143.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El derecho al honor y la sed de mentira*, N° 10, 2004, 69.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *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 Benítez, 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 del Desarrollo, Concepción-Santiago. N°s 1 (2000) a 11 (2005)*, N° 12, 2005, 259. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índices de la Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N°s 1 (2000) a 15 (2007)*, N° 16, 2007, 533. (R).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La reforma constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto*, N° 13, 2006, 11.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Las relaciones internacionales de Chile durante el periodo pseudoparlamentario (1891-1924)*, N° 11, 2005, 181.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas*, N° 13, 2006, 371.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Notas sobre la enseñanza del derecho en las Indias*, N° 16, 2007, 89.
- 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 Contraloría hoy*, N° 16, 2007, 127.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La estabilidad de los contratos administrativos*, N° 6, 2002, 191.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Licitación pública: concepto, principios y tramitación*, N° 13, 2006, 291.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los derechos adquiridos de nuevo en entredicho: ¿Limitación o expropiación parcial?*, Tribunal Constitucional, rol N° 505-06, 6 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 423. (CJ).

- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, N° 14, 2006, 149.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y CAMPUSANO, Raúl F., *Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable*, N° 16, 2007, 171.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Informe en Derecho*, N° 4, 2001, 379.
- 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.
- BATES HIDALGO, Luis, *Responsabilidad penal de los adolescentes*, N° 16, 2007, 107.
- 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-Nagymaros 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)³ 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.
- 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 2005,⁴ 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.

³ Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.

⁴ Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La reforma al derecho de las garantías en Francia: perspectivas para un devenir en Chile*, Separata N° 16, 2007, 53.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los requisitos para obtener el título de abogado: alegato para el establecimiento de un examen único, cualquiera sea la filiación universitaria del candidato*, N° 16, 2007, 65.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias, de José Ramón de Verda y Beamonde*, N° 13, 2006, 441. (R).
- CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos, *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos*, N° 5, 2002, 255.
- CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos Patricio, *Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública*, N° 7, 2003, 437.
- 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 marcara 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.
- 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 DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal*, Sentencia del tribunal Constitucional, rol N° 681-2006, de 26 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 435. (CJ).
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado*, N° 16, 2007, 23.
- DÍAZ MUÑOZ, Ana María, *Nueva institucionalidad sindical (Modificaciones introducidas por la Ley N° 19.759)*, N° 5, 2002, 211.
- DÍAZ NIEVA, José, *Breve aproximación a los sistemas electorales*, N° 4, 2001, 317.
- DÍAZ NIEVA, José, y ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980*, N° 4, 2001, 57.
- DÍAZ URIBE, Hugo Antonio, *Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados*, N° 14, 2006, 55.

- DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla*, Separata N° 16, 2007, 35.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil*, N° 2, 2000, 327.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, N° 15, 2007, 83.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Las reformas al derecho sucesoral de la Ley N° 19.585*, N° 1, 2000, 233.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Presentación del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata N° 16, 2007, 7.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?*, N° 2, 2000, 347.
- DONOSO R., Sebastián, *Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas*, N° 14, 2006, 233.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano*, N° 3, 2001, 95.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Mitos de la jurisprudencia tributaria*, N° 2, 2000, 189.
- DUMAY PEÑA, Alejandro, *Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones*, N° 8, 2003, 241.
- 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, *Competitividad y adaptación laboral. ¿Cómo está Chile? (Una aproximación inicial, de Héctor Humeres Noguera)*, N° 16, 2007, 525. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguera*, N° 12, 2005, 251. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller*, N° 6, 2002, 479. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller*, N° 15, 2007, 357. (R).
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *El principio de la responsabilidad ante el derecho: una breve perspectiva filosófica en la enseñanza de la ética profesional del abogado*, N° 7, 2003, 211.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, *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, CONCEPCIÓN, *Separata Revista N° 16, Seminario Internacional, reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno, Manifestación del capítulo chileno de Association Henri Capitant*, julio de 2007.
- FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aspectos fundamentales de la realidad nacional*, N° 4, noviembre de 2003. (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, *Ius Publicum N° 17-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 16, 2007, 528. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 18-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 16, 2007, 529. (R).
- FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *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).
- FRAGA YOLI, Andrea, *El mobbing y su regulación en el derecho laboral chileno*, N° 16, 2007, 407.
- 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.
- GÓMEZ PINTO, Rafael, *Las preferencias*, N° 16, 2007, 299.
- 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 Noguer, 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 Noguer*, 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 Comditec 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, *¿Cabén la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguros?*, 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.
- HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2007*, N° 16, 2007, 509. (VA).
- JUPPET EWING, María Fernanda, *Capital de riesgo: el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones*, N° 16, 2007, 391.
- JUPPET EWING, María Fernanda, *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, *El principio de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano*, Separata N° 16, 2007, 17.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *La cesión del contrato en el derecho colombiano*, N° 13, 2006, 209.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual*, N° 11, 2005, 213.
- MATURANA TOLEDO, Carlos, *Comentarios acerca del origen y competencia de los Tribunales Electorales Regionales*, N° 4, 2001, 149.
- MAZEAUD, Denis, *Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción en Francia*, Separata N° 16, 2007, 89.
- MEDINA JARA, Rodrigo, *De vuelta sobre los límites entre defraudaciones e incumplimientos civiles*, N° 16, 2007, 291.
- MEDINA JARA, Rodrigo, *Dos aspectos del delito de negociación incompatible*, N° 10, 2004, 223.
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones)*, N° 8, 2003, 273.
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., y ODDÓ BEAS, Blanca, *Del transcurso de un plazo y el nacimiento de un acto administrativo presunto de aprobación*, N° 14, 2006, 161.
- MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Reflexiones sobre la constitucionalidad de un eventual restablecimiento del examen de competencia ante la Corte Suprema para la obtención del título de abogado*, N° 16, 2007, 75.
- 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.
- MONSÁLVIZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena*, N° 9, 2004, 111.
- MONSÁLVIZ MÜLLER, Aldo, *El justo y debido proceso en el derecho internacional*, N° 3, 2001, 87.
- MONSÁLVIZ 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.
- OBERG YÁNEZ, Héctor, *Apelación laboral*, N° 14, 2006, 91.

- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia*, N° 13, 2006, 233.
- 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, *La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil)*, N° 8, 2003, 165.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La involución del procedimiento de calificación de quiebra*, N° 9, 2004, 225.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ley de responsabilidad penal juvenil*, N° 15, 2007, 181.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral, de Julio Salas Vivaldi*, N° 3, 2001, 369. (R).
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Máximas de experiencia*, N° 10, 2004, 167.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Mejorar la justicia?*, N° 12, 2005, 25.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Popurrí procesal*, N° 5, 2002, 99.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Privaciones y restricciones de libertad*, N° 11, 2005, 245.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Son necesarias las reformas procesales?*, N° 6, 2002, 295.
- OBERG 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 POHLI, 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 antijuridicidad*, 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° 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.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La reforma del Código Civil francés en derecho de obligaciones y el Código Civil chileno*, N° 16, 2007, 113.
- PÉREZ DE ARCE IBIETA, Hermógenes, *Garantes de la institucionalidad*, N° 4, 2001, 233.
- PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves, contra ellas o con ellas: estado de la cuestión*, N° 4, 2001, 351.
- PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *España y el Segundo Conflicto del Golfo*, N° 8, 2003, 57.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *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, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, N° 16, 2007, 247.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónimas*, N° 12, 2005, 145.
- PICASSO, Sebastián, *La teoría general del contrato en los proyectos de reforma del Código Civil argentino*, Separata N° 16, 2007, 73.
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La Reforma Procesal Penal: historia, estado actual y temas pendientes*, N° 2, 2000, 401.
- PIZARRO WILSON, Carlos, *El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: "El derecho de retracto"*, N° 11, 2005, 255.
- 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)
- RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso de Inauguración del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata N° 16, 2007, 13.
- 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, *Abogados forenses*, N° 16, 2007, 9.
- 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 de inauguración año académico 2007, Facultad de Derecho*, N° 16, 2007, 504. (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 Abogados Forenses)*, N° 16, 2007, 5.
- 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 Loreos*, 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.
- SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2007*, N° 16, 2007, 497. (VA).
- SILVA ABBOTT, Max, *Derecho, política y valores en Norberto Bobbio*, N° 12, 2005, 177.
- SILVA ABBOTT, Max, *Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público?*, N° 9, 2004, 83.
- SILVA ABBOTT, Max, *Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación*, N° 10, 2004, 83.
- 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.
- TERNERA BARRIOS, Francisco, *Apuntes sobre la "concurencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica*, Separata N° 16, 2007, 65.
- 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.
- UGOLINI TELLO, José Alonso, *Una nueva atribución de la Dirección del Trabajo: la calificación de las garantías que deben constituir las empresas de servicios transitorios*, N° 16, 2007, 479. (CJ).
- 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, *Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el Derecho Civil chileno*, N° 13, 2006, 189.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *El acceso a la profesión de abogado en España*, N° 16, 2007, 51.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento*, N° 15, 2007, 93.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio del derecho a la propia imagen desde una perspectiva jurisprudencial, veinticinco años después de la promulgación de la Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 de mayo*, N° 16, 2007, 203.
- 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, *China, el imperio de las mentiras*, de Guy Sorman, N° 16, 2007, 515. (R).
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El juez y el juicio en Tomás de Aquino*, N° 3, 2001, 135.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *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

SUSCRIPCIÓN*	1 AÑO (2 Revistas)	2 AÑOS (4 Revistas)
Nacional	\$ 22.000	\$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:

EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56-2-299 92 71
Fax: 56-2-299 92 71
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56-41-268690
Fax: 56-41-268669
E-mail: cferrando@udd.cl



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.



R005 144

 Universidad del
Desarrollo

SANTIAGO - CONCEPCION